



# PODER FAMILIAR CONTEMPORÂNEO

O DEVER DOS PAIS, DA SOCIEDADE E DO  
ESTADO EM FACE DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE.

O PAPEL DO CONSELHO TUTELAR

ANTONIO JORGE PEREIRA JUNIOR





**PODER FAMILIAR CONTEMPORÂNEO.**  
**O DEVER DOS PAIS, DA SOCIEDADE E DO ESTADO EM**  
**FACE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**  
**O PAPEL DO CONSELHO TUTELAR.**

---



## BOULESIS EDITORA

### CONSELHO EDITORIAL:

Ana Stela Vieira Mendes Câmara  
Antônio Jorge Pereira Júnior  
Bruno Leonardo Câmara Carrá  
Clarissa Sampaio da Silva  
Daniel Mota Gutiérrez  
Daniel Gomes de Miranda  
Emerson Castelo Branco Mendes  
Fabiano Silva Távora  
George Marmelstein Lima  
Gustavo Cesar Machado Cabral  
Hugo de Brito Machado Segundo  
Isabel Cecília de Oliveira  
Janaína Soares Noletto Castelo Branco  
Jorge Bheron Rocha  
José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque  
Juliana Cristine Diniz Campos  
Juraci Mourão Lopes Filho  
Marcelo Lima Guerra  
Nagibe de Melo Jorge Neto  
Paula Saleh Arbs  
Pedro Henrique de Araújo Cabral  
Raquel Cavalcanti Ramos Machado  
Raquel Coelho de Freitas  
Roberta Madeira Quaranta  
Sheila Cavalcante Pitombeira  
Tiago Asfor Rocha Lima  
William Paiva Marques Júnior  
Willis Santiago Guerra Filho (Presidente)



Antonio Jorge Pereira Junior

# **PODER FAMILIAR CONTEMPORÂNEO**

**O DEVER DOS PAIS, DA SOCIEDADE E DO ESTADO EM  
FACE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

**O PAPEL DO CONSELHO TUTELAR.**



**BOULESIS EDITORA**

© *Copyright by* Antonio Jorge Pereira Junior

A BOULESIS EDITORA não se responsabiliza pelas opiniões emitidas  
nessa obra por seus autores

**Capa**

*Angélica Mota Cabral*

**Projeto Gráfico**

*Marcelo Lima Guerra*

Pereira Junior, Antonio Jorge, 1974

Poder Familiar Contemporâneo. O dever dos pais, da sociedade e do  
Estado em face da criança e do adolescente. O Papel do Conselho Tutelar.  
Boulesis Editora, 2016

326 p.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5848-011-6

1. Direito. 2. Direito da criança e do adolescente.

1. Poder Familiar Contemporâneo. O dever dos pais, da sociedade e do  
Estado em face da criança e do adolescente. O Papel do Conselho Tutelar.

CDD - 340.13



## AGRADECIMENTOS

Na trajetória que culmina nesta publicação há um sem-número de pessoas a agradecer.

Primeiro, aos Professores do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que contribuíram de modo mais direto para a elaboração deste trabalho. Agradeço ao Professor Ignácio M. Poveda Velasco, orientador responsável pelo amadurecimento científico durante a pesquisa e a elaboração da dissertação; aos Professores que ao lado do orientador integraram a Banca de Qualificação do Mestrado: saudoso Professor Antonio Junqueira de Azevedo, professor desde a graduação, e Professor Roberto João Elias. Ambos são responsáveis por preciosas indicações doutrinárias e de estilo a esse trabalho. Ao Professor Alcides Tomasetti Júnior, por indicações bibliográficas valiosíssimas.

Ao saudoso Professor Antonio Luis Chaves de Camargo, presidente da Comissão de Pós-Graduação à época em que compôs a Banca Examinadora desse trabalho. Ao Professor Eros Grau, pela disponibilidade gentil de emprestar obras de sua biblioteca, quando requisitadas. Ao amigo Vinícius Gomes, hoje procurador do Município de São Paulo, então estudioso aplicado, pela intermediação nessas tarefas.

Aos amigos estudiosos da Academia do Largo de São Francisco, que pacientemente leram estes textos e fizeram sugestões utilíssimas, hoje juízes brilhantes, Josué Modesto Passos e Eduardo José da Fonseca Costa.

Ao amigo *virtual* André Karst Kaminski, pelos dados enviados de Porto Alegre. Ao amigo gaúcho, Jorge Cesa Ferreira da Silva, que me pôs em contato com o André. Ao Professor Munir Cury, com vida dedicada aos direitos da infância e da adolescência, pelo material bibliográfico emprestado, de grande valia. Aos membros do Conselho Tutelar de Vila Mariana, em São Paulo, pelas entrevistas e materiais concedidos.

Agradeço ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente do Ministério Público do Estado de São Paulo, pelo auxílio. Ao Dr. Paulo Restiffe Neto, magistrado, então coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito dos Contratos do Centro de Extensão Universitária, por sugestões para o enriquecimento do trabalho. À Professora Maria José Constantino Petri, Doutora em Lingüística e colega de Doutorado no Largo de São Francisco, pela gentil revisão do trabalho.

Aos amigos Luiz Souza Lima da Silva Carvalho e Diogo de Carvalho Silva, hoje renomados advogados, pelo auxílio na aplicação das últimas correções e adaptações. Transformaram momentos de trabalho em ocasião de alegre convivência.

Agradeço à Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ), por ter concedido à presente obra a primeira colocação em concurso nacional promovido para a entrega do Prêmio Orlando Gomes-Elson Gottschalk em 2002. Agradeço muito especialmente ao saudoso Professor Othon Sidou, seu Presidente, e a sua saudosa esposa, Dra. Regina, a gentil e inesquecível acolhida na cidade do Rio de Janeiro por ocasião da premiação, bem como pelo estímulo à publicação do trabalho. Aos insignes membros da Banca julgadora do

concurso, Professores Álvaro Villaça Azevedo, José da Silva Pacheco e Francisco dos Santos Amaral Neto, que muito me honraram ao avaliar o trabalho.

Agradeço ao Professor João Baptista Villela, civilista de renome internacional, insigne pesquisador da UFMG, pelo honroso convite a publicar em coleção por ele coordenada. Agradeço ainda à Elena Gomes, aplicada discípula do Professor Villela, hoje também insigne Professora de Direito Civil na mesma UFMG, pela competente revisão do trabalho e preciosas sugestões para aperfeiçoá-lo.

Agradeço aos funcionários da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, desde os da limpeza, ascensoristas, bibliotecárias, bedéis, secretários e secretárias, aos responsáveis pela publicação da Revista da Faculdade e aos do Setor de Informática. Nesse ambiente vivi por 14 anos, incluindo o período da graduação, Mestrado e Doutorado.

Agradeço aos de minha casa e do meu trabalho e a todos os amigos e professores que auxiliaram nesse trabalho, pessoas cujos nomes estão gravados no coração, com a tinta nobre da gratidão.

A todos, muito obrigado.

## PREFÁCIO

Com satisfação aceitei prefaciá a publicação da dissertação de Mestrado, do agora Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior, de quem fui professor na graduação e na pós graduação *stricto sensu* na Universidade de São Paulo, além de orientador do trabalho de pesquisa que culminou nesta obra.

O trabalho foi aprovado em junho de 2002, em banca por mim composta, ao lado do Professor Roberto João Elias e do saudoso professor Antonio Luis Chaves de Camargo, à época presidente da Comissão de Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP. Foi, também, avaliado pelo Professo Antonio Junqueira de Azevedo, quando do exame de qualificação. A qualidade do trabalho foi atestada para além dos muros da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quando a Academia Brasileira de Letras Jurídicas lhe outorgou, em outubro do mesmo ano, o Prêmio Orlando Gomes-Elson Gottschalk, entregue a cada 4 anos a uma única obra de direito civil, após rigoroso exame, em concurso nacional, às cegas, sob exame dos Professores Álvaro Villaça Azevedo, José da Silva Pacheco e Francisco dos Santos Amaral Neto. Foi o mais jovem agraciado com o Prêmio.

Conhecendo de longa data o Antonio Jorge, acredito que o trabalho traz as notas de amadurecimento que experimentou, desde a graduação, em três dimensões: o estudo sério e o interesse crescente em temas de Direito

Privado; o envolvimento prático com os direitos da criança em atividades de voluntariado; e o desejo de colaborar com o aprimoramento da doutrina civilista, em especial do Direito de Família.

Durante a graduação, Antonio Jorge e alguns colegas seus (hoje professores, juizes, advogados, promotores, diplomatas, defensores públicos, etc.), criaram um grupo de estudos de Direito Privado que publicou, com auxílio do Centro Acadêmico XI de Agosto, duas revistas sobre a matéria. Também organizaram sessões de estudo com participação dos professores de Direito Civil da USP, Antonio Junqueira de Azevedo, Alcides Tomasetti Júnior, João Alberto Shutzer Del Nero e José Carlos Moreira Alves, então ministro do Supremo Tribunal Federal, além do professor João Baptista Villela, da Universidade Federal de Minas Gerais.

Ao mesmo tempo, por seu interesse pelo Direito Romano, ao concluir o primeiro ano da graduação em 1993, foi aprovado em primeiro lugar no processo seletivo para alunos monitores e pesquisadores do tradicional Grupo de Direito Romano, fundado pelo Professor Thomas Marky nos anos 1970, do qual eu era então coordenador, ao lado do meu estimado amigo, o hoje Professor Titular Eduardo Marchi, tendo se destacado nessa atividade nos anos 1994 a 1997

Em paralelo, engajou-se, desde o primeiro ano da graduação, no Projeto Cidadania, iniciativa dos alunos da Faculdade de Direito, reconhecido como atividade de extensão pela Pró-reitoria de Extensão da USP, por meio do qual levavam esclarecimento sobre direitos e auxiliavam a organização de associações em comunidades pobres da capital paulista. Deu continuidade a esse trabalho de voluntariado

como diretor de Cidadania do Centro Acadêmico XI de Agosto, em 1996, assumindo a organização de eventos na Faculdade e a representação do XI de agosto em reuniões externas nos órgãos públicos, relacionadas à área de infância e juventude. Nesse período dividiu responsabilidades com colegas que hoje ocupam posições em diversas Universidades e no Governo do Estado de São Paulo, em organizações do terceiro setor, ou estão vinculados a entidades de repercussão na desenvolvimento educacional de líderes, como a Fundação Lemann. Ali ampliou seu interesse pelo Direito da Criança e do Adolescente.

No quarto ano da graduação, escolheu matricular-se na matéria de Direito da Criança e do Adolescente, que na Faculdade de Direito da USP é interdisciplinar, sendo compartilhada pelos Departamentos de Direito Civil, Processo, Penal e do Estado. Isso ajudaria decisivamente em sua pesquisa de Mestrado, também interdisciplinar.

No quinto ano optou pela especialização na área de Direito Privado e Processo Civil, já se preparando para o disputado concurso de acesso ao Mestrado na USP, e participou de eventos do Departamento de Direito Civil voltados ao Direito de Família. De sua turma, apenas três alunos ingressariam no Mestrado em Direito Civil, naquele processo seletivo.

Depois, já como aluno do Mestrado, de 1998 a 2001 foi meu assistente na matéria de História do Direito, coordenando, com Graziela Buscarin, também orientanda minha, e a hoje colega de Departamento de Direito Civil na USP, Professora Maria Cristina Carmignani, a equipe de alunos monitores de graduação, do recém criado Grupo de

História do Direito, similar ao de Direito Romano. Em paralelo, exerceu a função de assistente de Direito Civil dos Professores Carlos Alberto Dabus Maluf e Custódio Piedade Ubaldino Miranda, naquele primeiro ano do Mestrado, e de assistente do Professor Antonio Junqueira de Azevedo, nos anos seguintes, ao lado de três estudantes contemporâneos, que se tornariam também professores de Direito Civil na USP: os meus agora colegas de Departamento, Cristiano de Sousa Zanetti e Francisco Marino, e o saudoso Luciano de Carmargo Penteado, da Faculdade de Direito da USP Ribeirão Preto, que já não se encontra entre nós desde setembro de 2015, quando problema grave e repentino de saúde interrompeu sua brilhante carreira, aos 39 anos de idade.

Além disso, Antonio Jorge foi Professor de Direito Romano na respeitada Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, nos anos de 1998 a 2000, tendo sucedido ali o Professor, também meu colega de Departamento de Direito Civil da USP, João Alberto Shützer Del Nero, que lhe convidara para depois lhe ceder a posição, quando precisou se afastar para assumir a Chefia da Procuradoria da USP.

No mesmo ano de 1998, já como aluno do Mestrado, matriculou-se no recém criado curso de especialização em Direito de Família do Centro de Extensão Universitária, atividade coordenada pelas Professoras Carmem Lúcia Penteado e Rosa Maria de Andrade Nery, hoje Desembargadora no Tribunal de Justiça e ilustre professora da PUC/SP. Queria agregar mais estudo para sua pesquisa de Mestrado. Concluiu o curso em 1999 e, no ano seguinte, a meu convite, veio trabalhar como meu assistente na diretoria do Centro de Extensão Universitária, sucedendo-me quando me afastei para dedicação exclusiva à Universidade de São Paulo.

Antonio Jorge esteve ali até 2012, quando mudou-se para Fortaleza.

Nesse período, organizou diversos eventos de grande repercussão científica no CEU, entre os quais os Simpósios Nacionais de Direito Civil, que contaram desde o seu começo com a adesão dos Professores Miguel Reale, Moreira Alves, Antonio Junqueira de Azevedo, Arruda Alvim, Gustavo Tepedino, Francisco Amaral, Ruy Rosado, Judith Martins Costa, Rosa Nery, Nelson Nery, Renan Lotufo, Marco Fábio Morselo, entre outros muitos civilistas – passam de 40 os nomes - de grande prestígio. Destaque ainda pela presença do civilista argentino Ricardo Lorenzetti, atual presidente da Suprema Corte Argentina, e de Jose de Oliveira Ascensão, ilustre professor de Lisboa. Essa convivência com civilistas de escol, sem dúvida impactaram em seu aprimoramento. Também publicou diversas obras, coordenou ou elaborou, com professores de Escolas conceituadas, mais de 15 programas de especialização e eventos em todas as áreas respectivas. Foi aprovado em concurso para professor de Direito Civil na USP e na UNESP, tendo exercido a função nesta última, onde faria concurso novamente quando decidiu mudar-se para Fortaleza.

Em toda essa trajetória, Antonio Jorge manteve a seriedade profissional e o afã por desenvolver uma base científica sólida em seus trabalhos, o que se nota no presente trabalho.

Quanto à temática, teve de enfrentar outros três desafios.

Primeiro: sobre o conselho tutelar havia poucas obras. Em parte, teve de ir a campo e construir o trabalho com documentos esparsos a que teve acesso. Segundo: era

iminente a mudança da legislação civil. Entre o depósito da dissertação, em dezembro de 2001, e a defesa, em junho de 2002, atualizou-a pela nova lei. Terceiro desafio: não havia doutrina sistematizada acerca das competências dos círculos sociais – família, sociedade civil e Estado - ao redor da pessoa humana, que apresentasse critérios para a relação entre eles. Assim, coube-lhe elaborar um estudo teórico que desse suporte à exposição do conselho tutelar, sendo esse estudo base do que desenvolveria no próprio doutorado.

O resultado final é o que segue. Um trabalho inovador, bem escrito, com doutrina segura, que mantém atualidade científica, mesmo após 15 anos, em razão da profundidade e seriedade com que realizou a pesquisa. Os temas principais estão bem enunciados no título com que renomeou a dissertação: “Poder Familiar Contemporâneo. O dever dos pais, da sociedade e do Estado em face da criança e do adolescente. O papel do Conselho Tutelar”.

Em especial, na primeira parte traz um estudo teórico imune à alteração legislativa, estando aí, a meu ver, sua maior contribuição. Na segunda parte traz, de certa forma, a aplicação da teoria desenvolvida na primeira parte, aplicando-a ao Conselho Tutelar, em cotejamento com a legislação respectiva.

A categoria do trabalho realizado permitiu que, ao avançar para o doutorado, iniciado em 2003 e concluído em 2006, também na USP, realizasse obra maior, com base na pesquisa iniciada quando da dissertação. Passou a tratar, então, dos “Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV” (São Paulo: Saraiva, 2011). Por esta última, recebeu três prêmios nacionais sucessivos: o Prêmio da Agência de Notícias

dos Direitos da Infância (ANDI), em 2007, o Prêmio Orlando Gomes – Elson Gottschalk, em 2010 - até o momento o único autor a receber duas vezes o Prêmio - e, por fim, o Prêmio Jabuti, em 2012, quando foi vencedor na categoria Direito. Atualmente preparam-se versões para o inglês e o castelhano. Também expôs o seu trabalho na Cúpula Mundial de Mídia para Juventude, na Suécia, em 2010 e apresentou-se ainda em Roma, Istambul, New York, Buenos Aires, Montevideo, Madrid, Pamplona, Saragoza, Salamanca, La Coruña e Tel Aviv.

Por tudo isso, sinto-me honrado em prefaciar a dissertação do Antonio Jorge, ciente dos ecos que o trabalho terá nos meios acadêmicos e profissionais, especialmente entre aqueles que atuam na área dos direitos da criança e do adolescente, no direito de família e na intersecção do direito privado com o público, pelo precioso estudo da relação entre os círculos sociais.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2016

### **Ignacio Maria Poveda Velasco**

Professor Titular de História do Direito da Faculdade de Direito da USP (Largo de São Francisco)

Secretário Geral da Universidade de São Paulo

Diretor da Faculdade de Direito da USP em Ribeirão Preto (2008-2013)

Presidente da Comissão de Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP (2003-2007)



## NOTA EXPLICATIVA

O trabalho que ora se publica poderia ter vindo a lume 10 anos atrás, em 2005, sendo resultado de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, defendida em 2002, ano em que fora agraciado, mediante concurso nacional quadrienal, com o Prêmio Orlando Gomes – Elson Gottschalk, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Quis o destino que a tese doutoral, defendida em 2006, sobre direitos da criança e do adolescente em face da programação de TV, seguisse igual reconhecimento, sagrando-se vencedora do Prêmio Orlando Gomes – Elson Gottschalk em 2010. Todavia, a tese passou-lhe à frente no plano editorial, sendo publicada em 2011 e obtendo o Prêmio Jabuti em 2012.

Apesar da distância temporal de sua elaboração, o trabalho conserva-se atual, construído sobre alicerces perduráveis da Teoria Geral do Direito Privado. Também mantém-se em dia, em razão da permanência da legislação de base: a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. As variações desses diplomas na matéria tratada foram pequenas e estão incorporadas ao texto ora publicado. Por fim, quando se dedica ao Conselho Tutelar, a segunda parte do trabalho traz dados da época da pesquisa e os atualiza. Na ocasião, foi examinada a situação dos Conselhos Tutelares em São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre. A despeito de algumas melhorias na estrutura desses órgãos, curiosamente os problemas então

levantados permanecem. Por isso, aqui pouca alteração se acresceu. Desse modo, permanecem oportunas as análises e as sugestões do referido capítulo, a corroborar quão lento andamos em matéria de melhoria do sistema de atuação dos Conselhos Tutelares.

## SUMÁRIO

Dedicatória_____	3
Agradecimentos_____	4
Prefácio_____	8
Nota explicativa_____	19
Introdução_____	28

### parte I

Da fiscalização e orientação do exercício do poder familiar pela sociedade e pelo Estado. Pressupostos teórico-dogmáticos

#### 1. Aspectos sócio-jurídicos

##### Capítulo 1 - Natureza jurídica do poder familiar39

###### 1.1 Noção de poder familiar 39

1.1.1 Dificuldade de conceituar cientificamente temas de direito de família 40

###### 1.2 Natureza jurídica do poder familiar 41

1.2.1 Direito subjetivo e poder familiar 43

1.2.2 Poder funcional e poder familiar 46

1.3 Contraste entre os conceitos de poder funcional e direito subjetivo \_47

1.3.1 Conceito de poder em direito privado 51

1.4 Poder familiar como situação jurídica	54
Capítulo 2 - Tutela jurídica e conteúdo do poder familiar	58
2.1 Tutela jurídica do exercício do poder familiar	58
2.1.1 Tutela fundada sobre a nota de exclusividade do poder familiar	59
2.1.2 Tutela fundada no dever constitucional de assistir, criar e educar os filhos (art. 229)	61
2.2 O poder familiar como (eventual) direito fundamental dos pais	62
2.3 Distinção entre título e exercício	74
2.4 Possível distinção entre título e exercício a partir da noção de legitimidade	76
2.4.1 Reformulação dos conceitos de legitimação e legitimidade no Direito Privado	77
2.5 Título e exercício com relação ao poder familiar.	94
2.6 Guarda, tutela civil e tutela administrativa	103
2.6.1 A guarda	104
2.6.2 A tutela civil	105
2.6.3 A tutela administrativa	109
2.6.4 A adoção	110
2.7 Conteúdo mínimo do poder familiar	111
2.8 Fiscalização do poder familiar pelo Estado e pela sociedade	120

## Capítulo 3 - Os Círculos sociais 127

### 3.1 Comunidade e sociedade 127

#### 3.1.1 Comunidade e sociedade em Tönnies e Maritain 127

### 3.2 Concentração das funções sociais nas mãos do Estado 135

### 3.3 Status: a posição do indivíduo perante o Estado e o grupo familiar\_140

### 3.4 Precedência da família dentre os círculos sociais 148

### 3.5 Estado de Direito e a interferência no exercício do poder familiar\_151

## Capítulo 4 - A Família e sua relação com os círculos sociais 157

### 4.1 Noção de família 157

#### 4.1.1 Direito à família e a necessidade da família substituta 179

### 4.2 Competência do Estado, da sociedade e da família: em busca de um critério 180

## Capítulo 5 - Princípios de ordem social 192

### 5.1 Princípios e relações jurídicas entre Estado, sociedade e família. 192

### 5.2 Prevalência dos princípios constitucionais 202

### 5.3 O princípio da subsidiariedade 207

### 5.4 Competências extensivas e princípios reguladores 215

5.5 Princípio de cooperação	222
5.6 Princípio da prevalência da família e da autonomia familiar, princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança.	228
5.7 Relacionando os princípios citados	233
Capítulo 6 - Repartição de competências	237
6.1 Estado brasileiro pós-Constituição de 1988	237
6.2 Fortalecimento das entidades intermediárias	242
6.3 Interesses difusos e sociedade de massa	243
6.4 Princípio da descentralização	248
6.5 Princípio da municipalização	255
6.6 Sociedade civil como agente público	257
6.7 Co-gestão do poder público	260
6.8 Poder Judiciário e os novos órgãos de apoio à administração da Justiça	263
6.8.1 A Lei de Arbitragem	263
6.8.2 Os Juizados Especiais	264
6.8.3 Sociedade civil no atendimento aos direitos indisponíveis	266
6.9 Sociedade civil e as políticas públicas	268
6.10 Políticas públicas relativas aos direitos da criança e do adolescente	276
Capítulo 7 - Sistema de garantias e rede de proteção	294

7.1 Competências gerais por grupos de entidades	297
7.2 Entidades articuladas na rede e a política de atendimento	301
7.3 Atuação programática junto ao Poder Público: Conselhos de Direitos	306

## Parte II

### Do Conselho Tutelar

#### Capítulo 8 - fundamento, natureza jurídica, princípios 310

8.1 Fundamento jurídico positivo	310
8.2 Conceito, natureza jurídica e características do CT	313
8.3 Atribuições deduzidas dos princípios apresentados	319

#### Capítulo 9 - Interação com demais órgãos da rede de proteção 327

9.1 Conselho Tutelar e a família	330
9.2 Conselho Tutelar e Conselhos de Direitos	339
9.3 Conselho Tutelar e o Judiciário	344
9.4 Conselho Tutelar e o Executivo	351
9.5 Conselho Tutelar e o Ministério Público	355
9.6 Conselho Tutelar e as entidades de atendimento	358

Capítulo 10 - Algumas problemáticas. Alternativas de solução 363

10.1 Formação dos Conselheiros 367

10.2 Regimento interno com falhas e lacunas. Ausência de equipe de apoio 370

10.3 Desconhecimento do Conselho Tutelar pela comunidade 372

10.4 Descaso da Prefeitura. Insuficiência de programas de atendimento\_375

10.5 Criação de uma Central de Apoio Operacional 376

10.6 Remuneração adequada à função 379

10.7 Corregedoria dos Conselhos Tutelares 381

Conclusões. 388

Referências. 410

## INTRODUÇÃO

### I. O protagonismo da criança e do adolescente

A julgar pela presunção legal, que estabelece em 18 anos a maioridade, conforme o Código Civil de 2002 (CC), art. 5º, a personalidade do indivíduo, até então, apresenta-se em processo intenso de configuração. Neste momento cessam os efeitos do poder familiar (CC, art. 1.635, III), salvo motivos descritos no CC art. 1.635<sup>1</sup>. Até essa idade, portanto, há especial importância em zelar para que os direitos da pessoa sejam respeitados, para além de uma questão externa à pessoa. Do tratamento dispensado nesta fase da vida depende o saudável amadurecimento humano. Os pais, no exercício do poder familiar, portanto, têm participação decisiva na formação do filho, de modo a serem reconhecidos como os primeiros responsáveis em cuidar que os seus direitos sejam respeitados.

O desrespeito prático à pessoa, traduzido em condutas contrárias a direitos, pelo contrário, produz danos que ultrapassam o indivíduo e ecoam na sociedade sob variadas formas de violência. O cidadão mal formado, uma

---

<sup>1</sup> Morte dos pais ou do filho (CC, art. 1.635, I); emancipação aos 16 anos de idade (CC, art. 1.635, II); decisão judicial (CC, art. 1.635, V). O inciso IV do art. 1.635 do CC considera a adoção como causa de extinção do poder familiar. Todavia, com os novos pais constitui-se novo poder familiar, de modo que, de rigor, não há propriamente interrupção nos efeitos do poder familiar, senão seu desaparecimento para posterior ressurgimento, sob nova filiação.

vez membro do grupo, faz que todos se ressentam de sua disfunção. Há reflexo de sua má formação no seio da sociedade.

Em matéria de direito da criança e do adolescente, no quadro normativo que perdurou até o final dos anos 80, a pessoa não emancipada importava sobremodo enquanto infrator, em face do direito público, ou como objeto do pátrio poder, em matéria de direito privado. A situação mudou bastante dos anos 90 em diante. Com a CF de 1988, a matéria relativa à criança e ao adolescente foi enriquecida. O menor ganhou o caráter de protagonista no cenário jurídico. Os princípios constitucionais posicionaram a proteção de quem se encontra sob “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (CF, art. 227, 3º §, V), acima daquela concedida aos demais cidadãos.

Em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (doravante ECA). A matéria relativa àqueles em “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” foi concentrada sob novas bases. Mais minucioso que o Código Civil, o ECA incorporava valores e princípios constitucionais, revogava o Código de Menores, Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, e tornava-se o principal diploma em matéria de criança e adolescente, como então se denominariam os destinatários da proteção<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Segundo Heloísa Helena BARBOZA, o ECA é lei especial em relação ao CC, em matéria de criança e adolescente, prevalecendo quando há confronto entre os dois. Cf. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: p. 103-135, p. 105.

O ECA alterou o conteúdo do antigo pátrio poder, renomeado *poder familiar* a partir do CC de 2002. Trata-se do principal instituto de interferência na vida do menor. As mudanças realizadas ampliaram a exigência com relação aos pais, seus titulares, para garantir o desenvolvimento da criança e do adolescente em estrita observância e respeito aos direitos previstos na CF e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há uma íntima relação entre poder familiar e respeito aos direitos fundamentais da infância e da adolescência, pois, ao fim e ao cabo, o exercício do poder familiar se legitima, na sociedade ocidental, quando se respeitam os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Quando a conduta dos pais em relação aos filhos prejudica algum desses direitos, legitima-se a interferência da sociedade civil e do Estado nesse múnus. Essa interferência se faz por intermédio de órgãos diferenciados, especializados no atendimento da criança e do adolescente, que compõem o sistema de garantias e a rede de atendimento aos menores.

No conjunto de instituições que compõem a rede de atendimento aos menores, ocupa uma posição de destaque o Conselho Tutelar, previsto no art. 131 do ECA, como órgão municipal encarregado de fiscalizar se, nos casos concretos, os direitos da criança e do adolescente estão sendo observados.

## II. Trabalhando o Conselho Tutelar

Notava-se, no início da década de 2000 que pouca atenção fora dada ao estudo do Conselho Tutelar, em contraste com sua importância estratégica e seu posicionamento entre o exercício do poder familiar e o dever de cuidado do Estado e da sociedade civil. Constatava, até 2001, exíguo desenvolvimento acadêmico a respeito do Conselho Tutelar (doravante CT). O presente trabalho buscou somar a essa tarefa, e apresentar a riqueza do assunto em suas diversas faces, ao contextualizá-lo e inseri-lo também em meio à evolução gradual de interferência da sociedade civil tanto no exercício do poder familiar quanto no exercício do poder público, fenômeno corriqueiro nas democracias contemporâneas.

Para melhor compreensão, o estudo foi dividido em duas partes.

Na primeira delas, *Da fiscalização e orientação do exercício do poder familiar pela sociedade e pelo Estado*, foram estudados os contornos do instituto do poder familiar na atualidade e a relação entre família, sociedade e Estado no seu exercício. Ao mesmo tempo, apresentam-se traços históricos que serviram ao amadurecimento conceitual dos Conselhos voltados à infância e adolescência, que levaria ao encontro das duas frentes de poder no Conselho Tutelar. Fez-se, ainda, breve apresentação do sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente, de modo a localizar o CT nesse quadro.

A segunda parte do trabalho adentra no estudo normativo do CT, apresentando-o como órgão fiscalizador dos direitos da criança e do adolescente. Ele deve atuar em conjunto com demais entidades responsáveis que por vezes

cruzam com o exercício do poder familiar. Sua posição nesse conjunto é definida a partir das atribuições e competências conferidas por lei.

Por sua natureza jurídica, o CT depende financeira e administrativamente do Executivo municipal. Se a Prefeitura não direciona recursos materiais e humanos a permitirem o exercício de atribuições que lhe incumbem, opera-se o cerceamento da eficácia do CT.

Apesar de já não ser recente em nosso sistema jurídico (25 anos de existência), o CT encontra dificuldades no exercício de suas atribuições ainda pela novidade estrutural que representa. A cultura sócio-jurídica de tratamento dos direitos da criança e do adolescente projetada pelo ECA ainda não foi assimilada satisfatoriamente. O amadurecimento do órgão exige também recomposição e aprimoramento dos hábitos do Executivo municipal, do Judiciário e do Ministério Público. Porque desses âmbitos de poder podem ser geradas políticas públicas de promoção de condutas harmônicas entre os diversos atores do sistema. Mostra-se útil, ainda, a revisão da função de conselheiro tutelar, a partir da experiência sedimentada, de modo a se redefinir seu perfil paradigmático.

Na busca de dados que permitissem, à época da pesquisa, a identificação de alguns problemas que pudessem ser resolvidos com medidas acessíveis, dificuldades se apresentaram. Não havia, até os anos de 2000 e 2001, órgão que fornecesse dados organizados e atualizados acerca dos CTs do país. Desta forma, não foi possível reunir informações estatísticas na quantidade idealizada. Os dados acessíveis mostraram-se insuficientes para aferir resultados mais expressivos. Estudo realizado em 1997 havia sido o melhor

repositório estatístico que se encontrara <sup>3</sup>. Desse modo, a pesquisa realizada em vistas de dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo precisou circunscrever-se a locais onde se puderam reunir dados mínimos, pois não se contava com equipe profissional ou apoio institucional a permitir investigação proporcional à dimensão continental do país. Na verdade, mesmo em 2016 esse tipo de levantamento ainda está por ser feito. É plenamente justificável uma avaliação desse vulto, em razão da importância do órgão no sistema, e de seu potencial para resolver de forma mais simples e direta diversas demandas.

Pela exigência legal, cada Município brasileiro deve ter pelo menos um CT, o que por si representaria cerca de 6.000 CTs no País. Até 2001, pouco mais de 3 mil Municípios brasileiros possuíam CT<sup>4</sup>. Nos grandes centros urbanos necessariamente haveria mais de um - na Capital Paulista havia 34 -, o que contribuiria para que o total de TCs fosse superior ao número de Municípios.

Em função das dificuldades apresentadas, reduziu-se o estudo aos CTs de algumas capitais, constatando-se ainda assim dispersão de informações e insuficiência de estudos. Todavia, na posse de informações de alguns centros urbanos foi possível identificar alguns problemas e propor alternativas

---

<sup>3</sup> O principal trabalho estatístico que se teve acesso data de 1997. *Conselhos tutelares no Brasil: perfil dos conselheiros e atuação no sistema de garantias de direitos*. Associação Nacional de Centros de Defesa (ANCED) e Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua – MNMMR. Recife, 1997.

<sup>4</sup> De acordo com o IBGE – 2001, até então contavam-se 3.011 Municípios com Conselhos Tutelares, em um universo de 5.500 Municípios. Cf. Ministério da Justiça: <<http://www.mj.gov.br/sedh/dca/>>. Acesso em 03 jun. 2002.

para resolvê-los, visando à efetividade plena do CT, ainda importante agente para o atendimento aos direitos da infância e da juventude no Brasil.

Ao delimitar o objeto da pesquisa, excluiu-se a abordagem dos direitos da criança e do adolescente sob o prisma amplo dos direitos humanos, que demandaria pesquisa autônoma. Também não se fez uso de jurisprudência, desnecessária diante das pretensões do trabalho, relegando-a para momento posterior.

Preferiu-se revisitar o poder familiar sob o prisma da ordem de interferência social no âmbito privado, a partir da doutrina de filósofos sociais ou juristas que de algum modo trabalharam conceitos adequados a essa abordagem. Não se faria ainda estudo comparativo com órgãos similares de outros países. De rigor, não se chegou a obra que apresentasse esse quadro comparativo, ficando essa tarefa para outra pesquisa. Novamente, em 2016 ainda se carece de um estudo dessa magnitude. Optou-se antes por dar espaço ao desenvolvimento da doutrina sócio-jurídica e sócio-política acerca da intervenção do Estado e da sociedade civil no poder familiar, e à apresentação do CT como órgão no qual sociedade e Estado se reúnem e essa intervenção se realiza, de modo prático.

## **PARTE I**

# **DA FISCALIZAÇÃO E ORIENTAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR PELA SOCIEDADE E PELO ESTADO**

## **PRESSUPOSTOS TEÓRICO-DOGMÁTICOS**

### **1. ASPECTOS SÓCIO-JURÍDICOS**

# CAPÍTULO 1

## NATUREZA JURÍDICA DO PODER FAMILIAR

### 1.1 Noção de poder familiar

O poder familiar é instituto que legitima a interferência na vida do indivíduo em “peculiar condição de pessoa em desenvolvimento” - CF, art. 227, §3º, inciso V. Pode ser entendido como síntese de poderes, deveres e direitos que possibilitam a condução dos atos e da vida da pessoa absoluta ou relativamente incapaz em decorrência da idade (criança e adolescente, nos termos do ECA), tendo em vista prepará-la para o exercício pleno da liberdade, fato que se consuma, de ordinário, quando atinge a maioridade e passa a gozar de plena capacidade de exercício.

Definir sua essência é tarefa árdua e dificilmente poderá dar-se por concluída. A realidade é sempre mais rica que nossa capacidade descritiva. Como primeira atitude para compreender a relação desse instituto com a família, a sociedade civil e o Estado, é necessário perguntar-se a respeito de sua natureza jurídica, visando a fixação das notas principais do conceito de poder familiar. A partir dessa investigação estuda-se com maior propriedade seu exercício e limites, bem como as competências da sociedade e do Estado relativas a ele.

### 1.1.1 Dificuldade de conceituar cientificamente temas de direito de família

Há complexidade peculiar no estudo de temas ligados à família, por se tratar do primeiro e principal círculo social em que a pessoa se torna alvo de variados processos de adaptação social<sup>5</sup>. Essa complexidade tem servido de justificativa para o tratamento de alguns institutos do Direito de Família à revelia da Teoria Geral do Direito. Apesar de limitada a Teoria Geral do Direito para descrever o fenômeno jusfamiliar, convém que se faça esforço para usá-la ao máximo, pois até o presente tem-se mostrado instrumento de grande utilidade para a elaboração de um raciocínio jurídico claro e de uma ciência jurídica universal, para além das perimeters de um Estado.

---

<sup>5</sup> No *Tratado de direito privado*, PONTES DE MIRANDA identifica pelo menos sete processos adaptativos identificados: o religioso, o moral, o estético, o gnoseológico (ciência), o político, o jurídico e o econômico (além da educação, da moda, etc). Esses processos adaptativos se operam “dentro de *sistemas* relativamente fechados, que são os círculos sociais, uns envolventes, outros internos, uns que permanecem, outros que passam. A família é círculo interior permanente” (grifos no original)<sup>5</sup>. Ou seja, no seio familiar se apresentam microcosmicamente os diversos processos de adaptação que a pessoa também encontrará no macrosociedade civil, todavia vivenciado de modo mais intenso na esfera doméstica. Com relação à integração dos círculos sociais, diz PONTES DE MIRANDA que “outra lei sociológica, geral, e que por vezes, no trato dos problemas jurídicos, se tem de aludir, é a lei de crescente dilatação e integração dos círculos sociais, quando se acham eles em evolução”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2. ed. , t. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 165.

## 1.2 Natureza jurídica do poder familiar

Perguntar-se sobre a natureza jurídica do poder familiar leva ao questionamento do que se compreende por *natureza jurídica*. Como não se trata do objeto específico desse trabalho, entende-se suficiente adotar-se a concepção de José Oliveira Ascensão<sup>6</sup>.

A natureza é a essência de um ser, de modo que o estudo da natureza jurídica deveria levar ao estudo do significado último dos institutos jurídicos. Esse enfoque é levado a termo na Filosofia do Direito. Quando demais ramos da Ciência Jurídica se perguntam sobre a natureza jurídica de determinado instituto, pretendem identificar no âmbito da dogmática a categoria jurídica na qual melhor se insere o instituto sob exame. Essa determinação pode ser feita após análise dos efeitos jurídicos desse instituto e, quando fixada, deverá exprimir sinteticamente o regime positivamente estabelecido para o instituto<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Natureza Jurídica. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. V. 54, São Paulo: Saraiva, 1980: p. 95-96.

<sup>7</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Natureza Jurídica. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. V. 54, São Paulo: Saraiva, 1980 p. 95.

A reflexão a respeito do poder familiar divide autores entre as categorias de direito subjetivo<sup>8</sup>, poder-dever<sup>9</sup> (poder funcional) e situação jurídica<sup>10</sup>. Obras monográficas a respeito costumam apresentar diferentes conceitos doutrinários do instituto<sup>11</sup>, apesar de poucas desenvolverem satisfatoriamente o estudo de sua natureza jurídica. Exatamente por isso não será exposto aqui repertório de conceituações, para não reincidir em caminho largamente trilhado. Este trabalho se limitará ao comentário de algumas concepções avalizadas na Teoria Geral do Direito Privado, para a análise da natureza jurídica do poder familiar.

---

<sup>8</sup>SANTOS NETO, Antonio José de Paula, entende que o poder familiar é direito subjetivo e poder funcional ao mesmo tempo. Cf. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. Assim também entende ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder, guarda de filhos e direito de visita*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9.

<sup>9</sup>A maior parte dos doutrinadores partilha desta concepção. Por todos, serão citados neste trabalho autores de prestígio em matéria de Teoria Geral do Direito Privado: ANDRADE Manuel A. Domingues de, MOTA PINTO, Carlos Alberto da (ambos de Portugal); JOSSERAND, Louis, (França); CICU, Antonio e LUMIA, Giuseppe (Itália).

<sup>10</sup>VARELA, Antunes. *Direito da família*, v.1. Lisboa: Petrony, 1996, p. 166 ss.

<sup>11</sup>Podem ser consultadas, para esse efeito: SANTOS NETO, Antonio José de Paula, entende que o poder familiar é direito subjetivo e poder funcional ao mesmo tempo. Cf. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, e ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder, guarda de filhos e direito de visita*, São Paulo: Saraiva, 1999.

### 1.2.1 Direito subjetivo e poder familiar

Carlos Alberto da Mota Pinto define o direito subjetivo como

[...] poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)<sup>12</sup>

Manuel A. Domingues de Andrade entende o direito subjetivo como poder conferido pela ordem jurídica para tutela de interesse do próprio titular<sup>13</sup>. Ambos têm em comum a compreensão de que o direito subjetivo pressupõe a possibilidade de livre exercício do poder do qual se é titular. Em função desse ponto de vista, negam que o pátrio poder seja direito subjetivo<sup>14</sup>.

José Antonio de Paula Santos Neto rejeita a concepção segundo a qual o direito subjetivo tem por característica essencial a sua livre disponibilidade pelo

---

<sup>12</sup>MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., 5. reimp. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 169.

<sup>13</sup>ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1966, p. 10.

<sup>14</sup>MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., 5. reimp. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 10.

titular<sup>15</sup>. Elege a definição de Rubens Limongi França, para quem o direito subjetivo seria “o conjunto de faculdades relativas aos direitos conferidos pelas normas (*facultates agendi*)”<sup>16</sup>. A partir da definição de Limongi França, afirma que o poder familiar teria natureza jurídica de “poder-dever instrumental em face dos filhos e direito subjetivo perante terceiros”<sup>17</sup>. Ou seja, atribui dupla natureza jurídica ao instituto, elegendo dois conceitos que a maior parte dos doutrinadores julgam inconciliáveis.

A ideia de natureza jurídica *sui generis*, a servir para o caso de não se ter descoberto categoria apropriada ao instituto sob exame, é postura legítima e necessária quando a realidade supera a capacidade humana de descrição. Mas, falar em “natureza jurídica bifronte”, como pretende Santos Neto, levaria ao contrassenso de afirmar que determinada entidade tem duas essências: não é admissível do ponto de vista lógico-filosófico. O princípio da não-contradição impede que algo seja e não seja ao mesmo tempo, sob mesmo aspecto. Assim, essa compreensão é inadequada, em que pese traduzir a dificuldade de vinculação a uma dada categoria consolidada.

---

<sup>15</sup>SANTOS NETO, Antonio José de Paula, entende que o poder familiar é direito subjetivo e poder funcional ao mesmo tempo. Cf. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 60.

<sup>16</sup>LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 137.

<sup>17</sup>SANTOS NETO, Antonio José de Paula, entende que o poder familiar é direito subjetivo e poder funcional ao mesmo tempo. Cf. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 60.

### 1.2.2 Poder funcional e poder familiar

Há muito se afirma que o poder familiar é poder funcional ou poder-dever. Para Antonio Cicu, o “pátrio poder” é antes de tudo e sobretudo dever dos pais cujo cumprimento se perfaz pelo comportamento deles no exercício da guarda dos filhos<sup>18</sup>. JOSSERAND afirma que o poder paternal (autoridade parental na França de hoje) tem natureza de poder-dever<sup>19</sup>. Carlos Alberto da Mota Pinto e Manuel A. Domingues de Andrade entendem que o poder familiar tem natureza jurídica de poder funcional<sup>20</sup>.

O estudo analítico de Giuseppe Lumia<sup>21</sup>, acerca da estrutura da relação jurídica, permite diferenciação clara da

---

<sup>18</sup>CICU, Antonio. *La filiazione*, 2. ed., 3. tir. Torino: UTET, 1969, p. 351.

<sup>19</sup>OSSEERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, t.1, 3. ed. Paris: Sirey, 1963, p. 590.

<sup>20</sup>MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., 5. reimp. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 170; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1966, p. 10.

<sup>21</sup>LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 102-123.

A tradução aqui avançada segue a que foi elaborada por Alcides TOMASETTI JR., em texto não publicado nomeado “Teoria da relação jurídica”, usado pelo durante aulas ministradas em abril de 1999 para os alunos de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Nas adaptações sugeridas por Alcides TOMASETTI JR., o italiano “situazione giuridica” foi vertido em *posição jurídica subjetiva*, quando referido à posição em que o sujeito coloca-se perante outro, em uma mesma relação jurídica, modificando e adaptando à doutrina brasileira as idéias expostas. Quando LUMIA se refere ao quadro geral constituído pela relação jurídica, também usa a expressão “situazione giuridica”. Neste caso, Alcides TOMASETTI JR.

estrutura do poder funcional com relação ao direito subjetivo. Abre-se nesse momento oportunidade para revisitá-lo.

### 1.3 Contraste entre os conceitos de poder funcional e direito subjetivo

Fragmentando a realidade para compreendê-la melhor, Lumia analisa as posições jurídicas que as partes podem assumir na relação jurídica. A partir da percepção e identificação das posições jurídicas subjetivas elementares, ficará mais clara a distinção entre direito subjetivo e poder funcional, no breve estudo comparativo das duas categorias.

Lumia descreve oito posições jurídicas elementares<sup>22</sup> (“o lugar que cada sujeito ocupa no contexto da relação jurídica”), apresentando-as aos pares, seguindo o esquema proposto pelo norte-americano Wesley Newcomb HOHFELD em seu *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Cada posição implica modo de estar de um sujeito perante o outro sob determinado aspecto, na relação que entre eles se estabelece. Os pares conceituais são, do ponto de vista ativo e passivo, respectivamente: pretensão e dever de comportamento; faculdade e falta de pretensão (em se tratando, nestes dois casos, de normas de conduta); imunidade e falta de poder; poder formativo e sujeição (pares ligados às normas de competência).

---

traduziu como *situação jurídica*. Visando a facilitar a leitura no original trouxe-se, em rodapé, o texto correspondente às citações.

<sup>22</sup>LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 109-111, com adaptações do Professor Tomasetti Jr.

Trabalhando com essas combinações de pares, Lumia observa que o direito subjetivo apresenta-se como “um complexo unitário (e unificante) de posições jurídicas subjetivas elementares”<sup>23</sup>.

“A figura jurídica do direito (em sentido) subjetivo responde substancialmente a uma exigência de economia mental; não é mais que uma fórmula abreviada - estenográfica, por assim dizer - por intermédio da qual designa-se uma constelação de posições jurídicas subjetivas ativas elementares”<sup>24</sup>.

O poder funcional, ou poder-dever, por sua vez, é o poder jurídico, atribuído ou reconhecido como pertencente a um sujeito vinculado ao dever de exercitá-lo. O titular do poder funcional fica sujeito a sanções caso não observe tal dever.

O titular do direito subjetivo assume apenas e somente posições jurídicas subjetivas ativas elementares, que podem se combinar das mais diversas formas, de acordo com

---

<sup>23</sup>LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 112, com adaptações.

No original: “Il diritto soggettivo si presenta come un complesso unitario (e unificante) di situazione giuridiche elementari.”

<sup>24</sup>LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 113.

No original: “la figura giuridica del diritto soggettivo risponde in buona sostanza ad una esigenza di economia mentale: essa è nient’altro che una formula abbreviata, per così dire stenografica, con la quale si denota una costellazione di situazioni giuridiche elementari che si presentano abitualmente collegate.”

o caso concreto (faculdade, pretensão, poder formativo, imunidade). O resultado dessa combinação é chamado por Lumia de “posição jurídica subjetiva complexa”.

O poder funcional, como o direito subjetivo, é posição jurídica subjetiva complexa. Mas, o titular do poder funcional, à diferença do titular do direito subjetivo, possui ao lado das posições jurídicas subjetivas ativas decorrentes das normas de competência (poder formativo e imunidade), posição jurídica subjetiva passiva no âmbito das normas de comportamento (normas primárias).

Por isso Lumia afirma que:

“ [...] dos direitos subjetivos distinguem-se nitidamente os poderes funcionais (potestà, no original), que implicam uma outra e diversa categoria de posição jurídica subjetiva complexa. O conceito de poder funcional decorre da conjunção entre um poder formativo e um dever comportamental (obbligò, no original). Realmente, nos poderes funcionais, determinadas posições jurídicas são atribuídas a um sujeito para a satisfação de interesses que não são estritamente seus, como, por exemplo, ocorre com o poder funcional conferido ao pai sobre os filhos menores; com os poderes funcionais atribuídos aos órgãos públicos no interesse da coletividade; com os poderes funcionais que caracterizam a atuação dos órgãos das pessoas jurídicas, etc. As pessoas investidas nesses poderes não são livres de exercitá-los, ou não, de modo que a perseguição

daqueles interesses não fica confiada ao mero arbítrio do titular de uma faculdade, mas à prudente discricionariedade vinculada do sujeito investido numa posição jurídica ativa, que ele tem o dever de exercitar, no sentido de modificar a situação jurídica do sujeito passivo “<sup>25</sup>.

### 1.3.1 Conceito de poder em direito privado

Como comentário final a esta análise do poder funcional, apresentam-se abaixo duas concepções que somam no sentido de esclarecer a noção de poder, chamado de poder-dever, poder instrumental ou poder funcional.

O francês Emmanuel Gaillard desenvolve extensamente a noção de poder em Direito Privado chegando

---

<sup>25</sup> LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 120. No original: “Dai diritti soggettivi vanno nettamente distinte le potestà. Il concetto di potestà scaturisce dal coniugarsi di un potere con un obbligo. Nella potestà, infatti, determinati potere sono attribuiti al singolo per il soddisfacimento di interesse che non sono specificamente suoi: tali, per esempio, la potestà conferita ai genitori sui figli minori, i poteri atribuiti agli organi pubblici nell’interesse della collettività, ecc. Ma coloro che sono investiti di una potestà non sono liberi di esercitare o meno i poteri ad esse conferiti nell’interesse altrui, ma sono obbligati ad esercitarli; e il perseguimento di tali interessi non è affidato al mero arbitrio del titolare della facoltà, ma alla sua prudente discrezionalità. Colui che è investito di una potestà è quindi titolare di poteri, il cui uso discrezionale costituisce per lui un obbligo: ciò si suole indicare coi termini di ufficio o, più frequentemente, di funzione. Correlativamente alla potestà corrispondono dal lato passivo del potere, una soggezione, e dal lato attivo dell’obbligo, una pretesa”.

à conclusão de que há duas categorias de prerrogativas jurídicas essencialmente diferentes: os direitos subjetivos e os poderes funcionais. Enquanto aqueles conferem a seu titular plena liberdade de exercício, tendo como limitação ínsita o prejuízo que possam causar a terceiros por sua atuação, estes geram o dever de exercício, ao menos parcialmente, sendo o titular passível de controle judiciário se não o cumprir. Afirma de modo expresso e conclusivo que não é possível conceber situações mistas de direito subjetivo e poder funcional, como pretendia Santos Neto: “não existem direitos mistos”<sup>26</sup>.

Para Paul Roubier,

“[...] o poder, na linguagem do direito, é uma prerrogativa que permite a seu titular intervir na esfera jurídica de outros; ele permite a uma pessoa levar o governo sobre a pessoa de outro, dar-lhe ordens e diretivas (poder sobre a pessoa), ou ainda permite-lhe administrar os bens de outrem, gerir seus bens de uma maneira mais ou menos ampla (poder sobre os bens). [...], o titular deste poder não deve agir por interesse pessoal, mas no interesse do agrupamento ou da pessoa no nome de quem age”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup>GAILLARD, Emmanuel. *Le pouvoir en droit privé*. Paris: Economica, 1985, p. 232.

<sup>27</sup>ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 186.

No original, citação completa do parágrafo: “Le pouvoir, dans la langue du droit, est une prérogative qui permet à son titulaire d’empiéter sur la sphère juridique d’autrui; il permet à une personne de prendre le gouvernement de

As teorias acerca do desvio do poder - desvio perpetrado por quem se encontra legitimamente investido da posição para exercê-lo sem o abuso - abrangem as situações em que o poder paternal é desviado de sua função, seja por abuso, seja por omissão<sup>28</sup>. Nesses casos caberá intervenção do Estado e da sociedade na administração do poder familiar.

#### 1.4 Poder familiar como situação jurídica

Outra possibilidade aventada por alguns juristas é de o poder familiar ser tratado como *situação jurídica*. É o entendimento de Antunes Varela<sup>29</sup>. Todavia, dada a amplitude do conceito de “situação jurídica”, que abrange inumeráveis ocorrências em matéria de direito, esse enfoque não parece ser o mais indicado como delimitador da natureza jurídica do poder familiar. Diversos autores usam tal terminologia para referir-se a ideias muito diferentes.

---

la personne d'un autre, de lui donner des ordres et des directives (pouvoir sur la personne), ou encore il permet à une personne de prendre l'administration des biens d'autrui, de gérer ses biens d'une manière plus ou moins large (pouvoir sur le biens). On verra bientôt que ce qui caractérise le pouvoir par rapport au droit, c'est que le titulaire de ce pouvoir ne doit pas agir pour son intérêt personnel, mais dans l'intérêt du groupement ou de la personne au nom de qui il agit. C'est la rançon obligatoire du pouvoir; on ne peut empiéter sur la sphère juridique d'autrui que dans l'intérêt d'autrui, et non pas dans son propre intérêt.”

<sup>28</sup> Veja-se o CC, art. 1.637, *caput*, que trata dos limites por abuso ou omissão dos deveres paternais).

<sup>29</sup>VARELA, Antunes. *Direito da família*, v.1. Lisboa: Petrony, 1996, p. 166. Segundo VARELA, citando GERNRUBER, esse é o entendimento dominante na Alemanha.

Assim, Emilio Betti<sup>30</sup> compreende *situação jurídica* de modo diferente do sentido dado por Paul Roubier. Antonio Cicu<sup>31</sup> tem entendimento diferenciado quando aplica o termo *situação jurídica* na explicação do conceito de *status*. No Brasil, Marcos Bernardes de Mello vale-se da expressão “situação jurídica” para significar o efeito imediato de fato jurídico *in genere*<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup>BETTI entende que situações jurídicas “constituem respostas que a ordem jurídica dá às diferentes situações de fato que são configuradas à medida que vão sobrevivendo os fatos jurídicos”. Representam um “modo de estar” jurídico de determinadas situações concretas configuradas pela ordem jurídica após a ocorrência de fatos jurídicos. Seria o retrato da situação estabelecida por um fato jurídico. Esse “instantâneo” jurídico de uma situação de fato juridicizada, é modificado à medida que a situação concreta que subjaz a ela serve de suporte fático à incidência de outra norma, incidência esta que, por sua vez, constitui um novo fato jurídico, e, logo, por efeito cascata surge uma nova situação jurídica diferente da anterior (outro “instantâneo”). A própria relação jurídica, por exemplo, para BETTI, é uma espécie de situação jurídica. *Teoria geral do negócio jurídico* [Teoria generale del negozio giuridico]. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 19-20.

<sup>31</sup>O conceito de *status* desenvolvido por CICU é examinado no ponto 3.3.

<sup>32</sup>Como ilustração da polissemia e da generalidade de possibilidades de compreensão do conceito de *situação jurídica*, pode-se apresentar sucintamente a compreensão de MELLO e de ROUBIER, autores de inquestionável seriedade, que têm sistemas de pensamento diferentes.

Marcos Bernardes de MELLO desenvolve o conceito de situação jurídica como preparação para a compreensão do conceito de negócio jurídico. Apresenta inicialmente o conceito de *situação jurídica básica* como *o efeito mínimo decorrente de um fato jurídico*, o qual, por sua vez, é o produto da incidência da norma jurídica. Esse efeito mínimo, nomeado *situação jurídica básica*, de acordo com a eficácia específica que projeta sobre as esferas jurídicas individuais, recebe um segundo qualificativo de *simples*

---

(unissubjetiva) ou *complexa* (intersubjetiva). A situação jurídica básica simples é aquela em que a eficácia específica do fato jurídico é limitada exclusivamente a uma esfera jurídica. A situação jurídica básica complexa, por sua vez, envolve mais de um sujeito e atinge duas ou mais esferas jurídicas quando sua eficácia é plena. Neste último caso estabelece-se um *relacionamento intersubjetivo*. Essas situações jurídicas básicas complexas subdividem-se, ainda, em unilaterais ou multilaterais, de acordo com a bilateralidade de direitos e deveres que gera para ambas as partes ou para apenas uma delas. (Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico, plano da existência*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147-153).

Paul ROUBIER faz outro uso do conceito de situação jurídica, com traços semelhantes e traços diferentes. Chama *situação jurídica* ao efeito da incidência das regras de direito nas situações concretas e individuais. Essas situações jurídicas dividem-se em dois grandes grupos: *situações jurídicas subjetivas* e *situações jurídicas objetivas*, de acordo com a prevalência de direitos (vantagens) ou deveres (desvantagens) para o titular de uma posição jurídica.

Nas *situações jurídicas objetivas* prevalecem *deveres* e a atribuição de prerrogativas e poderes ao titular dessa posição tem em vista o dever que lhe é imposto de agir no interesse de outrem. Quando há prevalência de *direitos*, disponíveis e renunciáveis pelo titular, está-se diante de *situações jurídicas subjetivas*, dentre as quais destaca-se a figura do direito subjetivo (Cf. ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 7-85).

Dentre os dois autores, sob a ótica do poder familiar, mais útil se mostra o entendimento e a classificação de ROUBIER, que elege o conteúdo das situações jurídicas – eficácia funcional – como critério de diferenciação entre os dois grupos de situações jurídicas (subjetivas e objetivas). Para ROUBIER o pátrio poder é situação jurídica objetiva (Cf. ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 21, p. 190, dentre outras).

MELLO tem outra perspectiva de estudo. Preocupado com a *estrutura* do fato jurídico, não se fixa na atribuição de poderes-deveres ou direitos-

Inúmeras concepções de situação jurídica englobam o poder familiar. Mas também abrangem institutos bem diferentes dele. Assim, a inserção do poder familiar na categoria “situação jurídica”, apesar de ser enquadramento possível, não explica notas peculiares que o informam ontologicamente, e podem ser aferidas pela classificação do poder familiar como poder funcional.

---

obrigações, como faz ROUBIER, mas se limita aos efeitos de incidência das normas sobre os fatos, sem adentrar no conteúdo dos poderes atribuídos às partes nas relações jurídicas.

## CAPÍTULO 2

### TUTELA JURÍDICA E CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR

#### 2.1 Tutela jurídica do exercício do poder familiar

Quando se pretende definir a natureza jurídica de um instituto jurídico, convém fixar-se nas principais características que o constituem, relegando a segundo plano aspectos que não sirvam para diferenciá-lo em meio às demais categorias possíveis. As notas essenciais são levadas em conta em detrimento de outros efeitos que possam advir do instituto. Por isso é desacertada a postura de quem afirma ser o poder familiar *direito subjetivo*, dada a faculdade dos pais de reagir perante quem lhes prejudica o exercício, ou ainda em função da atribuição de usufruto legal dos bens do filho (CC, art. 1.689, inciso I).

Há pelo menos dois fundamentos para a defesa do exercício do poder familiar por quem de direito sem a necessidade de se afirmar tratar-se de direito subjetivo. Primeiro fundamento decorre da nota de *exclusividade* do poder familiar. Outro, mais remoto, diz com o *dever constitucional* dos pais de exercitarem o poder familiar,

disposto no artigo 229, reforçado pelos artigos 227 e 5º, inciso II: são os pais os que têm a competência originária e exclusiva para exercer o poder familiar.

### 2.1.1 Tutela fundada sobre a nota de exclusividade do poder familiar

A principal característica do poder familiar, do ponto de vista jurídico, é a prestação de serviço dos pais aos filhos. Na administração desse poder, podem reagir perante ingerência alheia. Isso decorre da *exclusividade* que acompanha o título do poder parental. A *exclusividade* se manifesta na liberdade de exercer os poderes conferidos pelo título como quiserem, enquanto respeitam os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Quando turbada, os pais podem reagir. Esta prerrogativa é assegurada pela Lei (CC art. 1.631). Não se trata, todavia, de direito subjetivo, pois se atrela ao rol de poderes indisponíveis e irrenunciáveis<sup>33</sup> pertencentes aos titulares do poder familiar. Os pais, além de estarem impedidos de renunciar a esse poder-dever, respondem pelo mau exercício - a omissão, neste caso - que façam dele.

Nas palavras de Walter Moraes:

“O direito atual vê no pátrio poder liame que impõe aos pais o dever de suprir deficiências naturais de filhos menores, prestando-lhes a assistência que a sua condição exige. Trata-se de dever, cuja

---

<sup>33</sup> ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder, guarda de filhos e direito de visita*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

*exclusividade* de exercício a lei assegura aos pais, oponível, por conseguinte, como um direito, a terceiros: é o *múnus privado*, o ministério, o direito-função, direito-dever, o *poder*”<sup>34</sup>.

O título de poder familiar confere poderes-deveres que se exercem, via de regra, com exclusividade, de tal sorte que os titulares podem opor-se a quaisquer outros que pretendam interferir no seu exercício. Continua esse atributo -exclusividade- a serviço da função do poder, e essa exclusividade responde à necessidade dos filhos de serem administrados por única fonte de poder.

### 2.1.2 Tutela fundada no dever constitucional de assistir, criar e educar os filhos (art. 229)

Quando alguém interfere ilegítimamente no livre exercício do poder familiar, surge aos titulares (pais) o legítimo poder de reação, ainda em razão de sua competência originária e exclusiva como gestores do poder familiar, por força do art. 229 da Constituição, que diz “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (...)”. O art. 229 se refere às três notas próprias do poder familiar, elevando-o a *dever fundamental* dos pais. A referência a “pais” e “filhos”, deixa claro tratar-se de exclusividade aqui. De certa forma aqui se evidencia o dever fundamental de solidariedade

---

<sup>34</sup> MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 189. Grifos no original. Convém notar que o autor não classifica o poder familiar como direito subjetivo. Estabelece apenas um termo comparativo ao dizer que o pátrio poder é oponível a terceiros “como um direito”.

familiar, ao se colocar na segunda parte do mesmo dispositivo que “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Os artigos 227 e 230 expandem o dever de solidariedade à sociedade e ao Estado, aplicado à criança, adolescente, jovem e idoso. Mas também nestes dispositivos a família surge enunciada em primeira posição.

## 2.2 O poder familiar como (eventual) direito fundamental dos pais

A noção de poder-dever noticia, no âmbito do Direito Privado - especialmente no Direito de Família - o nascimento de posições jurídicas subjetivas nas quais importa menos à ordem jurídica a manifestação ou a declaração de vontade da pessoa para a formação de relação na qual ela é parte. A relação jurídica se constitui em função da pertinência do indivíduo a determinado agrupamento social. Desse relacionamento social originam-se deveres independentemente de as partes pretenderem, voluntária e expressamente, que tais efeitos se produzam.

No poder funcional é patente a carga de *dever* que embasa a relação jurídica criada. Outra categoria em que o dever é a força motriz da relação jurídica, é a dos chamados *direitos fundamentais*, especialmente em face da compreensão, no Brasil, de sua eficácia horizontal, ampliando-se desse modo o sujeito passivo para uma universalidade além do Estado, que estaria isolado no polo passivo dessa categoria de relação, segundo a interpretação de alguns, em outros tempos.

Entre esses tipos de relações pode-se apontar diferença estrutural importante. Na situação do pátrio poder, enquanto poder funcional, o *dever* que corresponde ao direito da criança ou adolescente recai sobre *sujeitos determinados*<sup>35</sup>, os pais. Já no caso dos direitos fundamentais o *dever* recai sobre uma *universalidade de sujeitos indeterminados*<sup>36</sup>, que estarão a compor o polo passivo da relação jurídica. Nesse sentido, o poder familiar, enquanto título exclusivo dos pais, observado desde fora, pode assumir caráter de direito fundamental dos pais, por ser indisponível e defensável *erga omnes*. Mas, novamente, essa não é a nota essencial do poder familiar, que continua sendo sua perspectiva interna, de poder-dever. De todo modo, a indisponibilidade afasta a possibilidade de atribuir-se a natureza jurídica de direito subjetivo ao poder familiar, exatamente quando se subentende o direito subjetivo como disponível. Portanto, a

---

<sup>35</sup> O pólo ativo do poder funcional acumula, ao lado do poder, um dever, como anteriormente se esclarecia pela doutrina de LUMIA.

<sup>36</sup> O direito de propriedade é o direito real por excelência, mas também é direito fundamental. Essa pertinência comum mostra que a “propriedade” tem um duplo valor, seja do ponto de vista patrimonial (aí sim, como direito das coisas), seja do ponto de vista pessoal (como direito fundamental). Isso vem de encontro à ideia acima apresentada de duplo grau de proteção de algumas situações jurídicas, onde se muda a perspectiva de tutela ao passar de uma dimensão disponível (direito subjetivo) a uma indisponível (direitos fundamentais). Há um âmbito de respeito à propriedade privada que se confunde com o respeito ao indivíduo: esse não pode ser infringido sob o risco de toda a sociedade se desestruturar ao aceitar que uma pessoa seja desrespeitada em sua dignidade básica: sua condição de pessoa livre, que pode possuir a si mesma e necessita manifestar essa posse de si nas coisas que a circundam.

categoria de direito fundamental, vinculada à tutela da pessoa humana, enquanto tal (conforme prescreve o art. 5º da CF), serviria ainda de fundamento para a defesa dos pais no exercício de suas atribuições, caso se pretenda ir além do atributo *exclusividade*, fundamento próximo para tanto.

Essa situação leva a reconhecer o fenômeno do aparecimento involuntário de posições jurídicas subjetivas ativas e passivas no seio da sociedade, a partir de relações jurídicas privadas, motivadas pela necessidade coletiva de estabelecer deveres que possam ser exigidos juridicamente.

Os *deveres* são apontados habitualmente como objeto da conduta moral, enquanto os *direitos* são anunciados como componentes do sistema jurídico. Por isso, dificilmente o privatista observa a relação jurídica sob o prisma inicial do *dever*, pautando-se de imediato pelo *direito* que se constitui reciprocamente a tal. Nos direitos civis de caráter eminentemente patrimonial, a perspectiva dos *direitos* costuma atender satisfatoriamente a regulação da matéria. Não assim em matéria de direitos de cunho eminentemente pessoal, como é o caso do direito de família.

Mesmo em matéria de direito obrigacional, deveres não expressamente pactuados tendem a ser reconhecidos como elementos necessários das relações. Pode-se exemplificar no desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva, que amplia a noção de deveres pressupostos em uma relação civil, sem a necessidade de manifestação ou contratação expressa acerca deles. “*Criando deveres e limitando direitos*, a boa-fé objetiva carrega à problematização

das fontes de produção jurídica, o que vai se refletir, de modo imediato, no perfil do sistema – ou da noção – no direito”.<sup>37</sup>

No direito de família não há como evadir-se da juridicização dos temas de acordo com a ética social. Algumas relações não se pautam pela autonomia plena da vontade individual: há um interesse social e há uma ética social que devem ser observados na constituição dos vínculos pessoais que extrapolam a condição individual. Essa ética social torna-se jurídica pela exigência da sociedade com relação a certas condutas de estruturação e preservação do meio familiar e se manifesta de modo inequívoco nas leis, quando genuinamente elaboradas em conformidade à expectativa e necessidade sociais.

Assim se compreende porque muitas posições jurídicas se constituem em virtude da necessidade de estabelecer deveres que sejam juridicamente exigíveis. A categoria *instituição* serve bem à descrição desse fenômeno, visto que a *instituição* traduz uma estrutura menos flexível, em face da qual as partes podem apenas aderir a alguns modelos tipificados como tais, e que lhes conferirão *status* jurídico e social respectivo. Isso não impede que as pessoas se associem e se organizem com plena liberdade, de modo não institucional. Somente não se lhes conferirá igual tratamento jurídico. Esse efeito se produz não por “pre-conceito”, senão exatamente pelo oposto: a instituição vincula-se a um dado conceito de sedimentação social. O que não está adequado a uma dada categoria, pertencerá a outra.

---

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27. Grifos nossos.

Pense-se no contraste entre o casamento-ato jurídico e o casamento-instituição<sup>38</sup>, momentos diferentes de um mesmo fenômeno. Quanto aos preceitos jurídicos de uma instituição, as pessoas que nela ingressam não têm a disponibilidade de alterá-los a seu talante. Há uma ordem social que dita certos limites ou características a serem respeitadas. Não por outra razão, a família na Constituição de 1988 está sob o Título VIII, “Da Ordem Social” e não sob o Título II, “Das garantias e direitos fundamentais”. O ator principal no título VIII é a sociedade e não o indivíduo. Nas situações de interesse social prevalecente, o ponto forte das relações está na carga de deveres; mas, dada a necessária bilateralidade *deveres-direitos* nas relações jurídicas, exsurtem, necessária e reflexamente, direitos.

Paul Roubier chama a atenção ao fenômeno do surgimento de situações jurídicas motivadas basicamente pela existência primeira de deveres. Argumenta que no direito romano existiam ações (*actio in rem*, *actio in personam*) que podiam ser movidas independentemente da verificação de direito anterior que as fundamentasse, bastando que o pretor as previsse em seu edito<sup>39</sup>. Recorda que a sociedade pré-

---

<sup>38</sup> BITTAR, tratando dos novos rumos do direito de família no Brasil, com a CF de 1988, lembra que, "inobstante a ênfase personalista indicada, as reformas não têm olvidado o aspecto institucional do relacionamento familiar, ditando, a cada passo, regras limitativas da ação individual no interesse do conjunto, tanto pessoais quanto patrimoniais". Cf. BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord), *Direito civil na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989: p. 1-37, p. 25.

<sup>39</sup> ROUBIER deseja, com esse argumento, desvincular a atuação jurisdicional estatal de um direito material pré-existente.

Revolução Francesa tinha constituição sócio-jurídica alicerçada na noção de *dever de cada um* perante o seu estamento social. Vivia-se acima de tudo sob a noção de dever, antes de se pensar em direitos individuais - de fato, a mais conhecida *declaração de direitos do homem e do cidadão* data de 1789. Por fim, ao analisar ações de responsabilidade contemporâneas, Roubier conclui pelo reconhecimento de situações em que a ordem jurídica tem por escopo sancionar descumprimento de dever, antes que tutelar um direito, inexistente, por exemplo, antes da verificação de dano. É o caso da responsabilidade chamada *extracontratual*<sup>40</sup>. Roubier insiste no *neminem laedere* como fundamento das ações criadas para sancionar situações de deveres descumpridos<sup>41</sup>. De rigor, esse sistema decorre do amadurecimento das normas de coesão social, que preexistem ao Estado, e estão latentes na sociedade. São requisitos para o bem comum.

---

<sup>40</sup> ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 51-57

<sup>41</sup> AMARAL reforça esse entendimento. Apoiado no estudo de Josef PIEPER acerca da virtude da justiça, recolhe informações do filósofo alemão, com citações de várias obras, apontando neste mesmo sentido conclusivo. PIEPER afirma que os antigos (Platão, Aristóteles, Cícero, e os grandes mestres da Cristandade antiga e medieval, como Agostinho e Tomás de Aquino) também ficariam perplexos ante a defesa dos direitos fundamentais da pessoa a partir da perspectiva dos titulares de direitos e não dos devedores. Para os antigos, a preocupação do justo se dirigia a *dar* a cada um o seu e não a *recebê-lo*. Cf. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Ética social e governamental: advocacy e lobby – uma proposta para o exercício da cidadania na democracia contemporânea*. São Paulo: Hottopos, 1997, p. 83-84.

Por outro lado, tornar mais claro os deveres essenciais para uma dada sociedade termina por ser modo indireto de exaltar a liberdade dos cidadãos quanto ao mais, em busca do bem particular harmonizado ao bem comum. Convém que haja equilíbrio e harmonia entre ambos os deveres – os pré-estabelecidos e os livremente assumidos, bem comum e bem particular - pois são duas dimensões da Ética, ciência maior do comportamento humano.

Por vezes, *lobbies* trabalham para suplantar deveres alinhados ao bem comum, com vistas a favorecer interesses particulares, muita vez de matiz ideológico inconfesso. Muito disso se passa com o Direito de Família nos tempos atuais, onde os impedimentos legais matrimoniais, vinculados ao bem comum e à coesão social, começam a ser questionados em nome de desejos particulares, apesar de os cidadãos, desde um ponto de vista particular, poderem viver – como sempre – da forma que desejarem. O que pretendem tais grupos, de modo ideológico, é operar uma mudança social segundo seu parecer. Com essa pretensão, procuram desestabilizar instituições consolidadas, alcunhando a base ética vigente de preconceituosa, injusta contrária às minorias. Estaria ainda estacionada sobre pretensos tabus ultrapassados.

Paul Roubier sustenta que as ações de responsabilidade que circundam todo o sistema jurídico fundam-se, acima de tudo, sobre um *dever descumprido*, ainda que a sociedade ocidental prefira analisar a questão sob a perspectiva do direito individual. Com o tempo desenvolveram-se modos de sancionar a conduta indevida. A tendência a se admitir em nossos dias a responsabilidade pré e pós-negocial parece consubstanciar a posição do civilista

francês. No Brasil, Clóvis do Couto e Silva propagou essa linha de pensamento<sup>42</sup>. Judith Martins-Costa, discípula do professor gaúcho, explica que

“Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento - em suma, deveres que decorrem da boa-fé objetiva como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela aos seus interesses”<sup>43</sup>.

Pelo raciocínio de Roubier, a maior virtude das normas do art. 5º da Constituição Federal de 1988 - sobretudo após o acatamento pelo STF da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais - estaria no estabelecimento de deveres que vinculam a todos, antes que assegurar o direito individual, fenômeno reflexo. Quando um sujeito descumpre algum desses deveres e, portanto, prejudica alguém, a pessoa que sofreu o dano pode valer-se de meios jurídicos para a tutela de seu direito, em nível acima daquele que existe para a tutela de bens disponíveis.

---

<sup>42</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 487.

Pode-se dizer que o alicerce principal da tutela da pessoa é a dignidade humana, posto na CF, art. 1º, III. Os meios de tutela que decorrem diretamente da defesa da pessoa, com fundamento em sua dignidade, todavia, não se confundem com os instrumentos de proteção imediata de seus bens. Há inúmeros institutos que têm por objeto imediato a tutela de bem jurídico menor do que a pessoa e sua dignidade, apesar de estar a ela referida. Enquanto isso, os meios gerais de proteção jurídica ligados à condição da pessoa humana enquanto tal, integram, subsidiariamente, todas as situações jurídicas.

No âmbito de proteção da pessoa em si mesma, deve-se notar, portanto, que já não se protege o “direito subjetivo”, disponível, mas antes outra categoria de bem, indisponível, afetado pela conduta de outrem em desacordo com dever estabelecido a todos. O interesse social na observação do dever gerado por essa categoria de relação jurídica, na qual o polo passivo conta com universalidade de sujeitos, e cujos objetos são bens indisponíveis, é tão ou mais forte que o interesse em preservar o direito individual do titular. Isso se verifica porque o cumprimento desse dever geral é garantia da vida e coesão social.

Como exemplo, pode-se observar que o titular de um direito subjetivo típico - o direito de crédito - conta com tutela imediata, nascida da natureza jurídica obrigacional da relação, e com proteção mediata, fundada na defesa da condição de pessoa do credor e no interesse da sociedade de preservar a segurança nas relações humanas patrimoniais. No ordenamento jurídico brasileiro, poderiam ser apontadas como meios de defesa, neste caso, respectivamente: as ações contratuais - voltadas à satisfação do credor -, e as ações de

responsabilidade civil (CC, art. 186), que dizem mais com a tutela da pessoa e da segurança das relações sociais. Em matéria de responsabilidade pré-negocial, sob o princípio da boa-fé objetiva, busca-se proteger a confiança depositada nas relações civis antes de tudo. A responsabilidade pré-negocial seria “o preço da confiança iludida”<sup>44</sup>.

### 2.3 Distinção entre *título e exercício*

O CC, art. 1.631, e o ECA, art. 21, estabelecem quem pode exercitar o poder familiar originariamente: os pais, em igualdade de condições. Todavia, antes de passar ao estudo dos administradores do poder familiar, convém diferenciar os conceitos de *título* e *exercício* de poderes jurídicos, uma vez que haverá dissociações no poder familiar<sup>45</sup>, sempre que a autoridade judiciária utilizar instrumentos para realizar a respectiva suspensão, ou conceder guarda ou tutela a pessoa diferente de seus titulares.

O titular de posição jurídica ativa recebe direitos e poderes correspondentes ao título que fundamenta sua posição. Via de regra, a aquisição de um título importa aumento de poderes na esfera jurídica pessoal. Todavia, por

---

<sup>44</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 472.

<sup>45</sup> Caso evidenciado especialmente no CC, art. 1.637, que disciplina os casos de suspensão do pátrio poder, bem como nos arts. 155 e seguintes do ECA, que abordam os trâmites processuais para a suspensão.

vezes a aquisição de título acarreta diminuição de alguns poderes<sup>46</sup>.

Em algumas situações a ordem jurídica permite o desdobramento do título em relação aos poderes que seriam outorgados por ele. Isso ocorre na situação do *nu proprietário*. Apesar de ter o título de proprietário, o respectivo exercício dos poderes de usar e fruir se concentram nas mãos de outra pessoa. Com isso se verifica a distinção entre aquele que tem o *título* de uma posição jurídica e aquele que *exercita* os poderes correspondentes a ele.

Habitualmente, quem tem o título está legitimado a agir de acordo com os poderes que ele confere, salvo (1) restrição que o titular aplique a si mesmo, (2) limitação que a lei prescreva ou (3) decisão que a autoridade competente estabeleça. Distingue-se, portanto, *título* de *exercício* dos poderes que a posição jurídica subjetiva ativa conferiria.

Qual o ponto de apoio para a cisão entre a *posição jurídica* e o *exercício dos poderes* que a posição atribui?

## 2.4 Possível distinção entre *título* e *exercício* a partir da

---

<sup>46</sup> Veja-se o caso do tutor. Recebe ele um título, de tutor, acompanhado de seus poderes respectivos. Na exata medida em que o título de tutor, ao constituir relação jurídica deste com a pupila, coloca-a em uma posição desigual perante ele – pois ela fica-lhe submetida juridicamente –, sofre ele a limitação do impedimento dirimente de contrair matrimônio com a pupila, tendo por finalidade proteger o patrimônio e a idoneidade moral dela (CC, art. 1.523, IV). Isso durará enquanto perdurar a tutela.

## noção de *legitimidade*

Demanda-se dos juristas identificar a causa que permite ao Direito seccionar a posição jurídica de um sujeito – título - do exercício dos poderes que a posição lhe conferiria. Possível explicação dessa dissociação passa pelo estudo do conceito de legitimidade, em matéria de Teoria Geral do Direito Privado, conforme se desenvolverá sucintamente, pois apenas tangencia este trabalho. O conceito pode servir de fundamento técnico-jurídico para a separação do *título* do poder familiar com relação ao *exercício* das prerrogativas que ele confere. O espaço que se abre para tratar, brevemente, da legitimidade, visa facilitar a percepção de dois momentos diferentes nos quais a ordem jurídica afeta a vida dos sujeitos de direito. A incidência normativa se opera quando da definição das *posições jurídicas* e quando do controle do *exercício das prerrogativas* decorrentes da posição. Isso se evidencia de modo especial quando o exercício de poderes outorgados por uma dada posição é afastado do titular, que todavia conserva-se como tal.

### 2.4.1 Reformulação dos conceitos de legitimação e legitimidade no Direito Privado

Abre-se espaço para abordagem doutrinária que auxiliará a compreender o fenômeno da distinção entre título e exercício, comum em matéria de poder familiar. Para breve exame dos conceitos de legitimidade e legitimação<sup>47</sup> dois

---

<sup>47</sup> Deve-se salientar também o uso da expressão “legitimação” nas situações de reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio. O termo legitimação, nesse particular, data da época em que prevalecia a distinção

autores servirão como referência para captar a distinção de significado entre significantes tão próximos, bem como para a construção de âmbito comum de significado, mais amplo, que possa auxiliar na compreensão de categoria utilizada de modo pouco preciso na Teoria Geral do Direito Privado<sup>48</sup>. São eles Antonio Junqueira de Azevedo e Torquato Castro.

Junqueira de Azevedo diferencia *legitimidade* e *legitimação* em dois pontos. Primeiro, adverte que *legitimidade* se refere a uma *qualidade* da pessoa, na esteira dos conceitos de personalidade e de capacidade. A legitimidade seria atributo que acompanha a pessoa e lhe autoriza a prática de determinados atos da vida civil como, por exemplo, emitir declarações negociais. Enquanto isso a *falta de legitimidade*, ou *ilegitimidade*, surge excepcionalmente “por força de uma relação jurídica ou fática entre o declarante e outra pessoa, [quando] o ordenamento cria um obstáculo para a realização de um negócio jurídico”<sup>49</sup>.

---

entre filiação legítima e ilegítima. A legitimação conferia ao filho ilegítimo *status* igual ao do filho natural havido no matrimônio. O termo permaneceu, ao que parece indevidamente, no Projeto de Código Civil, uma vez que decaiu a diferenciação formal entre categorias de filhos. O sentido, portanto, nesse caso, é totalmente diferente do alcance do termo como aqui é empregado. Permanecer usando o termo nesse âmbito parece um contra-senso.

<sup>48</sup> Diferente é o conceito de legitimidade e legitimação em matéria de Direito Público, como pode se ver em FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Saraiva, 1989.

<sup>49</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Civil) - Faculdade

“É um impedimento”<sup>50</sup>. É o caso da ilegitimidade do tutor para casar com a pupila sem intervenção judicial, enquanto perdura a relação de tutela; do condômino que não tem legitimidade para alienar a terceiros a sua parte na coisa indivisível antes de oferecê-la aos demais co-proprietários; da impossibilidade de o cônjuge adúltero doar bens ao cúmplice, etc. Nesses casos, a prática do ato sem legitimidade afeta sua validade.

*Legitimação*, todavia, consistiria em “*condição de eficácia dos negócios de disposição*”<sup>51</sup>. Seria o poder de dispor de uma *res*, seja ela corpórea, incorpórea, móvel, imóvel, direitos reais limitados, etc. A *falta de legitimação* impediria que determinado negócio alcançasse eficácia plena: “para ser eficaz, o negócio jurídico de disposição exige que o declarante seja titular do poder de dispor da *res* que é o seu objeto”<sup>52</sup>.

Antonio Junqueira de Azevedo entende *legitimidade* e *legitimação* como conceitos autônomos, pelo fato de produzirem efeitos em planos diferentes. Ressalta a distinção, sem se ocupar de verificar se haveria alguma relação entre eles. Todavia, o uso de termos assemelhados

---

de Direito, Universidade de São Paulo, 1986, p. 154.

<sup>50</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986, p. 154.

<sup>51</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986, p. 157.

<sup>52</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986, p. 157.

induz a prospectar proximidade de significado entre os dois conceitos. É o que se desenvolve na sequência.

Percebe-se como esteio comum às noções de *legitimidade* e *legitimação* expostas, a ideia de “autorização dada pelo ordenamento” para a prática de ato jurídico determinado, enquanto seus opostos – *ilegitimidade* e *falta de legitimação* – implicariam impedimento para a realização de determinado ato jurídico. Pode-se ver aí semelhança entre os dois conceitos: quando não há autorização do ordenamento para a prática de certos atos, impede-se que alguns efeitos se operem.

Interpõem-se nesse momento algumas considerações de Torquato Castro. Uma das versões apresentadas pela comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de Código Civil de 2002 trazia, na redação de seu art. 104, unanimemente acordado por todos os autores do Projeto, segundo informa Torquato Castro, o seguinte texto: “a validade do negócio jurídico requer: I) agente capaz e *legitimado* para o ato; [...]”<sup>53</sup>. A comissão que assim se manifestava, e que foi responsável por grande parte da redação do novo CC, contava com Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Neves de Arruda Alvim, Sylvio

---

<sup>53</sup> CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 12.p. 11. Essa redação, sugerida em 1971, não chegou ao CC de 2002, elaborado a partir daquele projeto. Grifos nossos.

Marcondes, Erbert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro<sup>54</sup>.

Para esclarecer o significado da *legitimatío* no âmbito do direito civil, Torquato Castro parte da conceituação de *título*. Segundo ele, “título, em direito, é fonte ou *causa eficiente* de uma *posição jurídica*. Trata-se, pois, não de causa natural, mas de causa em sentido de *razão suficiente* para que se tenham como formalmente ligados na relação, dois sujeitos, ativo e passivo, que funcionam como termos necessários”<sup>55</sup>. Trata-se da “razão precisa, objetiva e formal, em virtude da qual alguém é, dentro da relação, beneficiário de um poder; e, de outro lado alguém é, por ela, sujeito a um vínculo”<sup>56</sup>.

Torquato Castro vale-se dos termos *legitimatío* (latim), *legitimação* e *legitimidade* sob mesmo plano de significados, quando da elaboração do Projeto de Código Civil, de cuja Comissão Redatora fazia parte. O tratamento

---

<sup>54</sup> Indicação feita por Torquato CASTRO na segunda conferência sobre a revisão do C. Civil, recolhida em CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (2). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 34.

<sup>55</sup> CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 12. Grifos no original.

<sup>56</sup> CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 12.

indiferenciado pode servir para a busca de congruência entre os conceitos apresentados por Junqueira de Azevedo.

Antes de chegar a uma conceituação, Torquato Castro esclarece que o conceito de legitimação “responde à indagação da *causa* ou título pelo qual o direito reserva para alguém uma precisa posição de *parte* em determinada relação jurídica específica, como suporte ativo ou passivo dessa relação”<sup>57</sup>. Afirma que “*legitimação é o título pelo qual o sujeito recebe da ordem jurídica uma posição de parte, seja ativa (sujeito do poder, em qualquer de suas manifestações), ou passiva (sujeito ao vínculo, nas suas diversas categorias), dentro de uma situação jurídica*”<sup>58</sup>.

É pacífico que a pertinência de um sujeito ao pólo de determinada relação jurídica, ou a simples ocupação de posição jurídica, funda-se na existência de um título. Surge a questão: poderia a legitimação ser compreendida como um *segundo título*? Se respondida afirmativamente, poder-se-ia concluir que esse *segundo título* qualificaria o sujeito para agir naquela relação, conferindo-lhe o *poder de movimentar as prerrogativas* que o *título da posição jurídica* lhe conferia. Este *segundo título* deveria ser relacionado à *dinâmica* da relação jurídica, referido ao exercício das prerrogativas conferidas

---

<sup>57</sup> CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 12.. Grifos no original.

<sup>58</sup> CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 22. Grifos nossos.

pela posição. O primeiro título, que fundamenta a posição, estaria relacionado à *estática* da relação jurídica.

Nessa linha vem o entendimento de Giuseppe Lumia, para quem a titularidade tem a ver com a pertinência de posição jurídica a determinado sujeito, enquanto a legitimidade é o poder de movimentar a referida posição jurídica subjetiva ativa ou passiva, que compete a quem é o titular dessa posição<sup>59</sup>.

Em seguimento a Torquato Castro, pode-se arriscar inferência pouco comum na doutrina<sup>60</sup>. Poder-se-ia cogitar *dupla titulação* nas situações jurídicas: um título que fundamenta a *posição* do sujeito na relação e um título que *qualifica sua ação* a partir das prerrogativas que essa posição lhe atribui. O primeiro serve para colocar a pessoa em dada posição numa relação jurídica. O segundo dimensiona internamente o alcance de seus poderes dentro da relação.

---

<sup>59</sup> LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 115.

No original: "L'appartenenza di un diritto ad un sogetto determinato si dice titolarità. Il potere di esercitare un diritto che compete a chi ne è titolare dà luogo alla figura della legittimazione". Pode-se ainda recorrer às imagens de ato e potência da filosofia aristotélica, dizendo que o título confere à pessoa uma determinada potencialidade (jurídica) que pode ser atualizada dentro dos limites e fins superiores do direito, ciência balizada pela Ética.

<sup>60</sup> Diz ainda CASTRO: "a legitimação pertence à Teoria Geral do Direito, enquanto versa um aspecto do fenômeno genérico da subjetivação da norma". A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 14.

Essa dupla *titulação*<sup>61</sup> guarda similitude com o par conceitual *capacidade de direito* e *capacidade de exercício*, pelo fato de tais conceitos se referirem respectivamente à *potencialidade* decorrente de títulos e à *atualidade* de exercício de poderes do sujeito. A legitimidade poderia ser comparada com a capacidade de exercício. Todavia, enquanto a capacidade de agir se refere à situação da pessoa *in genere*, o conceito de legitimidade limita-se à situação da pessoa na relação jurídica concreta, *in specie*.

As palavras de Torquato Castro reforçam esse entendimento:

“[E]nquanto a capacidade de agir foi considerada como posição intransitiva do ente-sujeito, visto em si mesmo, a *legitimatio* responde, no art. 104 do anteprojeto, a uma conceituação transitiva, em que o ente é visto na projeção de seu papel dentro da relação”<sup>62</sup>.

Outra distinção se refere ao âmbito de proteção. A identificação da *falta de legitimidade* numa situação concreta, tendencialmente protegeria terceiros antes que ao sujeito

---

<sup>61</sup> Talvez seja melhor se falar de dupla *causa* da situação jurídica concreta, para evitar a confusão com o significado consagrado da expressão *título*.

<sup>62</sup> CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971,, p. 19.

cingido por ela, enquanto a *incapacidade de fato* presta-se à proteção do próprio incapaz, antes que a terceiros<sup>63</sup>.

Dessa forma fica fácil perceber que a noção de *legitimidade*, que servirá para um “segundo controle” das situações jurídicas, guarda vínculo com a finalidade ética do *exercício* dos direitos, tendo em vista o bem comum. Começa-se a vislumbrar em que medida a diferenciação entre *causa de posição* e *causa de exercício* pode servir à explicação da dissociação *título e exercício*.

O título, conforme entendido habitualmente, coloca o sujeito no pólo da relação jurídica em decorrência do que ela recebe poderes *dentro* da relação. O *exercício dos poderes*, naturalmente, segue a *posição* jurídica subjetiva, da mesma forma que os elementos naturais acompanham, como regra, os elementos essenciais de um dado negócio jurídico.

Em matéria de negócio jurídico, para que o acompanhamento dos elementos naturais não ocorra, é necessária disposição expressa das partes em contrário. No caso da *legitimação*, cabe somente à lei e às autoridades judiciárias constituídas, fundamentadas na lei<sup>64</sup>, separar o

---

<sup>63</sup> “(...) o instituto da legitimidade veio aprofundar as raízes científicas da tutela da boa-fé de terceiros, princípio geral de direito já inconcusso”. ARMELIN, Donald. *Legitimidade no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 10. Afirmação do capítulo “legitimidade na teoria geral do direito.

<sup>64</sup> Mesmo quando uma pessoa restringe um direito disponível – por ex., o proprietário que constitui alguém como usufrutuário de imóvel que lhe pertence – há uma permissividade legal amparando essa atitude, ficando assim toda restrição pessoal vinculada a uma limitação possível de acordo com a lei.

*exercício* das prerrogativas da *posição jurídica*, quando o exercício é naturalmente outorgado pelo título da posição.

Para melhor compreender a distinção prática entre os *dois títulos*, convém recorrer, novamente, à analogia com o instituto da incapacidade civil.

O absolutamente incapaz é sujeito de direitos e obrigações. Mas não pode movimentar os poderes que suas posições jurídicas lhe conferem. Essa limitação legal é exceção no sistema, pois a regra geral é a plenitude da capacidade de exercício.

Assim também no que se refere à falta de legitimidade: a regra é a *legitimidade* acompanhar a *posição jurídica*, estando o titular, naturalmente, autorizado a movimentar as prerrogativas que a posição lhe confere, salvo limitação decorrente da lei ou de decisão do Poder Judiciário em caso concreto. Daí o texto que um dia estava no projeto do Código Civil dizer “agente capaz e legitimado para o ato”.

O *título* da posição responde a uma necessidade *estrutural*: fundamenta a pertinência do sujeito à relação. A *legitimação* responde a uma necessidade *funcional*: fundamenta o âmbito de movimentação das prerrogativas conferidas pelo título. Refere-se a aspecto dinâmico da relação jurídica e nesse momento pode ser tida como *outra causa* que, apesar de habitualmente acompanhar o *título da posição*, com ele não se confunde. A *posição* e *ação*, aspectos *estático* e *dinâmico* do sujeito na relação respectivamente são dimensões diferentes e interdependentes.

Habitualmente, à *posição* segue-se o *exercício* das prerrogativas, pelo que somente se percebe a possibilidade de

diferenciar as *duas causas*, quando o exercício é desviado ou abusivo, ou há grande risco de sê-lo. A dimensão do *exercício* é estabelecida pela ordem jurídica quando define *limites máximos e/ou mínimos*. Neste último caso, a *fixação do mínimo* costuma se identificar com *dever de exercício*. A fixação desse limite segue o princípio ético-jurídico primordial do direito, de respeito à dignidade da pessoa humana. A possibilidade de desrespeito dos limites mínimos autoriza a cisão entre exercício das prerrogativas e a posição de titular. Desse modo terceiros podem vir a exercer poderes no lugar dos titulares originários, como ocorre na situação de guarda coexistindo com o poder paternal<sup>65</sup>.

Há uma causa a fundamentar a *presença* e outra a justificar a *ação* do sujeito na relação jurídica. A causa da posição é habitualmente chamada de *título*, ou de razão suficiente, como prefere Torquato Castro. A causa da atuação é chamada de *legitimidade*.

Pode-se construir, doravante, significado que unifique os conceitos de legitimidade e legitimação e apresentar sob terminologia derivada dessa base comum, qualificativos que expliquem os diferentes efeitos práticos possíveis.

Nessa conceituação ampla, *legitimação* e *legitimidade* referir-se-iam a idêntico fenômeno observado

---

<sup>65</sup>Efeito semelhante ocorre também na *legitimidade extraordinária*, pela qual um sujeito pode "realizar em nome próprio um ato jurídico eficaz sobre esfera jurídica alheia, em virtude de uma aparência de titularidade, ou em nome alheio, em razão de uma representação aparente." Cf. ARMELIN, Donald. *Legitimidade no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 25.

sob ângulos diferentes. O conceito de *legitimação* seria usado para designar *o reconhecimento ou a atribuição das condições exigidas pela ordem jurídica para o exercício das prerrogativas que a situação jurídica confere ao sujeito*<sup>66</sup>. A *legitimidade*<sup>67</sup>, por seu turno, designaria *a qualidade* do sujeito que cumpre e observa as condições exigidas pela ordem jurídica derivada de um *o título, razão suficiente ou causa*, que lhe autoriza a movimentar as prerrogativas que a posição jurídica lhe outorga. Aquele que tem legitimidade, portanto, passou pelo crivo da legitimação. O parâmetro para a verificação das condições de exercício das prerrogativas seria dado pelos limites máximos e mínimos exigidos pelo ordenamento com a função ética que o informa.

A ausência de legitimação levaria à ilegitimidade do sujeito. O sujeito a quem falta legitimidade carece de poderes para constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas que se operariam por meio dos atos que lhe estão vedados<sup>68</sup>. Dessa forma, a prática de ato sob *ilegitimidade*

---

<sup>66</sup> *Reconhecer*, nas situações reconhecidas como jurídicas mesmo antes da chancela do direito positivo e *atribuir*, nas situações que se estabelecem exclusivamente por força do direito positivo estatal.

<sup>67</sup> ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 13: "(...) resulta a legitimidade, que supõe a capacidade, como a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergente em regra da titularidade de uma relação jurídica".

<sup>68</sup> ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 21: " a legitimidade há de ser aferida da outorga pelo sistema da idoneidade para a prática de ato determinado e da concomitante inexistência de qualquer vedação dessa prática, decorrente de circunstâncias supervenientes ou preexistentes, vedação

impede que se produzam plenamente as consequências no plano da validade. A limitação do poder pode ainda reter parte da eficácia de um ato.

Poder-se-iam nomear tais categorias de *ilegitimidade constitutiva* e de *ilegitimidade eficaz*. A *ilegitimidade constitutiva* operaria efeitos negativamente no plano da validade, por vedação circunstancial ao agente. Poderá ser alegada quando os elementos genéricos de validade se apresentam, mas não requisito que é exigido *in concreto* pelo ordenamento para a validade plena do ato. Volta-se ao caso do casamento de tutor com pupila nos termos do CC, art. 1.523, § único, cuja anulação pode ser arguida por determinados parentes da moça, cf. CC, art. 1.524. A *ilegitimidade eficaz* deflagraria efeitos negativamente no plano da eficácia. É o caso da prática de ato sem que haja poder suficiente para a irradiação plena dos efeitos jurídicos esperados. Isso se dá, por exemplo, quando alguém promete dispor de bem cujo domínio não lhe pertence. Em ambas as situações há elementos circunstanciais que obstam a validade ou a eficácia plenas do ato praticado pelo agente, e ambas pressupõem os requisitos genéricos de validade do art. 104 do CC<sup>69</sup>.

O juízo quanto à legitimidade pressupõe também capacidade de fato do agente, pois se refere à possibilidade de exercício autônomo de poder. Quando a pessoa absolutamente incapaz pratica ato jurídico que exige capacidade de agir que

---

essa que anula aquela idoneidade”.

<sup>69</sup> Existem outras classificações possíveis, que não serão aqui examinadas. Cf. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 211-228.

não possui, é caso de se invocar *incapacidade do agente*, requisito suficiente para a nulidade do ato. O juízo quanto à legitimidade pressupõe ainda a pertinência do sujeito a determinada situação jurídica, na qual ocupa posição que pode lhe autorizar, ou vedar, a prática de ato em face de outro sujeito. Esse juízo faz-se sempre *in concreto*.

Ao sujeito ativo da relação jurídica, a *legitimação confere o exercício e dimensiona a extensão do poder que pode exercitar*. A legitimidade é o reconhecimento da qualidade da pessoa na situação jurídica concreta, quanto à extensão dos poderes que pode exercitar. Torquato Castro afirma que em função da extensão desse poder de exercício é que se pode falar de abuso ou desvio do poder jurídico. Nestes casos falta legitimidade ao agente para exercitar poderes fora dos limites traçados pelo ordenamento, sejam eles explícitos ou implícitos<sup>70</sup>, uma vez que não há legitimação para atuar com excesso ou desvio.

## 2.5 Título e exercício com relação ao poder familiar.

Quando há suspensão do poder familiar, por exemplo, os pais permanecem *titulares da posição* mas não têm legitimidade para exercitar os poderes decorrentes dela. O exercício, ligado à legitimidade, passa a outra pessoa (CC, art. 1.637, combinado com o ECA arts. 24, 129, inciso X e arts. 155 a 163).

---

<sup>70</sup> CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 18.

Normalmente o conceito de legitimação se presta a dupla função: *identificar o sujeito* na relação (pelo que se garante o título da posição jurídica) e *atribuir-lhe poder configurado* ou vínculo qualificado fora do qual não está legitimado a agir<sup>71</sup>. Quando ocorre a cisão entre exercício e título, a legitimidade é dada a sujeito diferente daquele que ocupa a posição jurídica da qual decorreriam naturalmente os poderes. É o que se verifica, por exemplo, no caso da guarda deferida a pessoa, na hipótese de suspensão do pátrio poder.

Pode-se entender que disposição judicial criou relação jurídica entre o guardião e o menor de idade, cujo conteúdo seria “emprestado” – ocorreria uma espécie de delegação intermediada por autoridade civil - da relação criada pelo poder familiar, de modo que o titular do pátrio poder, sem perder a posição, perde o exercício, atribuído ao guardião. O guardião acha-se legitimado em função das prerrogativas atribuídas a ele, originariamente pertencentes aos pais.

O titular do poder familiar goza de poderes que devem ser exercidos em função do bem da pessoa que lhe fica submetida. Para a preservação do título das faculdades respectivas do poder familiar, deve agir conforme à finalidade do título. Quando não age assim, sofre ingerência nos poderes que lhe foram atribuídos, que podem ser reduzidos temporária ou definitivamente: suspensão e perda do pátrio poder, respectivamente.

---

<sup>71</sup> CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971, p. 18

## 2.5.1 Título de poder familiar e título de filiação

O título do poder familiar é temporário por natureza, e desaparece com a maioridade civil (CC, art. 392, II). Difere do título de filiação, perdurável e independente da idade. São realidades diferentes, ainda que seus efeitos andem emparelhados até o momento da maioridade. A conservação do título de poder familiar nas mãos dos pais fica condicionada ao seu exercício adequado sem abuso ou omissão que comprometam o bem dos filhos. O mau exercício do poder familiar, todavia, pode fragilizar o vínculo de paternidade a ponto de permitir se instale processo de adoção, visando constituir novos pais para a criança ou adolescente.

No Brasil, o poder familiar está vinculado à presença dos pais, naturais ou adotivos, de modo que pressupõe a filiação. Quando desaparecem os pais, o poder familiar deixa de existir. Nessas hipóteses abre-se espaço para o surgimento das figuras sucedâneas do poder familiar como a tutela, ou, mais precária que ela, a guarda. “[S]omente se pode cogitar de poder paternal em havendo o vínculo de filiação (natural ou decorrente de ficção legal) a ligar os sujeitos ativos e passivos”<sup>72</sup>.

Em algumas nações permite-se a transferência do poder familiar a parentes. É o caso do México, onde os avós recebem a integralidade dos poderes que os pais dispunham, se sobrevivem a eles, ou os sucedem após a perda judicial do

---

<sup>72</sup> SANTOS NETO, Antonio José de Paula dos. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 75.

poder familiar<sup>73</sup>. O modelo mexicano serve de inspiração para construções mais flexíveis ainda.

Para constituir situações mais seguras e confortáveis para os sucessores dos pais ausentes, há quem propugne pela dissociação do poder familiar em relação à filiação, de modo que terceiros, sem vínculos de paternidade com os menores, poderiam assumir integralmente a posição de titular do poder familiar. Anne-Marie Leroyer, por exemplo, propunha a desvinculação do *título de poder familiar* do *título da filiação* - o que ocorria no Direito Romano - e defendia a transferência do *poder familiar*, íntegro, a pessoas diferentes dos pais, natural ou juridicamente reconhecidos, em vista à necessidade de estabilidade familiar que os incapazes por defeito de idade precisariam em face daqueles que ocupam a posição originariamente cabível aos pais. Quando recebem apenas o exercício decorrente da autoridade parental, fragmentado, sofrem limitações que os próprios pais não sofriam, e correm risco maior quanto à alteração da guarda por decisão judicial.

A transferência do título da *autoridade parental*, renomeado de *autoridade familiar*, facilitaria o tratamento e garantiria a estabilidade no exercício dos poderes outorgados, gerando situação de segurança conveniente para a criança ou adolescente que se encontram sob a guarda de uma pessoa impedida de adotar (caso da avó, por exemplo, ou do irmão mais velho). Assim haveria a transferência do título de

---

<sup>73</sup> No México, por exemplo, na ausência dos pais, os avós paternos ou maternos (nesta ordem) assumem o poder familiar integralmente. Cf. ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder, guarda de filhos e direito de visita*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 22.

*autoridade familiar* àquele que substitui os pais na condução da vida do menor de idade, dando-lhe maior autonomia para exercer essa função, que a autonomia mitigada com a simples atribuição de poderes parciais<sup>74</sup>.

Com base no princípio da cooperação, que adiante será exposto, é possível ainda conceber um modelo novo de assistência aos menores e de auxílio aos pais. Ao lado dos pais, poder-se ia conceber como corresponsáveis algumas pessoas eleitas pelos genitores e que, em comum acordo, voluntariamente assumiriam encargos de modo subsidiário relativamente à criação, assistência e educação dos menores. Seria o caso da criação do apadrinhamento civil, com figuras do “padrinho” ou “madrinha civil”, tal qual existe em Portugal<sup>75</sup>, e que poderia ser projeto de lege ferenda no Brasil. Seria uma terceira via, para evitar eventuais conflitos e incógnitas da pluriparentalidade, que tem sido exaltada por tantos, sem que apresentem todas as eventuais dificuldades lógicas, práticas<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> LEROYER, Anne-Marie. L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, n.3, p. 587-606, juill./sept. 1998.

<sup>75</sup> O apadrinhamento civil consta da Lei n. 103 de 11 de setembro de 2009 em Portugal.

<sup>76</sup> “O estabelecimento da relação paterno-materno-filial implica em dever/ obrigação alimentar. Pergunta-se: os alimentos serão de responsabilidade de todos os pais/mães afetivos e genitores biológicos sendo credores e devedores, respeitando o binômio do artigo 1.694? Claro está que o vínculo que une padrasto ou madrastra e o (a) enteado (a), não se enquadra nas hipóteses ter obrigação alimentar previstas nos arts. 1.696 em 1.697 do CC. Em caso de um dos genitores se negar a pagar, quem arcará com os alimentos, o pai biológico ou o socioafetivo? E se ambos pagarem, em que

Por derradeiro e para aumentar o conflito, resta lembrar que em todos os casos em que se exige anuência de ambos os pais para validar um ato (em decorrência da incapacidade relativa da criança) devem todos concordarem, independente da filiação ser socioafetiva ou biológica, sendo que a divergência de um deles basta para que seja necessária

---

proporção pagarão o débito alimentar? E se todos os genitores não puderem pagar? Se quem pagará serão os avós (art. 1.696) ? Em que proporção? Ou obrigação é unilateral?

"A guarda do menor também será objeto de litígios infundáveis. Pergunta-se: quem definirá o tipo de guarda? Qual dos pais e qual das mães ? E se não houver consenso? Sim, a guarda poderá ser disputada entre o padrasto, a mãe e o pai de uma criança, ou entre a madrasta, o pai e a mãe da mesma criança. No caso de novas uniões entre os genitores, três casamentos por exemplo, a criança poderá ser disputada por dois padrastos duas madrastas, um pai e uma mãe. A criança ficará dividida entre seis pessoas? O exemplo revela a complexidade da matéria daí se imaginando os danos dessa disputa para a criança, que será o centro de conflitos insolúveis.

"Questão mais grave se colocará quando da ocorrência do direito hereditário. Pergunta-se: a relação hereditária se estabelecerá entre a criança e todos os genitores, sejam afetivos ou biológicos? Bem como os ascendentes e demais parentes colaterais de todos os envolvidos? Claro está que a duplicidade de registros acarreta a duplicidade de ordens sucessórias, jamais previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além do mais, resta lembrar que esta criança usufruirá de uma situação mais favorável (em termos econômicos) do que o filho deu uma paternidade biológica, que só herda de um pai, enquanto a outra criança herdará de todas as pessoas envolvidas, em nítido tratamento discriminatório. Pergunta-se: onde fica a noção de isonomia (art. 227, § 6º da CF/1988) em tal circunstância?" Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. Parecer: multiparentalidade – VII Jornada de Direito Civil – 28 e 28 de outubro de 2015. Comissão: Família e Sucessões. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*. Ano 2, out-dez de 2015: 219-221.

interferência do poder judiciário a fim de dirimir o desacordo”.

Pontes de Miranda, apresenta argumento que, analogicamente, poderia vir em reforço à posição da professora francesa. Dizia que o pátrio poder não tinha como fonte essencial o nascimento biológico, e que a relação familiar “mais se funda na interdependência ou mesmo dependência espiritual do que em simples circunstâncias estranhas à vontade, como o nascimento”<sup>77</sup>. Naquela época vivia-se sob a diferenciação dos filhos entre as categorias de legítimo e ilegítimo, a despeito do fato *geração* ser idêntico nas duas situações, o que demonstra que em face do direito positivo - enquanto ordenação da vida em sociedade - o reconhecimento social da filiação se sobrepuja à questão biológica. Havia situações jurídicas diferenciadas para os nascidos sob uma ou outra constituição familiar. Nesse mesmo sentido está o fato de o ordenamento jurídico então vigente equiparar o filho adulterino ao filho desconhecido (*patre nullo*). Novamente, o fato biológico era preterido diante de um quadro sociocultural. Naquele contexto histórico, o direito positivo preferiu resguardar a situação dos pais casados, adultos, protegendo a *família legítima*. Hoje, a situação dos filhos menores de idade se impõe hierarquicamente como mais importante, de modo que deve prevalecer o critério que melhor atenda à situação da criança ou adolescente, podendo ser o laço biológico ou o laço sócio-jurídico, conforme este ou aquele seja aferido como a melhor situação alcançável. A “melhor situação” alcançável é aquela

---

<sup>77</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1947, p. 313-314.

que reproduz de modo mais perfeito a família natural, ou pelo menos confere mais benefícios ao menor, em comparação com as demais possibilidades reais.

Outra possibilidade para atingir mesmos efeitos seria a possibilidade legal (*lege ferenda*) de atribuir caráter de sucedâneo integral do poder familiar à tutela civil quando não for possível que o tutor seja adotante, como é o caso de avós ou de irmão mais velho, se estes forem os melhores substitutos aos pais.

## 2.6 Guarda, tutela civil e tutela administrativa

No Brasil, o título de poder familiar pertence exclusivamente aos pais, sendo deferido a terceira pessoa o exercício de alguns dos poderes que o integram, por meio de disposição judicial, quando impedidos de exercitá-lo (CC, art. 1.637) ou quando o perdem de todo (CC, art. 1.638). Enquanto perdura a incapacidade civil por defeito de idade, deve-se garantir ao menor o auxílio de quem possa zelar para que seus direitos sejam respeitados, sob risco de ser defraudada sua formação.

A suspensão e mesmo a perda do pátrio poder não afetam, por si, o título de filiação, por si só<sup>78</sup>. A inibição parcial costuma levar à constituição da guarda em paralelo. A inibição total leva à extinção do título e abre caminho para a

---

<sup>78</sup> Salvo na hipótese de chegar à colocação da criança em família substituta mediante adoção.

tutela civil seu principal sucedâneo e, eventualmente, de acordo com outras circunstâncias, para processo de adoção <sup>79</sup>.

### 2.6.1 A guarda

A guarda é a primeira resposta judicial à situação do menor desatendido pelos pais, segundo critério de urgência, voltado à regularização da posse de fato do menor (ECA, art. 33, §§ 1º e 2º, neste último caso coexistindo com o título de poder familiar). “A guarda transfere ao guardião, a título precário, os atributos constantes do art. 1.634, incisos I, II, VI e VII” <sup>80</sup> do CC. Pode o juiz deferir o direito de representação ao guardião, para a prática de certos atos, o que não era possível em face da legislação anterior (ECA, art. 33, § único)<sup>81</sup>.

### 2.6.2 A tutela civil

O instituto da tutela civil é mais estável a guarda. Está especialmente delineado no art. 36 do ECA que, em seu § único, remete o aplicador da lei aos dispositivos referentes à

---

<sup>79</sup> “O instituto da tutela civil é sucedâneo do pátrio poder. Este característico define a tutela em qualquer legislação civil moderna.” MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 181.

<sup>80</sup> CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

<sup>81</sup> De acordo com o Código de Menores de 1979, arts. 21 a 23, era possível a delegação o pátrio poder. Tal delegação criava uma situação diferente da guarda, pois enquanto o delegado tinha o poder de representar os menores, o guardião não o tinha.

guarda, sinalizando que os poderes do guardião se integram nas mãos do tutor. A tutela, entretanto, confere mais atributos do poder familiar ao tutor, do que a guarda ao guardião.

A tutela se constitui quando não mais existe o poder familiar e excepcionalmente coexiste com ele. Pressupõe a extinção do poder familiar ou sua suspensão<sup>82</sup>. Tão logo se confime a ausência dos pais, o Estado buscará a quem transferir o exercício dos poderes correspondentes ao cuidado do menor.

À tutela civil corresponde título próprio que justifica a posição assumida pelo tutor. O título de tutor é constituído a partir da nomeação ou confirmação judicial (CC, art. 1.732). Apesar de o art. 1.740, III, conferir mais poderes ao tutor que aqueles previstos no CC de 1.916, continua o tutor com menos poder do que os pais no exercício do poder familiar.

“A tutela, em sentido amplo, é o cuidado levado, sob a inspeção do Estado, por uma pessoa de confiança (o tutor) sobre a pessoa e o patrimônio de quem não está em situação de cuidar de seus assuntos por si mesmo ou que pelo menos é tratado juridicamente como se não estivesse”<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Respectivamente: ECA, art. 36, § único; CC, art. 406, II; CC, art. 406, I.

<sup>83</sup> ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*, 2.ed. [Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts] Trad. Blas Pérez González e José Castán Tobeñas. Barcelona: Bosch, 1979, p. 266.

Substituto do poder familiar, a tutela é disciplinada pelo Direito de Família<sup>84</sup>. A matéria está regulada no CC, sobretudo nos arts. 1.728 a 1.766, e no ECA, arts. 36 a 38. Os principais tipos de tutela são: tutela testamentária, pela qual os pais nomeiam tutor em documento ou testamento para o caso de virem a faltar quando ainda estiver na menoridade do filho (CC, art. 1.729); tutela legítima, para o caso de não haver tutela testamentária: a lei estabeleceu uma dada ordem de convocação dos parentes da criança ou adolescente para assumir o encargo (CC, art. 1.731); tutela dativa, pela qual cabe ao juiz designar o tutor: será aplicada nos casos em que não exista previsão testamentária a respeito do tutor, ou a nomeação recaia sobre pessoa inidônea, ou quando não seja possível designar tutor pela legítima, por escusa ou inidoneidade dos convocados (CC, art. 1.732). O tutor está submetido a maior vigilância das autoridades públicas em sua tarefa, em comparação aos pais. A diferença entre os graus de liberdade e de poderes dados ao titular do poder familiar e ao tutor pode ser percebida nos dispositivos que descrevem ambas as situações.

O art. 1.741 do CC estabelece que “incumbe ao tutor *sob a inspeção do juiz* administrar os bens do tutelado em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé”<sup>85</sup>, o que não se verifica em relação aos pais. O art. 1.740, versando sobre as competências do tutor, não tem equivalência com o art. 1.634, que apresenta as competências

---

<sup>84</sup> LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia. Tratado de derecho civil*. v.4. [Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts] Trad. José M. Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953, p. 11.

<sup>85</sup> Grifos nossos.

dos pais. Algumas competências do tutor ficam dependentes da *autorização judicial* (CC, art. 1.748 e 1.749). Por fim, o tutor não goza de usufruto legal dos bens do pupilo, benefício cabível aos pais quando no exercício do poder familiar (CC, art. 1.689, inciso I). Por outro lado, este poderá receber remuneração pelo exercício da tutela (art. 1.734).

Os pais, quando no exercício do poder familiar, contam com o reforço do título de paternidade, que lhes confere maior liberdade de ação que o exercício vigiado do tutor, ao agir subsidiariamente a eles. Para a fiscalização do tutor, o CC de 2002 trouxe a novidade do protutor, que pode ser nomeado pelo juiz para auxiliá-lo nesta função (CC, art. 1.742), sendo digno inclusive de eventual remuneração a ser fixada pelo magistrado (art. 1.752, § 1º).

### 2.6.3 A tutela administrativa

Não se encontrando a quem delegar a função substitutiva, deverá o Estado assumi-la, por intermédio da *tutela administrativa*<sup>86</sup>. Há quem defenda que o Estado deveria assumir a tutela do menor antes mesmo de se constituir juridicamente a tutela civil, em socorro imediato ao menor. No Brasil, a lei não possui tal previsão.

---

<sup>86</sup> Proposta de *lege ferenda*, apresentada por ELIAS, Roberto João. *Tutela civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, e desenvolvida por GARCEZ, Sérgio Matheuz. *O novo direito da criança e do adolescente*. Campinas: E. V., 1994, p.63, que pleiteia em seu trabalho a previsão estatutária desse tipo de tutela, a ser exercida pelo Estado por meio de órgãos de sua Administração, na falta de pais ou de tutores civis do menor.

A tutela administrativa seria provisória e deveria durar até que se conseguisse regularizar a posse de fato de criança ou adolescente, mediante a concessão liminar de guarda, nos processos de tutela civil ou de adoção, ou ainda nos casos de simples concessão de guarda a algum membro da sociedade civil (ECA, art. 33, §§ 1º e 2º).

Malogradas as tentativas de colocação do menor em família substituta por intermédio da adoção, tutela civil, ou guarda, manteria o Estado a *tutela administrativa*. O Estado, representado no Chefe do Executivo municipal, manteria o menor sob sua custódia. Paralelamente, o Judiciário e a Assistência Social do Município buscariam quem se dispusesse a assumir a tutela civil ou a guarda. Não se encontrando pessoa interessada, o Estado consolidaria sua *tutela administrativa*, que deixaria de ser provisória, mas manteria o caráter precário, na expectativa de alcançar a colocação em família substituta. Isto porque a guarda e a tutela civil têm preferência sobre a tutela estatal, pois imitam melhor a natureza familiar. A *tutela administrativa*, proposta de *lege ferenda* no Brasil, seria exigida do Estado como consequência de sua primazia no dever de amparo das crianças e adolescentes.

#### **2.6.4 A adoção**

A adoção é meio de constituir nova família ao menor, com respectivo novo título de filiação. Sendo o adotado menor de idade, renasce aos adotantes o poder familiar integral. Trata-se de tema conexo, mas diverso e autônomo do objeto desse trabalho.

## 2.7 Conteúdo mínimo do poder familiar

O poder familiar tem conteúdo mínimo que pode ser deduzido da CF, do CC e do ECA. Por meio do estabelecimento dos deveres se identificam as situações em que é cabível a interferência dos órgãos públicos encarregados de proteger o menor. A lei determina como ela pode se dar<sup>87</sup>.

O art. 98, II, do ECA refere-se expressamente à “falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”. São situações de inobservância dos limites mínimos, portanto deveres, exigidos pela lei para o livre exercício do poder familiar. Quando conduta dos pais ameaçar ou violar direitos resguardados pelo ECA, legitima-se a intervenção da sociedade civil e do Estado<sup>88</sup>.

Para esboçar o conteúdo dos poderes-deveres paternos convém apresentar o arcabouço legal onde se concentram. Alguns dos principais dispositivos relativos a essa matéria podem ser encontrados na CF (art. 229), no CC (art. 1.634 e arts. 1.689 a 1.693) e no ECA (arts. 21, 22, 55 e 129, V).

A CF é diploma jurídico e carta política, de maneira que os termos utilizados em sua redação nem sempre descrevem com a melhor técnica os institutos de direito. Mas,

---

<sup>87</sup> Por exemplo, o art. 98 do ECA diz quando cabe intervir aplicando-se medidas de proteção descritas no art. 101.

<sup>88</sup> Veja-se a respeito SÊDA Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*. Rio de Janeiro: Adês, 1999. Disponível em <[http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/edson\\_seda/a\\_z\\_dos\\_conselhos\\_tutelares\\_edson\\_seda.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/edson_seda/a_z_dos_conselhos_tutelares_edson_seda.pdf)>. Acesso em 22 fev. 2016, resposta à pergunta n. 15 [ paginação variável].

por ser chave de interpretação do sistema jurídico positivo convém ser usada como referência. Isso será feito na análise dos poderes-deveres que integram o poder familiar. Pode-se notar divisão tripartite dos poderes-deveres dos pais, enunciados no art. 229 da CF : assistir, criar e educar.

O CC divide a matéria em poderes-deveres quanto à pessoa (art. 1.634) e quanto aos bens dos filhos (arts. 1.689 a 1.693). O art. 1.634 dispõe que compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos (I), tê-los em sua guarda e companhia (II). Compete-lhes ainda exercitar poderes relacionados à incapacidade de fato dos filhos: conceder ou negar consentimento para casarem (III); nomear tutor em certos casos (IV); representá-los ou assisti-los juridicamente, conforme a idade (V); reclamá-los de quem ilegalmente os detenha (VI); exigir deles obediência, respeito e serviços compatíveis com a idade (VII). Enquanto isso, os arts. 1.689 a 1.693 referem-se aos poderes sobre o patrimônio do filho, que interessam secundariamente neste trabalho.

O art. 22 do ECA exprime quatro deveres paternos: sustento, guarda, educação e cumprimento das determinações judiciais.

Não há unidade terminológica entre a CF, CC e ECA. Para relacionar os conceitos desses diplomas será oportuno adotar a doutrina qualificada de Walter Moraes como critério para a identificação, organização e harmonização dos deveres do poder familiar.

Segundo Walter Moraes, os pais devem atender às necessidades dos filhos menores em três âmbitos de assistência: (a) *assistência material*, que pode ser associada ao *criar*; (b) *assistência moral*, relacionada ao *educar*; e (c)

*assistência jurídica*, que pode ser vinculada ao dever de *assistir*.

A *assistência material* será prestada pelos responsáveis mediante o cumprimento de deveres voltados à satisfação das necessidades físicas. Desdobra-se nos deveres de *criação*, *sustento* e *guarda*. Por *criação* entende-se o zelo pelo desenvolvimento físico, incluindo o lazer e a recreação. Numa palavra, a atenção dispensada para o seu *crescimento fisiológico*. Esse dever pode ser fundamentado na CF, art. 229 (criar), e no art. 1.634 do CC. O *sustento*, para Walter Moraes, absorve os deveres relacionados às necessidades alimentares e médicas do menor, ou seja, o zelo pela *saúde*. Este dever está especialmente previsto nos arts. 231, IV do CC e no ECA, art. 22. A *guarda*, por seu turno, inclui habitação e vestuário, restando vinculada à *proteção física*, e está delineada pelo direito positivo estatal nos artigos 231, IV e 1.634, I do CC, e no ECA, art. 22<sup>89</sup>.

A *assistência moral* - chamada de *assistência pessoal não material* - será prestada pelos responsáveis e inclui o dever de *companhia* (CC, art. 1.634, II; ECA, art. 19), pelo qual devem estar próximos do filho dando-lhe a atenção afetiva necessária para que sua constituição emotiva seja segura e equilibrada, e o dever de *educação* (CF, art. 229, ECA, art. 22), que forja a personalidade do indivíduo nas diversas frentes que compõem a pessoa humana: formação moral, religiosa, intelectual e profissional (CC, art. 1.566, IV e 1.724; ; 1.634, I; 1.740, I e 1.747, III).

---

<sup>89</sup> MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 128.

Terceira categoria de serviço se concretiza na *assistência jurídica* (CF, art. 229, ECA, art. 22, última parte) prestada por meio da representação (CC art. 1.634, V), assistência *stricto sensu* (art. 1.634, V e 1.747, I), consentimento para casamento (CC art. 1.634, III), nomeação de tutor por testamento ou documento similar (CC, art. 1.634, IV); administração dos bens do menor (CC arts. 1.689 a 1.693 e 1.741); usufruto legal (CC art. 1.689, I).

A partir da classificação de Walter Moraes e da terminologia constitucional, pode-se conceber quadro esquemático em que se associam os dispositivos citados.

Assistência Material	Assistência Moral	Assistência Jurídica
CF, art. 229: Criar	CF, art. 229: Educar	CF, art. 229: Assistir
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Criação: crescimento físico</li> <li>- Sustento: cuidado da saúde</li> <li>- Guarda: proteção física</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Companhia</li> <li>- Educação</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Representação</li> <li>- Assistência <i>stricto sensu</i></li> <li>- Consentimento para casar</li> <li>- Nomeação de tutor</li> <li>- Administração de bens do filho</li> <li>- Usufruto legal</li> </ul>
CC: arts. 1.566, IV; 1.634, I	CC: arts. 1.566, IV; 1.634, I e II; 1.740, I e 1.747, III	CC: arts. 1.634, III, IV, V; 1.689-1.693

ECA, art. 22	ECA, art. 19, art. 22	ECA, art. 22, última parte
--------------	--------------------------	----------------------------

Divisão comum quanto às atribuições do *paterfamilias* é a que se dá entre os poderes relacionados à pessoa e os poderes relacionados aos bens do filho<sup>90</sup>. Os pais gozam de poderes sobre os bens patrimoniais dos filhos, para que possam administrá-los, e poderes sobre sua pessoa, para que possam zelar pela formação de sua personalidade. Dentre as duas categorias de poderes, mais importante é a que se refere à pessoa do filho. Nos deveres pessoais se concentram os principais fins do pátrio poder. Isso também se depreende do cotejamento do CC com o ECA.

Diz o ECA, art. 22: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. O artigo seguinte sobreleva eventual dificuldade econômica dos pais. A dificuldade para o sustento material não autoriza a mudança do titular do pátrio poder. Para estes casos concebeu a lei o “programa de auxílio comunitário” (ECA, art. 101, inciso VI). “A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder” (ECA, art. 23). Ou seja, o princípio da autonomia familiar se

---

<sup>90</sup> Separados em títulos diferentes na topologia do Código Civil. No caso dos poderes relativos à pessoa, a matéria encontra-se no título I, *Do Direito Pessoal*. Enquanto isso, os poderes relativos aos bens dos filhos, estão sob o título II, *do Direito Patrimonial*.

mantém e o princípio da cooperação<sup>91</sup> vem ao encontro da situação, obrigando a sociedade civil e o Estado a socorrerem os pais sem substituí-los na posição de educadores.

O impacto da conduta dos pais na formação moral é mais importante que a administração dos bens dos filhos. Por isso, a responsabilidade econômica quanto aos bens do filho está abaixo da responsabilidade por sua pessoa. Quando o filho possui patrimônio, adquirido mediante doação, legado ou herança, cabe aos pais a administração desse montante, como regra. O dever mínimo a ser observado nesses casos é o de máxima conservação do valor representado por tal patrimônio. Caso isso não aconteça, por flagrante desídia dos responsáveis, de modo que se comprometa seriamente o patrimônio (o art. 1.637 do CC fala de *arruinar* os bens do filho), pode o juiz suspender o poder familiar. Somente a reiteração dessa conduta, que não é requisito para a perda do poder familiar por descumprimento de encargos relativos à pessoa do filho, pode levar à perda do poder familiar, de acordo com dispositivo do CC (art. 1.638, IV), sem precedente no CC de 1916. Essa consequência demonstra que a lei civil de 2002 atribui maior valor aos direitos patrimoniais do filho sujeito ao poder familiar que o diploma de 1916. Todavia, a falha dos pais nesse plano não se equipara à falta com relação aos direitos que interferem na formação de sua personalidade.

Quando há ofensa, ou perigo de ofensa, a essa categoria de bens, imateriais, pode-se aplicar o remédio extremo da perda do poder familiar (CC, art. 1.638). Assim, em situações de descuido do dever de guarda e educação,

---

<sup>91</sup> Desenvolve-se essa ideia nos pontos 5.5 e 5.6 desse trabalho.

pode-se determinar, além da suspensão, de caráter revogável e temporário, a medida da *perda* do poder familiar, em geral irrevogável. São situações que ensejam tal medida, aquelas descritas no art. 1.638 do Código Civil: (I) castigar imoderadamente o filho, (II) deixá-lo em abandono e (III) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

Os três primeiros incisos do art. 1.638 descrevem condutas dos pais que põem em risco direitos fundamentais do filho, segundo a CC, o ECA: a vida (I e II) e a formação sadia da personalidade, mediante educação e convivência familiar (I, II e III). Novidade do CC de 2002, o quarto inciso possibilita a perda do poder familiar pela prática repetitiva de atos deletérios ao patrimônio do filho. Entende-se que tal previsão se aplicaria quando se verificasse, de modo indireto, prejuízo à personalidade dos filhos, o que exigirá, via de regra, o desrespeito cumulativo deste preceito em conjunto com a desobediência relativa aos incisos anteriores, sob o risco de sobrelevar a dimensão econômica acima da pessoal.

Conclui-se que os deveres imateriais têm maior valor que os materiais, uma vez que as dificuldades relacionadas a estes últimos são mais facilmente contornáveis que os problemas gerados pelo não cumprimento daqueles. A educação e a companhia assumem posição primeira na hierarquia de deveres dos pais e serão o ponto principal de fiscalização, orientação e intervenção de agentes exteriores (sociedade civil e Estado), quando há má gestão do poder familiar pelos responsáveis originários de geri-lo.

## 2.8 Fiscalização do poder familiar pelo Estado e pela

## sociedade

A intervenção estatal no âmbito do Direito de Família deve-se à existência de um interesse social premente na organização familiar. Os poderes exercitados neste âmbito geram repercussão social positiva ou negativa, devido à inter-relação entre os círculos sociais.

A família e a sociedade civil organizada são entidades naturais<sup>92</sup>. Há semelhança entre os modos de organização dos poderes inerentes a cada uma delas. A semelhança se manifesta no fato de a mesma categoria jurídica explicar a natureza jurídica da autoridade pública e do titular do poder familiar. Nos dois casos trata-se de poder funcional ou poder-dever. Como a família é base da sociedade civil (CF, art. 226), não é de estranhar que haja semelhanças formais, a despeito de diferenças substanciais que existam entre elas.

Assim como a autoridade pública goza de atribuições que devem ser exercitadas no interesse de terceiros, também os pais na administração do poder familiar. Ao poder de comandar e conduzir a vida em sociedade, no caso da autoridade pública, ou a vida da criança ou adolescente, no caso dos pais, corresponde uma responsabilidade. A autoridade pública responde pelos atos contrários ao bem comum, na medida em que tais atos afetam direitos públicos e privados dos cidadãos. Estes podem exigir-lhe, individual ou coletivamente, condutas condizentes com o cargo ocupado, tanto por meio dos instrumentos judiciais, quanto por meio da pressão política.

---

<sup>92</sup> Desenvolve-se essa ideia no ponto 3.1

Quanto aos pais, ou a quem exerça os poderes decorrentes do poder familiar, deve-se cobrar a observância dos preceitos garantidores dos direitos da criança e adolescente. Estes, beneficiários imediatos, por serem limitados para agir jurídica e judicialmente, necessitarão de terceiros que lhes auxiliem. Neste espaço se interpõe e se justifica a participação da sociedade civil e do Estado como garantidores dos direitos da criança e do adolescente, prioridade absoluta (CF, art. 227). O caráter funcional do poder familiar coloca sob olhar e fiscalização da sociedade a administração dos poderes outorgados às pessoas no âmbito familiar<sup>93</sup>. A interferência se justifica em virtude de o menor necessitar de assistência até o momento em que adquire plena capacidade de agir. Faltando o círculo familiar a essa função, outros círculos sociais deverão socorrer o incapaz.

O art. 226 da Constituição afirma que “a família, base da sociedade, terá especial proteção do Estado” (CF, art. 226, *caput*). Para salvaguardar a autonomia privada, é oportuno atentar para a enumeração das situações coletivas reconhecidas como básicas da sociedade e, logo, passíveis de sofrer incidência da “especial proteção” – ou seja, especial interferência estatal. Dessa leitura pode-se inferir que há situações nas quais o Estado deixará às pessoas maior liberdade de regulação de suas vidas, mediante a “proteção geral” garantida a todos. Os modelos tipificados pela constituição, de interesse especial do Estado, são, segundo a Constituição de 1988, a família originada do casamento, da união estável entre o homem e a mulher e da filiação

---

<sup>93</sup> JOSSERAND, Louis. *L'esprit des droits et leur relativité*. Paris: Daloz, 1927, p. 87-93.

monoparental. Sobre tais incidem exigências sociais e jurídicas, que constroem as pessoas para além da liberdade de que gozam os cidadãos fora de tais. A identificação da “base social”, nestes casos, termina por permitir certa ingerência externa na entidade que se constitui segundo tal padrão, no estabelecimento de deveres desde fora, independentemente do desejo das partes. Enquanto base da sociedade, tais quadros extrapolam a índole privada e ocupam o eixo das preocupações públicas do Estado. Assim, livres da “especial proteção” (termo restritivo) estão as modalidades de convivência que não se confundem com a base social. Nota-se nas três situações elencadas pela Constituição a presença potencial e natural de duas notas relacionadas à própria perpetuação da sociedade: a o desiderato reprodutivo que costuma seguir à união entre homem e mulher, e a conseqüente criação do ser gerado.

A partir da filiação instala-se, portanto, o poder familiar, cujo exercício deve ser feito em atenção a deveres fundamentais, exigíveis sob o termo de “direitos fundamentais” da criança e do adolescente, postos na CF e no ECA. O titular do poder familiar deve administrá-lo como instrumento adequado para auxiliar na formação da personalidade da pessoa em desenvolvimento<sup>94</sup>. Os pais, ou quem lhes faça as vezes, legitimam o uso desse poder à medida que cumprem o dever de formar o filho segundo os traços característicos da dignidade humana, limite mínimo do

---

<sup>94</sup> Quanto à interferência do Poder Público (Judiciário) na condução da educação dos menores, na Itália, veja-se ZATTI, Paolo. Rapporto educativo e intervento del giudice. In: *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano: Giuffrè, 1980: p. 185-317.

exercício desse poder, que pode ser distorcido mediante abuso ou omissão. Por isso, o responsável por movimentar tais prerrogativas será fiscalizado pelo Estado e pela sociedade civil.

## **PARTE II**

### **DA FISCALIZAÇÃO E ORIENTAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR PELA SOCIEDADE E PELO ESTADO**

#### **PRESSUPOSTOS TEÓRICO-DOG MÁTICOS**

#### **2. ASPECTOS SÓCIO-POLÍTICOS**

## CAPÍTULO 3

### OS CÍRCULOS SOCIAIS

#### 3.1 Comunidade e sociedade

Para determinar qual entidade terá competência para suprir a ausência dos pais e para fiscalizar e orientar o exercício do poder familiar, será oportuno fazer sucinta análise (1) da natureza dos agrupamentos humanos, (2) de sua eventual organicidade e (3) da relação entre eles.

##### 3.1.1 Comunidade e sociedade em Tönnies e Maritain

A distinção entre os conceitos sociológicos de comunidade e sociedade serve de matriz para descobrir notas específicas e comuns aos círculos sociais. Tal diferenciação foi objeto de estudo de Ferdinand Tönnies<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Ferdinand TÖNNIES. *Comunidad y sociedad*. [Gemeinschaft und Gesellschaft]. Trad. José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Losada, 1947.

“O binômio comunidade-sociedade, já presente em *Schleiermachere* nos românticos (Adam MÜLLER), estreou na ciência com *Ferdinand TÖNNIES* († 1936). [...] As idéias de TÖNNIES foram endossadas por inúmeros sociólogos, sobretudo nas três primeiras décadas do século XX. Max WEBER falou de “comunitarização” e de “socialização”; Hermann

As vontades humanas tocam-se em variadas relações e delas originam-se grupos diversos. Quando o produto dessa relação é uma união real e orgânica, estar-se-ia diante de uma *comunidade*. Quando essa união é ideal e mecânica, estar-se-ia diante de uma *sociedade*. Nesta, valoriza-se o indivíduo como criador e fim da sociedade. Naquela, vale primordialmente o grupo, o todo. A *sociedade* tende a ter uma vida em comum passageira e aparente, enquanto a *comunidade* traduziria uma vida em comum duradoura e autêntica, de onde a imagem do organismo. Para Tönnies uma mesma realidade pode ser compreendida como *comunidade* ou *sociedade*, de acordo com a perspectiva de análise. A família, por exemplo, do ponto de vista jurídico, seria *sociedade doméstica* enquanto interiormente se trataria de *comunidade doméstica*<sup>96</sup>.

As relações comunitárias se formam principalmente em decorrência das relações de sangue (família), de vizinhança (proximidade territorial) e amizade (comunhão espiritual). Entre esses tipos de vida comunitária

---

KANTOROWICZ citou as "relações irracionais da vida" e as "relações racionais dos objetivos"; Wilhelm HELLPACH lembra "estruturas criativas e normativas", etc." Cf. Joseph Cardeal HÖFFNER, *Doutrina social cristã. Versão de acordo com a 8ª edição alemã*. [Christliche Gesellschaftslehre]. Trad. José Maria Wisniewski. São Paulo: Loyola, 1986, p. 24.

<sup>96</sup> TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*. [Gemeinschaft und Gesellschaft]. Trad. José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Losada, 1947, p. 19-21.

tende a se estabelecer equilíbrio complementar, ainda que isso não seja racionalizado expressamente<sup>97</sup>.

O paradigma de *sociedade* apresentada por Tönnies foi tomado principalmente da experiência econômica - a partir das *sociedades* mercantis - e depois expandido para outras situações, como o Estado. O sociólogo tende a se mostrar cético quanto à possibilidade de vincular fins éticos elevados às entidades classificadas como sociedades, bem como à possibilidade de se conceber uma vontade comum dos membros de uma sociedade, que vá além de um interesse egoísta. Para ele, essa pureza de intenção só poderia ser verificada se não houvesse qualquer interesse pessoal por trás, como se verificaria, de acordo com Tönnies, na *comunidade*.

“A teoria da sociedade constrói um círculo de homens que, como na comunidade, convivem pacificamente, mas não estão essencialmente unidos senão essencialmente separados, e enquanto na comunidade permanecem unidos apesar de todas as separações, na sociedade permanecem separados apesar de todas as uniões”<sup>98</sup>.

Jacques Maritain também usa o binômio *comunidade-sociedade* para expor sua concepção de Estado,

---

<sup>97</sup> TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*. [Gemeinschaft und Gesellschaft]. Trad. José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Losada, 1947, p. 31-35.

<sup>98</sup> TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*. [Gemeinschaft und Gesellschaft]. Trad. José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Losada, 1947, p. 65.

sociedade política e nação. Todavia, apresenta algumas diferenças com relação ao entendimento de Tönnies, admitindo caráter orgânico e sentido ético positivo na *sociedade*.

Maritain<sup>99</sup> afirma que comunidade e sociedade são realidades étnico-sociais que têm por diferença principal o fato de a comunidade ser agrupamento que se constitui independentemente de intencionalidade, surgindo como fato, enquanto a sociedade seria reunião querida pelos seus pares pretendendo fim racionalmente vislumbrado. Essa nota característica da sociedade - a presença de uma racionalidade em sua gênese - denota valor que a coloca acima da comunidade: o homem é produto da comunidade, mas é produtor da sociedade. A comunidade instala-se a partir do fato convivência, sem mais, e nela se prezam especialmente os laços afetivos. A sociedade é dimensionada pela razão humana, e nela se dá prioridade aos laços racionalmente construídos. Na comunidade, a individualidade perde força. Na sociedade, cada indivíduo mantém seu valor, sendo reconhecido e valorizado como razão de ser do agrupamento.

Todavia, o conjunto de pessoas pode estar informado pelas duas categorias. Uma comunidade pode ser, ao mesmo tempo, sociedade, uma vez que aos laços afetivos podem se somar laços intencional e racionalmente pretendidos. O que Tönnies também admitia, como se viu, quando apresentou a família sob as duas perspectivas.

---

<sup>99</sup>MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*, 4. ed. [L'homme et l'état]. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

Para Maritain o corpo político - a sociedade política - é uma realidade diferente do Estado. O Estado é uma parte da sociedade política que se especializa no interesse do todo. Não chega a substituí-la ou suprimi-la. Pelo contrário, depende dela para existir. O Estado é uma instituição instrumental, parte superior do Corpo Político que representa<sup>100</sup>.

A atribuição de *todo poder* ao Estado, confundido com o *todo* da sociedade política, gerou a supervalorização do órgão em detrimento do próprio corpo. Antes de se configurar o Estado, dever-se-ia reconhecer a sociedade política (sociedade civil) como primeira entidade responsável de zelar pelo bem comum. Esquecida a posição primordial da sociedade civil, resta ela reduzida a uma massa informe, desestruturada enquanto racionalidade que se autogoverna, ficando a serviço do Estado (invertendo-se, portanto, a posição de serventia), podendo ser controlada por autoridades nem sempre afinadas com a função pública do cargo que

---

<sup>100</sup> MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*, 4. ed. [L'homme et l'état]. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1966, p. 20-24.

Para MARITAIN a atribuição da categoria de "sujeito de direito" ao Estado é uma ficção jurídica e seria totalmente infundada se não se apoiasse na existência real da sociedade política. Para ele, o Estado não seria dotado de personalidade jurídica própria (p. 21). Critica JELLINEK e outros autores que atribuem ao Estado um caráter originário de sujeito de direitos (p. 23). Apresenta uma síntese histórico-filosófica segundo a qual essa confusão intelectual teria decorrido da transferência, sem mais, dos poderes dados ao rei (soberano, com personalidade jurídica própria) ao Estado, não se diferenciando a existência real daquele da existência artificial deste (p. 22). O que MARITAIN chama "sociedade política" será tratado também como "sociedade civil" neste trabalho.

exercem. Essa inversão na hierarquia entre Estado e sociedade causou o eclipse da natural organização da sociedade civil, que se manifesta por meio da multiplicidade de entidades intermediárias entre o indivíduo e o Estado. Por isso se verificou, desde o crescimento da ótica liberal, individualista, a retração das sociedades menores que o Estado, como é o caso da família, no jogo de forças sociais.

Qual a posição da família entre esses grupos? Tönnies, conforme foi expresso acima, chama a atenção ao duplo grau de apreciação da realidade familiar: sob o ponto de vista externo – *sociedade doméstica* – e sob o interno – *comunidade*. Maritain prefere ater-se à visão societária da família, uma vez que nela se buscam realizar fins éticos, incluindo-se em sua constituição a racionalidade e a voluntariedade, potencialidades superiores do ser humano.

Para Maritain a família é uma sociedade natural, à semelhança da sociedade política: “sociedades que são, a um tempo, necessariamente exigidas e espontaneamente esquematizadas pela natureza”<sup>101</sup>. Está informada de uma finalidade comum e deriva da liberdade humana. Enquanto sociedade, na família “a consciência pessoal conserva a sua prioridade, o grupo social é moldado pelos homens, procedendo as relações sociais de uma determinada iniciativa, de uma determinada idéia e da determinação voluntária de pessoas humanas”<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*, 4. ed. [L’homme et l’état]. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1966, p. 12.

<sup>102</sup> MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*, 4. ed. [L’homme et l’état]. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1966, p. 12.

Apresentaram-se sucintamente os conceitos de *sociedade* e *comunidade*. Identificou-se a *natureza societária* da família, da sociedade e do Estado. No item seguinte passa-se a expor breve teoria acerca do processo que culminou na atribuição de poderes ao Estado na tutela dos direitos da criança e do adolescente, em detrimento das entidades intermediárias entre ele e o indivíduo. Tais mudanças foram motivadas, em larga medida, pelo liberalismo revolucionário de 1789, a Revolução Francesa.

### 3.2 Concentração das funções sociais nas mãos do Estado

Em matéria de infância e juventude, o sistema tutelar de direito positivo, conforme se conhece nos dias atuais, começou a se desenvolver quando o Estado assumiu “a função social de fornecer uma ordem completa de meios e serviços tendentes a assegurar a crianças em estado de abandono, a assistência de que estão privadas na sua condição familiar”<sup>103</sup>.

“Para tanto o Estado tem de intervir na ordem familiar do menor, substituir-se à autoridade paterna, como tutor, até que logre restabelecer-lhe civilmente a assistência, e eventualmente encarregar-se ele mesmo do exercício da tutela civil prestando ao menor assistência jusfamiliar em caráter definitivo. Este

---

A CF faz menção expressa ao dever do Estado de proteger cada um dos membros da família em sua individualidade (CF, art. 226 § 8º).

<sup>103</sup> MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 110.

fenômeno de maturação política, que no Brasil até hoje [escreve-se em 1984] não se completou, parece ter-se dado pela primeira vez em França, processando-se a Revolução Francesa”<sup>104</sup>.

Aponta-se o excesso de individualismo liberal que a Revolução Francesa impôs às mentalidades como sendo um dos fatores que favoreceu o eclipse das entidades intermediárias. Vários intelectuais e políticos de então se uniram para a afirmação conjunta da condição individual do homem e da necessidade de um Estado forte, racionalmente construído e administrado. Passou despercebida a dimensão social do ser humano que se manifestava nas entidades intermediárias entre Estado e indivíduo.

Walter Moraes recorda que a França inaugurou nova organização do sistema de tutela dos menores. Ao mesmo tempo, chama a atenção ao fato de essa organização ter-se dado em oposição às entidades privadas que se encarregavam do serviço tutelar no fim do século XVIII.

A começar pela reação às corporações de ofício<sup>105</sup>, assistiu-se a uma verdadeira destruição de tudo que fosse

---

<sup>104</sup> MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 110.

<sup>105</sup> De acordo com MASCARO DO NASCIMENTO, a reação às corporações de ofício, “consideradas organismos limitativos da liberdade individual e contrários aos novos princípios políticos da Revolução Francesa de 1789, influíram, entre nós, expressando-se na Constituição de 1824”. Cf. MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. História do direito do trabalho no Brasil. In: FERRARI, Irany; MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri; MARTINS

diferente do Estado e do cidadão, e pudesse representar concorrência de atribuições que seriam conferidas ao ente estatal com relação aos deveres sociais. Entidades da Igreja Católica, por exemplo, foram desconsideradas e estruturas consolidadas violentamente desfeitas, para que se alcançasse a exaltação e a afirmação do Estado como única entidade apta a zelar pelos interesses da sociedade.

Rousseau, ardoroso defensor do Estado, via com maus olhos as sociedades intermediárias de então. A exaltação do Estado se dava no contexto de participação popular na determinação das autoridades públicas, mediante sufrágio. Havia expectativa de que a democracia garantiria a escolha dos melhores líderes e, por isso, o Estado forte, conduzido por esses líderes, seria instrumento perfeito no atendimento dos interesses sociais, agindo a serviço do povo.

Como exemplo dessa reação em matéria de direitos da criança e do adolescente, é ilustrativa a descrição do sistema de proteção dos menores na França pós Revolução Francesa. Buscando concentrar toda a potestade no Estado, os revolucionários retiraram poder das entidades que se ocupavam dos menores desamparados motivadas pelo espírito cristão, e atribuíram-no à competência estatal, criando rede

---

FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 75.

PRADE, como se verá adiante, também menciona essa reação às corporações de ofício, ao tratar do conceito de interesses difusos. Cf. PRADE, Péricles. *Conceito de direitos difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 16.

burocrática de atendimento aos menores<sup>106</sup>. Tempos depois o Estado perceberia a situação de abandono dos menores dentro de seus órgãos, e começaria a matizar esse sistema tutelar administrativo. “Em suma, a Revolução Francesa desmontou *ex abrupto* uma infraestrutura social de formação secular, a

---

<sup>106</sup> MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 110-112. Na p. 112, são apresentadas atitudes concretas que levaram a esse desmonte, podendo-se apontar a extinção das instituições de mão-morta, pela Constituinte, que transferiu para o Estado seus bens vacantes, desapropriou bens eclesiásticos, excluiu corporações religiosas, aboliu a justiça senhoria. Em paralelo, a tutela administrativa dos menores era disciplinada em vários documentos legais. De modo geral, o Estado incumbia a uma comissão administrativa o encaminhamento dos menores à casa de nutrizes ou de camponeses que exerceriam a tutela sendo remunerados pelo Estado. Quando não fosse possível colocar o menor em um dessas casas, ele permaneceria nos hospícios sob tutela da comissão, que teria um de seus membros designados para exercer, ostensivamente, a função de tutor, recebendo poderes concernentes ao titular do pátrio poder. A legislação específica sobre a matéria pode ser encontrada na obra de Walter MORAES, merecendo um último destaque o decreto de 19 de janeiro de 1811 (“*Décret imperial concernant les enfants trouvés ou abandonés et orphelins pauvres*”) que coloca os menores, a partir dos 12 anos, à disposição da Marinha, se estivessem em condições de servir, ficando a cargo da autoridade militar valer-se desse poder. Caso optasse por incorporar o menor à força armada, cessaria para a comissão administrativa a tutela (arts. 9º, 16 e 24). Também chama a atenção o art. 16 ao afirmar: “*Lés dits enfans, élèves à la charge de l’État, sont entièrement à sa disposition*”. Ou seja: os menores incorporados à Marinha passam à situação de servidão militar e pelo art. 16 tornam-se quase que *propriedade* do Estado.

que se fora ajustando a ação da caridade cristã ante a inércia dos Estados”<sup>107</sup>.

A ideologia revolucionária de 1789 idealizou o Estado forte, democraticamente gerenciado, e teve por linha de ação derrubar as entidades que pudessem concorrer com ele na execução de quaisquer das funções pensadas para serem assumidas por ele. Hoje é patente a insuficiência do ente estatal para atender os interesses públicos. Nesse contexto, a parceria com a sociedade civil, especialmente por meio das organizações não-governamentais, impôs-se como caminho necessário para a garantia dos direitos e a realização do bem comum.

### 3.3 *Status*: a posição do indivíduo perante o Estado e o grupo familiar

Convém tecer considerações sobre o grau de relacionamento dos grupos com os indivíduos que deles façam parte, para melhor desenvolvimento da relação entre os círculos sociais. Antonio Cicu oferece reflexão que esclarece como pode ser compreendida a relação do indivíduo perante os agrupamentos. No estudo que desenvolveu acerca do conceito de *status*, reexaminou as bases da relação do cidadão

---

<sup>107</sup> MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 112.

Esse processo histórico acompanha as mudanças nas relações de poder entre Estado e Igreja, pelo qual o Estado assumia a liderança no atendimento assistencialista da população carente, a partir do séc. XVIII. Cf. RIZZINI, Irene. *O século perdido – raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Santa Úrsula / Amais Livraria e Editora, 1997, p. 145.

com o Estado, estabelecendo parâmetro diferente do que se tinha até então.

Segundo ele, em texto de 1917, vinha-se entendendo o Direito Público a partir do paradigma do Direito Privado, e liam-se os poderes atribuídos ao Estado com relação ao indivíduo sempre sob uma ótica de *limitação* da liberdade pessoal. Cicu<sup>108</sup> faz uma releitura dessa situação, chamando a atenção aos benefícios gerados ao ser humano nessa relação com o Estado.

Uma vez que o conceito de direito subentende o de sociedade - só há direito quando há pluralidade de pessoas convivendo em relação -, antes de se falar dos direitos, individualmente considerados, deve-se atentar para a relação natural de pertinência do indivíduo a uma dada coletividade. As consequências dessa pertinência não poderiam ser lidas simplesmente como redutoras da liberdade pessoal, pois a liberdade individual surge contornada em uma dimensão social, sendo mesmo a assimilação da linguagem, das bases referenciais do pensamento e do processo avaliativo-decisório, aprendidas em meio social.

As exigências da convivência social deveriam ser respeitadas por todos, como decorrência imediata da condição humana, afastando-se a falsa noção liberal da *individualidade total do homem no estado de natureza*, na perspectiva do contratualismo social, com sua ideis subjacente de que o homem seria, por natureza, e de modo originário,

---

<sup>108</sup> CICU, Antonio. Il concetto di 'status'. In: *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 1917: p.60-74.

exclusivamente individual, restando a sociedade como criação artificial e limitadora do ser humano.

Cicu critica a escolha do contrato como modelo para explicar o fenômeno da vida em sociedade. O paradigma contratual manifestaria a tendência de se observar a realidade social sob a perspectiva privatista dominante na Europa após o desenvolvimento do direito comum - inspirado no direito privado romano, redescoberto nas Universidades a partir do século XIII <sup>109</sup>.

Ao observar o plano do ser, para fundamentar o *dever-ser*, Cicu afirmava que há relação orgânica entre os membros de uma comunidade<sup>110</sup>, anterior à percepção dos direitos individuais. A partir dessa perspectiva pode-se concluir que antes de se reconhecer como ser individual, o homem é, por força da natureza, um ser social.

A condição social humana teria servido em certas épocas e locais para justificar abusos com relação à sua condição individual. Momentos em que as convicções do grupo acerca da verdade eram impostas, sacrificando-se algo da liberdade de pensamento dos indivíduos. Nessa atmosfera, por vezes rarefeita de liberdade, de modo antitético e reativo, alguns intelectuais do Renascimento fizeram leitura negativa da sociabilidade, construindo teorias contratualistas onde se exaltava a dimensão individual como a única do estado natural

---

<sup>109</sup> CICU, Antonio. Il concetto di 'status'. In: *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 1917, p. 66.

<sup>110</sup> Ressalte-se que CICU não diferenciava o conceito de *comunidade* do conceito de *sociedade*, o que fizeram TÖNNIES e MARITAIN. CICU trata a família e o Estado indistintamente como *comunidades*.

do ser humano. Pretendiam recuperar o valor do indivíduo em face da coletividade, de modo a salvaguardar o espaço de autonomia que por vezes era sufocado. Todavia, lograram ir além. Dado o efeito pendular que costuma se operar na história, terminou-se por alimentar o individualismo e ponto de ser necessária reação retificadora, sob risco de se abusar da pessoa, novamente, ao desconhecer sua condição social.

Não se deveria atribuir caráter negativo à situação de dependência perante o agrupamento. A pertinência do indivíduo ao corpo social franqueia-lhe o acesso a possibilidades que complementam substancialmente seu aperfeiçoamento. Somente a convivência permite desenvolver virtudes relacionadas ao serviço e aos interesses sociais. Não significaria, destarte, redução da condição individual humana, mas seu complemento necessário.

Concluía Cicu que onde se via, sob o aspecto privatista, diminuição da personalidade - sujeição à soberania estatal -, dever-se-ia notar a sublimação da personalidade. Onde se vislumbrava simples sujeição do indivíduo, dever-se-ia reconhecer uma *igualdade* de sujeição *de todos*, como âmbito de solidariedade. Como membros do mesmo organismo, não mais se deveria falar que o indivíduo tem *dependência* perante o Estado, senão que entre eles se estabelece relação de *interdependência*. Nessa perspectiva, a pessoa não se veria tolhida pelo grupo, mas potencializada *ad maiora* em função dele: no âmbito do grupo sua personalidade se expande para atender a fins maiores que ela própria.

Mas, para Cicu, esse caráter associativo era personificado no Estado, confundido com a sociedade política, de modo que se tornou ele defensor do fortalecimento do

Estado. Por isso se entende necessário temperar a concepção de Cicu com a visão de Maritain, de modo a se dar o real peso à sociedade civil antes de atribuir ao Estado a força motriz da vida em sociedade.

Quando se confere todo o poder ao Estado, tomando-o como a *fonte* dos poderes públicos, cria-se o risco dos Estados totalitários, os quais se justificam usando do argumento de *serem* a sociedade civil: reduzem a sociedade civil ao aparato burocrático estatal manipulável por quem detém as chaves do poder em determinado governo. Antes de pertencer ao Estado, o indivíduo faz parte da sociedade civil.

Cicu intuiu que o individualismo não respondia às necessidades autênticas da pessoa, mas não conseguiu restaurar a importância da *sociedade política* como realidade prévia e mais importante que o Estado - novamente, vale lembrar que o Estado tem entidade artificial, criada pela sociedade política. Com as idéias desenvolvidas por Maritain, pode-se corrigir a leitura de Cicu que levaria à exaltação do Estado como organismo que poderia agir por si, sem a necessidade de justificar seus atos à sociedade civil.

Quanto à sociedade doméstica, afirmava Cicu que, à semelhança do *status civitatis*, no âmbito familiar se estabelecia relação orgânica entre as pessoas, pelo que decorriam deveres para os seus membros. Para o civilista italiano o *status* é a situação que se estabelece não só por decorrência da relação Estado-cidadão, mas sempre que o indivíduo se apresenta como membro de um todo superior, que possui escopo comum. “Antes de tudo, isso ocorre na

família”<sup>111</sup>. O *status* é “a relação ou vínculo jurídico que liga o indivíduo ao agrupamento”<sup>112</sup>.

Essa relação orgânica do indivíduo com o Estado - na visão de Cicu -, ou com a sociedade política - na concepção de Maritain -, verifica-se com relação à família. No entanto, o vínculo é mais forte no âmbito familiar que no âmbito coletivo estatal, pois “na família é mais puro o momento do dever, também porque a própria destinação à função é aqui preordenada e individualizada, sendo mais restrito o campo da liberdade e da vontade”. Pouco depois, Cicu afirma que na sociedade familiar mais facilmente se percebe a configuração do *status* do que na sociedade estatal, pois na família ficam mais nítidos “o conceito de interdependência e solidariedade; a característica de direito-dever; a exclusão do interesse egoísta, do poder de aquisição, de disposição e de renúncia; a subordinação a um fim”<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> CICU, Antonio. Il concetto di 'status'. In: *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 1917, p. 60.

<sup>112</sup> CICU, Antonio. Il concetto di 'status'. In: *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 1917, p. 70. No original: “*Status* è pertanto il rapporto o vincolo giuridico che lega il singolo nell'aggregato”.

<sup>113</sup> CICU, Antonio. Il concetto di 'status'. In: *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 1917, p. 73. No original: “Più evidente e sicura è invero la necessità che determina e tien fermo l'aggregato famigliare: più puro quindi il momento del dovere, anche perchè la stessa *destinazione* alle funzioni è qui preordinata ed individualizzata, sicchè molto più ristretto è il campo della libertà e volontà”. Adiante: “Ma tutto ciò non impedisce che in confronto dello *s.civitatis* abbiano qui maggior risalto il concetto di

As ideias de Cicu foram referência para o pensamento do Direito Social aplicado ao Direito de Família<sup>114</sup>, servindo de contraponto ao entendimento de total autonomia da vontade no âmbito familiar. Cada membro da sociedade familiar deve respeitar princípios decorrentes dessa relação, que transcende a individualidade.

A concepção de família possui uma nota característica comum à concepção de Estado e de sociedade política (sociedade civil): os três agrupamentos incluem-se na categoria de *sociedade*. São realidades pretendidas racional e moralmente, dotadas de fins particulares e de fins comuns. Quanto aos fins comuns, deve-se reconhecer a ordem de precedência entre as três sociedades. A parcela do bem comum cabível a cada uma é proporcional ao conteúdo específico das atribuições que competem naturalmente a cada uma, em função do acesso ao indivíduo. O bem comum familiar, por exemplo, é pré-requisito para o bem comum geral.

### 3.4 Precedência da família dentre os círculos sociais

Ao grau de relacionamento e de intimidade que se partilha com determinado agrupamento, corresponde uma maior *interdependência* sócio-jurídica. Cada pessoa torna-se titular de direitos e deveres perante eles, proporcionalmente ao grau de interdependência com cada um.

---

interdipendenza e solidarietà; la caratteristica di diritto-dovere; l'esclusione dell'interesse egoistico, del potere di acquisto, di disposizione e di rinuncia; la subordinazione ad un fine."

<sup>114</sup> São de autoria de Antonio CICU, *Il diritto di famiglia, teoria generale*. Roma: Atheneum, 1915 e *Filiazione*. Torino: UTET, 1951.

As pessoas são ao mesmo tempo cidadãos em face do Estado, membros da sociedade civil e integrantes de uma família, guardando com cada círculo social alguns deveres e direitos. A tríplice pertinência justifica uma certa mútua interferência de um círculo no outro, uma vez que todos eles se unem na função principal do bem comum, e todos se constituem em serviço àqueles que os compõem.

Para ilustrar a situação, pode-se imaginar uma pessoa envolta por três círculos: mais próximo a ela está a família, seguida pela sociedade, nas diversas entidades em que possa se manifestar, bem como na própria sociedade política, e logo depois, o Estado. Há relação de continência entre os três âmbitos, de modo que o desconforto gerado do círculo mais íntimo reflete-se no meio seguinte, e o desconforto deste, por sua vez, reverbera no Estado.

Com relação ao menor de idade, a atuação insuficiente da família exige de imediato a atuação subsidiária do meio social seguinte - denominado de família extensa ou ampliada pelo ECA <sup>115</sup> - e a insuficiência desse âmbito impulsiona a ação do Estado.

No entanto, ante a disfunção dos círculos mais próximos ao indivíduo, o Estado é a entidade de quem primeiro se cobra providência. Foi constituído mediante consenso com função instrumental de gerir os interesses da sociedade. Hoje é quem ostensivamente deve assumir em

---

<sup>115</sup> "Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade". (ECA, art. 25, parágrafo único)

primeiro lugar a responsabilidade pelo indivíduo incapaz desatendido pelos pais.

O Estado assume a primeira posição na rede protetora da pessoa. Entretanto nem por isso deve manter-se como executor exclusivo da função de zelar pela situação do menor de idade. Não lhe compete incumbir-se sozinho de tarefas cuja *competência originária* é de outro agrupamento (família ou sociedade civil) ou cuja *competência concorrente* (ou *comum*) deva com eles compartilhar.

A relação entre os círculos pode ser regulada pelos princípios da *subsidiariedade* e da *cooperação* (examinados *infra*, pontos 5.3 e 5.5). *Subsidiariedade* do Estado, por exemplo, no que é de *competência exclusiva* ou *privativa* dos demais círculos. *Cooperação* no que é *competência concorrente* entre eles.

Necessária ainda se faz a intervenção de círculos sociais diferentes da família, em razão da *prioridade absoluta da criança e do adolescente*, princípio que integra nosso sistema jurídico, e da fragilização da instituição familiar, primeiro círculo competente para cuidar dos interesses do menor.

### 3.5 Estado de Direito e a interferência no exercício do poder familiar

O que fundamenta a intervenção do Estado em matéria de poder familiar? Na atualidade, essa intervenção se apoia, em último termo, no dever do Estado de garantir os direitos de todos. A consolidação do conceito de Estado de Direito, como instrumento ideal a serviço da convivência

pacífica e harmônica em sociedade, importou no fortalecimento progressivo dos poderes estatais. Dotado de estrutura privilegiada, foi constrangido a assumir a responsabilidade pela proteção e garantia dos direitos fundamentais<sup>116</sup>. Não obstante sua posição central nesta matéria, não conseguirá êxito sem assistência da sociedade civil, sobretudo no contexto da complexa sociedade de massas contemporânea.

### 3.5.1 Intervenção do poder público na condução do poder familiar

O poder familiar é incumbência do círculo social familiar que sofre ingerência externa. O Estado

---

<sup>116</sup> Mesmo perante documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgado pela ONU em 1948, o Estado é organismo decisivo na proteção dos direitos fundamentais. Assim, no art. 8º do referido diploma, lê-se: “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. A Constituição é o documento formal que inaugura o Estado. Mas, as leis e os tribunais serão administrados pelo Estado. Sem a atuação adequada do Estado, nos órgãos que o representam em cada esfera, não haverá tutela verdadeira dos direitos da pessoa humana.

Ao mesmo tempo, vale a pena lembrar que mesmo que a Constituição possa ser apontada como a certidão de nascimento do Estado, *constituído* por ela, a rigor, perante o direito constitucionalista, ela é prévia ao Estado pois é concebida no seio de uma Assembléia Constituinte, momento em que ainda não existe, formalmente, o Estado que está sendo construído. A Assembléia Constituinte é o exemplo mais patente de organização da sociedade civil na construção do Poder Público.

contemporâneo, no uso do monopólio legiferante e por meio das instituições públicas, interfere no exercício e na titularidade do poder familiar, direta ou indiretamente, ao fiscalizar a situação dos menores de idade, para garantir que seus direitos sejam respeitados.

A motivação dessa fiscalização, durante o século XIX e parte do século XX, esteve concentrada no interesse da sociedade de precaver-se da má formação dos futuros cidadãos<sup>117</sup>. Hoje, com o protagonismo da criança e do adolescente, manifestado na prioridade absoluta dos direitos dos menores, essa motivação ficou em segundo plano e cedeu espaço para a necessidade de se garantir o melhor tratamento para todos que estão "em condição peculiar de desenvolvimento". O interesse do menor de idade tornou-se interesse prioritário da sociedade.

---

<sup>117</sup> RIZZINI, Irene. *O século perdido – raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Santa Úrsula / Amais Livraria e Editora, 1997, p. 34.

Na p. 64 pode-se ler: "Ao se buscar na literatura histórica referências sobre o espaço reservado à criança na sociedade brasileira do século XIX para o XX, percebe-se claramente que "a criança" que mais aparecia era aquela que, aos olhos da elite, carecia da proteção do Estado e precisava ser '*corrigida*' ou '*reeducada*'. Eram os '*expostos*' os '*orphaosinhos*', os '*pobres meninos abandonados*', as '*crianças criminosas*' os '*menores delinqüentes*' e assim por diante. Onde constava algo relativo à infância ou à juventude, lá estava implícita a idéia de periculosidade, carregada da ambigüidade anteriormente assinalada: ou a criança personificava o perigo ou ameaça propriamente ditos ('*viciosa, pervertida, criminosa...*') ou era apresentada como potencialmente perigosa ('*em perigo de o ser...*')."

Cingido pelo princípio da legalidade, o Estado deve agir conforme previsão legal, estando vinculado ao limite fixado em lei. Em razão disso, pode-se acompanhar o histórico da intervenção do Estado Brasileiro em matéria de menores por meio da legislação<sup>118</sup>.

As leis atuais relativas aos direitos da criança e do adolescente foram concebidas sob a égide da *proteção integral*, que abrange os diversos âmbitos de sua vida. O arcabouço legal inspirado nesse princípio aumentou o poder de interferência e a responsabilidade do Estado. Mas a lei, sabiamente, envolveu as demais esferas de coletividade nessa nova ordem normativa.

O ECA perfilou os direitos da criança e do adolescente sob inspiração da doutrina da proteção integral. Ampliou-se, dessa forma, o conteúdo do poder familiar com relação às disposições do CC do 1916. O poder familiar é o principal instrumento para intervenção na vida da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, de modo que o seu titular é o maior responsável pela efetiva garantia dos direitos dos menores.

Quando descreveu os direitos da criança e do adolescente que devem ser resguardados com prioridade absoluta, o legislador indiretamente indicou os efeitos esperados do exercício do poder familiar. Por isso o Estado, ao fiscalizar o respeito aos direitos da criança e do adolescente (descritos no ECA), indiretamente interfere no exercício do

---

<sup>118</sup> Essa tarefa é levada a termo no capítulo 6 (ponto 6.10). Neste momento importa enfatizar a ampliação dos poderes de intervenção do Estado em matéria de direitos da criança e do adolescente.

poder familiar. Em razão do princípio da descentralização, essa função será compartilhada com a sociedade civil.<sup>119</sup>

Examinada, em largos traços, a posição do Estado com relação aos direitos da criança e do adolescente, passa-se à análise perfunctória do conceito de família, de modo a lançar bases para explicar o relacionamento entre as entidades sociais, tendo de permeio a presença da sociedade civil.

---

<sup>119</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O menor, esse desconhecido. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 78, p. 37-46, 1990, p. 46.

## CAPÍTULO 4

### A FAMÍLIA E SUA RELAÇÃO COM OS CÍRCULOS SOCIAIS

#### 4.1 Noção de família

Não é objeto deste trabalho o estudo vertical do conceito de família, em seu sentido ético, social e jurídico<sup>120</sup>. Os contornos da instituição familiar serão descritos aqui com a intenção de mostrar que o Estado, investido de poder pela sociedade política, gerencia as relações familiares pela importância da principal sociedade natural para a sociedade civil e para cada pessoa individualmente considerada.

O que é a família?

Perante a filosofia social, a família é uma sociedade natural, primeira e principal entidade responsável pela formação da pessoa humana. Para o presente estudo, interessa analisar, perfunctoriamente, o conceito jurídico de família, bem como sua atual compreensão no direito constitucional brasileiro. Com essa breve análise, podem-se identificar alguns fundamentos da intervenção dos círculos sociais maiores - sociedade civil e Estado - nas relações familiares.

---

<sup>120</sup> Para maiores detalhes veja-se o estudo de BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord), *Direito civil na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989: p. 1-37.

O valor social da família foi assimilado no dispositivo constitucional que é fundamento para a intervenção do Estado no âmbito familiar. Trata-se do art. 226 da CF, que afirma que “a família, base da sociedade civil, terá especial proteção do Estado”. Em face dessa afirmação, convém perguntar-se sobre o que se pode entender por *família*, neste caso, e que categoria de *família* constitui base da sociedade civil.

A doutrina definia a família, no sentido jurídico, como “conjunto de pessoas vinculadas pelo matrimônio ou pelo parentesco (descendência)”<sup>121</sup>. Pensava-se basicamente na família matrimonial, apresentada como família em sentido restrito, e na família formada pelas pessoas que pertenciam a um mesmo tronco, possuindo ancestrais comuns, que era a família em sentido amplo. Considerava-se como família, portanto, o casal unido matrimonialmente e sua prole. Se nesse quadro desaparecesse algum dos cônjuges em virtude de morte, continuaria a união dos filhos com o cônjuge supérstite a ser tido como família, para todos os efeitos.

Durante o século XX, e de modo especial a partir dos anos sessenta, vários fatores levaram a mudanças nessa concepção de família. Fatores de ordem sócio-econômica: como o aumento de participação do Estado e das organizações privadas na tarefa educativa dos filhos; a desvinculação progressiva do *status* social do indivíduo em função do casamento; a consolidação e ampliação da força produtiva das empresas, deslocando para fora do lar o papel econômico que

---

<sup>121</sup> LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia. Tratado de derecho civil. v.4.* [Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts] Trad. José M. Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953, p. 11.

outrora tinha a família, quando era unidade de produção. Restaram à família, basicamente, funções pessoais ou microssociais<sup>122</sup>.

Avanços médicos e biológicos influenciaram na estruturação da família: desenvolveram-se meios anticoncepcionais que lograram separar, com maior sucesso, a sexualidade da reprodução; aperfeiçoaram-se técnicas que levaram a separar, em ordem inversa à anterior, a reprodução da sexualidade, mediante a fecundação *in vitro*. Nestes dois casos a união sexual se dissociou da reprodução, de modo que os fins do matrimônio, conforme eram concebidos - vida comum entre esposos, abertura à procriação e educação dos filhos -, puderam ser separados com o auxílio das técnicas médicas. Essas técnicas passaram a influenciar na vida em sociedade e reconfiguraram hábitos de relacionamento, dando-se maior peso às pretensões individuais face a eventuais interesses supra-individuais que pudessem colidir com elas. O medicamento possível foi recebido e incorporado por ser ideologicamente desejado<sup>123</sup>.

O desenvolvimento da medicina cirúrgica, oferecendo técnicas de mudança morfofisiológica a quem desejaria pertencer a sexo diferente daquele com o qual nasceu, reforçou a pretensão humana de submeter uma

---

<sup>122</sup>MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnostico sobre el derecho de familia*. Madri: Rialp, 1996, p. 17-18. O mesmo autor afirma que em paralelo a esses fatores sócio-econômicos esquecia-se que a família desempenhava funções formativas e assistenciais de primeira ordem, nas quais é praticamente insubstituível.

<sup>123</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnostico sobre el derecho de familia*. Madri: Rialp, 1996, p. 18-21.

realidade indisponível, como é a configuração morfológica, a seu desejo. Ainda no plano médico, a mortalidade infantil decresceu e a expectativa de vida subiu. Esses fatores afetaram a composição dos quadros familiares: menos filhos morreriam na infância, e os idosos participariam mais tempo da vida familiar.

Outro acontecimento que mudou a compreensão da família foi a expansão do trabalho feminino fora do lar. A mulher ocupou mais espaço no mercado de trabalho e diminuiu sua dependência econômica com relação ao marido. Somado a outros interesses ideológicos, esse fator levou à alteração da estrutura interna da família, onde as funções familiares deixaram de estar vinculadas estritamente à condição sexual do cônjuge, avançando-se na igualdade de poderes e deveres entre os esposos. Tanto pela desvinculação da maternidade, mediante contraceptivos, quanto pela independência econômica, o casamento passou a se apresentar à mulher como menos necessário<sup>124</sup>.

Neste novo quadro, o aspecto afetivo-sentimental, submetido a outros interesses, ganhou realce social, sendo demandada sua renovação em cada época da vida conjugal, para que se preservasse o interesse em manter o vínculo esponsal. O divórcio como possibilidade de desfazimento do vínculo tornou-se possibilidade próxima para os casos de ausência ou diminuição desse caráter afetivo.

Por fim, fatores de ordem filosófica e ideológica afetaram a visão do matrimônio, da família, e da sexualidade

---

<sup>124</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnostico sobre el derecho de familia*. Madri: Rialp, 1996., p. 23.

humana. Perpassando as correntes de pensamento que operaram essa metamorfose, pode-se identificar, como pano de fundo comum a todas elas, a idéia de que o matrimônio e a família são realidades que não poderiam mais ser indagadas sob uma perspectiva objetiva ou “natural” (direito natural), mas deveriam permanecer mutáveis e moldáveis em cada época pela compreensão de cada pessoa ou de cada Estado, sem atributos essenciais perduráveis.

Carlos Martinez de Aguirre aponta como correntes de pensamento que influenciaram essas mudanças de perspectiva: *a secularização e o positivismo*, que atribuíram à vontade humana e ao Estado o poder de definir o que se deveria entender, e o tratamento que se deveria dar à sexualidade; *o individualismo liberal*, com a concepção de que o matrimônio e a família são instrumentos a serviço exclusivo dos interesses e satisfações dos indivíduos, sem qualquer finalidade supra-individual; *a valorização do aspecto sentimental* como razão suprema e fundamento do surgimento e da manutenção do casamento, acima de qualquer outro interesse; *o pluralismo ideológico e a neutralidade do Estado* frente às diversas concepções acerca do matrimônio, família, sexualidade, e às diferentes formas dos cidadãos organizarem suas relações afetivas e sexuais<sup>125</sup>.

A Constituição brasileira, em boa medida, reflete tais alterações: ao lado da *família matrimonial*, no plano sócio-jurídico, veio a instalar-se a entidade familiar formada pela *união estável*; ao lado da família formada pelo *parentesco* (ancestrais comuns), veio a colocar-se o grupo familiar

---

<sup>125</sup>MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnostico sobre el derecho de familia*. Madri: Rialp, 1996, p. 23-24.

constituído, originariamente, sob a forma *monoparental* - mãe ou pai solteiros.

Na Carta Constitucional pode-se perceber a tendência de prevalência de uma postura individualista de família. Todavia, a sociedade civil, representada pela Assembléia Constituinte, ao mesmo tempo em que reconheceu as diferentes categorias de organização familiar, estabeleceu entre elas uma hierarquia, apontando quais são socialmente mais adequadas à ordem social. Além da família matrimonial e da família constituída exclusivamente pela filiação, natural ou jurídica, a CF reconhece a *família informal* como entidade familiar, constituída sem pretensão de vínculo jurídico entre homem e mulher (união estável). Por disposição constitucional, também a *família informal* merece proteção do Estado. Essa *família informal* - porque sem forma solene de constituição - é nomeada pelo constituinte como espécie de *entidade familiar*.

Outra espécie de entidade familiar origina-se da relação de filiação. Entende-se que a proteção prometida à família monoparental atende, sobretudo, à prioridade absoluta da criança e do adolescente, com direito de desfrutar dos benefícios reservados em outros tempos aos filhos de famílias constituídas pelo casamento. Seria esta a finalidade primordial do reconhecimento e da proteção constitucional da família monoparental. A família monoparental, portanto, não é *modelo* a mais, igual aos demais - seria contrariar a realidade equalizar - , oferecido aos cidadãos como produto jurídico-familiar apto a satisfazer o interesse de quem deseja ter filhos por meio de uma produção independente. Interpretar a norma constitucional como incentivo a essa opção seria contrariar o princípio da prioridade absoluta da

criança e do adolescente, pois se colocaria a satisfação pessoal de pessoa adulta e solteira acima do direito do incapaz a um lar completo, pelo menos de modo tentativo. O critério de absoluta prioridade do direito fundamental à convivência familiar de criança e adolescente expostos no art. 227 da Constituição impede que se interprete de modo diferente. É preciso primeiro pensar no melhor interesse da criança.

A adoção unipessoal<sup>126</sup> e o reconhecimento das situações de mães-solteiras são previsões legais voltadas a solucionar problemas instalados, quando não foi possível conferir melhor quadro familiar ao menor de idade. São concebidos remédios sociais e não como cosmético jurídico ou moral para desejos partilhados, mesmo que tais desejos possam estar, de modo prático, na gênese de algumas dessas situações. É necessário que as autoridades competentes usem de parcimônia ao legislarem ou julgarem a respeito desta matéria, para que se observe, de fato, a prioridade absoluta dos interesses da criança. Caso contrário pode-se favorecer a multiplicação de famílias monoparentais em atenção ao simples desejo de pessoas adultas solteiras possuírem filhos, para realização afetiva pessoal, sem que se leve em consideração a pessoa do filho, com a dignidade correspondente.

De outra forma o planejamento familiar, “[...] livre decisão do casal [...]”, “[...] fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade *responsável* [...] [...]”<sup>127</sup>, segundo art. 226, § 7º da CF, seria mal aplicado, servindo de

---

<sup>126</sup> A possibilidade do pai solteiro é real desde que se tornou possível pelo ECA, art. 42, a adoção por pessoas solteiras.

<sup>127</sup> Grifos nossos.

fundamento para lesar, *a priori* e voluntariamente, o direito da criança de ser educada em uma família completa, de acordo com a ordem natural da vida, e de saber a identidade de seu pai. Não se observa essa previsão constitucional quando o direito positivo acolhe pretensões subjetivas e individualistas permitindo que se instalem, por exemplo, bancos de esperma que tratam a criança (*concepturo*) como objeto de direito, quando ela deveria ser tratada como sujeito que merece tratamento diferenciado em função de ser prioridade absoluta e estar em desenvolvimento: seus direitos fundamentais carecem de maior proteção que os direitos dos pais.

Apesar de a tendência individualista ter sido ampliada no sistema jurídico nacional, especialmente desde a Lei do Divórcio de 1977, os dispositivos constitucionais referentes à união estável parecem contrários à subjetivação máxima da relação familiar. A previsão constitucional da união estável, por si mesma, regulamentada na esfera infraconstitucional, impede a liberalização total da vida a dois, pois faz tabula rasa do desejo de homem e mulher de conviver à *latera* de qualquer vinculação jurídica<sup>128</sup>. Os dispositivos constitucionais sobre a ordem social familiar parecem confirmar as ideias de Cicu e Maritain, expostas anteriormente<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Deve-se registrar, também, que o reconhecimento da união estável atende, por outro lado, à pretensão legítima do companheiro que pretendia casar-se e se vê obrigado a submeter-se a situação informal por exigência do parceiro. A imposição jurídica do vínculo protege a parte mais fraca na relação.

<sup>129</sup> A partir dos textos de CICU e MARITAIN, conclui-se que a sociedade familiar e a sociedade política exercem certo poder (orgânico) sobre os

Mas, afinal, em que medida a família constituída pela união informal de homem e mulher desimpedidos de se casarem atenderia interesses da sociedade a ponto de o constituinte prescrever que o Estado vincule a quem não quis vincular-se? Somente se compreende tal atitude quando se reconhece que toda relação esponsal duradoura, entre homem e mulher, seja ou não matrimonial, tem *organicidade* que transcende seus membros, vinculando-os a despeito do interesse exclusivo de ambos de se manterem juridicamente independentes.

O caráter social do relacionamento durável entre homem e mulher, *desimpedidos de se casarem*, vivendo como se casados fossem, configura um *estado social* de casados: a sociedade dos reconhece como unidade familiar. Desse modo, efeitos jusfamiliares se desprendem dessa *relação*<sup>130</sup>. Nestes casos a vontade individual das partes não prevalece em face do reconhecimento social de uma relação esponsal, a despeito da deliberação contrária do companheiro e da companheira.

Se a união estável goza da especial proteção do Estado, é porque se assemelha à união matrimonial, que ainda é o modelo central da família. O caráter familiar da união estável serve de fundamento para o reconhecimento impositivo do vínculo e a formalização heterônoma da relação,

---

seus membros ainda que ambas se constituam em serviço deles.

<sup>130</sup> O protagonismo da criança e do adolescente ainda não chegou a afetar a concepção individualista das uniões maritais. Convém assinalar que o discurso que reforça o direito fundamental da criança à convivência familiar, que deveria ser garantido como prioridade absoluta, não tem levado a uma revisão e redução da autonomia aparentemente total da relação afetiva homem-mulher com prole.

por força da lei (Lei da União Estável antes e, agora, o CC, art. 1.726). Com o dispositivo constitucional, a sociedade civil uniu *juridicamente* aqueles que pretendiam manter união informal.

A união matrimonial projeta alterações importantes sobre a situação jurídica dos esposos, que passam a realizar uma *função social* fundamental na sociedade – passam a integrar a *base* da sociedade, segundo os termos da Constituição. As responsabilidades sociais assumidas pela família matrimonial podem ser reconhecidas nos encargos que a situação impõe aos cônjuges, que assumem deveres próprios desse novo estado e têm sua vida condicionada por ele. À autonomia da vontade individual, que serve à constituição do vínculo, soma-se a responsabilidade socialmente reconhecida. A solenidade do matrimônio serve para manifestar esse novo modo de estar dos cônjuges perante a coletividade, com as implicações que traz consigo<sup>131</sup>.

Na união estável é perceptível a autonomia da vontade individual na constituição da relação intersubjetiva, sem a formalização do vínculo. No Brasil, a lacuna da formalização voluntária foi preenchida pelo *reconhecimento social* que, a partir de dado momento, projeta alteração do *status* jurídico dos conviventes<sup>132</sup>. A lei *formaliza* as uniões

---

<sup>131</sup> Ainda mais em tempos de tão fácil divórcio, não cabe mais o argumento do desuso do casamento pela indissolubilidade.

<sup>132</sup> O caráter jurídico de uma dada situação decorre principalmente do reconhecimento social desse *caráter jurídico* por parte da sociedade, restando esse reconhecimento acima da vontade individual das partes e da "vontade estatal", conforme aponta JUNQUEIRA DE AZEVEDO em *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Concurso para Professor

duradouras entre homem e mulher desimpedidos de casarem, sem considerar as vontades que os companheiros poderiam ter de manter-se afastados de qualquer vinculação jurídica. Pode-se dizer que há uma *função social* nos agrupamentos familiares, mesmo naqueles que se constituem de modo imperfeito, como é o caso da união estável, em comparação com o matrimônio.

Contudo, apesar de a união estável se assemelhar ao casamento, com ele não se confunde. O constituinte não definiu com idêntico qualificativo as duas situações e previu que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento, o que leva a inferir que o casamento é causa final e exemplar da união estável. Além do mais, caso as situações fossem idênticas não haveria porque *converter* a união estável em casamento<sup>133</sup>. Nas palavras de Jaques de Camargo Penteado:

“Os juristas salientam que não houve equiparação entre casamento e união estável. A união estável não gera

---

Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986, p. 11.

<sup>133</sup> Traçando analogia dos conceitos aristotélicos de substância e acidente, PENTEADO afirma que família pode ser entendida como uma substância que se perfaz com notas que vão além da estabilidade, requisito suficiente para a união estável. O casamento implica uma relação perfeita, juridicamente, e por isso é a meta final da união estável. A determinação da conversão da união estável em casamento aponta que há distinção entre ambas e caracteriza o casamento como mais perfeito, pois não faria sentido a CF encaminhar uma situação para outra que fosse pior. Cf. PENTEADO, Jaques de Camargo. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 108-109.

consequências idênticas às do matrimônio. Salienta-se que a união estável apenas garante a submissão do ‘par ao denominado Direito Tutelar ou Assistencial’ (Bittar)”<sup>134</sup>.

A extensão da proteção do Estado às *entidades familiares* responde a uma necessidade: a união estável apresenta potencialidade matrimonial decorrente do reconhecimento social da similitude dessa situação ao casamento: os *traços jusfamiliares* aí presentes justificam a intervenção protetiva do Estado. À *liberdade* de associação familiar corresponde uma *responsabilidade* social. Tendo em conta o aspecto jurígeno desses traços, convém que seja encaminhado à forma mais adequada, porque juridicamente perfeita, como é o casamento (CF, art. 226 § 3º e CC, art. 1.726)<sup>135</sup>. O art. 1.726 do CC regulamentou esta conversão: “a união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. A *entidade familiar*, portanto, tem por referência a *família matrimonial*, em algum de seus traços: pais com prole, na família monoparental ou, simplesmente, a reunião perdurável de homem e mulher desimpedidos de se casarem.

---

<sup>134</sup> PENTEADO, Jaques de Camargo. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 110.

<sup>135</sup> Eventualmente poderia se dizer que há aí elementos do suporte fático do casamento, mas insuficientes: a conversão em casamento completa os elementos faltantes.

É sintomático que a Constituição<sup>136</sup> apresente os conceitos de *família* e de *entidade familiar* grafados de modo diferente, em dispositivos autônomos (art. 226, *caput* e art. 226 §§ 3º e 4º), que se aproximam apenas “para efeito da proteção do Estado” (art. 226 § 3º). Pode-se concluir da interpretação sistemática do art. 226 e parágrafos que há um paradigma de família desejada pela sociedade: a família *matrimonial*, como se pode depreender da ordem de apresentação de ambos os conceitos. Os §§ 1º e 2º do art. 226 tratam expressamente do casamento, enquanto os §§ 3º e 4º dedicam-se à união estável e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além disso, o art. 226, § 3º, determina que a lei facilite a conversão da união estável em casamento. Fossem todos simplesmente iguais, deveriam ser tratados em um único dispositivo e igualmente denominados de família. Assim, a equiparação que tentaram alguns Ministros do STF fazer no julgamento da ADPF 132 e ADI 4227, simplesmente contraria a lógica interna e sistêmica da Constituição, sendo antes um opinião de carga ideológica, e não uma interpretação efetivamente conforme à Constituição.

No casamento civil os deveres de interdependência, desde a perspectiva jurídica formal, são mais claros. A solenidade do ato e a presença de normas cogentes pretendem dar-lhe efeito duradouro e garantir a máxima estabilidade, na medida do que é possível ao direito. Um quadro de direitos e deveres que estabeleça padrões

---

<sup>136</sup> Convém recordar que o Estado é instrumento a serviço da sociedade e a Constituição é o instrumento formal do qual se vale o Poder Originário que o cria.

mínimos de comportamento e de mútuo respeito, e ofereça modo de gerenciamento do patrimônio familiar, facilita a organização, a convivência e a paz internas no seio familiar, o que convém à sociedade, aos cônjuges e à prole.

Do ponto de vista sócio-jurídico, a formalização expressa melhor a natureza associativa da família pela adesão voluntária a um projeto traçado objetivamente, cujas finalidades e regras básicas estão claramente expressas em lei. Isso confere maior segurança aos que se unem com o objetivo de constituir família, uma vez que contam com estatuto mínimo de condutas que deve ser observado para a manutenção da relação. Vai ao encontro da Ordem Social, título sob o qual se regula a família na Constituição de 1988. Nenhuma pessoa, todavia, é forçada a aderir ao casamento. Por isso também a livre disposição para tanto confere maior dignidade ao ato constitutivo da família matrimonial.

A estabilidade jurídica de um casal contribui para o benefício dos filhos, sob mais de um aspecto. Filhos de pais casados contam com referência externa da situação jurídica dos genitores - o modelo matrimonial. Tomando por referência hipotético casal, unido matrimonialmente, pode-se afirmar que a disciplina jurídica à qual estão submetidos possui contornos precisos, o que facilita a organização da família; se este mesmo casal vivesse em *união estável*, a relação dos companheiros estaria sob estatuto mais impreciso, o que facilita o relacionamento mantenha-se sob mais nebuloso regime. Essa situação pode refletir reflete na gestão do poder familiar. Deveres decorrentes da paternidade, quando somados a deveres do casamento, tendem a facilitar o trabalho conjunto dos pais perante os filhos. Sendo mais forte o vínculo que os une, maior será a responsabilidade

compartilhada, e os direitos dos filhos serão mais protegidos. Tal pressuposto parte da perspectiva do direito enquanto estrutura de organização da vida social. Por isso pode-se afirmar, sob a perspectiva jurídica, que os filhos de pais casados tendem a ter melhores possibilidades de formação.

O casamento é o melhor modelo de união entre homem e mulher na formação da família pela estabilidade jurídica que propicia. Quando não são casados os pais, o Estado deve estar mais atento à formação do menor. “Quando as crianças nascem e os pais estão juntos, não se investiga sobre a capacidade deles, ou seja, o Estado não interfere para saber se eles estão adequados ou não”<sup>137</sup>.

Diante do exposto, compreende-se porque a associação familiar sofre ingerência externa: está ligada aos interesses e à organização da própria sociedade civil, não podendo ficar à mercê exclusiva das vontades e interesses individuais daquele que se relaciona familiarmente, sob estes modelos, com outra pessoa. Quando dessas associações originam-se filhos, o grau de interferência externa tende a aumentar porque a prioridade protetiva dos interesses da criança e do adolescente sobrepõe interesses individuais dos pais. Existindo filiação, haverá poder familiar, e o Estado e a sociedade deverão intervir na administração deste poder quando se constatar atuação insuficiente ou prejudicial ao menor por parte dos responsáveis imediatos. Fora dessas hipóteses, deve-se respeitar a autonomia familiar, pois

---

<sup>137</sup> SILVA PEREIRA, Tânia. O “melhor” interesse da criança. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: p. 1-101, p. 89.

“[E]m princípio, podemos afirmar que o nosso sistema jurídico autoriza os pais a criarem seus filhos da maneira que lhes pareça a mais apropriada. São livres de fazê-lo como quiserem. São responsáveis por sua alimentação, vestuário, educação, saúde e lazer. Cabe-lhes definir o parâmetro da educação que pretendem dar, conforme seus próprios modelos e dentro de sua opção cultural”<sup>138</sup>.

Visto que o Poder Público interfere na regulação da relação homem-mulher, pelo interesse social que essa união desperta, mesmo na ausência de filhos, quanto mais não deveria fazê-lo na presença de prole. Poder-se-ia cogitar, neste caso, da criação de uma curadoria do vínculo (constituído autônoma ou imposto heteronomamente) no interesse dos filhos menores, que se encarregaria de tentar manter unidos os pais em conflito, buscando evitar a dissolução da relação, em função do grau de prejudicialidade das separações para a prole<sup>139</sup>. Entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente está o direito à convivência familiar, que é otimizado pela presença de ambos os pais junto ao filho (ECA, art. 19). Há meios modernos de terapia de

---

<sup>138</sup> SILVA PEREIRA, Tânia. O “melhor” interesse da criança. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 48.

<sup>139</sup> MENDIZÁBAL OSES, Luiz. *Derecho de menores. Teoría general*. Madrid: Pirâmide, 1977, p. 42, argumenta que pelo fato da natureza ter provido todo ser humano *naturalmente* do bem que é uma família, os menores gozariam de uma *titularidade dominical* sobre tal entidade, que serve para satisfazer suas necessidades primárias e o desenvolvimento de seus interesses essenciais.

família que poderiam auxiliar nesse processo, bem como mediação familiar. Mas, esta questão, apenas citada, não será aqui desenvolvida.

#### 4.1.1 Direito à família e a necessidade da família substituta

Quando não há laços familiares que fornecem ao menor de idade a atenção conveniente, as demais esferas deverão entrar em ação para tutelar esse indivíduo. A ausência dos pais não faz desaparecer as necessidades decorrentes da “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (CF, art. 227, § 3º, V).

Para suprir a lacuna familiar, a medida mais adequada é a adoção, que busca conferir nova família ao menor. Quando se opera a adoção, nasce novo título de poder familiar, atribuído aos adotantes, o que não se verifica nas demais situações – guarda ou tutela - em que *título* diferente do pátrio poder é constituído, atribuindo-se a ele apenas alguns dos poderes inerentes ao poder familiar, sob fiscalização mais cerrada do Estado. Em qualquer caso, deve-se buscar que o menor receba o máximo de proteção em qualquer das formas de *família substituta* que venha a recebê-lo.

O ECA, em atenção à prioridade absoluta dos menores, estendeu benefícios próprios da *família natural* às *famílias substitutas*<sup>140</sup> constituídas mediante guarda ou

---

<sup>140</sup> MENDIZÁBAL OSES, Luiz. *Derecho de menores. Teoría general*. Madrid: Pirâmide, 1977, p. 219-229 e seguintes, desenvolve doutrina a

tutela: a guarda oficialmente constituída “confere à criança e ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” (ECA, art. 33 §3º). A nova relação familiar cumpre a função de suprir a relação familiar originária (no que for possível suprir), e é justo que se lhe atribuam os benefícios concebidos para esta, no interesse do menor.

#### 4.2 Competência do Estado, da sociedade e da família: em busca de um critério

Convém que a relação da família com a sociedade civil e com o Estado seja pautada por critério que oriente *quando e em que âmbitos* esses agrupamentos poderão interferir na condução da vida do indivíduo não emancipado. Esse critério tem por fundamento a divisão de *competências materiais* ou *formais* entre eles.

Para definir os âmbitos da vida privada nos quais o Estado e a sociedade civil podem intervir, bem como os momentos em que tal interferência é necessária, pode-se recorrer à filosofia social, matéria que sofreu eclipse com o desenvolvimento da sociologia no século XX e que tende a recuperar espaço nos meios científicos em face da complexidade pós-moderna, carente de princípios éticos que favoreçam a convivência pacífica e harmônica no relacionamento social.

Para disciplinar a *ordem social*, o direito positivo deve se socorrer da *filosofia social*, sob risco de afrontar a base das relações que se criam no seio da convivência. A sociologia

---

respeito do que chamou *família funcional*, que equivale a *família substituta* na doutrina brasileira, constituída mediante guarda e tutela.

tem por objeto constatar o que ocorre, não diferenciando o *acontecido* do *devido*, de modo que serve à análise, mas não auxilia na proposição de resoluções aos problemas sociais. Por meio da *filosofia social* pode-se responder, por exemplo, qual grupo tem *competência originária* para tratar da educação dos incapazes por defeito de idade, se é possível estabelecer hierarquia entre eles e quais princípios poderiam nortear a atuação harmônica dessas *esferas* ou *círculos de coletividade* na tutela da pessoa humana e na promoção do bem comum.

Os agrupamentos citados (Estado, sociedade civil, família) dividem competências e ocupam espaços diferenciados, tendo em vista a consecução do bem comum. Cada qual atua em âmbito da vida social. É difícil estabelecer *regras* que regulem com exatidão o espaço de cada qual. As competências são estabelecidas, em linhas gerais, por meio de *princípios*. Os princípios que orientam o relacionamento dos círculos de coletividade adquirem feição jurídica na medida em que determinam *dever-ser* que vincula socialmente. Essa força deontológica converte-os em princípios jurídicos.

Cabe aqui digressão a respeito dos princípios de direito, que retornam na atualidade como técnica preferencial de sistematização e aplicação do direito. Além disso, convém traçar linhas a respeito da noção de *competência*, para que o uso do conceito nesse plano seja compreendido e aplicado de modo uniforme.

Entre as entidades que envolvem o menor de idade, a família ocupa a primeira posição em ordem de precedência, pois é órgão imediato de sua formação. A sociedade civil (*sociedade política* em Maritain) está em segundo plano, pois precede o organismo estatal na existência. Em terceiro lugar,

coloca-se o Estado, entidade instrumental que tem por função zelar pelos serviços públicos como representante da sociedade política na gestão dos poderes que pertencem a ela.

Os três círculos sociais aparecem relacionados no §1º do art. 226 da CF, sob o título VIII da Carta Magna nomeado *da ordem social*: “a família, base da sociedade civil, terá proteção especial do Estado”. De modo sintético está expressa nessas palavras a relação de interdependência entre eles, segundo a hierarquia acima: a *família* é a base (célula social) sem a qual não se constitui a *sociedade civil* (o tecido social). O Estado, por sua vez, produto da sociedade civil organizada, foi incumbido expressamente por ela de proteger sua base, ou seja, a família.

A família é o agrupamento social que tem maior responsabilidade na formação das novas gerações. Por isso a sociedade política, reunida em Assembleia Constituinte, quis impor ao Estado o dever de protegê-la especialmente, prescrevendo-o no documento que constitui e define as competências estatais<sup>141</sup>.

Parte do direito positivo é produto do *reconhecimento social* do que há de juridicidade nas relações intersubjetivas. As relações sociais que se juridicizam são frutos da ação e interação das pessoas entre si e dos círculos sociais. Nesse passo afirma Pontes de Miranda que

“[...] a cada círculo social corresponde o seu *tipo de direito*, o seu

---

<sup>141</sup> LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia. Tratado de derecho civil*. v.4. [Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts] Trad. José M. Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953, p. 273.

sistema. Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, tem o direito que lhe corresponde<sup>142</sup>”.

Ter “o direito que lhe corresponde” significa *ter o poder que lhe compete* na divisão de funções entre círculos sociais, para garantir a saudável convivência humana. Nesse sentido, Johannes Messner dizia que “o direito consiste em *competências* garantidas, isto é, em poderes seguros para fazer, ter ou exigir algo perante uma eventual violação de outrem”<sup>143</sup>. “As competências conferidas pelo direito devem-se às responsabilidades ligadas aos fins existenciais dos homens”<sup>144</sup>.

Convém analisar brevemente o conceito de *competência*. O termo competência procede do latim (*cum petere*) “e significa pretender, pedir, solicitar algo de outra pessoa; e mais concretamente, a aptidão ou idoneidade para a

---

<sup>142</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2.ed., t.7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 170. Grifos no original.

<sup>143</sup> MESSNER, Johannes. *Ética social*. [Das Naturecht]. Trad. Alípio Maia e Castro. São Paulo: Quadrante, [s/d], p. 211. Grifo no original.

<sup>144</sup> *Ética social*. [Das Naturecht]. Trad. Alípio Maia e Castro. São Paulo: Quadrante, [s/d], p. 211.

realização de determinados atos conforme a certas regras”<sup>145</sup>. Neste último significado é que o termo adquire sentido jurídico, habitualmente ligado ao direito público, onde se definem as regras de convivência mais amplas. Pouco comum tem sido o uso desse termo no estudo do direito privado. Em fase de aproximação conceitual entre direito privado e direito público, valer-se do uso desse conceito pode mostrar-se recurso de grande utilidade.

*Competência*, conclui Massami Uyeda<sup>146</sup>, é termo de difícil conceituação. Facilmente é apontado como conseqüência das cartas constitucionais, uma vez que a norma fundamental costuma dividir os poderes públicos<sup>147</sup> entre as unidades da Federação, ou separá-los de acordo com as funções legislativa, executiva e jurisdicional, atribuindo a determinados órgãos ou entidades parcela de responsabilidade no gerenciamento dos poderes públicos.

Na doutrina do direito constitucional, a *competência* pode ser definida como “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou

---

<sup>145</sup> PELÁEZ DEL ROSAL, M. Competencia. In: *Gran enciclopedia Rialp*, 6. ed., t. 6, reimp. Madrid: Rialp, 1989: p. 87-89 (p.87).

<sup>146</sup> UYEDA, Massami. *Da competência em matéria administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992, p. 156.

<sup>147</sup> UYEDA, Massami. *Da competência em matéria administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992, p. 162.

agente do Poder Público para emitir decisões”<sup>148</sup>. Fica ela restrita ao Poder Público.

De modo geral, o conceito de *competência* tem função delimitadora da margem de atuação de uma entidade. Em matéria de direito público - campo regido pelo princípio da legalidade - tende a Constituição a definir as competências nos âmbitos quantitativo ou extensivo, parcela de poder cabível a cada unidade da Federação, e qualitativo, atuação do Poder Público separado na tríade funcional entre executivo, legislativo e jurisdicional.

A ciência do direito constitucional desenvolveu teorias para explicar as *competências* do Estado. Pode-se aproveitar do arcabouço conceitual de José Afonso da Silva, em seu aspecto formal, para unificar o sentido dos tipos de competência de cada círculo social, no tocante ao poder de interferir na vida do incapaz por carência de idade.

Dentre os critérios de classificação possíveis, mostra-se útil ao escopo desse trabalho aquele que nomeia as competências de acordo com a *extensão* do poder cabível a cada entidade, em determinada matéria. Esta *competência extensiva* se subdivide em quatro tipos: *exclusiva*, *privativa*, *concorrente* e *suplementar*.

A *competência exclusiva* é aquela que não admite complementariedade e nem delegação. A *competência privativa*, por sua vez, assemelha-se à exclusiva, com o diferença de admitir delegação. A *competência concorrente* (ou *comum*) é a competência que, originariamente, é atribuída a mais de uma

---

<sup>148</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 479-485.

entidade. Pode ser que esta *competência comum* seja dividida, criando-se diferentes graus de participação das entidades que concorrem no exercício do mesmo poder. Pode ser que haja participação igual das entidades na gestão do poder que lhes compete, ou pode ser que haja primazia de uma com relação à(s) outra(s). Neste caso, quando há reserva de certas incumbências a uma delas *a priori*, por disposição legal ou por força da normatividade jurídico-social, surge a *competência suplementar*, categoria de competência concorrente. A *competência suplementar* é exercida apenas quando a entidade que tem preferência para exercer a *competência concorrente* não o faz, ou se limita aos aspectos gerais da matéria que administra, restando à outra suplementar o exercício do poder dado a ambas<sup>149</sup>.

Outro critério classificatório diz respeito à sucessão da competência de que se investe. Será chamada de *originária* a competência quando exercida pela entidade que foi originariamente investida dela. Será *delegada* a competência quando a entidade que a exerce sucede a uma outra, que lhe tenha delegado tal poder<sup>150</sup>.

É de grande utilidade o uso do conceito de *competência* para que se compreenda o que cabe a cada entidade no jogo de responsabilidades em defesa dos direitos da criança e do adolescente. Nesse caso, ao invés de se falar

---

<sup>149</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 482-483.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 483-484.

em competência legal (definida pela lei), melhor seria falar-se de *competência natural*<sup>151</sup>, pois precede a lei.

As competências naturais da família e da sociedade civil independem de previsão legal estatal para serem reconhecidas e operarem efeitos, apesar de o conhecimento delas ficar condicionado pela cultura e sua realização poder ser controlada pela lei positiva<sup>152</sup>. As competências estatais, sendo o Estado ente criado pela sociedade, necessitam estar previstas de modo claro nas constituições ou convenções públicas da sociedade civil, onde se deveriam definir, de acordo com uma razão de proporcionalidade e adequação, quais funções podem ser transferidas ao Estado quando couber a ele agir em nome da sociedade civil. Todavia, pode acontecer de algumas competências estatais não estarem positivadas, por imperfeição dos documentos correspondentes, pela cultura da população, pela eventual

---

<sup>151</sup> A palavra *natural* tem sua raiz (*nat.*) relacionada ao supino do verbo latino *nasc-or* (*nat-us sum*), que significa **nascer**. Assim também as palavras nato, inato, nativo, natalidade, natureza, nação. Cf. GÓIS, Carlos. *Dicionário de raízes e cognatos da língua portuguesa*, 3 ed. Rio de Janeiro: 1945, p. 206-207.

O qualificativo *natural* refere-se, neste uso específico, ao nascimento de algo que não precisa ser *posto* pela vontade humana para que possa existir, por se tratar de algo que *nasce com o homem* ou que *nasce da situação concreta*, socialmente estabelecida, sem a necessidade da chancela do direito positivo estatal. Portanto algo nascido com a pessoa ou algo nascido de uma situação relacional onde a declaração de vontade humana, ainda que presente, não é a causa eficiente do fenômeno.

<sup>152</sup> HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao direito natural*. [Introduccion Critica al Derecho Natural]. Trad. Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés, 1990, p. 131.

impossibilidade de previsão quando da elaboração da Carta Política, ou pelo fato de algumas delas não necessitarem de reconhecimento formal, por estarem devidamente assimiladas no contexto sócio-político.

Na CF há repertório imenso de competências estatais. Em quantidade menor, podem ser nela identificadas competências dos demais círculos sociais. Todavia, para descobrir, de modo mais completo, qual a competência cabível aos grupos diferentes do Estado, deve-se ir além dela e buscar subsídios na filosofia social.

As competências dos diversos círculos sociais – família, Estado, sociedade política – em matéria de criança e adolescente, são mais bem percebidas por meio dos princípios que orientam a ordem social. Antes da exposição dos princípios aplicáveis a essa matéria, convém repassar, brevemente, a noção de *princípio*, no âmbito sócio-jurídico.

## CAPÍTULO 5

### PRINCÍPIOS DE ORDEM SOCIAL

#### 5.1 Princípios e relações jurídicas entre Estado, sociedade e família.

Autores da segunda metade do século XX desenvolveram doutrina que revigora a força dos princípios em matéria jurídica, como reação ao formalismo positivista que dominou o século XIX e boa parte do XX. Entre outros contribuíram para essa retomada Chaim Perelmann, Theodor Viehwg, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para efeitos do presente estudo, julgou-se por bem apresentar a doutrina principiológica conforme exposição sintética de Hernán Valencia Restrepo e de Eros Roberto Grau, que em muito seguem os autores acima citados.

Hernán Valencia Restrepo dedicou-se a estudar aspectos dos princípios gerais de direito - suas funções, sua história, origem, natureza e fundamentação.

A fragmentação dos hábitos sociais gera complexidade superior à capacidade legislativa, fazendo-se recomendável a flexibilização do Direito mediante artifícios que permitam a adequação do aparato jurídico e judiciário às situações. Para isso servem as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados e, a proliferação de normas principiológicas. Fornece-se ao operador do direito, dessa forma, ferramentas apropriadas para tratar com o devido acerto os fatos atuais.

Valencia Restrepo<sup>153</sup> define princípio como "norma jurídica, fundamental, taxativa, universal, tópica, axiológica, implícita ou explicitamente positiva, que serve para criar, interpretar e integrar o ordenamento". Cada termo desta definição merece breve desenvolvimento, forçosamente sintético, pois não é o objeto específico deste estudo.

Diferenciam-se nela<sup>154</sup> quatro notas referentes à natureza jurídica e quatro ligadas à natureza filosófica dos princípios.

Como atributos de sua natureza jurídica, os princípios são *normas jurídicas* (1), *taxativas* (2), *explícita ou implicitamente positivas* (3) e com *função tríplice de criar, interpretar e integrar* o ordenamento (4).

São normas jurídicas "porque possuem os elementos estruturais de toda norma jurídica: um suposto e suas consequências"<sup>155</sup>. Nos princípios, "o suposto [hipótese de cuja realização dependem as consequências] sempre é expresso, apesar de com muita frequência de um modo sumamente genérico ou superficial"<sup>156</sup>, enquanto as consequências (constituição, modificação ou extinção de

---

<sup>153</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, 1996, p. 15.

<sup>154</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, 1996, p. 15-23.

<sup>155</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, 1996, p. 16.

<sup>156</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, 1996, p. 17.

posições jurídicas) são demasiado tácitas, no que se diferenciam das normas não principiológicas, como as leis e os costumes, que tendem a especificar expressamente tanto um quanto outro.

As normas principiológicas necessitam de norma posterior que as particularize. Isso também se exige para as normas que não possuem especificação devida. Em matéria de princípios a norma particulazidora costuma ser editada pelo órgão responsável de dizer o direito - *juris dictio* - em cada caso.

Outro argumento apresentado por Valencia Restrepo, para configurar princípios como normas jurídicas, é o fato de cumprirem a mesma função perante os operadores do Direito, qual seja, a de *regular casos*. Onde há a mesma função, deve haver a mesma natureza, de acordo com o aforisma filosófico *operari sequitur esse*, o agir segue o ser<sup>157</sup>.

Por fim, uma consideração de ordem prática: todas as cortes de cassação americanas e europeias estabelecerem que a violação de um princípio é violação de norma e, logo, constitui fundamento para interposição de recurso.

O caráter taxativo dos princípios adviria de sua relação com o bem comum, a ordem pública e os bons costumes, pilares da sociedade segundo Valencia Restrepo. Esses três elementos seriam valores e constituiriam os fundamentos necessários da convivência social. "Toda norma

---

<sup>157</sup>VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, 1996,, p. 18.

taxativa, ou é um princípio, ou é a aplicação de um princípio"<sup>158</sup>.

Seriam normas implícita ou explicitamente positivas. Explicitamente positivas quando emanadas da autoridade estatal ou pre-estatal, quando estabelecidas por Assembleia Constituinte, de modo expresso ou solene, dotadas formalmente de coercibilidade. Seriam implícitas quando não positivadas por órgãos legislativos, sendo, no entanto, de compreensão geral entre os órgãos aplicadores do direito. O caráter normativo implícito recupera vigor após domínio do positivismo formal, que limitava o *jurídico* ao consubstanciado por escrito, ditado pelas autoridades legislativas. Excluía-se a possibilidade de deduzir outros princípios por meio da interpretação. A admissão dos princípios implícitos impõe a abertura do sistema jurídico, e é tendência atual. Os sistemas fechados viram-se na necessidade de render-se à tópica principiológica diante dos casos que ficaram excluídos da incidência dos princípios expressos.

A importância do direito principiológico pode ser captada nas palavras de Grau:

“[O]s *princípios* são o conteúdo das formas jurídicas. O desafio com qual nosso tempo afronta ao jurista é, precisamente, o da composição de equilíbrio entre *conteúdo* e *forma*. E o completo discernimento da complexidade desse desafio supõe o

---

<sup>158</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, 1996, p. 18.

conhecimento não somente do direito posto, mas também dos direitos pressupostos” (grifos no original) <sup>159</sup>.

A fundamentação do direito principiológico, para Grau, pode estar no direito posto ou no direito pressuposto.

O direito posto seria o direito produzido pelo Estado, direito moderno ou direito formal. O direito pressuposto é deduzido das relações jurídicas embutidas, escondidas nas relações sociais<sup>160</sup>. O direito pressuposto é produto cultural, fruto de sua época. “Compreende normas, regras e especialmente princípios”<sup>161</sup>. Fundamenta todo o direito positivo. Nasce da vida em sociedade e se manifesta no direito posto especialmente por intermédio de princípios.

Esse pensamento pode ser estendido aos princípios que orientam a ordem social e que não estão expressos no direito oficial, formal.

---

<sup>159</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112.

<sup>160</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75-78

<sup>161</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 77. Nas p. 78-80, cita BETTI, por meio de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, juristas que entendem que a juridicidade das relações negociais deriva da própria sociedade, quando o meio social reconhece o caráter vinculativo de certas relações, sem a necessidade da chancela do direito oficial estatal

Para Valencia Restrepo "é a história que tipifica e condiciona a definição dos princípios, e não vice-versa"<sup>162</sup>. Critica a posição do jusnaturalismo racionalista (Hobbes, Rousseau) e o positivismo, filiando-se à escola do Direito Natural Objetivo, por entender que tal escola apresenta a melhor explicação do fenômeno da juridicidade *ex facto*. O que Grau chama *direito pressuposto* pode ser aproximado àquilo que Valencia Restrepo denomina *normas principiológicas implícitas*.

Quarta nota dos princípios gerais é sua tríplice função: criar, interpretar e integrar o ordenamento. A função criativa está em que os princípios prescrevem como deve ser a elaboração, modificação e derrogação do direito. Seu caráter interpretativo se deduz por orientar o aplicador do direito em sua compreensão, observância e execução. Por fim, o aspecto integrativo dos princípios responde à necessidade de se recorrer aos princípios quando há lacuna no ordenamento. É a função mais difundida no Brasil, por força da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, art. 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Do ponto de vista filosófico, Valencia Restrepo entende que o princípio é norma fundamental, universal, tópica e axiológica. Fundamental: sobre eles se constrói todo o direito objetivo. "O fundamental é o filosoficamente principal, e equivale ao taxativo, que é o juridicamente

---

<sup>162</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panoràmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, 1996, p. 14.

principal"<sup>163</sup>. Seguindo a definição aristotélica de universal, o *que*, por sua natureza, *pode-se predicar de muitos*, conclui que os princípios são universais porque aplicáveis a infindáveis casos. Teriam caráter axiomático: não há como demonstrá-los, assim como não cabe demonstração dos axiomas matemáticos. Os princípios são apenas plausíveis, prováveis<sup>164</sup>.

As definições no âmbito das ciências sociais estão ligadas principalmente à razão prática e não à razão teórica, que serve às ciências exatas. As ciências humanas padecem inexatidão, por força da liberdade humana, motor da variedade e contingência das situações ao longo do tempo: é impossível compreender, abarcar, o humano dentro de uma teoria absolutamente exata e precisa.

---

<sup>163</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, 1996, p. 20.

<sup>164</sup> O sistema tópico, descrito por Theodor VIEHWEG, é um sistema aberto que aceita pontos de vista diferentes acerca da compreensão e da resolução de um mesmo problema. É possível que estes pontos de vista partam de princípios diferentes. Para o jurista chegar a uma certeza (que lhe facilita a decisão) entre as possíveis respostas para o problema, deverá perguntar-se qual delas parece ter maior verossimilhança. Chega-se a esta certeza por meio de um método de argumentação dialógica (em diálogo com o fato a partir do *tópoi* – ponto de vista adotado). Cf. VIEHWEG, Theodor. Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico. Trad. Carolina de Campos Melo. In: *Law, reason and justice: essays in legal philosophy*. HUGHES, Graham (org.). New York: New York University Press e London, University of London Press, 1969. Disponível em <[www.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/c2viehhwe.html](http://www.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/c2viehhwe.html)>. Acesso em 24 jun. 2002.

Quanto ao caráter axiológico todas as normas o possuem, seja direta ou indiretamente, uma vez que ao fim e ao cabo estão relacionadas a algum valor<sup>165</sup>.

Deve-se completar esta brevíssima exposição sobre os princípios de direito, chamando a atenção para a hierarquia que pode ser estabelecida entre eles.

Quando os princípios estão expressos no direito formal, mais fácil sua aplicação. Quando implícitos, mais trabalhosa a fundamentação, mas nem por isso menor sua força vinculante.

Convém estar atento à fonte da qual emanam os princípios. Após o desenvolvimento e a incorporação do constitucionalismo às culturas jurídicas ocidentais, as normas constitucionais se impuseram no topo da hierarquia formal e material do direito. Desse modo, os princípios expressos ou implícitos no direito formal têm maior força se estiverem

---

<sup>165</sup> Segundo LARENZ, “por ‘princípios jurídicos’ entendemos aqui *ideias jurídicas gerais* que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à ideia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos. Em parte, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a ideia de “boa fé” ou a “justiça distributiva”; em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios de imputação; em parte ainda, são postulados ético-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes, etc”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Trad. da 2. ed. alemã (1969) José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978, p. 569.

mais próximos ao topo do ordenamento, a Constituição. A CF de 1988 dedica título à “ordem social”, e os princípios que puderem ser relacionados a esse título têm maior peso normativo, devendo nortear todo o sistema dedicado à matéria.

## 5.2 Prevalência dos princípios constitucionais

Enquanto sistema, o direito tem ordenação e coerência internas. É uma totalidade organizada. Todavia, essa coerência não se refere a uma uniformidade de pontos de chegada. Isto seria impossível, dada a multiplicidade de situações diferentes na complexidade do mundo. Cada caso pede resposta apropriada, feita à sua medida. Em cada situação, um dado diferente pode exigir resposta reelaborada integralmente, em comparação com situação assemelhada.

A coerência que se pode esperar do sistema jurídico não decorre, portanto, de uniformidade de decisões. Estaria ela apoiada, isto sim, na simetria do *modo* de aplicar o direito. A coerência viria, dessa forma, por meio do *know-how* utilizado pelos juízes, sedimentado na jurisprudência.

O juiz não pode deixar de fundamentar o direito na dogmática. Por mais que suas metas sejam elevadas, deve sempre seguir as regras do jogo. Paulo Ricardo Schier<sup>166</sup> desenvolve essa idéia lembrando que os adeptos de teorias socialistas não podem fugir desse método, invocando a

---

<sup>166</sup> A hermenêutica constitucional: instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 86, n. 741, p. 38-57, jul. 1997.

injustiça do sistema como motivo. O sistema, em si, não pode ser tachado de injusto, uma vez que é forma onde se conseguiu sintetizar procedimento *standard*, inteligível a qualquer pessoa.

Ao interpretar o fato e os dispositivos legais a partir da meditação do caso concreto, como no círculo hermenêutico de Larenz<sup>167</sup>, o juiz aprimora seu raciocínio, num ir e vir do caso à norma, de acordo com hierarquia de valores ponderados (princípios, em termos técnico-jurídicos). Esse sopesar entre princípios cabíveis, ditados pelo caso concreto, encontra o seu paralelo normativo no âmbito da hierarquia legal. Na estruturação do arcabouço legal já se percebe quais valores reclamam preferência, segundo as coisas costumam ser. Trata-se de orientação, não de imposição. Não se pode atribuir caráter absoluto a nenhum princípio, salvo o princípio da dignidade do ser humano, que por ser o único absoluto, permite-nos considerar os demais relativos a ele.

A ordenação sistêmica está alicerçada na ideia de *estrutura*. A *estrutura hierárquica dirige* a interpretação permitida pela abertura do sistema. Estabelece um mínimo de ordem entre os preceitos a serem aplicados. Essa estrutura impõe modo de proceder harmônico e torna possível a continuidade coerente de sentido entre as normas. A aplicação do direito deve seguir a cadência dada pela hierarquia normativa. A composição das normas, sob hierarquia formal,

---

<sup>167</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Trad. da 5. ed. alemã (1983) José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 337.

estabelece pauta de orientação para o tratamento de assuntos jurídicos.

Os princípios que informam o tecido das normas, que lhe dão concreção, ao serem postos na Constituição, somam à *hierarquia formal* certa *hierarquia material*. Os valores da Norma Fundamental se refletem nas demais normas do sistema, que dela retiram fundamentação. Ela serve de base à criação legislativa e à aplicação do direito. A interpretação *conforme a constituição* gera ressonância dos valores constitucionais em todo o sistema.

“Quando se inscrevem determinados princípios na Constituição, estabelece-se hierarquia de valores no sistema normativo. O rigoroso procedimento para alteração da Constituição<sup>168</sup> aumenta a força de tais princípios. Não se pode perder de vista que a Constituição é uma carta política. No jogo de forças dos grupos que estiveram presentes em sua gestação, setores organizados da sociedade defenderam interesses diversos. Isso explica a presença de princípios aparentemente opostos na Carta Magna<sup>169</sup>. Dentre os diversos princípios constitucionais há um que se sobrepõe aos demais.

---

<sup>168</sup>Rigoroso sobretudo em matéria de direitos e garantias fundamentais, aos quais os princípios estão estrategicamente vinculados, via de regra, dada sua dependência do princípio fundamental da dignidade humana.

<sup>169</sup> DWORKIN admite que pode haver conflito entre princípios; mas, salienta que deve o juiz escolher e aplicar aquele que tem maior força de convicção no caso, fundamentando racionalmente a escolha do mesmo. Cf. CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin: apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. Trad. Patrícia Sampaio. In: *Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em <[www.rdc.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.rdc.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html)>. Acesso em 24 jun. 2002.

A norma máxima é o princípio da dignidade humana e por ela se resolverão aparentes conflitos entre princípios. Há princípios no ordenamento jurídico que devem ser reconhecidos e aplicados desde que não colidam com princípios constitucionais<sup>170</sup>.

A identificação dos princípios que informam setores da convivência sócio-jurídica permite otimizar a aplicação do direito respectivo, mantendo-se a coerência do sistema. Os princípios relativos à ordem social informam a estrutura da vida em sociedade em razão do quê têm natureza ética, política e jurídica. A dimensão social e política da organização familiar, estudadas na Ética Social, são de grande

---

<sup>170</sup> Lê-se em Larenz: "Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da «dignidade da pessoa humana» (art. o 1. o da Lei Fundamental), a tutela geral do espaço de liberdade pessoal, com as suas concretizações nos arts. 2.o, 4.o, 5.o, 8.o, 9.o, 11.o, 12.o, da Lei Fundamental; o princípio da igualdade, com as suas concretizações no art. 3.o, parágrafos 2. o e 3. o da Lei Fundamental e, para além disso, a ideia de Estado de Direito, com as suas concretizações nos artigos 19.o, parágrafo 4.o e 20.o, parágrafo 3.o, da Lei Fundamental e na secção relativa ao poder judicial, à democracia parlamentar e à ideia de Estado Social. É reconhecido que estes princípios hão-de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização de «cláusulas gerais». Como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com um princípio constitucional é inválida". LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Trad. da 6. ed. alemã (1991) José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479

relevância para o Direito e devem subordinar o jurídico, sob risco de se reduzir o direito a pura força, sem sentido.

A digressão acima serve para introduzir quatro princípios que se encontram expressa ou implicitamente na CF de 1988, em sua feição jurídica e política, e na legislação pertinente ao poder familiar. Eles compõem a base sobre a qual se assenta a relação entre as esferas de coletividade no que se refere ao menor de idade, regulando as competências de cada uma.

### 5.3 O princípio da subsidiariedade

A Igreja Católica desenvolveu conceitos e princípios para o relacionamento entre os círculos sociais - família, sociedade civil e Estado -, de acordo com divisão de competências. Desde o século XIX compõe de modo sistemático sua Doutrina Social com edição periódica de documentos eclesiásticos e pastorais<sup>171</sup>, em resposta a abusos perpetrados contra a pessoa humana em matéria política,

---

<sup>171</sup> Outros documentos do Magistério da Igreja: Encíclica *Rerum novarum* (1891), de Leão XIII, Encíclica *Quadragesimo anno* (1921), de Pio XI, *Radiomensagem de Pentecostes-La Solemnità* (1941), de Pio XII, *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII, *Populorum progressio* (1967), de Paulo VI, *Laborem Exercens* (1981) e *Centesimus anno* (1991) de João Paulo II, além de outras inúmeras alocuções, discursos e documentos (dentre os quais se destaca a *Gaudium et spes*, constituição pastoral do Concílio Vaticano II. Cf. MILLÁN PUELLES, A. Doutrina social cristiana. In: *Gran enciclopedia Rialp*. 7. ed., t.8. Madrid: Rialp, 1993: p.41-45 e LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado*, 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

econômica e social. O *princípio da subsidiariedade* é dos mais importantes da Doutrina Social católica.

A palavra provém do latim *subsidium*, que significa “ajuda desde a reserva”, ou seja, desde uma instância que não é responsável diretamente pelo cometido. Em Roma, as *subsidiarii cohortes* eram as tropas que estavam na retaguarda, dispostas a ajudar as tropas de primeira linha (*prima acies*) quando estivessem em dificuldades e impossibilitadas de sair da situação por conta própria<sup>172</sup>. Há referência, portanto, ao auxílio prestado por entidades *superiores* a organizações *inferiores*, sempre que estas não sejam capazes de atender sozinhas às suas necessidades. Costuma ser aplicado na relação entre o Estado e a sociedade civil, incluindo aqui as entidades intermediárias. Serve de orientação à vida social e reflete experiência humana básica, pertencendo a toda filosofia política.

O conceito adquiriu forma especialmente grata na encíclica *Quadragesimo anno*, de Pio XI:

“Ainda que seja verdade que muitas tarefas que em épocas anteriores podiam realizar também as associações pequenas, hoje somente podem levar-se a cabo por obra de grandes entidades sociais, permanece, contudo, firme e imutável em filosofia social aquele importantíssimo princípio que não se pode alterar nem mudar: da mesma maneira que não se deve privar o indivíduo daquilo que pode obter

---

<sup>172</sup> MARTINELL GIFRÈ, F. Principio de subsidiariedad. In: *Gran enciclopedia Rialp*. t.21, 6.ed., reimp., Madrid: Rialp, 1991: p. 707-709, p. 707.

pela própria iniciativa e pelas suas próprias forças, nem atribuir-lhe a atividade da sociedade, atenta igualmente contra a justiça outorgar à comunidade superior e mais ampla aquilo que as comunidades menores e subordinadas podem conseguir e levar a bom fim. Toda atividade social deve, por sua natureza, prestar auxílio aos membros do corpo social, nunca absorvê-los nem destruí-los”<sup>173</sup>.

Consequente do princípio da solidariedade<sup>174</sup>, o princípio da subsidiariedade deve ser aplicado nas diversas situações em que se relacionam entidades de maior e menor

---

<sup>173</sup> “È vero certarrierte e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche delle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle”. Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, n. 79: Disponível em: <[http://www.vaticano.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyckicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_it.html](http://www.vaticano.va/holy_father/pius_xi/encyckicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_it.html)> . Acesso em 03 jun. 2002.

<sup>174</sup> “O princípio da subsidiariedade supõe os princípios de solidariedade e do bem comum, sem com eles identificar-se”. HÖFFNER, Joseph Cardeal. *Doutrina social cristã. Versão de acordo com a 8ª edição alemã*. [Christliche Gesellschaftslehre]. Trad. José Maria Wisniewski. São Paulo: Loyola, 1986, p. 35.

superioridade: Estado e Municípios, Municípios e associações civis, Estado e família, etc. Importa chamar atenção a que

“[...] O princípio da subsidiariedade põe em evidência sobretudo a função subsidiária do termo maior (que consiste na execução das funções [competências] que lhe são próprias); e, em segundo lugar, sua função supletiva ou acidental (que consiste na substituição das entidades inferiores, quando estas são incapazes de cumprir com suas obrigações)”<sup>175</sup>.

De acordo com Llano Cifuentes,

“O princípio da subsidiariedade estabelece que o Estado, de um lado deve permitir sempre ao indivíduo e às sociedades menores ou intermediárias exercitarem os seus direitos e cumprirem os seus deveres na medida em que são capazes por si mesmos e, de outro, deve ajudar com a sua assistência (subsídio) nas coisas necessárias em que estes não são suficientes”<sup>176</sup>.

Associando a relação dentre os círculos sociais, às competências de cada um, pode-se entender que a subsidiariedade determina que o Estado respeite as

---

<sup>175</sup> MARTINELL GIFRÈ, Principio de subsidiariedad. In: *Gran enciclopedia Rialp*. t.21, 6.ed., reimp., Madrid: Rialp, 1991, p. 707.

<sup>176</sup> LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado*, 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 52.

*competências exclusivas e privativas* das entidades menores<sup>177</sup>. Deverá agir (fornecer subsídio) quando não estiverem cumprindo suas funções (competências), em defesa e proteção das pessoas que possam ser prejudicadas por sua atuação insuficiente. Esse princípio, portanto, protege a *autonomia* de grupos sociais menores, em face da invasão abusiva do Estado.

Cabe ao Estado intervir na medida em que for necessária essa intervenção, de acordo com circunstâncias que a justifiquem, mas sempre permitindo o pleno desenvolvimento das sociedades intermediárias, como a família, o Município, a corporação, o sindicato. Todas devem ser respeitadas porque respondem a uma necessidade - e por isso têm direitos e finalidades próprias, como é o caso da família<sup>178</sup> - ou porque são, no mínimo, produto da liberdade humana de associação<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> O conceito de competência desenvolvido no ponto 4.2 (capítulo 4) terá maior aplicação a partir de agora.

<sup>178</sup> Também a *Declaração dos Direitos do Homem*, da ONU (10/12/1948), estabelece esse caráter natural e fundamental da família: "a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado" (art. 16).

<sup>179</sup> O liberalismo foi um dos fatores responsáveis pela atomização da sociedade mediante a desconsideração dos grupos intermediários que serviam de ponte entre o indivíduo e o Estado: "subestimando ou debilitando os grêmios e corporações profissionais, a família e o Município, conseguiu-se - como apontam muitas correntes de pensamento atual - que o indivíduo se sinta impotente e insignificante, ensinando-lhe a projetar todos os seus poderes humanos na figura do líder, do Estado". Cf. LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado*, 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 53.

Dentre as conseqüências do princípio da subsidiariedade, muitas das quais têm repercussão no âmbito econômico, destacam-se, para efeitos do presente estudo, a constatação da existência de fins e competências inerentes à natureza do indivíduo, da família e das unidades sociais menores, que não resultam de transmissão ou delegação feitas pelo Estado. O desrespeito a tais competências implica totalitarismo estatal, uma vez que o Estado se imiscui no âmbito de atuação de outras entidades. O princípio exprime a autonomia dos indivíduos, da família, das comunidades locais, profissionais e religiosas<sup>180</sup>.

Pode-se perceber o princípio da subsidiariedade informando diversos dispositivos constitucionais, principalmente no título “da ordem social” da CF, e infraconstitucionais. Assim nas normas que reconhecem aos pais os poderes inerentes ao poder familiar de modo originário, primeiros responsáveis pela formação dos filhos, e estabelecem que cabe à sociedade e ao Estado zelar pelos menores de idade, respeitando a precedência da família. Exemplificativamente pode-se ver CF, arts. 229 e 227<sup>181</sup>; CC, art. 1.634; ECA, art. 22<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Cf. LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado*, 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 56-55.

<sup>181</sup> O art. 227 da CF dispõe acerca dos deveres das três sociedades com relação ao menores de idade, que poderia ser interpretado segundo uma ordem de precedência de responsabilidade e competência dos círculos sociais: família, sociedade e Estado.

<sup>182</sup> Enunciado do CC, art. 1.634: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos...”.

Enunciado do ECA, art. 22: “aos pais incumbe o dever de sustento...”

Na encíclica *Quadragesimo anno*, Pio XI afirma que “dupla é a função da autoridade política do Estado: garantir e promover; mas não é de modo algum função do poder político absorver a família e o indivíduo ou sub-rogar-se em seu lugar”<sup>183</sup>.

O princípio da subsidiariedade será aplicado quando determinada competência não estiver sendo cumprida e outro agrupamento auxilia ou assume a função respectiva para garantir o bem comum e/ou o bem individual de quem pode estar sendo lesado pela atuação insuficiente do grupo competente originariamente.

#### 5.4 Competências extensivas e princípios reguladores

A partir dos conceitos apresentados, pode-se progredir na descrição de princípios orientadores da ordem social, que estabelecem as competências de cada círculo social.

Quando há competência *exclusiva* com relação a determinada finalidade, a falta do respectivo círculo jamais será compensada pela atuação de outro. Haverá lacuna que não será preenchida pela entidade sucessora, por mais que se trabalhe para suprir esta carência.

Quando se trata de competência *privativa*, a ausência da entidade originariamente competente causará prejuízo até que outra assuma sua função. A entidade substituta, no entanto, dificilmente alcançará o nível de atendimento dispensado pela originária, de modo que o

---

<sup>183</sup> Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, n. 36.

exercício de competência delegada pela sociedade, pela lei ou pelas autoridades, tendencialmente será qualitativamente pior. Todavia, pelo fato de os poderes serem delegáveis, o prejuízo será menor, em comparação com as situações de ausência das entidades encarregadas de competências exclusivas.

As competências *comuns* ou *concorrentes* são as que podem ser assumidas por grupos diferentes com menor perda de eficácia. As atribuições do círculo social ausente são mais facilmente exercidas pela atuação de outro.

Esta última categoria de competência, por sua vez, pode se apresentar dividida entre competência *preferencial*, ou geral, e competência *suplementar*. A distinção se explica pela atribuição de maior responsabilidade a um grupo que a outro, apesar de ambos serem encarregados da mesma função.

De acordo com a categoria de competência que é afetada, haverá maior ou menor perda de eficácia<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Talvez se possam ilustrar as ausências das entidades competentes originariamente, em cada um dos tipos de competência, por meio da imagem do corpo humano com dificuldades em seus órgãos. O exemplo é limitado, como toda analogia; mas, pode auxiliar na compreensão geral das distinções que serão apontadas.

A falta de entidade dotada de competência exclusiva poderia ser comparada a uma lesão no sistema nervoso: não há reconstituição que recoloca a pessoa no estado anterior: as células nervosas não se reconstituem. O mesmo se poderia dizer da insuficiência em matéria de competência exclusiva de um círculo social. A falta com relação a competência privativa, poderia ser comparada à falta de órgão substituível, com perdas grandes. Seria o caso, por exemplo, do coração humano. Por mais que um transplante garanta a funcionalidade principal do órgão, o paciente muito dificilmente

Em matéria de gerenciamento do poder familiar, as competências concorrentes, quando as houver, terão a forma de competência suplementar, resguardando-se a precedência da família no cumprimento dos encargos relativos aos filhos. A família é o principal círculo social responsável pela formação da pessoa de modo que os pais terão competência preferencial; a sociedade civil e o Estado, competência suplementar.

Aqui se pode voltar ao conceito de subsidiariedade para avançar no estudo das competências. Também os conceitos de título e exercício facilitarão o entendimento do assunto.

O princípio da subsidiariedade é invocado quando o título de dada competência pertence a uma entidade e uma outra lhe auxilia no exercício dos poderes respectivos. A interferência se faz mais necessária à medida que o descumprimento da função em questão gere ou possa gerar mal social ou individual, em desacordo com a dignidade da pessoa que teria direito a esse atendimento. Há como que uma rede de seguridade amparando a pessoa nos diversos círculos do qual ela faz parte.

---

alcançará desempenho similar ao que alcançaria se estivesse com o coração original e saudável. A competência comum seria aquela que pode ser exercida por órgãos múltiplos, como os membros, pulmões, rins, olhos. Mas, a ausência de um destes órgãos gera perdas ao corpo. Além disso, para estender o exemplo à competência suplementar, pode-se pensar no caso das mãos. Um destro tem maior necessidade de sua mão direita que da esquerda. A mão direita, por mais que seja da mesma natureza que a esquerda, tem preferência, pelo fato de ter maior habilidade e servir melhor às funções requeridas para as mãos.

Quanto ao modo de aplicar a subsidiariedade, ele pode ser ordinário ou extraordinário, de acordo com o poder necessário para intervir em certos âmbitos de competência das entidades destinatárias. A *subsidiariedade* será exercitada de modo extraordinário quando se tratar de interferir gravemente no exercício ou mesmo título de competências *exclusivas* ou *privativas* de outra entidade. Neste último caso será necessário agir mediante o Poder Judiciário. A atualização da subsidiariedade pode variar de auxílio a substituição, conforme seja a necessidade específica de intervenção.

Não assim no exercício de competências concorrentes, pois neste caso há paridade entre as sociedades encarregadas de cumpri-las ordinariamente, de modo que o dever se impõe a todos os círculos, respeitando-se a ordem de precedência da entidade que goza de competência preferencial. Nos casos em que há competência *concorrente*, melhor seria invocar outro princípio, intimamente relacionado ao princípio da subsidiariedade. Trata-se do *princípio da cooperação* que, em último termo, poderia ser reduzido àquele<sup>185</sup>. Nas competências concorrentes há mais de um titular. É o que ocorre no título de poder familiar: pai e mãe são co-titulares.

O princípio da subsidiariedade poderia ser invocado especialmente quando não houvesse igualdade de competência entre os círculos sociais (casos de *competência exclusiva* da família, por exemplo), e um deles precisasse intervir em socorro da pessoa que não é atendida convenientemente pelo grupo social *originariamente*

---

<sup>185</sup> Cf. desenvolve-se nos pontos 5.3 e 5.5.

*competente*. Sempre que intervier substitutivamente em matérias de competência exclusiva da família, o Estado deverá fazê-lo por meio do poder jurisdicional, pois afetará o exercício ou a titularidade do poder familiar de modo grave. A nota de exclusividade do poder familiar, anteriormente exposta, facilita compreender a dimensão da competência exclusiva dos pais.

Pode-se aplicar o raciocínio anterior ao dever de educar.

Primeiro, deve-se diferenciar as categorias de educação: moral, religiosa, intelectual e profissional. Cada âmbito destes pode ser classificado como de competência exclusiva ou privativa dos pais ou como competência comum da família, da sociedade civil e do Estado.

A educação moral do incapaz, por exemplo, é competência *privativa* dos pais. O Estado não *concorre* com eles, e não pode usurpar-lhes tal poder. Quanto à formação profissional, por sua vez, há competência preferencial da família, e competência suplementar do Estado. Quando a competência estatal é atualizada nesse campo, está-se aplicando o *princípio da cooperação*.

Na educação moral, havendo insuficiência dos pais, o Estado deverá intervir, de acordo com o *princípio da subsidiariedade*, em sua dimensão cooperativa, dando suporte para que ela se efetive, ou substituindo-os quando este suporte não for suficiente para garantir aos filhos a assistência moral a que têm direito. Neste último caso deverá usar de seu poder jurisdicional.

Para Fernando Pimentel Cintra “a educação não pode ser atribuída ao Estado da mesma forma com que se atribui à família e à sociedade. O Estado, como sociedade maior e mais perfeita, aparece neste quadro com a função subsidiária de promoção e proteção”<sup>186</sup>. A educação compete *privativa* mas *não exclusivamente* aos pais, de modo que deve o Estado respeitar a precedência dos pais e auxiliá-los na função, quando necessário. Mas não pode arrogar a si o direito de educar moralmente, em concorrência com os pais que respeitam os direitos fundamentais do filho. Deve o Estado respeitar os limites de sua competência.

De modo geral, a educação do menor é *competência originária* e *privativa* da família. Aqui, decorrência das aplicações recomendáveis de respeito ao princípio da subsidiariedade seriam: o reconhecimento jurídico do ensino dado em casa, que poderia ser aferido oficialmente por exames públicos de participação livre, a possibilidade de os pais escolherem o tipo de educação que desejam para os filhos, a linha pedagógica da escola e a possibilidade de interferirem ativamente nos currículos escolares das escolas públicas e particulares<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> CINTRA, Fernando Pimentel. *O princípio da subsidiariedade e as formas de parceria aplicáveis ao ensino público de nível básico*. Tese (Doutorado em Direito Administrativo). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 74.

<sup>187</sup> CINTRA, Fernando Pimentel. *O princípio da subsidiariedade e as formas de parceria aplicáveis ao ensino público de nível básico*. Tese (Doutorado em Direito Administrativo). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p. 72.

## 5.5 Princípio de cooperação

O *princípio da solidariedade* antecede o *princípio da subsidiariedade*. O efeito da subsidiariedade pode variar de auxílio a substituição, de acordo com o grau de interferência que se dará.

O desenvolvimento científico do princípio da subsidiariedade foi motivado pela necessidade de se corrigir a interferência abusiva do Estado, quando chegou a ponto de exaurir as competências naturais exclusivas, privativas ou preferenciais das entidades sociais menores.

Solidariedade e subsidiariedade fundam-se na sociabilidade humana. Todavia, enquanto a *solidariedade* evoca especialmente a sociabilidade humana, no qual impera o dever de auxílio, a *subsidiariedade* tem como nota peculiar o dever de auxílio *circunscrito*, em respeito à legítima liberdade dos grupos e pessoas, *em garantia da autonomia* dos círculos sociais menores<sup>188</sup>. Enquanto a solidariedade impulsiona o auxílio, a subsidiariedade regula o grau de interferência da entidade dotada de mais poder, em face de outra, para que esta não se veja tolhida.

“O princípio de subsidiariedade supõe os princípios da solidariedade e do bem comum, sem com eles identificar-se. A sociedade é obrigada a ajudar os indivíduos. Trata-se de um postulado claro do princípio de solidariedade, que acentua a mútua união e obrigação. Cabe ao princípio de

---

<sup>188</sup> HÖFFNER, Joseph Cardeal. *Doutrina social cristã. Versão de acordo com a 8ª edição alemã*. [Christliche Gesellschaftslehre]. Trad. José Maria Wisniewski. São Paulo: Loyola, 1986, p. 36.

subsidiariedade limitar e distribuir as competências a serem respeitadas nessa ajuda”<sup>189</sup>.

Existe também um *princípio de cooperação* desenvolvido pela Doutrina Social da Igreja, de idêntico nome ao que ora se concebe, e que serve de orientação para a atuação conjunta do Estado e da Igreja em tarefas comuns a ambos. A cooperação se refere à *competência comum* em prol do bem comum. O Concílio Vaticano II enunciou da seguinte forma este princípio:

“A comunidade política e a Igreja são independentes entre si e autônomas. Ambas, porém, embora por títulos diferentes, estão a serviço da vocação pessoal e social dos mesmos homens. Tanto mais eficazmente executarão para o bem de todos estes serviços quanto melhor cultivarem entre si a sua cooperação, consideradas também as circunstâncias dos tempos e lugares. O homem, pois, não está restrito apenas à ordem temporal, mas, vivendo na história humana, conserva integralmente a sua vocação eterna”<sup>190</sup>.

Analogicamente, em matéria de direito do menor, o princípio referir-se-á a deveres e garantias jurídicas que são incumbência comum do Estado, da sociedade e da família. São

---

<sup>189</sup> HÖFFNER, Joseph Cardeal. *Doutrina social cristã. Versão de acordo com a 8ª edição alemã*. [Christliche Gesellschaftslehre ]. Trad. José Maria Wisniewski. São Paulo: Loyola, 1986, p. 35.

<sup>190</sup> *Gaudium et spes* (Concílio Vaticano II), n. 76.

situações em que as entidades são co-titulares. Pode haver diferença quanto à precedência no exercício dos deveres respectivos.

O *princípio de cooperação*, sob esse ponto de vista, é norma que fundamenta a atuação conjunta das diversas esferas de agrupamentos em prol de matérias cuja competência é comum entre elas, admitindo-se suprimento de uma em relação à outra, sem afetar as competências privativas ou exclusivas de cada uma.

O princípio da cooperação pode ser inferido da CF, art. 227, que estabelece como “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta [...]”. Reforça essa cooperação os arts. 86, 88 e 4º do ECA, sendo este último quase idêntico ao art. 227 da CF. Tais dispositivos convocam todas as forças de mobilização social para garantir os direitos da criança e do adolescente na política de atendimento<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> ECA, art. 86: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (grifos nossos). O art. 88, em seus diversos incisos sobre as diretrizes da política de atendimento dos menores aponta, entre outras: a municipalização do atendimento (I), a criação dos Conselhos de Direitos nas esferas federal e estadual, bem como do Conselho Tutelar no âmbito municipal, que trabalharão articulados com a sociedade civil na própria composição desses órgãos (II), a descentralização político-administrativa na criação e manutenção de programas de atendimento específicos (III), a previsão de fundos nas três esferas, ligados aos Conselhos respectivos (IV), a integração do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Segurança Públicas e da Assistência Social a se dar preferencialmente pela

O *princípio de cooperação* é apresentado por Mendizábal Oses como necessário para uma autêntica Política de Menores, pois toda a coletividade deve estar comprometida com metas de integração comunitária com vistas ao desenvolvimento da personalidade dos menores<sup>192</sup>.

Em matéria de instrução - formação técnica, intelectual e profissional -, por exemplo, estabeleceu a Constituição que é dever do Estado e da família (art. 205, *caput*), e “será promovida em colaboração da sociedade [...]”. Da parte do Estado, garante-se ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I), e o acesso a ele é reconhecido como “direito público subjetivo” (art. 208, §1º). No entanto, a educação vai além da instrução técnica e há uma dimensão moral que é tarefa primordial dos pais, competência privativa deles.

O princípio da cooperação, portanto, segundo ora se concebe, deveria ser utilizado para orientar a atuação das esferas coletivas quando há situações de competência comum aos círculos sociais, mantendo-se a precedência de um em relação aos outros no exercício das tarefas conferidas pelo

---

redução desses órgãos a um mesmo recinto, para facilitar o tratamento integral que deve ser dado ao menor (V) e também a mobilização da opinião pública para sensibilizar todos os setores da sociedade a se engajarem nesse movimento (VI). Tais disposições bem podem ser compreendidas como estando sob inspiração do princípio da cooperação.

<sup>192</sup> MENDIZÁBAL OSES, Luiz. *Derecho de menores. Teoría general*. Madrid: Pirâmide, 1977, p. 225, fala expressamente do *principio de cooperación educativa*, quando desenvolve os efeitos jurídicos comuns à *família funcional* (figura similar à família substituta do ECA, constituída mediante guarda ou tutela).

título respectivo. Nessas matérias poderá o Estado atuar mediante órgãos não jurisdicionais.

E, 2009, mudança no Estatuto realizada pela Lei 12.010, permitiu fosse inserido, de modo expresso, o princípio da “responsabilidade primária e solidária do poder público”(art. 100, III), de meridiana clareza. Diz a lei que é “responsabilidade primária e solidária do poder público” a “plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados. Esclarece ainda, que “é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais”. Ao mesmo tempo, essa intervenção deve ser a mínima possível, para preservar o poder familiar.

De certa forma isso já estava implícito. Tais princípios expressos vieram em reforço da autonomia familiar, como se verá abaixo, e da solidariedade estatal. Isto se impõe também à atuação do CT, órgão não-jurisdicional, municipal, que interfere na administração do poder familiar para garantir que os direitos da criança e do adolescente sejam respeitados, sem intrometer-se em matérias que são de competência exclusiva ou privativa dos pais. Quando for caso de interferir em âmbitos de competência exclusiva ou privativa dos pais, pondo-se em movimento poder de interferência substitutiva, será necessário recorrer aos órgãos jurisdicionais. O CT, nesse sentido, deverá aproximar do Judiciário as situações que ensejem sua atuação.

## 5.6 Princípio da prevalência da família e da autonomia familiar, princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança.

Em matéria de direitos da criança e do adolescente há princípios específicos sob a égide do princípio maior da dignidade humana, que orientam a relação entre os círculos sociais, no que tange ao exercício do poder sobre o menor. Podem se apontar como alguns deles: *princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, princípio do melhor interesse da criança, princípio da autonomia familiar, princípio da cooperação e princípio da subsidiariedade (de onde o princípio da intervenção mínima)*. Mudança realizada no ECA em 2009, como se apontava, permitiu fossem enunciados alguns princípios em conexão com os quatro anteriormente expostos. Tudo isso se deve, de rigor, para garantir à criança ou adolescente a convivência familiar e a mínima intervenção estatal.

O art. 100 do ECA enuncia que o conjunto articulado pela sociedade, Estado e famílias, deve trabalhar para fortalecer os vínculos familiares e comunitários: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. Além disso, no mesmo dispositivo, enumeram-se os princípios que condicionam a ação do Estado quando da aplicação de “medidas de proteção” (art. 100, parágrafo único). Pela redação do texto, infere-se que tais princípios, logo, não se isolam na matéria das medidas de proteção, senão que estão presentes no sistema como um todo, pois diz a lei “são também princípios que regem a aplicação das medidas”.

Por outra perspectiva, pode-se afirmar que, enquanto os pais respeitam os direitos fundamentais dos filhos, o princípio da *autonomia familiar* garante-lhes exercício exclusivo dos poderes inerentes ao poder familiar. Neste caso, o Estado e a sociedade devem auxiliar no que for necessário para o bom desempenho de suas funções, atualizando-se a subsidiariedade cooperativa. Quando, por ato dos responsáveis, houver desrespeito aos *direitos fundamentais dos menores*, o princípio da *autonomia familiar* é afastado, conjunturalmente, e o Estado e a sociedade civil devem tomar providências, também de acordo com o princípio da *subsidiariedade*. A aplicação deste princípio pode resultar em colaboração com os pais em matérias de sua competência exclusiva, ou privativa, quando tal colaboração for suficiente para corrigir o desvio, prejudicial ao menor, ou pode chegar à inibição total do poder familiar (decretando-se sua perda), com a finalidade de garantir os direitos e a formação da criança ou adolescente.

Podem-se classificar os princípios sob duas categorias: material e procedimental. Princípios de ordem material, visando à tutela dos direitos fundamentais dos menores (*prioridade absoluta, melhor interesse da criança*) e da família (*autonomia familiar*); princípios de ordem procedimental (*cooperação e subsidiariedade e seus derivados*), que têm por escopo determinar o grau de intervenção das demais esferas de coletividade no âmbito familiar em atenção ao menor. O art. 100, parágrafo único, colaborou para dar maior especificidade à cooperação e subsidiariedade. Isso se operou quando foi estabelecido como princípio a “responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do

atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades”, bem como a determinação dos modos de intervenção estatal (precoce, mínima, proporcional e atual, conforme o ECA, art. 100, incisos de V, VI, VII e VIII).

O *princípio da autonomia familiar* integra o sistema normativo brasileiro ainda por meio de diversos dispositivos que reconhecem aos pais o direito de exercer o poder familiar sobre os filhos. Esse princípio perpassa as normas que tratam da competência dos pais em sua gestão. Destacam-se especialmente: CF, art. 229; CC, arts. 1.630, 1.634, 1.689; ECA, arts. 19, 21 e 22 e, mais recentemente, como se apontava, o art. 100, VIII, IX, X e XI. A família, nas pessoas dos pais, tem *precedência* e *prevalência* na ordem de entidades responsáveis pelo bem-estar do menor. No entanto, não goza de *imunidade absoluta*<sup>193</sup>, e pode sofrer ingerência externa, quando necessário para proteger a pessoa que lhe está sujeita. Evita-se dessa forma que esse princípio sirva como para encobrir abusos no exercício do poder familiar, que desvirtuam sua função.

Sendo a *prioridade absoluta* da criança e do adolescente princípio básico de todo o sistema jurídico, a autonomia familiar prevalece enquanto se respeitam os direitos fundamentais da criança e do adolescente no seio do lar. Para esses casos se fez constar da CF o art. 226, § 8º, pelo

---

<sup>193</sup> A atenuação do princípio da autonomia familiar, tido como dogma que protegia o exercício absoluto do poder familiar, foi obra da segunda metade do século XX. Cf. ZATTI, Paolo. Rapporto educativo e intervento del giudice. In: *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano: Giuffrè, 1980: p. 185-317.

qual se garante proteção à família na pessoa de cada um de seus membros.

## 5.7 Relacionando os princípios citados

Para lançar mão dos princípios deve-se analisar cada caso e verificar se os direitos fundamentais da criança e do adolescente estão sendo ameaçados ou desrespeitados, para que haja legitimidade de auxílio dos poderes públicos e de entidades não-governamentais. De acordo com a situação concreta, será caso de aplicar-se o princípio da subsidiariedade ou o princípio de cooperação<sup>194</sup>, agora desdobrados, também, no artigo 100 do ECA.

Em situações relacionadas à falta de atenção moral da criança, de acordo com o potencial danoso da ação ou omissão dos pais à personalidade do filho, pode-se chegar à decretação da suspensão ou perda do poder familiar, respaldadas no princípio de *subsidiariedade*, que leva à substituição da autoridade legitimada inicialmente para administrá-lo. Neste caso, o princípio da subsidiariedade e o da prioridade absoluta, assim como do superior interesse da criança, fundamentam a decisão judicial.

De todo modo, desde 2009 restou estabelecido que o Estado, em razão de sua estrutura, será a primeira entidade

---

<sup>194</sup> Aplicação do princípio da cooperação pode ser percebido no dispositivo do art. 23 do ECA pelo qual em caso de carência de recursos materiais a ameaçar ou impedir o exercício regular do poder familiar, a família "deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio". Trata-se aqui de *competência comum suplementar* do Estado e sociedade civil.

responsável nas situações emergenciais. Quando trata dos princípios que devem reger a aplicação de medidas de proteção, por exemplo, o ECA estabelece que há “responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais”(ECA, art. 100, III).

Além disso, determina deva ser critério decisório o “interesse superior da criança e do adolescente”. Por isso “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto” (ECA, art. 100, VII). Qualquer intervenção deve preservar a privacidade da criança e do adolescente, garantindo-se-lhes o direito à imagem e reserva da sua vida privada; necessita ser precisa e precoce, ou seja, realizada “logo que a situação de perigo seja conhecida”, e deve ser mínima, de modo a se pautar pela “indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente” (ECA, art. 100, V, VI e VI).

Quanto à ação empreendida, deve ser “necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada” (VIII). Por fim, em reforço do papel central dos pais, estabelece que a responsabilidade parental deve ser privilegiada, “de modo que os pais assumam os seus deveres

para com a criança e o adolescente” (IX), prevalecendo sempre a família como principal entidade responsável, de modo que, para a maior eficiência na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente, deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa. Somente se isso não for possível é que se promoverá sua integração em família substituta (ECA, art. 100, X).

## CAPÍTULO 6

### REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

#### 6.1 Estado brasileiro pós-Constituição de 1988

No Brasil independente, o modelo de *Estado* introduzido foi tomado do paradigma europeu continental sem a preparação prévia e a participação majoritária da população autóctone. As autoridades públicas do século XIX cuidavam basicamente de interesses de suas classes de origem, administrando o Estado como propriedade privada. Esse quadro manteve-se até o primeiro quarto do século XX, salvo uma ou outra manifestação social isolada e feroz.

No início do século XX, a elite dominante estava alicerçada em uma economia agrária. A industrialização foi responsável pelo surgimento de nova força econômica - e de nova classe - que passou a concorrer com os grupos até então controladores da vida social.

Paralelamente ao surgimento dessa nova classe, cresceu o número de imigrantes europeus que se fixaram no país, acostumados aos movimentos de reivindicação política. Passaram a compor importante mão-de-obra em ambas as frentes, agrária e industrial, em substituição paulatina da mão-de-obra escrava, extinta em 1888.

Dentre os estrangeiros que adotaram o Brasil por pátria, os mais instruídos politicamente foram responsáveis

pelo amadurecimento de uma consciência de *classe social*<sup>195</sup>. Esse fato foi importante para a ampliação do grau de participação da sociedade civil na conformação do Estado, e guardou certa semelhança com o que se operou nos Estados Unidos da América no início da colonização inglesa.

A elite industrial e o operariado urbano foram elementos do primeiro quarto do século XX no Brasil. A nova elite começou a concorrer com a antiga, na busca de hegemonia do poder político. A classe média começou a se desenvolver no esteio das duas classes ricas, principalmente nas cidades. Esse contexto provocou reforma no cenário sócio-político, alterando a configuração primitiva do Estado.

Paralelamente, pode-se verificar a criação de diferentes quadros políticos moldados em diversas

---

<sup>195</sup> "Pelo recenseamento de 1906 do Rio de Janeiro, numa população de 811.443 habitantes, 118.770 eram operários, e a maioria estrangeiros, principalmente portugueses e espanhóis. No Relatório do Departamento Estadual do Trabalho de São Paulo, de 1912, consta que nas 31 fábricas de tecidos da capital trabalhavam 10.204 operários, dos quais 1.843 brasileiros (18%), 6.044 italianos (59%), 824 portugueses (8%) e 3% espanhóis". Cf. MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. *História do direito do trabalho no Brasil*. In: FERRARI, Irany; MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 149. Comentando da história do direito coletivo do trabalho, salienta que a força organizadora dos movimentos pelos direitos que marcaram a história do sindicalismo brasileiro veio dos imigrantes, que tinham perfil politizado trazido da Europa. Desde as associações rurais às urbanas, a presença deles se faz sentir de modo decisivo, e somente com a intervenção estatal de Getúlio Vargas na década de 30 é que diminuirá essa influência. (p. 78-83).

constituições nacionais. Seis constituições foram elaboradas após a proclamação da República, cinco delas no século XX: 1891, 1934, 1937 – Estado novo -, 1946, 1967 e, finalmente, 1988<sup>196</sup>. Cada uma durou relativamente pouco, não superando 50 anos de existência<sup>197</sup>.

O desenvolvimento do parque industrial fez frente ao mercado tradicional, dividindo os interesses das elites. Classes urbanas fizeram frente aos interesses das comunidades agrárias, até então majoritárias no domínio político estatal. Quando a classe média se consolidou e adquiriu consciência de si própria, em separado da estrutura estatal, começou-se a reconhecer como entidade *sócio-política* diferente do Estado<sup>198</sup>.

De 1930 a 1964, de modo geral, em comparação com idêntico período no século anterior, experimentou-se uma intensa vulgarização, pela expansão da classe média, do papel do cidadão na vida do Estado.

De 1964 a 1974 essa escalada sofreu retração violenta.

---

<sup>196</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 70-80.

<sup>197</sup> Não deixa de ser curioso notar que a mais duradoura constituição brasileira foi a primeira -vigente de 1824 a 1891, prosperou 67 anos-, entre outros motivos, devido à existência de um quadro social praticamente inalterado, com o poder concentrado nas mãos de um único grupo, abafando-se manifestações contrárias com vigor

<sup>198</sup> NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. *Estado e sociedade no Brasil: novos padrões de relacionamento?* Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1997, p. 19-24.

De 1974 a 1990 assistiu-se à transição do regime ditatorial para o democrático em quatro etapas sucessivas, segundo Elimar Pinheiro do Nascimento<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> A primeira etapa, denominada de etapa da *liberalização* é motivada pela atitude do Governo militar que, pretendendo modernizar o aparato burocrático que o sustentava, ensaiou uma abertura com as eleições de 1974, que teve por resultado a ocupação de um espaço considerável (inimaginável ao Governo Militar) pela oposição, o que culminou na edição da Lei Falcão em 1976, no fechamento do Congresso em 1977 e na suspensão das eleições para governador em 1978. A segunda etapa, chamada pelo cientista político de *etapa da inflexão*, é marcada pela passagem da fase de *liberalização* para a etapa da *democratização propriamente dita*, sendo um período de transição. Abrange os anos de 1981-1984 e produz mudanças no sentido de impedir a reprodução do velho regime político. A terceira etapa, batizada de *democratização propriamente dita*, é um momento de incerteza, segundo Elimar Pinheiro do NASCIMENTO, e abrange a nova República (1985-1989). Cf. NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. *Estado e sociedade no Brasil: novos padrões de relacionamento?* Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1997, p. 25-29.

A última etapa ilustrada pelo professor da Universidade de Brasília, inicia-se com o Governo Collor (1990) e se estende até o Governo Fernando Henrique Cardoso. Nesta última fase assiste-se como marcos fundamentais da participação da sociedade política na configuração e gerenciamento do Estado ao processo de *impeachment* do presidente Fernando Collor e às tentativas de reformas constitucionais do Governo FHC.

Apesar de o autor manter-se silente quanto à Assembleia Constituinte, é oportuno mencionar a fase de elaboração e a promulgação da Constituição de 1988, reconhecida e aclamada como símbolo da nova fase da História da democracia no Brasil. Em sua composição, a CF representa os diversos setores componentes da sociedade brasileira, desenhando o novo Estado Brasileiro. Em seu caráter programático, a Constituição de 1988 traz

As fases democráticas da história política nacional possibilitaram o fortalecimento da sociedade civil. Nos períodos de governo ditatorial houve restrição da participação popular na deliberação das políticas públicas.

## 6.2 Fortalecimento das entidades intermediárias

Após a recuperação da liberdade de autodeterminação popular, consolidada em documentos institucionais, a sociedade civil brasileira busca tornar efetivos as garantias e os direitos consagrados na Constituição de 1988. Tal tarefa é levada a termo por meio de diversos agentes, dentre os quais se destacam as organizações não-governamentais e as entidades públicas compostas parcialmente por cidadãos sem vínculo de subordinação ao Estado. Nas duas situações a sociedade civil participa ativamente da condução do Poder Público, ao pressionar os órgãos públicos desde fora ou a conduzi-los desde dentro. Chama a atenção ainda a atuação individual voluntária de cidadãos em auxílio ao exercício de poderes públicos.

A família recebeu tratamento especial na Constituição e foi apresentada como “base da sociedade”. Não obstante, não tomou posse da força prevista e reconhecida pela Constituição, pois o sistema carece de norma

---

princípios democráticos ousados e arrojados, traçando os contornos sócio-políticos e jurídicos para uma metamorfose em matéria de participação da sociedade civil na gestão do poder estatal. Programa que somente se tornará efetivo com educação conveniente das novas gerações e esforço da sociedade atual para sedimentar na experiência cotidiana os fundamentos da Carta Política de 1988.

infraconstitucional que lhe posicione como entidade a compor Conselhos que decidam as políticas públicas, o que já se deu com minorias tais como criança e adolescente, idoso, mulheres, comunidade LGBT etc. De todo modo, organizações não-governamentais e as organizações mistas ganharam maior projeção na primeira hora de aplicação das normas constitucionais relativas à ordem social. Por meio delas os cidadãos participam diretamente do exercício do poder público. A administração do Poder Público, na era da coletividade massificada, complexa e fragmentada, exigiu divisão de responsabilidades com a sociedade civil. Trata-se de condição sem a qual o Estado contemporâneo não poderá atingir sua finalidade de serviço ao bem comum.

### 6.3 Interesses difusos e sociedade de massa

A percepção e o desenvolvimento das teorias a respeito dos interesses difusos, extremamente relevantes na sociedade de massa, serviu de instrumental e estímulo à assunção de responsabilidades públicas por órgãos não estatais, representativos da sociedade civil. Para muitos, a dicotomia Direito Público/Direito Privado foi superada exatamente pelo desenvolvimento dos interesses denominados transindividuais, coletivos ou difusos<sup>200</sup>.

O instrumental técnico dos interesses difusos foi importante na medida em que antigos conceitos jurídicos, alicerçados em concepções individualistas, não atendiam

---

<sup>200</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O direito e a justiça do menor. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 51, p.39-53, 1988, p. 40.

adequadamente às necessidades dos interesses coletivos. Os interesses difusos e coletivos atingem grupo maior de pessoas, sendo os órgãos representativos entidades adequadas para tutelá-los.

Evoluíram as técnicas de proteção dos bens jurídicos pertencentes a uma coletividade. Se a coletividade possui contornos precisos e há vínculo associativo entre seus pares (decorrência de *relação-base* peculiar ao grupo), estar-se-á diante do que se convencionou chamar de *direitos coletivos*; se não é possível enxergar tais contornos, estar-se-á diante da realidade dos *interesses difusos*. De um modo ou de outro, os grupos de pessoas afetadas são *entidades sem personalidade jurídica*<sup>201</sup>.

Bens pertencentes à *sociedade* passaram a ser protegidos, juridicamente, por entidades diferentes do Estado. Ampliou-se a representatividade jurídica para atender

---

<sup>201</sup> PRADE, Péricles. *Conceito de direitos difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, analisa as mudanças operadas na Teoria Geral do Direito em resposta às necessidades da sociedade de massas. Aponta, entre outras mudanças, a crise do conceito de pessoa jurídica e a quebra da dicotomia interesse público/interesse privado, binômio conceitual arraigado na visão dos jusnaturalistas racionalistas. Afirma, neste particular, que "bem analisada, a dicotomia interesse público/interesse privado, prestigiando o Estado como titular exclusivo dos interesses públicos, e, num outro polo, limitando o indivíduo à simples esfera de seus direitos subjetivos, provém da suspeita lançada pelos jusnaturalistas (Rousseau, Abade Sieyés etc.) contra as corporações de ofício. Por exemplo, também contra todos os corpos intermediários que se colocam entre o indivíduo e o Estado." *Conceito de direitos difusos*, p. 16. Quanto às corporações de ofício, lembra adiante que foram "suprimidas em França, pela famosa Lei *Le Chapelier* de 1789" (p. 29).

a categorias novas, e se criaram novos meios legais de proteção. Basta citar dois marcos importantes nessa trajetória.

Primeiro, a Lei da Ação Popular, Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, para proteger o patrimônio público - definido no art. 1º, § 1º - contra atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e demais entidades dotadas de personalidade jurídica que estivessem relacionadas às pessoas de direito público. Todo e qualquer cidadão passou a estar legitimado para propor essa ação.

Segundo, a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. O art. 1º previa que, sem prejuízo de eventual ação popular, admitir-se-iam ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (I) ao meio ambiente, (II) aos consumidores, (III) aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, (IV) *a qualquer outro interesse difuso ou coletivo* e, ainda, ações de responsabilidade por danos causados à ordem econômica (V). O art. 5º da Lei n. 7.347 legitima o Ministério Público, as entidades de direito público e entidades privadas que tenham sido constituídas há pelo menos um ano e incluam entre suas finalidades institucionais a proteção das matérias constantes do art. 1º, I a V.

Poder-se-ia afirmar o reconhecimento da comunidade, da coletividade e da sociedade como titulares de interesses juridicamente tutelados, apesar de não serem dotados de personalidade jurídica.

Essa espécie de interesses, denominados difusos, estimulou a multiplicação de entidades intermediárias, que

visam sua tutela, compartilhando função com o Estado<sup>202</sup>. Manifestam formas modernas de participação ativa e permanente da sociedade civil cooperando com a administração dos poderes públicos. Ao mesmo tempo em que cresce o número de entidades do gênero e se amplia a participação individual dos cidadãos no exercício de funções públicas como se verá logo mais.

Quais fundamentos próximos dessa divisão de competências públicas, antes restritas ao Estado, com a sociedade civil? Do ponto de vista da estrutura estatal, dois princípios da CF podem ser apontados como orientadores dessa abertura: o princípio da descentralização e o princípio da municipalização.

---

<sup>202</sup> Na Europa continental pós Revolução Francesa, houve forte reação ao associativismo, apontado como perigoso ao Estado de Direito. “Na trilha de Jean Jacques ROUSSEAU, o abade Sieyès anatematizou os interesses corporativos e os das comunidades intermédias. “Somente poderiam subsistir, nos termos dessa lição, dois interesses: a) o interesse público e b) o interesse particular. Não eram admitidos os interesses coletivos, cujos titulares correspondiam às comunidades ou corpos intermediários tais como associações, corporações de ofício, etc”. Cf. PRADE, Péricles. *Conceito de direitos difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 31. A revalorização do associativismo na Europa seria efeito da influência que exerceu Alexis de Tocqueville, que em visita aos Estados Unidos da América vislumbrara o ideal democrático vivenciado sobretudo pela presença intensa de grupos associativos que congregavam cidadãos na gestão de assuntos de interesses individuais e coletivos. Na França, de modo especial, somente no início do século XX, em Lei de 1º de julho de 1901, volta-se a se prescrever o contrato de associação.

#### 6.4 Princípio da descentralização

Tradicionalmente a atuação política da sociedade civil por meio dos cidadãos que a compõem manifestava-se na possibilidade de votar e ser votado. Na Grécia, Aristóteles definia como critério máximo, para a conceituação de cidadania, a capacidade passiva e ativa de relacionar-se com o poder público nos pleitos eleitorais.

Nos Estados contemporâneos de vasto contingente populacional, a representatividade manteve-se como meio de preservar a participação dos cidadãos na gestão da *res publica* para definição das autoridades que dirigem o Poder Público estatal. À medida que aumenta a população há tendência de ampliação proporcional do aparato burocrático do Estado. A expansão do sistema burocrático tende a tornar a máquina estatal lenta no atendimento às necessidades sociais. A demora no responder a carências sociais aumenta a complexidade dos problemas coletivos. Nesse contexto, não tendo entidade superior a quem recorrer, o Estado voltou seu olhar à própria sociedade civil, de quem solicitará parceria na resolução dos conflitos emergentes da sociedade de massas. Opera-se, então, a revalorização da participação ativa da sociedade civil no exercício de competências que ficaram restritas ao Estado.

O sufrágio deixou de ser o único meio de manifestação da cidadania. A representatividade continua servindo à definição das autoridades públicas de maior relevo. Mas, somente com a presença da sociedade civil auxiliando no exercício das funções públicas (garantia de eficiência), é que as autoridades conseguem resultados satisfatórios (eficácia).

Para que o Estado alcance efetividade é necessário que seja eficiente e eficaz.

Observando a questão no Brasil, a Constituição Federal de 1988 programou abertura no sentido de maior envolvimento da sociedade com o Poder Público. Ela impôs a descentralização<sup>203</sup> e o fortalecimento do poder local, como princípios de política social. Além disso, fez-se constar da Carta Magna a sociedade civil como corresponsável por inúmeras funções em repetidas vezes.

No que se refere à atuação moderna da Administração Pública no Brasil, a CF modelou o afastamento da concentração de poder, tendo em vista prestar o serviço necessário ao bem comum. Dispositivos favoráveis a esse novo modo de gestão da coisa pública podem ser percebidos na atribuição de competência ao Ministério Público para atuar na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127). Trata-se de instituição autônoma, desvinculada do Executivo e sem subordinação ao Judiciário. Há convocatória manifesta da sociedade civil para assumir responsabilidades antes atribuídas isoladamente ao Estado (art. 225, e 227 da CF).

No âmbito infraconstitucional o Estado começou a criar, por meio da lei, os espaços onde a sociedade civil se faria presente no processo consultivo e decisório das políticas públicas. Isso se vê, por exemplo, na legislação pertinente ao Conselho de Saúde, e dos Conselhos ligados à criança e

---

<sup>203</sup> Na Constituição Federal, a descentralização pode ser localizada de modo especial no art. 60 das Disposições Transitórias (a respeito do ensino superior), no art. 198, I, em matéria de saúde e, ainda, no art. 204, II, com referência às ações na área de assistência social.

adolescente (*supra*, capítulos 6 e 7), órgãos que contam com a participação ativa da sociedade civil.

Repassando alguns traços da história que culminou no quadro atual, percebe-se que antes de buscar a parceria com a sociedade civil, uma primeira atitude do Estado para cumprir suas finalidades foi criar dentro de si sistemas de descentralização. Foi o que se operou com a criação das autarquias.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a criação das autarquias, apesar de não implicar necessariamente descentralização, costuma atender a interesse de descentralização dos serviços prestados pelo Estado, tendo em vista melhor atendimento à população<sup>204</sup>.

À época em que foi publicado o trabalho de Bandeira de Mello sobre as autarquias (1968), não havia no Brasil estrutura constitucional como a de hoje, na qual se encontram princípios claros a respeito da descentralização, contando-se a sociedade civil como um dos termos dessa política. Caminha-se com ousadia rumo à descentralização, de modo que os cidadãos podem exigir que o Estado cumpra esse princípio diante da necessidade de prestar serviço público condizente com a dignidade da pessoa humana<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 24-27.

<sup>205</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públcio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, desenvolvem o tema da descentralização apoiados fundamentalmente na obra de BANDEIRA DE MELLO, acrescentando a base constitucional que serve, em nossos dias, de fundamento dessa política.

Para Bandeira de Mello o conceito de descentralização não nasce no âmbito do direito e não pertence à ciência jurídica, ainda que tenha sido assimilado por ela e, posteriormente, mediante a positivação, tenha-se consolidado no princípio juspositivo de descentralização<sup>206</sup>.

“A idéia fundamental de descentralização, tomada em sentido próprio, é o efetivo descongestionamento da Administração, através do desempenho livre e independente de certas funções que incumbem ao Executivo, cujo prosseguimento é transferido a terceiros, sem prejuízo do controle que sobre elas reserva o Poder Central”<sup>207</sup>.

No plano estritamente fático, sociológico, a referência a *terceiros*, segundo o publicista, não ficaria restrito às autarquias nem mesmo as entidades com personalidade jurídica, como acontece em locais do país onde não chega o braço das pessoas de direito público<sup>208</sup>. Haveria descentralização sempre que alguém exercesse, de fato, poderes que seriam de incumbência dos órgãos públicos.

No âmbito jurídico entende Bandeira de Mello que se exigiria quanto àqueles que realizam a atividade descentralizada: 1) personalidade jurídica própria, diferenciada, com relação ao organismo de competência mais

---

<sup>206</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 52.

<sup>207</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 67.

<sup>208</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 76.

ampla, encarregado de gerir o assunto que ora é descentralizado; 2) exercício de atividade pública (interesse público subjacente); 3) ausência de subordinação hierárquica, mantendo o Estado, no entanto, o controle administrativo do exercício da função, por se tratar de interesse público<sup>209</sup>.

A personalidade jurídica própria, segundo Bandeira de Mello, seria necessária para que o órgão pudesse ter autonomia com relação ao órgão originariamente competente. Não vislumbrava o autor, em 1968, a possibilidade de descentralização sem a criação de uma pessoa jurídica própria, como se opera nos CTs, que têm autonomia em virtude de lei.

A previsão dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares, órgãos compostos parcial ou totalmente por membros da sociedade civil sem vínculo funcional com o Executivo, Conselhos de Direito e Conselhos Tutelares respectivamente, é produto desse espírito descentralizador.

A divisão de tarefas por meio da criação de órgãos é tipo de descentralização administrativa. A descentralização entre as unidades da federação, dividindo competências entre União, Estado e Município, atribuindo as tarefas de maior importância cotidiana ao Município, é descentralização política. No Brasil, as duas linhas são seguidas e, no que diz respeito à descentralização administrativa, cada dia mais entidades buscam auxiliar o Estado, assumindo parcela da responsabilidade social.

---

<sup>209</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 81-85.

## 6.5 Princípio da municipalização

No título da Constituição que versa sobre a organização do Estado, (CF, art. 18 a 43) o Município, elevado à condição de unidade da Federação, pode ser apontado como principal responsável pelas funções básicas de atendimento à população, uma vez que é a entidade mais próxima do cotidiano dos cidadãos. Em função disso, ficou especialmente obrigado a garantir os serviços públicos de interesse local (art. 30, I e V). O mesmo vale para a matéria relativa a criança e adolescente.

Os dispositivos citados e os preceitos do art. 204, I e II, que definem a assistência social como tarefa cuja execução fica especialmente a cargo dos Estados federados e dos Municípios, com a colaboração das entidades não estatais (a União se limita a uma postura de coordenação geral), serviram de fundamento para a criação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (Nacional, Estadual e Municipal), de caráter eminentemente político (ECA, art. 88, II).

A municipalização do atendimento pode ser encontrada no ECA, art. 88. Nesse dispositivo fez-se constar como primeira, no quadro das diretrizes da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, a “municipalização do atendimento” (art. 88, I). Ao mesmo tempo, tem-se como desmembramento dos dispositivos constitucionais o fato de o Município ter sido incumbido de criar o órgão de gerenciamento dos casos concretos em matéria de infância e adolescência, integrando a sociedade civil e o Poder Público na tarefa de garantir os direitos dos

menores de idade. Isso se realiza, de modo prático, na figura do Conselho Tutelar (ECA, arts. 131-135).

Por fim, convém ressaltar que a descentralização *político-administrativa* implica não só a transferência constitucional de competências aos Municípios, como maior compartilhamento de competências municipais com a sociedade civil. Nesse sentido, vale a afirmação de Pedro Caetano de Carvalho, de que “municipalização não tem o mesmo sentido de ‘prefeiturização’ ”<sup>210</sup>. Não pode parar esse processo de descentralização na assunção de encargos pelos órgãos da Prefeitura. Deve-se ir além, e buscar na sociedade civil a parceria conveniente.

## 6.6 Sociedade civil como agente público

Diversas são as possibilidades de o cidadão se relacionar com o Poder Público no desempenho de funções públicas. Breve estudo da figura do agente público servirá para esclarecer a natureza jurídica do cargo de conselheiro tutelar.

“Todos aqueles que prestam serviços ao Poder Público (União, Estados, Municípios e respectivas autarquias), ou realizam atividades da alçada desta, podem ser designados *agentes públicos*”<sup>211</sup>. Pode ser que integrem ou não o aparelho administrativo estatal; em todo caso, basta que exerçam

---

<sup>210</sup> CARVALHO, Pedro Caetano. A família e o Município. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: p. 155-207, p. 156.

<sup>211</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 5. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 3.

prerrogativa estatal para serem classificados como agentes públicos<sup>212</sup>.

O gênero *agentes públicos* possui três espécies: (1) *agentes políticos*: aqueles que têm vínculo político com o Estado, ocupando cargos estruturais do Governo e são responsáveis pela formação da *vontade* do Estado; (2) *servidores públicos*: aqueles que têm vínculo laboral com o Estado; e (3) *particulares em colaboração com o Poder Público*: aqueles que prestam serviços ao Poder Público, cumprindo uma função pública<sup>213</sup>.

Estes últimos cumprem função pública (1) por requisição do Estado (jurados, membros de mesa nas eleições, pessoas convocadas para o serviço militar, etc); (2) por vontade própria (caso dos gestores de negócios, que tomam a dianteira de proteger interesses coletivos em situações emergenciais); ou (3) “com concordância do Poder Público, sem relação de dependência, que desempenham, por conta própria ou em nome do Estado, uma função pública”. É o caso dos concessionários, permissionários ou delegados de função, ofício ou serviço público (tabeliães, diretores de faculdades “e outras pessoas que praticam certos atos de força jurídica oficial”) <sup>214</sup>.

A participação da sociedade civil como agente público, atuando autonomamente, sem sofrer assimilação pelo

---

<sup>212</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 3-6.

<sup>213</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 6-8.

<sup>214</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 9.

Estado, dá-se, principalmente, mediante *particulares em colaboração* com o Poder Público, sob as três últimas formas. No entanto, a figura do “conselheiro tutelar” não é adequada a essa espécie, pois ele atua de modo permanente e com poderes decisórios dentro de órgão público.

O conselheiro tutelar presta serviço público, em caráter de dedicação exclusiva. Atua em órgão municipal, mas não está subordinado à Prefeitura, pois não é funcionário municipal<sup>215</sup>. Em função disso deverá ser considerado *servidor público*. Não tem vínculo empregatício com a Prefeitura, mas é remunerado por ela, equiparando-se, para efeitos remuneratórios, à pessoa que exerce cargo comissionado. Mas não é nomeado pela autoridade executiva municipal, mas sim pela sociedade civil que o elegeu. Deste modo, não pode ser demitido *ad nutum*, como ocorre com o comissionado.

## 6.7 Co-gestão do poder público

A doutrina liberal reforçou a posição do Estado, ainda que reduzisse sua interferência na ordem econômica, conforme se viu anteriormente. Pretendia-se conseguir, por meio desse Estado juridicamente forte, diplomas normativos que tutelassem os direitos fundamentais e as garantias individuais.

O advento do *Estado do Bem-Estar Social*, quando se buscou que o Estado servisse melhor à sociedade, ainda sob o prisma indivíduo-Estado, sem a participação de entidades intermediárias, sobrecarregou as funções estatais. Ocorreu a

---

<sup>215</sup> SÊDA Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*, resposta à pergunta n. 44 [paginação variável].

assunção de competências sociais<sup>216</sup>, previstas racional e juridicamente. Esta atitude, nos Estados populosos que não dispunham de economia suficiente para atender tal demanda, levou a máquina governamental a expor mais sua ineficiência. As crises do Estado do Bem-Estar social se fizeram sentir nas economias mais prósperas em função da redução de ingressos tributários suficientes para custear a manutenção de rede de saúde e de serviços condizentes com o nível sócio-econômico dos cidadãos. Nestas nações, em face da queda da natalidade, tornou-se comum a população envelhecida tornar-se maior que a população economicamente ativa, o que gera déficit orçamentário e dificulta o cumprimento dos compromissos sociais.

No Brasil atual assiste-se à retificação da concentração de poder e funções nas mãos do Estado. O desenvolvimento dos interesses difusos e coletivos protegidos pela atuação da sociedade civil, reorganizada nas entidades intermediárias<sup>217</sup>, contribuiu para a tendência descentralizadora.

---

<sup>216</sup> Fase em que houve, segundo COUTO E SILVA, a “fuga **para o** direito privado”, querendo dizer com isso que uma série de necessidades individuais – saúde, educação, lazer - antes gerenciadas pelos cidadãos no trato direto com entidades privadas, sem interferência do Estado, passaram a ser de competência estatal. Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. O indivíduo e o Estado na realização das tarefas públicas. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v.13, p.149-173, 1999.

<sup>217</sup> Fenômeno chamado por COUTO E SILVA de “fuga do direito privado”. Para o Professor gaúcho seriam sinais da redução da presença forte do Estado e da ampliação da participação da sociedade na gestão dos interesses públicos: a privatização das empresas estatais, a terceirização do funcionalismo, a consensualidade na definição dos gastos públicos por meio

Pode-se vislumbrar a sociedade assumindo competências atribuídas *privativamente* ao Estado em dois exemplos relacionados ao Poder Judiciário. Esses dois exemplos servem-nos para ilustrar situações em que a demanda por respostas rápidas e mais eficientes motivou a criação de alternativas legitimadas pelo poder estatal.

### **6.8 Poder Judiciário e os novos órgãos de apoio à administração da Justiça**

O volume excessivo de processos judiciais que se produz na sociedade brasileira, mais combativa e conflitiva que em outras épocas, tornou o Poder Judiciário lento em demasia<sup>218</sup>, transformando-o em entrave ao desenvolvimento de atividades cuja dinâmica exige celeridade, caso da vida mercantil na era da economia globalizada. Em algumas situações a passagem do tempo provoca maior injustiça que aquela que se pretende evitar ou corrigir; por isso, imperioso se fez criar terceira via para escapar a esse contra-senso jurídico.

---

do “orçamento participativo”, a negociação entre municipalidades e particulares na fixação de limites e na concessão de licenças para construções, além das situações de administração do Poder Judiciário, como se desenvolve no corpo do presente trabalho, no ponto 6.8 (capítulo 6).

<sup>218</sup> Isso também é efeito da proliferação de legislação conflitante com direitos garantidos na Constituição, bem como de legislação processual que facilita acúmulo de processos e insuficiência de juízes para atender tal demanda.

### 6.8.1 A Lei de Arbitragem

Nesse contexto, a Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, criou alternativa a esse quadro. Nas câmaras de arbitragem, árbitros escolhidos pelas partes ocupam espaço antes exclusivo aos juízes, decidindo e solucionando conflitos de modo extremamente eficaz, tanto pelo nível técnico da sentença arbitral, quanto pela satisfação das partes e a celeridade. A *sentença arbitral* substitui a sentença judicial, conforme prescreve o art. 31 da Lei: “a sentença arbitral produz, entre as partes, e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. O alcance dessas palavras, sem precedentes no país, ilustra a divisão de responsabilidades do Estado com a sociedade civil. São expressões da solução de conflitos, com legitimidade pública, fora dos órgãos estatais.

### 6.8.2 Os Juizados Especiais

Outra novidade no sistema judiciário brasileiro pode ser percebida na estrutura dos Juizados Especiais, criados pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que atendem a previsão constitucional do art. 98, I. Diz o art. 98 da CF: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”. No Juizado

está presente o conciliador, cidadão em serviço de voluntariado, e o juiz leigo, que pode ser designado árbitro pelas partes na audiência. Diz o art. 7º da Lei n. 9.099: “os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência”.

A seção VIII da Lei n. 9.099, trata “da conciliação e do juízo arbitral”. Na sessão de conciliação, o juiz, togado ou leigo, adverte as partes sobre as vantagens da conciliação (art. 21), a ser conduzida por ele ou por conciliador (art. 22). Malograda a conciliação, podem as partes optar pelo juízo arbitral (art. 24), escolhendo árbitro (art. 24 § 1º) dentre os juízes leigos (art. 24 § 2º). Neste caso, o juiz leigo “conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz [...], podendo decidir por equidade” (art. 25).

O conciliador e o juiz leigo não são concursados e não têm vínculo de estabilidade na função. Atuam previamente ao juiz togado, animam as partes a fazerem acordo, na fase da conciliação. Quando a causa se converte em juízo arbitral o juiz leigo tem competência para decidir. A conciliação deverá ser reduzida a escrito para ser homologada por juiz togado (art. 22). O mesmo acontecerá com a sentença arbitral (a Lei diz *laudo arbitral*, art. 26).

Nas duas situações - arbitragem e Juizados Especiais - há como novidade a presença de cidadãos que não sendo funcionários públicos participando da administração da Justiça.

### 6.8.3 Sociedade civil no atendimento aos direitos indisponíveis

Nos casos citados se lida com direitos disponíveis. No entanto, a insuficiência estatal não se limita a esse campo. O Estado viu-se perante a necessidade de conceber estruturas diferenciadas que o auxiliassem na tutela dos direitos indisponíveis. A isso serviria a criação de órgãos como o Conselho Tutelar, o qual, quando bem administrado, traduz-se numa das formas eficazes de atender à demanda social em matéria de criança e adolescente. Deve-se, no entanto, fazer a ressalva de que não atuará o CT com poder jurisdicional.

Até aqui se pôde ver que: (1º) a organização da sociedade brasileira como racionalidade autoconsciente e autônoma com relação ao Estado foi obra iniciada no século XX; (2º) essa organização evoluiu especialmente nos períodos de governos democráticos; (3º) a CF de 1988 representou marco de chegada de um movimento de mobilização nacional da sociedade sem precedentes – *diretas já* – e ponto de partida rumo à definição do novo papel da sociedade civil em relação ao Estado; (4º) a participação do indivíduo, da família e das entidades não-governamentais no exercício de funções públicas outrora atribuídas privativamente ao Estado é manifestação de fortalecimento da sociedade civil; (5º) a sobrecarga de tarefas estatais na sociedade de massas fez que o Estado se valesse da sociedade civil como parceira na nova divisão de competências, de modo especial para gerenciar os interesses difusos e coletivos; (6º) os princípios de descentralização e de municipalização que informam CF vêm ao encontro da pulverização do poder estatal em parcelas menores que podem, a partir daí, ser coadministradas com a sociedade civil; (7º) a convocatória da sociedade civil para

compartilhar do exercício de funções públicas é realidade plasmada em vários artigos da CF; (8º) a participação voluntária do cidadão na gestão da *res publica*, como agente público, é fato crescente na atualidade; (9º) essa participação, em matéria de Poder Judiciário, manifesta-se de modo especial nas figuras dos árbitros da Lei de Arbitragem, dos conciliadores e dos juízes leigos da Lei dos Juizados Especiais; (10º) essa participação se estende a matérias de direitos indisponíveis, apesar de não ser gerenciada jurisdicionalmente pelo cidadão, que é simples agente público.

Passa-se na sequência a apresentar o amadurecimento desse tipo de participação, que se efetiva por meio da atuação com o Poder Executivo, na função assistencial que lhe compete.

## 6.9 Sociedade civil e as políticas públicas

Os partidos políticos, as organizações não-governamentais e os Conselhos são órgãos por meio dos quais os cidadãos manifestam-se e interferem na definição das políticas públicas, sem comporem o corpo burocrático ou político estatal. São entidades coletivas de participação permanente dos cidadãos na condução da coisa pública de forma diferente do sufrágio. Nos três casos a sociedade civil goza de formas de atuação continuada, como grupo de pressão, favorável ou desfavoravelmente ao Governo.

O partido político é organismo paralelo ao Estado e reúne cidadãos interessados na gestão do Poder Público. Atua, primordial e principalmente, visando a ocupar cargos públicos a partir dos quais realizará seu “programa de

governo”. O programa é plataforma para todos os setores do Poder Público e somente quando se alcançam os postos estatais é que pode ser implantado. Pressiona quando na oposição, exercendo importante função de fiscalização e cobrança sobre os grupos que governam em cada mandato. No Brasil, após a CF de 1988, aumentou o número de partidos políticos e a distribuição dos cargos públicos entre diferentes legendas. Apesar de o número de partidos políticos não ser índice de participação política efetiva, pelo menos expressa a abertura democrática quanto à organização e mobilização da sociedade civil.

Diferentemente, há organizações não-governamentais<sup>219</sup> que visam a tutelar determinado tipo de interesse público, sem a pretensão de produzir autoridades governamentais ou ocupar diretamente posições institucionais de liderança política. São instituições constituídas com a intenção de ser grupo permanente de pressão e interferência na atuação do Poder Público. Não costumam defender programas globais, não trazem propostas para todos os setores da vida em sociedade. Limitam-se a algumas matérias. Em função de sua especialização, não costumam se opor a um Governo por sua atuação global<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> Essa terminologia, organização não-governamental, ficou relacionada, de modo especial, às entidades que se voltam a interesses públicos, apesar de, em sentido amplo, toda entidade não estatal poder ser incluída nesse conceito. Aqui, a expressão organização não-governamental (ong) será entendida no sentido restrito de entidades cujo objeto de trabalho se vincula diretamente a temas de interesse público ou social.

<sup>220</sup> Salvo situações em que todos os atos de um Governo se pautam por um princípio frontalmente contrário ao interesse que a organização defende: por exemplo, uma organização não-governamental de direitos

Podem opor-se a certas políticas, quando entendem contrárias aos interesses tutelados pela organização. Tendem a se fixar nos temas que justificam sua criação, sem ocupar-se dos demais assuntos de interesse público. Cada entidade age em seu ramo de competência.

Atuam também por meio de *lobbies* e, muitas vezes, costumam valer-se da mídia para chamar a atenção às suas reivindicações. Não raramente se unem a entidades similares, de modo a compor rede de pressão da sociedade civil perante os órgãos públicos. Por vezes, chegam a ocupar postos nos Conselhos, mediante pessoas a elas vinculadas, que atuam ali como representantes da sociedade civil.

Os Conselhos, por sua vez, são entidades governamentais (órgãos públicos) geridas com a colaboração da sociedade civil, e têm força deliberativa na definição das políticas públicas, nas áreas respectivas a que estão vinculadas. Analisando o histórico do amadurecimento dessas formas de participação no Brasil, Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino<sup>221</sup> apresentam três modelos desses órgãos, que antecederam os Conselhos de Direitos da criança e do adolescente: Conselhos Populares, Conselhos Comunitários e Conselhos de Saúde.

Os Conselhos Populares surgiram no fim da década de 80, com a finalidade de fazer com que a população participasse das decisões políticas, *in genere*. A

---

humanos presente em um país onde se afronta de modo generalizado aos direitos fundamentais.

<sup>221</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 33-40.

desorganização da sociedade civil e a estrutura teórica desses Conselhos levaram à sua ineficácia. “A experiência prática, superando a teoria, mostrou o grau de dificuldade para que se desse a ocupação desse espaço político pela população”<sup>222</sup>.

Em 1979, na Cidade de São Paulo, por força do Decreto n. 16.100, criaram-se Conselhos Comunitários, compostos por associações de classe, clubes de serviços, entidades sociais, movimentos religiosos, sociedades de amigos de bairros, que tinham poder consultivo acerca das prioridades a serem inseridas no orçamento municipal, de modo que a ingerência da sociedade civil nos assuntos públicos foi muito pequena, mingando o interesse em participar desses órgãos<sup>223</sup>. Sem a atribuição legal de poder decisório aos Conselhos, terminou-se por assistir à manipulação do órgão pelo Estado: as autoridades públicas valiam-se da forma vazia dos Conselhos consultivos para

---

<sup>222</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, 34.

<sup>223</sup> “Como síntese dessa experiência, chega-se à conclusão de que toda a vontade de participar que existia no seio da população, como resposta ao autoritarismo dos governos militares de 1960 a 1980, foi direcionada para uma exagerada e difusa organização burocrática, típica do período vivido, com a criação de inúmeras instâncias e órgãos (em 1980, só em São Paulo, foram criados 11 Conselhos), facilitando, sem dúvida, o acesso do povo à Administração; mas, dado o caráter meramente consultivo desses órgãos, sem nenhuma parcela do poder decisório, não incorporam a verdadeira participação popular: a gestão do poder político”. L LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 36.

camuflar uma *pseudo* participação da sociedade civil na gestão da coisa pública.

O histórico dos Conselhos de Saúde <sup>224</sup>, em comparação com os anteriores, mostra avanço considerável da participação social na definição de políticas públicas. Entre os motivos que podem ser apontados para tanto, contam-se: (1) participação das diversas lideranças de classes interessadas, (2) maior especialização das funções atribuídas – limita-se ao setor saúde - e (3) fixação em lei do poder decisório de que gozaria cada Conselho. O amadurecimento dessa participação foi paulatino, durante toda a década de 80. Antes de se chegar à atual estrutura do Conselho de Saúde, instituído pela Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, art. 1º, II, setores da sociedade civil já tinham participado do processo decisório da política de saúde, por intermédio do Conselho Consultivo de

---

<sup>224</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públcio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 36-40. A Lei 8.142/90 institui o Conselho de Saúde, composto por diversas organizações oriundas da sociedade civil (CUT, CGT, CONTAG, pela representação dos trabalhadores; CNA, CNC, ABRANGE, e outras mais, pela classe empresarial e ainda CNBB, SBPC e CONAM como representantes de outros grupos sociais). Esse Conselho tem “caráter permanente e deliberativo” e “suas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo” (art. 2º, § 2º), em matéria de estratégias de atuação do Governo. O Decreto 99.438/90, por sua vez, dispõe sobre a organização e atribuições desse Conselho e traz em seu art. 2º, incisos VI a XXI, o modo da comunidade participar na definição das políticas públicas de saúde. O regimento interno desse Conselho, aprovado pelo Ministério da Saúde, na Portaria 1.449/GM, de 15.9.91, consagra em seu art. 1º que esse Conselho “é instituído como instância colegiada, deliberativa [...] tem por finalidade deliberar sobre política nacional de saúde”.

Administração da Saúde Previdenciária (CONASP), criado pelo Decreto n. 86. 329, de 2 de setembro de 1981.

No que se refere aos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, permanecem válidos os motivos indicados acima, como responsáveis pelo sucesso de sua organização: *especialização na função e definição legal do poder decisório*. Deve-se, todavia, registrar uma diferença no histórico desses Conselhos. Enquanto no caso da saúde houve participação de lideranças, legítimas, sem maior movimentação social, no âmbito dos direitos da infância e da juventude contou-se com intensa e constante mobilização da sociedade. Além dessa diferença, outra que merece ser apontada se refere ao grau de participação da sociedade nos dois âmbitos, antes da estrutura criada no início dos anos 90. No âmbito da saúde, conforme se viu, houve momentos de participação da sociedade civil no processo decisório. Em matéria de criança e adolescente, até a promulgação do ECA a estrutura manteve-se centralizada e verticalizada, de modo que não houve participação alguma da população na definição das políticas públicas sobre infância e adolescência, até 1990.

O amadurecimento nos modos de participação popular na gestão dos interesses públicos foi resultado do processo de redemocratização da segunda metade dos anos 80, tendo por auge a Constituição Federal de 1988.

Apesar de essa análise auxiliar na explicação da participação da sociedade civil na definição das políticas públicas, atividade levada à prática no ambiente dos Conselhos de Direitos, indiretamente ilustra o ambiente que propiciou o amadurecimento teórico dos Conselhos Tutelares,

nos quais a sociedade civil se reveste do aparato estatal para agir em defesa dos interesses públicos.

### 6.10 Políticas públicas relativas aos direitos da criança e do adolescente

As políticas públicas relativas à criança e ao adolescente adquirem expressão por meio das leis, que tendem a refletir as doutrinas jurídicas vigentes em cada época. Dessa forma, pode-se estudar a política de assistência relativa a crianças e adolescentes por meio das leis.

Três doutrinas jurídicas de proteção ao menor vigoraram no Brasil: (1) a doutrina do direito penal do menor, que teve por marcos os Códigos penais de 1830 e 1890, estendendo-se legislativamente até 1979, abrangendo o Código de Menores Mello Mattos de 1927; (2) a doutrina jurídica da situação irregular, que se estendeu até 1988, quando se conferia inúmeros poderes aos juízes, sem definição clara dos limites discricionários. Durou até 1988, quando a CF mudou o objeto de incidência da tutela estatal da *situação irregular* para a universalidade de direitos das crianças e adolescentes. Nascia (3) a doutrina jurídica da proteção integral, que vigora em nossos dias<sup>225</sup>.

Analisando as políticas públicas para a infância no Brasil, no período de 1870 a 1930, Irene Rizzini adverte da ambigüidade do tratamento dispensado pelas autoridades à infância e à juventude: a criança era vista ao mesmo tempo

---

<sup>225</sup> SILVA PEREIRA, Tânia. O "melhor" interesse da criança. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11-18.

como potencial alavanca de melhor futuro para a nação e como possibilidade de piora da vida social, pelos danos que poderia causar à sociedade caso se tornasse delinqüente<sup>226</sup>. Prevalencia o referencial da periculosidade: a criança era tratada ora como perigosa, ora como em perigo.

Francisco Pereira de Bulhões Carvalho expõe a evolução histórica da legislação brasileira sobre menores infratores no Brasil de 1830 até 1977, onde se pode perceber a ambigüidade citada por Irene Rizzini. Também há de se notar que nesse período o Estado conta pouco com a sociedade civil na tarefa de controle e administração dos direitos dos menores.

No Código Criminal de 1830, os menores recebiam tratamento diferenciado quando envolvidos em crimes. A partir da imputabilidade e culpabilidade criminais se diferenciavam os menores de idade, longe da atual divisão entre criança e adolescente, que atende a critério de desenvolvimento psicossocial. Vigia sistema basicamente repressivo.

O Código Criminal de 1830 dividia os menores em quatro categorias, para aplicação das penas descritas. Os menores de 14 anos tinham presunção *iuris tantum* de irresponsabilidade (imunidade penal) e compunham a primeira categoria de menores. Mas, sendo *iuris tantum* a presunção, caso se provasse que havia discernimento do menor na prática do ato, derrubava-se a presunção, e o menor

---

<sup>226</sup> RIZZINI, Irene. *O século perdido – raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Santa Úrsula / Amais Livraria e Editora, 1997, p. 34.

era recolhido à “casa de correção”, onde ficaria até a idade máxima de 17 anos (segunda categoria), pelo tempo que o juiz julgasse conveniente. Não era objeto de penas criminais, neste caso, mas de *medidas de correção*<sup>227</sup>.

Uma terceira categoria de menores era formada pelos que tinham entre 14 e 17 anos de idade. Estes poderiam ser punidos com a pena prevista para os cúmplices dos tipos penais que houvessem cometido (2/3 da pena integral), ficando ao critério do juiz valer-se ou não desse favor da lei.

A quarta e última categoria, que denota tratamento diferenciado, abrangia os jovens de 17 a 21 anos de idade. Neste caso, o infrator tinha o benefício legal de uma atenuante quando da definição do tipo penal ou da fixação da pena. Era a chamada *atenuante de menoridade*.

O Código Criminal de 1890 apresentou mudanças pequenas com relação a esse quadro, no entender de Bulhões Carvalho. Declarou irresponsáveis penalmente (inimputáveis) os menores de 9 (nove) anos de idade. Determinou que fossem recolhidos ao *estabelecimento disciplinar industrial* os jovens entre 9 e 14 anos que houvessem cometido crimes, e cujo

---

<sup>227</sup> BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 31. Enquanto no Brasil de 1830 se diferenciava legalmente a situação dos menores de 14 anos que cometiam ilícitos penais, estabelecendo a eles *medidas de correção*, na França, até 1950, a disciplina legal estabelecia penas criminais para esses menores e os recolhia nos mesmos estabelecimentos que os adultos. BULHÕES CARVALHO informa ainda que, na prática, no Brasil, como não existiam as casas de correção, os menores de 14 anos que praticavam atos criminosos e perdiam a presunção de “irresponsabilidade penal”, terminavam por ser enviados à mesma prisão que os adultos.

discernimento fosse comprovado<sup>228</sup>. A antiga faculdade de o juiz aplicar ao menor que praticasse ato tipificado como crime a pena cominada ao cúmplice, prevista no Código de 1830, tornou-se obrigatória. Assim, o juiz deveria, sempre, tratar o menor infrator com menor intensidade punitiva – como se fosse cúmplice de criminoso - que o adulto.

No século XX, durante a década de 20, assiste-se no Brasil a uma reformulação importante no tratamento dispensado aos menores, ainda que limitado aos casos de abandono e delinquência infanto-juvenil. Foram instrumentos legais que deram suporte a essas mudanças: Lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, regulamentada pelo Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923, completada pelo Decreto n. 5.083, de 1º de dezembro de 1926 e o Código de Menores de 12 de outubro de 1927<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 32. Todavia, apesar da previsão desse local diferenciado para recolher os menores infratores, na prática, salvo raras exceções, segundo atesta BULHÕES CARVALHO, não se criaram esses estabelecimentos.

<sup>229</sup> "A reforma acolheu os mais importantes princípios, já então adotados pelas legislações mais adiantadas e hoje consagradas universalmente, especialmente: 1) instituiu um Juízo Privativo de Menores; 2) elevou a idade da irresponsabilidade criminal do menor a 14 anos; 3) instituiu processo especial para os menores infratores de 14 a 18 anos; 4) estendeu a competência do Juiz de Menores aos abandonados e anormais; 5) estendeu a competência do Juiz de Menores à matéria civil e administrativa; 6) autorizou a intervenção do Juiz de Menores para suspender, inibir ou restringir o pátrio poder, com imposição de normas e condições aos pais e tutores; 7) regulou o trabalho dos menores; 8) criou um Centro de Observação de Menores; 9) criou um esboço de Polícia Especial de Menores

Em 1940, o Código Penal elevava para 18 anos de idade a irresponsabilidade penal. O Código de Menores de 1927 sofria alterações com mudanças ditadas pelo Decreto-lei n. 6.026, de 24 de novembro de 1943.

A partir desse diploma normativo, Lei n. 6.026, os menores infratores, de idade entre 14 e 18 anos, são diferenciados em duas classes, segundo a ordem de periculosidade. Constatada a periculosidade, o menor seria encaminhado a estabelecimento de internação. Se novo parecer da autoridade competente e do Ministério Público declarasse que cessou a periculosidade, poderia o juiz autorizar que o menor fosse encaminhado aos pais, tutor ou guardião, e vivesse em liberdade vigiada por um ano. O magistrado poderia rever sua decisão, revogável a qualquer momento.

Vinte e quatro anos depois, a Lei n. 5.258, de 10 de abril de 1967, restabelecia um sistema pior que o do Código Criminal de 1830.

“Nosso legislador, não se contentou com impor penas, que farisaicamente denominou de ‘medidas de

---

dentro da competência dos comissários de vigilância; 10) procurou criar um grande corpo de assistentes sociais sob a denominação de “delegados de assistência e proteção” aos menores, com a participação popular, como comissários voluntários e como membros do Conselho de Assistência e Proteção aos Menores; 11) deu estrutura racional aos internatos do Juizado de Menores.” Francisco Pereira de BULHÕES CARVALHO, *Direito do menor*, p. 33. Curioso notar nesse repertório de princípios e medidas a coincidência formal dessas disposições com uma série de medidas atuais hoje colocadas sob o paradigma da proteção integral.

reeducação', a meninos a contar dos 14 anos. Agravou-se a aplicação dessas penas mais do que ocorreria em relação a um criminoso adulto, porque a indeterminação da pena não é reconhecida apenas quanto à sentença condenatória, como também quanto à fase do cumprimento da condenação, em que pode ser elevado além da sentença”<sup>230</sup>.

A oposição da sociedade civil a esta lei, incluindo juízes de menores e opinião pública, fez que logo se editasse nova lei, de n. 5.439, em 22 de maio de 1968, que veio corrigir anomalias provocadas pela norma anterior. Todavia, a lei de 1968 restabelecia preceitos da Lei n. 6.026 de 1943, que no entender de Bulhões Carvalho continuavam equivocados.

Em meio a críticas à legislação referente aos menores, Bulhões Carvalho menciona órgão cuja feição interessa informar, por ser estrutura que depois seria substituída pela FUNABEM, que por sua vez não resolveria o problema<sup>231</sup>.

O Código de Menores de 1927, art. 228, previra que se criasse o Conselho de Assistência e Proteção aos Menores, cujos membros, chamados de *delegados*, exerceriam funções delegadas pelo juiz de menores.

Em 1941, o Conselho era extinto e se criava o Serviço de Assistência aos Menores (SAM), pelo Decreto n.

---

<sup>230</sup> BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 64.

<sup>231</sup> BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 87.

3.794 de 1941, órgão subordinado ao Ministério da Justiça (Poder Executivo) e não ao Judiciário. Em 1944, o Decreto-lei n. 6.865, de 11 de setembro, declarou o SAM órgão “diretamente subordinado ao Ministério da Justiça e articulado com os Juízes de Menores” (art. 1º). O Judiciário passava a dividir competências com o Executivo, em matéria de menores.

“[O SAM] era obrigado a receber os menores enviados pelo respectivo juiz (art. 2º, n. IV), sem autonomia administrativa nem financeira, em conflito com o juiz a que deveria ser subordinado, mas estaria “articulando”, sem verbas, nem instalações adequadas, e com funcionários requisitados. De outra parte, o juiz de menores ficou sem um órgão efetivo para execução e fiscalização de suas sentenças”<sup>232</sup>.

Pela Lei n. 4.153, de 1º de dezembro de 1964 o SAM era substituído pela Fundação Nacional para o Bem-Estar do Menor, FUNABEM, que absorvia as funções daquele. A FUNABEM tinha “como objetivo formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executam essa política” (art. 5º). Mantinha-se, assim, a divisão de

---

<sup>232</sup> BULHÕES CARVALHO, Francisco Pereira de. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977 p. 107. Entre as causas de ineficácia do SAM está o não contar com assistentes sociais, o que evidenciava deformação na própria estrutura do órgão, cuja natureza era assistencial, como adverte BULHÕES CARVALHO na p. 78 de seu livro.

competências entre o Executivo e o Judiciário na administração da matéria penal relativa a menores<sup>233</sup>.

De 1979 a 1990 a doutrina jurídica vigente em matéria de menores passou a ser a da situação irregular, recolhida pelo Código de Menores, quando o juiz de menores concentrava poderes quase ilimitados, uma vez que a lei autorizava a aplicar medidas que entendesse convenientes, a seu arbítrio<sup>234</sup>. O art. 1º, I, da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 dizia que o código dispunha sobre “assistência, proteção e vigilância a menores (I) até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular”. Ela mantinha o sistema bastante concentrado nas mãos do Judiciário.

A *situação irregular*, sob a égide do Código de Menores, era requisito necessário para a atuação dos órgãos estatais. *Situação irregular*, segundo Walter Moraes, é conceito negativo porque descreve situação em desconformidade com o que seria regular. *Irregular* sugere a não regularidade, de modo que o estudo conveniente do

---

<sup>233</sup> BULHÕES CARVALHO diz que essa atitude era equivalente à separação da alma em relação ao corpo, pois a autoridade judiciária ficava distante do braço executório e perdia o controle efetivo da situação do menor, ao passo que agentes não judiciários exercitavam poderes de natureza judiciária, *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977 p. 119-123. Infelizmente, para reforçar essa sua aversão à divisão de competências administrativas com órgãos não jurisdicionais, as instituições criadas com esse fito careciam de organização, estrutura e pessoal qualificado, o que levava ao insucesso reiterado da aplicação prática dessa ideia.

<sup>234</sup> “Essa lei era o antigo e agora revogado Código de Menores que no seu artigo quinto dava poderes arbitrários ao juiz (dizia que o juiz agiria segundo o seu prudente arbítrio)”. Edson Seda, *A a Z do Conselho Tutelar*, paginação variável, resposta à pergunta n. 3.

conceito remete-nos à verificação do que se entende por *situação regular*, posição em que se encontra o menor quando no gozo dos direitos relacionados à sua condição de pessoa em desenvolvimento, excluindo-se aqueles direitos subjetivos que comunga com cidadãos emancipados<sup>235</sup>.

Neste ponto a doutrina da *proteção integral* representará salto sem precedentes, pois ampliará o grau de proteção oferecida aos menores. Não mais se limitará aos direitos específicos dessa fase da vida humana, como, por exemplo, a educação, mas exigirá a participação da sociedade civil para que se dê cobertura total aos direitos da criança e do adolescente.

No período histórico entre o Código de Menores (1979) e o ECA (1990), como se pôde ver anteriormente, assistiu-se processo de redemocratização no Brasil, que se refletiu no campo dos direitos da criança e do adolescente.

A partir de anotações de Antonio Carlos Gomes da Costa, recolhidas por Wilson Donizete Liberati e Caio Púlio Bessa Cyrino<sup>236</sup>, podem-se apontar alguns fatos ilustrativos desse amadurecimento, em traços largos, que influíram na

---

<sup>235</sup> MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984, p. 125-126. Dentre os direitos destacam-se aqueles ligados à educação. Estariam em situação regular, portanto, os menores que estivessem na posse e gozo dos direitos "que respondem à necessidade de assistência que a sua condição de individualidade incompleta determina".

<sup>236</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Púlio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 43-45.

nova ordem das políticas públicas relativas à infância e adolescência.

Movimentos de origem não estatal ganham força no cenário nacional nos anos 80. A Pastoral do Menor, da Igreja Católica, torna-se importante difusora da problemática do menor, alcançando e mobilizando diversos setores da sociedade civil mediante trabalho de conscientização. Ainda ligados à Igreja Católica, as CEB's - Comunidades Eclesiais de Base - contribuem para a multiplicação de movimentos populares. Difundem-se pelo país os Centros de Defesa do Menor (CDM), vocacionados à defesa dos menores ultrajados em seus direitos elementares de liberdade, saúde física e psíquica. Recebem denúncias de maus-tratos e enviam representantes às delegacias e demais recintos onde os abusos ocorrem. Cria-se o Movimento Meninos e Meninas de Rua, do qual participam inúmeros cidadãos em caráter de voluntariado, denunciando a inépcia dos órgãos de atendimento oficiais.

Em 1984 realiza-se o primeiro seminário Latino-americano de Alternativas Comunitárias de Atendimento a Meninos e Meninas de Rua e a UNICEF, FUNABEM e SAS (Secretaria da Ação Social) dão início ao Projeto Alternativas de Atendimento a Meninos de Rua, desenvolvido a partir da experiência das entidades que lidavam com os meninos de rua. Em 1986 realiza-se o I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua. Entre 1986 e 1988, os diversos movimentos atuam com pressão plena junto à Assembléia Nacional Constituinte, visando à inserção expressa dos direitos da crianças e do adolescente na Constituição. Entre outros documentos apresentam abaixo-assinado com mais de 4 milhões de nomes. Em 1988 os direitos da criança e do

adolescente são consagrados no art. 227 da CF. Articula-se o Fórum DCA, com os grupos já mobilizados quando da promulgação da Constituição, pretendendo três metas do Estado: (1) mudança no panorama legal infraconstitucional; (2) re-ordenamento institucional dos órgãos envolvidos com os direitos dos menores; (3) melhoria na atenção direta dos menores.

No dia 13 de julho de 1990 é promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, incorporando a doutrina da proteção integral e a participação permanente da sociedade civil nas políticas de infância e juventude, por meio dos Conselhos de Direitos, bem como a participação direta da sociedade civil na administração da situação concreta dos menores, por meio dos Conselhos Tutelares.

Pode-se reproduzir quadro comparativo entre o sistema organizacional anterior e o sistema constituído a partir do ECA, que sintetiza as principais mudanças de perspectiva da matéria<sup>237</sup>:

<b>Aspecto</b>	<b>Anterior ao ECA</b>	<b>Posterior ao ECA</b>
<b>Doutrinário</b>	Situação irregular	Proteção integral
<b>Caráter</b>	Filantrópico	Política pública
<b>Fundamento</b>	Assistencialista	Direito fundamental <sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p. 121-157, p. 126.

<sup>238</sup>O autor citado acima usou a expressão "direito subjetivo", que aqui foi substituída por "direitos fundamentais" pelo fato de se entender que os direitos fundamentais, sendo indisponíveis, não poderiam ser tidos como

<b>Centralidade local</b>	Judiciário	Município
<b>Competência executória</b>	União/Estados	Município
<b>Decisório</b>	Centralizador	Participativo
<b>Institucional</b>	Estatal	Cogestão sociedade civil
<b>Organização</b>	Piramidal hierárquica	Rede
<b>Gestão</b>	Monocrática	Democrática

Interpretando por extenso este quadro, vê-se que a *proteção integral* tornou-se fundamento para a intervenção do Estado e da sociedade civil na vida do menor, não mais se limitando à *situação irregular*. A visão *filantrópica* transmitia noção de liberalidade estatal no atendimento do menor. Cedeu passagem ao reconhecimento do dever estatal, imposto por normas cogentes. O Estado deve agir por meio de *políticas públicas* de atendimento e garantir efetividade à rede de proteção.

A atuação do Estado e da sociedade civil na proteção dos direitos dos menores não está fundamentada apenas no dever de *assistência* do poder público. Vai além e encontra como fundamento mais sólido os direitos fundamentais da pessoa menor de idade.

O poder deliberativo e executivo com relação às medidas diretas de auxílio para garantia dos direitos da criança e do adolescente passou da União e do Estado para o Município, sendo resultado do princípio de descentralização político-administrativa. Outro efeito desse princípio pode ser

---

"direitos subjetivos", disponíveis segundo a concepção adotada nesse trabalho.

percebido na transferência de competências outrora atribuídas ao Judiciário para o Executivo Municipal, mudando qualitativamente a esfera de poder e a circunscrição do órgão competente.

O Município, obedecendo ao ECA, descentralizou a gestão da competência assistencial e criou órgãos colegiados, em *gestão democrática*, por meio dos quais a sociedade civil participa da gestão pública. Tais órgãos interferem decisivamente na política pública de atendimento, como nos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, ou se responsabilizam pela aplicação das medidas de proteção da criança e do adolescente, no caso dos Conselhos Tutelares.

O trabalho colegiado, no interior dos Conselhos e dentro da rede de proteção, onde os diversos atores sociais atuam em parceria com as autoridades públicas, faz com que as decisões outrora *monocráticas* do Executivo ou do Judiciário sejam compartilhadas com a sociedade civil organizada. Há *participação* da sociedade na definição das políticas públicas e na aplicação das medidas de proteção.

O Estado não se mantém como único gestor da matéria. O caráter democrático da organização se faz sentir na estrutura horizontal da rede, alcançada pela divisão de competências entre diversos órgãos, em substituição à estrutura *hierárquica piramidal* que predominava sob a vigência do Código de Menores. Naquele sistema o Judiciário tinha poderes sobre os demais órgãos. Atualmente,

“[...] assistência e execução, como dito, são do Executivo e da comunidade. Juízes e promotores não são “tutores” da comunidade. Agentes políticos,

têm compromisso com o Direito e a sociedade, mas isso não quer dizer que devam influir ou interferir na rede, principalmente nos Conselhos de Direitos, responsáveis pelas diretrizes da política de atendimento”<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> SILVA, Antonio Fernando do Amaral. Poder Judiciário e rede de atendimento. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p. 209-253, p. 250.

## CAPÍTULO 7

### SISTEMA DE GARANTIAS E REDE DE PROTEÇÃO

Antes de adentrar no sistema nacional de garantias dos direitos da criança e do adolescente, convém registrar, brevemente, os documentos internacionais mais significativos que influíram na elaboração do ECA e com os quais o sistema nacional está em paridade.

São documentos internacionais de proteção à Infância e que serviram de moldura à disciplina pátria: a Declaração de Genebra, de 1924 (onde se declarou a necessidade de proclamar à criança uma *proteção especial*); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 8 de dezembro de 1948, que destaca para a criança o *direito a cuidados e assistência especiais*; a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, na qual se faz menção à proteção especial e se diz que os Estados deverão criar políticas legislativas visando a atender ao *interesse superior* da criança; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, ratificada pelo Brasil em novembro de 1992, por meio do Decreto 678, dispondo, no art. 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”; a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989 - 30 anos após a *Declaração* que, diferentemente desta, vinculava apenas moralmente -, assimilada pelo sistema nacional com o Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990; as Regras de Beijnyng, estabelecidas

na Assembleia Geral da ONU de 29 de novembro de 1985 (resolução 40.33), definindo normas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude; as *Diretrizes de Riad*, a respeito da prevenção à delinquência juvenil e as *Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade*, aprovados pela Assembleia Geral da ONU de 1990<sup>240</sup>. Estes últimos diplomas, apesar de não ratificados pelo Brasil até a época de promulgação do ECA, foram assimilados no ECA, segundo Tânia da Silva Pereira, pelo trabalho da equipe relatora do Estatuto. O sistema nacional de proteção está alinhado às normas internacionais.

A partir da promulgação do ECA e da aplicação prática de suas disposições, pode-se enunciar em separado, no plano lógico, dois âmbitos do aparato institucional de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Primeiro, o âmbito normativo, que serve à garantia formal dos direitos da criança e do adolescente, e se fundamenta na previsão legal do Estatuto, resumindo-se no repertório normativo que prevê a conduta geral da sociedade e do Estado para proteger a infância e a juventude como prioridades absolutas. Segundo, o âmbito prático, de caráter administrativo e organizacional, relacionado ao conjunto de organizações constituídas, interligadas, que prestam efetivamente os serviços garantidos em lei. Esses âmbitos são chamados de *sistema de garantias*

---

<sup>240</sup>SILVA PEREIRA, Tânia. O "melhor" interesse da criança. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4-7.

da infância e da juventude e rede de proteção, respectivamente<sup>241</sup>.

“Quando se fala em “sistema de garantias de direitos”, melhor se tem em mente a compreensão teórica, abstrata e estática do conjunto de serviços de atendimento previstos idealmente em lei, enquanto a expressão “rede de atendimento” expressa esse mesmo sistema concretizando-se dinamicamente, na prática, por meio de um conjunto de organizações interconectadas no momento da prestação desses serviços”<sup>242</sup>.

## 7.1 Competências gerais por grupos de entidades

Fundamentados na lei, cada um dos atores que integram o *sistema* se articula depois na *rede* e se coloca em determinada posição assumindo competências dadas pela natureza ou distribuídas pela lei, conforme sua constituição seja natural como no caso da família, ou artificial, no caso das entidades criadas artificialmente. Algumas competências são igualmente atribuídas a duas ou mais entidades, para reforçar a garantia de determinados direitos. São, assim, competências comuns. Há *competências exclusivas* pelo fato de algumas

---

<sup>241</sup>Cf. “sumário executivo” do módulo “organização e gestão do sistema de garantias da infância e da juventude”. VVAA. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p. 114.

<sup>242</sup> BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, p. 131.

entidades possuem identidade própria e servirem especialmente a determinado interesse do menor no conjunto das instituições que integram a rede.

Podem ser apontadas como entidades que integram a rede de proteção: Judiciário, Executivo Municipal, Ministério Público, Conselhos de Direitos (Nacional, Estaduais e Municipais), Conselhos Tutelares, entidades de atendimento, família, organizações não-governamentais (cf. ECA, arts. 4º e 88). Podem ser incluídas nesse rol, apesar de não serem citadas expressamente nos dispositivos citados: as escolas, a Polícia Civil e a Polícia Militar.

Essas entidades poderiam ser agrupadas segundo diversos critérios. Por exemplo, pelo critério de competência, haverá subgrupo que atua preferencialmente na esfera jurisdicional, enquanto outro se concentra na esfera administrativa.

Três entidades merecem destaque logo após à família: o Judiciário, o CT e a escola, em linha decrescente de acessibilidade ao menor pela lógica do sistema e pelo que se observa na prática, segundo Leoberto Narciso Brancher<sup>243</sup>. O referido autor entende que os direitos fundamentais da criança e do adolescente podem ser garantidos principalmente por meio da atuação desses três órgãos.

Pelo esquema de Leoberto Narciso Brancher cabe à escola atender os direitos básicos do menor sem interferir na esfera familiar. Caso seja necessário afetar a família, deverá

---

<sup>243</sup> BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, p. 146.

noticiar o CT. Assim, deveria garantir a quem está matriculado no ensino fundamental: alimentação, habitação parcial (no esquema de L. Brancher), saúde, educação, esporte, cultura, lazer e profissionalização.

De acordo com a CF, art. 208, “[o] dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III-[...]”. O ECA repete as mesmas palavras com sutil referência à criança e ao adolescente no art. 54, *caput.*, dizendo que “[é] dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III-[...]”.

O esquema imaginado por Brancher tem o defeito de esquecer que os direitos enunciados devem antes de mais nada ser garantidos pela família, que deve ser munida pelo Estado com recursos necessários para tanto.

O CT atua em segundo momento, ao ter notícia de desrespeito a direitos da criança e do adolescente. Quando sua atuação for suficiente para afastar o risco que ameaça a criança, a proteção oferecida pela rede cessa, porque atinge sua finalidade.

Muitos dos encargos outrora atribuídos ao Judiciário estão sob competência do CT, de modo que a atuação do CT reduz o número de casos a serem geridos pelo Judiciário. É o principal responsável pelas medidas de proteção e medidas aplicáveis aos pais ou responsável. Além

disso, é o órgão que articula a ação do Judiciário e do MP, por se situar mais próximo das comunidades e gozar do poder de representar junto aos órgãos jurisdicionais.

Quando a situação exige aplicação de medidas jurisdicionais, começa o trabalho do Judiciário. É de sua competência a aplicação de medidas socioeducativas e interferir jurisdicionalmente no poder familiar, além de outras medidas previstas no ECA, como a condução de processos contra entidades de atendimento e pessoas que desobedecem decisões dos órgãos da rede.

Ficaria mais completo o texto de Leoberto Brancher se mencionasse a importância do Ministério Público, “instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado” (CF, art. 127), que tem missão institucional de defender os “interesses sociais e individuais indisponíveis”.

## **7.2 Entidades articuladas na rede e a política de atendimento**

Convém apresentar brevemente os órgãos que compõem o sistema e a rede de proteção e as linhas básicas da política de atendimento dos menores para que se possa passar ao exame do CT nesse conjunto.

Diz o art. 4º do ECA: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”<sup>244</sup>.

No artigo expresso são entidades responsáveis pela garantia dos direitos da criança e do adolescente: família, Poder Público, comunidade (termo vago em comparação com o dispositivo constitucional de igual conteúdo) e sociedade. A sociedade civil pode ser identificada no Conselho Tutelar, nos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e nas entidades de atendimento privadas e nas entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. Cada entidade assume parcela de responsabilidade e interage com as demais na composição da rede protetora. O atendimento prioritário do menor não pode ser efetivado sem essa articulação. A prioridade deverá se manifestar em “ a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”(ECA, art. 4º, a, b, c, d).

A interação dessas entidades se fará “através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do distrito federal e dos Municípios” (ECA, art. 86), tendo por linhas de ação a implementação de “políticas sociais básicas; políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem; serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência,

---

<sup>244</sup>O dispositivo do ECA praticamente repete a CF, art. 227, acrescentando ao rol de entidades citadas a “comunidade”.

maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente” (ECA, art. 87, I a V). A Lei 12.010, de 2009, acrescentou a este rol dois novos dispositivos. Estabeleceu-se serem também linhas da ação política de atendimento: “políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes” e “campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos” ( ECA, art. 87, VI e VII).

Trata-se de programa complexo que mobiliza toda a sociedade no sentido de garantir os direitos da criança e do adolescente.

O art. 88 do ECA estabelece como diretrizes da política de atendimento: (I) a “municipalização do atendimento; (II) a criação dos diversos Conselhos em matéria de direitos do menor; (III) a criação de programas específicos, “observada a descentralização político-administrativa”; (IV) a criação dos fundos que deveriam suprir essas necessidades; (V) a integração operacional de órgãos públicos – Judiciário, MP, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social -, preferencialmente num mesmo local para facilitar o atendimento e, por derradeiro, (VI) integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais

básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei; VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade <sup>245</sup>.

As competências específicas de cada órgão são definidas por lei. Algumas serão parcialmente tratadas neste trabalho, quando convier contrastar a atuação deles com relação ao CT (cf. capítulo 9).

### **7.3 Atuação programática junto ao Poder Público: Conselhos de Direitos**

Dentre os integrantes da rede de proteção, interessa examinar especialmente os Conselhos criados pelo ECA, agentes novos que ocupam posição estratégica no sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente. Por meio deles a participação da sociedade civil se faz mais efetiva.

Os Conselhos previstos no ECA são órgãos públicos diferenciados, criados por impulso oficial do Estado e mantidos com recursos públicos (dependência de

---

<sup>245</sup> Os incisos I e III representam aplicação efetiva dos princípios de municipalização e descentralização.

infraestrutura). Todavia gozam de autonomia funcional perante os governos.

São geridos parcial ou totalmente por sujeitos não subordinados às autoridades executivas no exercício da função que lhes compete, atuando como representantes da sociedade civil.

Há duas categorias de Conselhos. Primeira, os Conselhos de Direitos, de composição paritária de membros do Executivo e do Legislativo da unidade federativa respectiva, e da sociedade civil. Segunda categoria, a dos Conselhos Tutelares, cuja composição é 100% definida pela sociedade civil. Os dois tipos de Conselhos têm autonomia funcional, devendo ater-se apenas à lei no exercício de sua competência<sup>246</sup>. A autonomia decisória se manifesta nos Conselhos de Direitos pelo fato de as decisões serem fruto de votação simples, prevalecendo o parecer da maioria, apesar de haver composição paritária entre membros da sociedade e representantes dos entes públicos de poder. Os Conselhos de Direitos têm feição *programática* enquanto os Conselhos Tutelares têm natureza *pragmática*.

O ECA dispôs como diretriz da política de atendimento a “criação de Conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais

---

<sup>246</sup>Quanto aos Conselhos de Direitos, veja-se o art. 88, III do ECA; quanto ao CT, veja-se, p. ex., ECA, art. 131

e municipais” ( ECA, art. 88, inciso II). Trata-se dos Conselhos políticos.

Analisando com vagar informações contidas nesse dispositivo, nota-se que: (1º) deverá haver um Conselho de Direito para cada unidade da Federação (Nacional: um; Estados: 26; Distrito Federal: 1; Municípios: cerca de 5.500), o que significa mais de cinco mil Conselhos de Direitos no país; (2º) esses Conselhos estão estreitamente vinculados a toda ação política das unidades da Federação no atendimento de menores, e deverão ter voz ativa, pois são “órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis”; (3º) representarão efetivamente a sociedade civil, atuando na condução do Poder Público de modo democrático e contínuo, pois são permanentes, compostos com “a participação popular paritária por meio de organizações representativas”.

A previsão legal desses Conselhos segue os princípios de descentralização político-administrativa e de cooperação. Exige-se a participação popular<sup>247</sup>. Os Conselhos de Direitos representam novidade na gestão pública do Brasil. São órgãos deliberativos e controladores das políticas públicas. A não previsibilidade legal desses Conselhos em cada unidade da Federação enseja ação civil pública que constranja o ente federativo respectivo a criá-lo.

Dentre os Conselhos políticos, o mais próximo ao Conselho Tutelar é o Conselho Municipal. O relacionamento entre eles será examinado no capítulo 9 (nove).

---

<sup>247</sup>CYRINO, Púlio Caio Bessa. O papel articulador dos Conselhos de Direitos e dos Conselhos de educação. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, p. 257.



## **PARTE II**

### **DO CONSELHO TUTELAR**

#### **CAPÍTULO 8**

##### **FUNDAMENTO, NATUREZA JURÍDICA, PRINCÍPIOS**

O CT é manifestação adequada da interação do Estado com a sociedade civil em busca de meios de garantir a prioridade da criança e do adolescente. Já se viu que a Constituição Federal serviu de moldura apropriada para essa divisão de competências concorrentes do Estado com a sociedade civil, em atenção à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (CF, art. 227, § 3º, V; ECA, art. 69, I).

#### **8.1 Fundamento jurídico positivo**

Para retomar o caminho que levou a essa conclusão, pode-se recordar que no início dos dispositivos constitucionais encontra-se o fundamento de todo nosso ordenamento: a dignidade humana (CF, art. 1º, inciso III). A condição da pessoa humana, no alto de sua dignidade, é o fundamento e o motor da organização social e estatal.

O art. 3º da CF, ao apresentar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aponta as metas que devem pautar a ação do Estado e da sociedade, sem

as quais não se consegue efetivo respeito à dignidade do ser humano: “I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 4º estabelece como princípio reitor do Estado Brasileiro, em suas relações internacionais, “a prevalência dos direitos humanos”.

O art. 5º descreve direitos e garantias fundamentais que reaparecem em todo o corpo do texto constitucional. A insistência no tema não deixa dúvidas de que a tutela da pessoa humana e de sua dignidade é a finalidade principal de todo o aparato estatal.

O art. 227 prescreve como dever da família, da sociedade e do Estado o de assegurar com prioridade absoluta os direitos e garantias da criança e do adolescente. Ou seja, destacam-se intensa e propositadamente a necessidade de garantir prioritariamente os direitos de quem se encontra em peculiar fase de desenvolvimento, em meio a todos os titulares de direitos fundamentais.

Na esteira da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989, da qual o Brasil é signatário, ocorreu a promulgação do ECA, em 1990. Seguindo a lógica da *prioridade absoluta* ditada pela Constituição, o Estatuto de Criança e do Adolescente deveria ser considerado o documento legislativo mais importante em todo o universo infraconstitucional pátrio.

Nesse diploma normativo são repetidos preceitos constitucionais ligados aos direitos fundamentais, referindo-os exclusivamente à criança e ao adolescente.

No conjunto das entidades encarregadas de levar a termo a garantia da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, as figuras do Conselho Tutelar e do Conselho de Direito cobram especial atenção, pela novidade estrutural que representaram nesse processo de democratização do Poder Público. Na composição desses Conselhos ressalta evidente o convite feito à sociedade civil para compartilhar a função de zelar pela fiscalização desses direitos. O Estado é inepto para atender sozinho às diversas comunidades que necessitam de sua prestação.

A análise do desenvolvimento histórico que culminou nessas formas de participação da sociedade civil na gestão do Poder Público foi objeto do capítulo seis (6). No último capítulo deu-se breve notícia acerca dos Conselhos de Direitos. Importa, neste momento, analisar o conceito, a natureza jurídica e as características do Conselho Tutelar.

## 8.2 Conceito, natureza jurídica e características do CT

O Conselho Tutelar é órgão público<sup>248</sup> de âmbito municipal, permanente e autônomo. Não tem personalidade jurídica própria, à semelhança de outros órgãos que integram o Executivo Municipal. Também em virtude da pertinência ao Executivo não poderia exercer *função jurisdicional* judicial

---

<sup>248</sup> KONZEN, Afonso Armando. Conselho Tutelar, escola e família – parcerias em defesa do direito à educação. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p. 159-191, p. 165.

(afrontaria a separação de Poderes), competência exclusiva de órgãos ligados ao Poder Judiciário, como juízes das cortes judiciárias, ou cidadãos que exercem função jurisdicional por delegação legal (árbitros e juízes leigos). O CT tem função eminentemente administrativa. Isso não significa que suas decisões não tenham força jurídica.

O CT é órgão colegiado e deve contar, sempre, com cinco membros eleitos por sufrágio popular direto ou por meio de votação indireta, levada a termo por entidades representativas da comunidade municipal. Pode tornar-se conselheiro tutelar qualquer cidadão que resida no Município e cumpra demais requisitos exigidos pelo ECA e pela lei municipal que regulamenta a eleição, levada a termo pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), órgão de máxima instância em matéria de política de atendimento de menores no âmbito municipal (ECA, art. 139).

O mandato é quadrienal desde 2012 (Lei 12.696), e se admite uma recondução (ECA, art. 132). O CT deve zelar para que sejam cumpridos e respeitados, nos casos concretos, os direitos da criança e do adolescente definidos no ECA. Recebeu tal competência por delegação da sociedade civil (ECA, art. 131)<sup>249</sup>. Delibera com autonomia acerca das medidas pertinentes ao cumprimento de suas atribuições, não sendo necessário que preste contas do exercício de suas atribuições

---

<sup>249</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*, resposta à pergunta n. 3 [paginação variável].

Veja-se também LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públcio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 103.

ao governo municipal<sup>250</sup>. É de sua competência, por exemplo, aplicar medidas de proteção (ECA, art. 101, I a VII). Sua autonomia também pode ser deduzida do art. 137 do ECA, que reforça a autoridade decisória do órgão, garantindo que “as decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse”. Ou seja, a autoridade do Executivo não tem poder de rever decisões do CT, mas somente o Judiciário. Além disso, suas deliberações são valoradas de modo similar às decisões do Judiciário e do MP, impondo-se pena de seis meses a dois anos a quem impedi-las ou lhes embaraçar (ECA, art. 236).

O CT faz parte do sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente e sua ausência ou insuficiência gera perda de assistência considerável, em razão das competências que lhe foram carreadas. Por exemplo, o CT é órgão pelo qual deve passar toda e qualquer notícia acerca de suspeita ou confirmação de maus tratos contra criança ou adolescente da localidade onde exerce jurisdição administrativa, sem prejuízo de outras medidas legais pertinentes (ECA, art. 13).

O CT veio ocupar espaço que caberia ao Poder Executivo Municipal *especializado* em matéria de direitos da criança e do adolescente, ao lado do Juizado da Infância e da Juventude e da Promotoria dos Direitos da Criança e do

---

<sup>250</sup> Isso não significa imunidade à prestação de contas que deve à Prefeitura acerca do uso que está fazendo dos recursos, infra-estrutura e da prestação de serviço à população municipal (se observa o horário de atendimento, por exemplo). A Prefeitura, enquanto órgão mantenedor da estrutura do CT, tem direito a exigir essa demonstração, sempre que haja motivo para isso.

Adolescente, entidades funcionalizadas para o atendimento aos direitos da criança e do adolescente, vinculadas à função jurisdicional. Estando unido inseparavelmente, por força de lei federal, à Prefeitura, tem natureza jurídica de *instituição de direito público de âmbito municipal*<sup>251</sup>. É órgão público de âmbito municipal porque vinculado à Municipalidade, entidade responsável por sua criação, exigindo-se trabalho articulado do Legislativo e do Executivo locais para sua constituição, por imperativo da Lei Federal (ECA). Fica a cargo do Executivo municipal a manutenção de suas necessidades burocráticas, sua dotação orçamentária e sua infraestrutura. Ao mesmo tempo não se confunde com autarquia municipal ou órgãos da administração direta cujos cargos são ocupados por servidores do quadro institucional do Município. Os conselheiros tutelares não estão subordinados às autoridades funcionais do Município.

Não há contradição entre *autonomia funcional* e *dependência estrutural* da Prefeitura, da mesma forma que não há contradição no fato de os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário serem interdependentes para definição orçamentária de seus gastos, enquanto gozam de plena independência no cumprimento de suas competências. Autonomia, neste caso, significa *independência funcional*<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 107.

<sup>252</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*, resposta à pergunta n. 4 [paginação variável]. Diz: "No âmbito de suas decisões o Conselho não se subordina a pessoas, senão ao texto da lei (do Estatuto) que é a fonte de sua autoridade pública."

Autonomia não significa imunidade à fiscalização.

Todos os órgãos públicos são passíveis de fiscalização, seja interna ou externa. Assim, do ponto de vista externo, o CT será fiscalizado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), pela autoridade judiciária, pelo MP e pelas organizações não-governamentais que zelam pelos direitos dos menores<sup>253</sup>. Essa fiscalização, todavia, habitualmente será feita mediante provocação como, por exemplo, denúncia de irregularidade na atuação do CT ou de algum conselheiro. Para melhor suporte de fiscalização pode-se criar ainda uma Corregedoria dos Conselhos Tutelares, como se fez na cidade de Porto Alegre, conforme previsto pela Lei municipal n.º. 7.394, de 28 de dezembro de 1993, arts. 9º a 11, regulamentada pelo Decreto municipal n. 11.122, de 10 de outubro de 1994.

### 8.3 Atribuições deduzidas dos princípios apresentados

Na previsão legal dos CT pode ser percebida a aplicação dos princípios de *descentralização*, *municipalização*, *cooperação*, *subsidiariedade* e da *prioridade absoluta* da criança e do adolescente.

Desmembrando o princípio da *descentralização*, (cf. capítulo 6, ponto 6.4, *supra*), a CF atribuiu competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (CF, art. 24, XV) para legislar em matéria de proteção à infância e juventude. Ressalvou que a competência da União limita-se à

---

<sup>253</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 104.

fixação de normas gerais (CF, art. 24, § 1º), restando maior poder às outras unidades federativas, que permanecem com competência suplementar. O Município é referido expressamente como competente suplementar da legislação federal e estadual “no que couber” (CF, art. 30, II).

O art. 204, I, da CF, completa e articula essa atuação descentralizada, ao mesmo tempo em que apresenta o Município como unidade competente para promover ações governamentais na área da assistência social, ao lado dos demais estados federados<sup>254</sup>. O art. 204, II torna jurídica e obrigatória a “participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”. Esse dispositivo completa o caminho para a descentralização, exigindo que se vá além da descentralização estritamente política. É preciso que se descentralize a administração do serviço social no âmbito municipal, e isso implica envolvimento direto da sociedade civil.

O CT é manifestação da aplicação efetiva dessas disposições.

Ele assume funções antes ligadas ao Judiciário, que se incumbia de tarefas de caráter administrativo em matéria de menores e centralizava poderes quando não existia estrutura que se dedicasse a elas<sup>255</sup>- ainda hoje, a *jurisdição voluntária* ocupa o Judiciário com tarefas mais

---

<sup>254</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públcio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 108.

<sup>255</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*, resposta à pergunta n. 3 [paginação variável].

administrativas que jurisdicionais. A retirada de parcela desses poderes do Judiciário pode ser entendida como aplicação do princípio de descentralização. O Município é o receptor macro dessa incumbência, sendo a unidade da Federação mais próxima do cidadão. O ECA, dando continuidade a esse princípio constitucional, previu a figura dos Conselhos de Direito, que exercem função política (descentralização política) e dos Conselhos Tutelares (descentralização administrativa no Município).

Último degrau de aplicação do princípio de descentralização pode ser compreendido na composição do CT, formado exclusivamente por membros da comunidade local, eleitos democraticamente.

*O princípio da municipalização*, consequente da descentralização, pode ser inferido da análise do ECA, art. 88, inciso I. A dependência de lei municipal e a vinculação do CT ao Executivo Municipal são consequências deste princípio (ECA, art. 132). Há obrigatoriedade da instalação de pelo menos um CT em cada Município. Se a municipalidade não providencia tal instalação, torna-se passível de ser ré de ação civil pública.

A *cooperação* pode ser deduzida da CF, arts. 227 e 204, II, e de normas contidas no ECA, arts. 4º, 70, 86, 88. O CT é órgão encarregado pela sociedade civil de zelar pelo cumprimento das disposições do ECA, que visam ao desenvolvimento da pessoa menor de idade, respeitando-se seus direitos fundamentais. Assim, estará ele colaborando com os pais no cumprimento de seus deveres, sem poder alterar, por sua atuação, a titularidade do poder familiar. A colaboração pode ser percebida, por exemplo, quando se exige

que os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comuniquem ao CT os maus-tratos de que seus alunos possam estar sendo vítimas (seja no âmbito doméstico, seja na escola), além dos excessos de faltas e da evasão escolar dos menores (art. 56). Este último caso afeta o direito à educação, relacionada à instrução, matéria em que o Estado e a sociedade civil têm competência suplementar com relação aos pais. A partir da comunicação feita ao CT, ele deverá tomar as providências convenientes para corrigi-las, buscando os pais, ou responsável, para aferir a causa da evasão, de modo que se garanta a escolaridade à criança ou adolescente.

De modo especial, essa função colaboradora com os pais manifesta-se na competência do CT para (ECA, art. 136, inciso II) “atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas [pertinentes aos pais ou responsáveis] previstas no art. 129, I a VII”. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável, pelo CT:

“I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado ;VII - advertência”.

Além disso, o CT poderá “representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal” (ECA, art. 136, X)<sup>256</sup>. Esse repertório de medidas descreve poderes dados ao CT em matérias que pode colaborar com a família, pelo acesso imediato aos diversos órgãos institucionais. Os pais poderiam, por conta própria, buscar o auxílio que essas medidas alcançam; mas, quando não o fazem, compete ao CT aplicá-las no interesse dos filhos menores.

Como efeito do princípio da cooperação com relação imediata ao Estado, podem ser apontadas as disposições do art. 136, IX, que atribui ao CT o dever de “assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente”. Ainda em cooperação com a sociedade e o Estado, o CT tem competência comum com o MP e o Judiciário para fiscalizar as entidades de atendimento, governamentais e não-governamentais (ECA, art. 95), e pode dar início, mediante representação oferecida à autoridade judiciária, ao procedimento de apuração de irregularidades nessas entidades (ECA, art. 191).

Quanto à ação *subsidiária*<sup>257</sup>, o CT não atuará diretamente substituindo ou auxiliando os pais em competências privativas ou exclusivas deles. Esse papel cabe

---

<sup>256</sup>Neste último caso, a representação deverá ser encaminhada ao MP, que tem competência para tomar as medidas judiciais cabíveis, art. 201, V e 210 do ECA.

<sup>257</sup>A atuação subsidiária se manifesta quando há previsão de interferência em âmbitos de *competência privativa* ou *exclusiva* dos pais, tanto em caso de auxílio quanto em caso de substituição deles no exercício do poder familiar.

às entidades de atendimento e aos membros da sociedade que venham a assumir guarda ou tutela. Participação indireta do CT com relação ao princípio da subsidiariedade pode ser deduzida do ECA, art. 136, inciso XI, que autoriza o CT a representar ao MP, ou diretamente ao Judiciário, ações de inibição do poder familiar, seja parcial, seja total, quando julgar que seja caso.

A *prioridade absoluta* da criança e do adolescente fez com que se previssessem em lei modos de garantir o respeito às determinações e à atuação das entidades envolvidas com os direitos fundamentais da criança e do adolescente. A tipificação do ato de “impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista” (ECA, art. 236) como crime, cuja pena pode levar à detenção de seis meses a dois anos, é um desses casos.

## CAPÍTULO 9

### INTERAÇÃO COM DEMAIS ÓRGÃOS DA REDE DE PROTEÇÃO

Pode-se alcançar a visão do espaço do CT no conjunto das entidades encarregadas de atender o menor com prioridade, estudando sua interação com os demais órgãos da rede, por onde se manifestam suas atribuições.

No cumprimento de sua função, o CT deve trabalhar com a família do menor, o Ministério Público, o Judiciário da Infância e da Juventude e as entidades de atendimento, governamentais e não-governamentais.

A lei estabeleceu como deveriam funcionar os principais órgãos que compõem a rede de proteção aos direitos da criança e do adolescente, delimitando o espaço de atuação cabível a cada um. No entanto, na prática, a atuação conjunta desses órgãos não é de todo harmoniosa. Entre os motivos para a falta de melhor sinergia nesse relacionamento está o fato de o CT ser estrutura jovem, que assumiu competências de outros órgãos antigos. É necessário dar tempo ao tempo para a assimilação da nova ordem de divisão de competências <sup>258</sup>. Mesmo autoridades de órgãos

---

<sup>258</sup>Por exemplo, o estudo *Considerações sobre a atuação e o funcionamento dos Conselhos Tutelares no Município do Rio de Janeiro* mostra brevemente o lento amadurecimento dos órgãos envolvidos com a questão dos

tradicionais na defesa dos direitos da criança e do adolescente admitem que ainda enfrentam resistências para a aceitação desta nova ordem de divisão de competências instituída pelo ECA, que coloca o CT numa posição central dentro da rede de proteção. De modo que

“[...] já é tempo de os operadores do direito assumirem ainda maiores compromissos com a afirmação institucional do Conselho Tutelar, para o que não se pode perder de vista, em nenhum momento, não só a real dimensão jurídica dos encargos do órgão tutelar, mas a sua correta inserção no contexto dos demais serviços públicos”<sup>259</sup>.

Nesse universo de entidades, o CT ocupa uma posição importante, pois se trata do órgão público

---

incapazes por defeito de idade na cidade do Rio de Janeiro, em um processo gradual de evolução da integração dos diversos atores sociais, tendo por eixo o CT, ora em passos afinados, ora aos tropeços. Relata as idas e vindas na realização atividades que demonstram a preocupação geral da sociedade, basicamente por meio das organizações não-governamentais, em contribuir para que a rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente se torne eficiente e eficaz. CAMURÇA, Marcelo. *Considerações sobre a atuação e o funcionamento dos Conselhos Tutelares no Município do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Programa Infância Desfavorecida no Meio Urbano da Comissão das Comunidades Europeias – Brasil/ Instituto de Estudos da Religião, junho-1999. Disponível em: <<http://www.iser.org.br/ctutelar/qualitativa.htm>>. Acesso em 15 out. 2001.

<sup>259</sup> KONZEN, Afonso Armando. Conselho Tutelar, escola e família – parcerias em defesa do direito à educação. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, p. 160.

*especializado* mais próximo do cotidiano do menor, assumindo caráter gerencial em matéria de assistência social, e faz as vezes de intermediário entre os diferentes órgãos e as situações concretas<sup>260</sup>.

A dificuldade de perceber esse papel do CT faz com que muitas vezes o CT seja confundido com entidade de atendimento. O CT não é local para tratamento da criança ou adolescente, mas espaço criado para a administração de sua situação, para resolver pendências junto aos demais órgãos da rede de proteção e para encaminhar o menor, se for o caso de internação, para o órgão conveniente.

### 9.1 Conselho Tutelar e a família

O art. 136 do ECA define as competências do CT.

Refere-se diretamente à interferência do CT na esfera familiar em três dispositivos. Primeiro, no preceito que define ser atribuição do CT “atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII” (ECA, art. 136, II). Segundo, ao conferir legitimidade ao CT para “representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal” (ECA, art. 136, X). Terceiro, no parágrafo único do art. 136, que diz que “se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o

---

<sup>260</sup> BLANES, Denise Neri; CARVALHO Maria do Carmo Brant de; BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre. *Trabalhando Conselhos Tutelares*. São Paulo: Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência/ Instituto de Estudos Especiais da PUC-SP, 1992, p. 8.

fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Indiretamente, constata-se poder de interferência no âmbito familiar na disposição do inciso I, pelo qual deve o CT “atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII”. O art. 98 descreve as razões que autorizam a aplicação das medidas de proteção. Dentre elas, está a “falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável” (ECA, art. 98, II).

Qual o conteúdo dos poderes que legitimam o CT a interferir no âmbito familiar? Qual a repercussão dessa interferência?

Quanto às medidas pertinentes aos pais ou responsável, descritas no art. 129, de I a X, o CT é competente (cf. art. 136, II) para aplicar aquelas que não têm caráter jurisdicional, concentradas nos incisos de I a VII:

“I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou

adolescente a tratamento especializado; VII – advertência”<sup>261</sup>.

Em todas essas medidas, a titularidade do poder familiar em nada é afetada – o *status familiae* da criança ou adolescente não sofre alteração alguma. A titularidade só é afetada quando se põe em curso a atuação subsidiária do Estado por intermédio do poder jurisdicional, apto para ingerência em matérias de competência exclusiva ou privativa da família. O CT atua cooperativamente com a família, no interesse do menor. As medidas do CT geram efeitos sobre o *exercício* do poder familiar, jamais sobre o *título* do poder familiar.

O rol de medidas pertinentes aos pais, ou responsáveis, é novidade do ECA, em comparação com o antigo Código de Menores. Antes do ECA não se atribuía a entidade pública não judiciária poder de ingerência na conduta dos que mantinham consigo o exercício do poder

---

<sup>261</sup>Curiosamente, a expressão *advertência* aparece no texto do ECA como medida aplicável aos pais e também como medida socioeducativa aplicável ao adolescente que comete ato infracional (ECA, art. 112, I). Mas, enquanto naquele caso o CT é competente para aplicar a medida, neste caso somente autoridade judiciária é competente, segundo a súmula 108 do STJ que diz que “[a] aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz”. Assim, o art. 115 do ECA, que descreve o modo de se fazer a advertência, inserido no capítulo que versa sobre medidas socioeducativas, não vincula o CT a seguir essa forma de advertência. Equivocada, portanto, a remissão da *advertência* do art. 129, VII à *advertência* do art. 115, feita por CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Conselho tutelar, atribuições e subsídios para o seu funcionamento*. São Paulo: Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência (CBIA), 1992, p. 119.

familiar. Hoje, pais ou responsáveis podem ficar obrigados à observação de determinações do CT, pois chamados a uma maior responsabilidade na garantia dos direitos da criança e do adolescente<sup>262</sup>.

A aplicação de quaisquer dessas medidas não pode se dar sem mais, como simples ato de deliberação dos conselheiros. É necessário que se instaure procedimento para apuração da veracidade do fato antes de aplicá-las.

Paulo Afonso Garrido de Paula sugere uma estrutura básica, como forma de efetivar cada procedimento, que deve ser observada em todos os casos e reduzida a escrito, documentando-se a atuação do CT quando no uso de prerrogativas que afetam a vida privada dos menores e de seus pais. Deveriam constar consubstanciadas: “a) resumo da queixa ou ocorrência, b) decisão preliminar; c) notificação para esclarecimentos; d) oitiva das partes e e) decisão (aplicação de medida ou aconselhamento)”<sup>263</sup>.

O detalhamento desses procedimentos fica a cargo dos CTs, em cada Município.

Na Capital Paulista, por exemplo, existe um *regimento interno comum dos Conselhos Tutelares da Cidade de São Paulo*, que regulamenta a organização dos CTs e determina que cada CT mantenha formulários padronizados para o atendimento. O regimento citado estabelece, em seu

---

<sup>262</sup> CHAVES, Antônio. *Comentário ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994, p. 504.

<sup>263</sup> GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Conselho tutelar, atribuições e subsídios para o seu funcionamento*. São Paulo: Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência (CBIA), 1992, p. 11.

art. 9º, que os CTs paulistanos mantenham “os seguintes instrumentos de registros: I - Livro Ata para transcrição das reuniões ordinárias e extraordinárias; II - Livro de Registro de entrada de casos; III - Formulários padronizados para atendimentos e providências; IV - Livro de cargas de registro de documentos oficiais”.

Pode o CT representar ao MP, em nome da pessoa e da família, quando houver violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, II, da CF, acerca da comunicação social (ECA, art., 136, X) <sup>264</sup>. Sempre que o CT entender que algum programa de televisão ou de rádio tenha desrespeitado valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, art. 221, IV), poderá representar ao MP para que este tome providências judiciais que restabeleçam a situação de respeito aos referidos direitos. Nesse ponto há atuação cooperativa do CT com a família, pois ambos têm competência comum de zelar para que os meios de comunicação estejam a serviço da formação da criança e do adolescente.

Ainda no campo de acesso do CT ao âmbito familiar, o art. 136, I do ECA (que ostensivamente não faz menção aos pais ou responsáveis) remete o intérprete ao art. 98, II (entre outros), e ao art. 101, que prescreve as *medidas de proteção* aplicáveis à criança e ao adolescente. Da análise conjunta desses dispositivos compreende-se que o CT, em caso de falta, abuso, ou omissão dos pais ou responsável, pode

“[...] determinar, dentre outras, as seguintes medidas: (I) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; (II)

---

<sup>264</sup> Cf. ponto 8.3, *supra*.

orientação, apoio e acompanhamento temporários; (III) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; (IV) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; (V) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; (VI) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; (VII) abrigo em entidade”.

O inciso VIII é exclusivo à autoridade judiciária (colocação em família substituta).

A partir das atribuições citadas, pode-se compor com vários outros dispositivos do ECA uma série de hipóteses legais diferentes, que justificarão a intervenção do CT em casos concretos.

Por exemplo, diz o art. 19 do ECA que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”. Quem fiscalizará se o ambiente familiar está livre de pessoas dependentes de entorpecentes? Sem invadir a privacidade do lar (garantida na CF, art. 5º, XI), o CT, tendo notícia da presença de adictos convivendo com criança e adolescente, por meio de denúncia de vizinhos, professores, etc, após apurar os fatos em procedimentos regulares, deve aplicar a medida prevista no art. 136, II, em

conjunto com o art. 129, II, que determina a inclusão dos pais ou responsável em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento para alcoólatras e/ou toxicômanos.

Verificada a hipótese do art. 23 - “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder” -, cabe ao CT encaminhar os pais ou responsável a programa oficial ou comunitário de proteção à família (art. 129, I), dando cumprimento ao art. 23, § único: “não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”.

O art. 136, X, pode ser aplicado em conjunto com o art. 79, que determina que “as revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família” (este último trecho é idêntico ao do dispositivo constitucional *supra* citado, em matéria de comunicação social).

Deve a família respeitar as decisões do CT, e somente mediante representação à autoridade judiciária é que poderá opor-se a elas, conforme prevê o ECA em seu art. 137: “as decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse”<sup>265</sup>. Além disso, o respeito às decisões do CT foi

---

<sup>265</sup>BLANES, Denise Neri; CARVALHO Maria do Carmo Brant de; BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre. *Trabalhando Conselhos tutelares*. São Paulo:

reforçado pela fixação de pena de detenção de seis meses a dois anos a quem dificulta sua ação, conforme dispõe o art. 236: “impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei”.

A desobediência às disposições do ECA pode ser equiparada ao descumprimento dos deveres do poder familiar, como se pode depreender do art. 249: “descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

## 9.2 Conselho Tutelar e Conselhos de Direitos

O trabalho do CT volta-se aos interesses individuais nos casos concretos, enquanto os Conselhos de índole política voltam-se à definição das políticas públicas de atendimento da infância e da juventude, atuando mais na esfera dos interesses difusos e coletivos, junto aos entes federativos, na definição das linhas diretivas da política de atendimento. São atividades diferentes e complementares.

Há paridade entre a quantidade de Conselhos de caráter eminentemente político e o número de unidades da federação, uma vez que se previu, no ECA, a criação de um Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente para cada unidade federativa. Quanto ao CT, diferentemente, a lei

---

Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência/ Instituto de Estudos Especiais da PUC-SP, 1992, p. 18.

estabeleceu que houvesse pelo menos um em cada Município, sem definir quantidade máxima e sem estabelecer relação de proporcionalidade entre a população e a quantidade de CTs. Na Capital Paulista, por exemplo, há um Conselho Municipal dos Direitos e cinquenta e dois Conselhos Tutelares.

Existe um Conselho Nacional de Direitos (CONANDA), regulamentado pela lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, e tantos Conselhos Estaduais e Municipais quantos são os Estados e Municípios da Federação.

As determinações dos Conselhos deliberativos superiores são gerais e traçam as linhas que devem nortear a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais. A lei federal que instituiu o Conselho Nacional fixou que

“[...] compete ao CONANDA (I) elaborar as normas gerais da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos art. 87 e 88 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA); (II) [...]; (III) dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, aos órgãos estaduais, municipais e entidades não-governamentais para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos (Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, art. 2º, I e III)”.

A dedicação de tempo dos conselheiros tutelares é integral, ordinariamente. Não assim a dedicação dos membros dos Conselhos de Direitos. Os conselheiros tutelares devem

deliberar, colegiadamente, medidas que aplicarão aos casos complexos que surgem no dia-dia. As reuniões dos Conselhos políticos são esporádicas. Assim, para os conselheiros que compõem os Conselhos de Direitos, está vedada a possibilidade de remuneração: “a função de membro do Conselho nacional e dos Conselhos estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente é considerada de interesse público relevante e não será remunerada” (ECA, art. 89). Não existe tal proibição para remuneração do conselheiro tutelar.

Existem inumeráveis Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, estaduais e municipais, instalados no país. Os Conselhos de Direitos não são órgãos executivos, mas apenas deliberativos<sup>266</sup>. Para efeito de exemplificação do relacionamento entre eles e o CT, será suficiente, neste trabalho, mencionar competências desses órgãos no Estado e no Município de São Paulo.

Na esfera estadual paulista, o Conselho Estadual, chamado CONDECA, foi constituído pela lei estadual n. 8.074, de 21 de outubro de 1992. Dentre as diversas competências expressamente relacionadas ao CT, o CONDECA deverá “manter intercâmbio com o Conselho Nacional, com os Conselhos Estaduais e Municipais e com o Conselho Tutelar, bem como com organismos nacionais e internacionais destinados à defesa e à promoção dos direitos da criança e do adolescente” (art. 5º, inciso VIII).

O CONDECA, todavia, não é o Conselho de Direitos mais próximo do CT. O Conselho Municipal dos Direitos da

---

<sup>266</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*; paginação variável, resposta à pergunta 46.

Criança e do Adolescente (CMDCA) é o Conselho político deliberativo que interage de modo mais habitual com o CT, e que mais afeta sua estrutura e funcionamento, segundo disposições do próprio ECA.

CT e CMDCA estão na esfera municipal. A interação entre eles se estabelece em diversos itens. Por exemplo, cabe ao CMDCA aceitar ou recusar a inscrição de entidades não-governamentais de atendimento, e comunicar ao CT quais entidades estão legitimamente registradas e autorizadas a operar na rede de proteção dos direitos das crianças e adolescentes (ECA, arts. 90 e 91). Cabe ao CMDCA organizar o processo eleitoral para escolha dos conselheiros tutelares, após previsão legal municipal (ECA, art. 139).

Talvez a atribuição mais importante do CMDCA seja a definição das políticas públicas de atendimento junto ao Executivo e Legislativo Municipal. “A formulação da política no Município é cumprida pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente”<sup>267</sup>. Com boas políticas públicas e a previsão dos programas de atendimento dar-se-á o suporte necessário para que o CT possa exercer sua função de atender e gerenciar os casos concretos. Sem a previsão de programas de atendimento, pelo contrário, engessa-se o trabalho dos CTs<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*, paginação variável, resposta à questão 38.

<sup>268</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José. Apenas o Conselho Tutelar não basta. *Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente do Ministério Público do Paraná*. Disponível em: <[www.pr.gov.mppr/institucional/publica/cadez99/crianca.htm](http://www.pr.gov.mppr/institucional/publica/cadez99/crianca.htm)>. Acesso em 24 mar. 2000.

O CMDCA trabalha de modo complementar ao CT, na medida em que atua indiretamente na defesa dos direitos da criança e do adolescente, sem ter acesso, no exercício de suas competências, a crianças e adolescentes. Diferentemente, o CT tem acesso direto aos menores, visto que se dedica às situações concretas.

Outras funções de correlação entre o CMDCA e o CT ficam a critério da lei municipal que cria os dois Conselhos. Por exemplo, a lei municipal n. 11.123, de 22 de novembro de 1991, instituiu na Cidade de São Paulo o CMDCA e vinte CTs. Em 2001, outra lei municipal criou mais 14 CTs, elevando para 34 o total de CTs da capital paulista. Hoje, são 52 Conselhos Tutelares em São Paulo. Estabeleceu como competência do CMDCA, no que afeta diretamente o CT, “deliberar quanto à fixação da remuneração dos membros do Conselho Tutelar” (inciso XIX).

### 9.3 Conselho Tutelar e o Judiciário

As competências cabíveis ao Judiciário no sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente podem ser examinadas em trabalhos específicos sobre o tema. Aqui, trata-se de apresentar a interação do CT com o Judiciário neste sistema<sup>269</sup>.

O CT veio ocupar espaço antes atribuído ao Judiciário, no exercício de parte do que lhe competia por “jurisdição voluntária”, atividade cujo teor assistencial-

---

<sup>269</sup> SILVA, Antonio Fernando do Amaral. Poder Judiciário e rede de atendimento. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, p. 209-253.

administrativo predomina em relação ao propriamente jurisdicional judiciário <sup>270</sup>. Dado que historicamente o Judiciário assumia o papel que hoje é de competência do CT, foi a ele que a lei atribuiu atuação subsidiária com relação ao CT, enquanto não houver CT instalado em determinado Município<sup>271</sup>.

Dizer que o CT exerce função administrativa não significa que sua atuação não tenha eficácia jurídica<sup>272</sup>. Edson Sêda critica a visão segundo a qual o CT se limitaria a questões assistenciais, o que pode ser afirmado das organizações que atuam como entidades de atendimento, enquanto o Judiciário se encarregaria das questões jurídicas.

Neste estudo defende-se que a diferença entre a competência do CT e do Judiciário, em matéria jurídica, está em que o Judiciário é o Poder competente para administrar as situações em que competências exclusivas ou privativas dos

---

<sup>270</sup>Entenda-se a expressão "jurisdicional judiciária" no sentido dado por SÊDA em *A a Z do Conselho Tutelar*. Para ele, "jurisdicional", como qualidade de jurisdição, significaria competência dentro de determinada circunscrição para exercer um poder. O "jurisdicional judiciário" referir-se-ia ao Poder Judiciário exclusivamente. O "jurisdicional não judicial", referir-se-ia às competências que por sua natureza não necessitariam estar associadas ao Poder Judiciário. Qualquer das duas categorias de jurisdição poderia afetar direitos.

<sup>271</sup>Disposição transitória do ECA: "enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária" (ECA, art. 262).

<sup>272</sup> O CT tem poder formativo (normas de competência) de modo que pode afetar posições jurídicas subjetivas (dos pais, dos menores e das entidades de atendimento) ao exercitar as incumbências que lhe foram atribuídas por lei.

pais necessitam sofrer ingerência externa, por meio do poder jurisdicional judiciário. Ou seja, quando for caso de alteração no *status familiae*. Quando se trata de competência cumulativa suplementar da sociedade e do Estado, o CT poderá intervir.

“Os dois operam em questões jurídicas. O Conselho Tutelar em nível administrativo; o Juiz, em nível judicial (ou judiciário, ou jurisdicional). Não confundir o conceito de jurídico com o de judiciário. Quando o juiz aplica uma medida socioeducativa e o Conselho Tutelar aplica uma medida de proteção, ambos aplicam medidas que têm natureza jurídica, por modificarem o equilíbrio ou o desequilíbrio dos direitos e dos deveres das pessoas na sociedade”<sup>273</sup>.

O MP, o Judiciário e o CT gozam de competências concorrentes em algumas funções, onde o aspecto administrativo muito facilmente se alia ao jurisdicional. Por exemplo, no *munus* de fiscalização das entidades de atendimento. Como a fiscalização tem caráter administrativo acima de tudo, entende-se que o CT tem precedência na sua execução, pelo fato de ser órgão especializado, com função exclusiva de zelar pelos direitos da criança e do adolescente. Restaria ao MP e ao Judiciário competência suplementar, para que atuassem eventualmente nesta fiscalização, com a

---

<sup>273</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*; paginação variável, resposta à questão 40.

perspectiva de formação de prova para as medidas judiciais cabíveis.

São funções comuns ao Judiciário e ao CT a aplicação de medidas de proteção, incisos de I a VI do art. 101 do ECA<sup>274</sup>, combinado com o art. 136, I, sendo que o juiz só pode valer-se dessas medidas quando for caso de *adolescente autor de ato infracional* (ECA, arts. 112, VII e 136, VI). Enquanto isso, o CT pode aplicá-las tanto para crianças quanto para adolescentes. O art. 101, VII, descreve medida de proteção - *abrigo em entidade* - cuja competência é exclusiva do CT. Por outro lado, o inciso VIII - *colocação em família substituta* - é medida de aplicação exclusiva do Judiciário<sup>275</sup>.

A atuação do CT, em inúmeros casos, precede ou sucede a função jurisdicional, seja como motor à inércia própria do Judiciário, seja como órgão de execução de decisões judiciais. Pode-se notar essa atuação integrada em vários dispositivos do ECA. Por exemplo, a partir de duas atribuições do CT, definidas no ECA, art. 136, V e VI: “encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência (V); providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária,

---

<sup>274</sup> (I) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; (II) orientação, apoio e acompanhamento temporários; (III) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; (IV) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; (V) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; (VI) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.”

<sup>275</sup> CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional (VI)”. Sem dúvida essa parceria vem ao encontro da previsão maior da política de atendimento dos direitos dos menores, consubstanciada nos arts. 4º, 86 e 88 do ECA.

O trabalho do CT não entra em choque e não se sobrepõe ao trabalho da equipe interprofissional que assessora o Judiciário (ECA, art. 150), uma vez que essa equipe tem caráter vinculado (“sob imediata subordinação da autoridade judiciária”- ECA, art. 151) e auxilia o Judiciário no acompanhamento dos casos que lhe chegam.

Quanto ao território onde cada CT exerce seu poder de ação, o ECA previu que seja idêntica à do Judiciário da Infância e da Juventude<sup>276</sup>.

Essa coincidência de competência territorial entre o Juízo da Infância e da Juventude e o CT facilita o trabalho conjunto dos dois órgãos em prol do menor de idade.

O Judiciário não tem poder sobre o CT. Somente quando provocado, em atenção ao dever constitucional de não

---

<sup>276</sup> Assim determina o art. 138, que remete ao 147, dispositivo inserido na seção II – “do juiz”- do capítulo II, que trata “da justiça da infância e da juventude”. Diz o referido dispositivo (integrando-se nele o art. 138) que a competência do CT será determinada: “(I) pelo domicílio dos pais ou responsável; (II) pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável”. O 1º e 2º parágrafos que completam o artigo também são extensíveis à competência do CT. O inciso III indica o foro competente para o CT promover ação relacionada à difusão de comunicação social que desrespeita valores éticos da pessoa e da família. Nestas situações, o CT competente para representar à autoridade judiciária é o que está no mesmo território em que o fato danoso teve origem.

omitir-se perante lesões ou ameaças a direito (CF, art. 5º, XXXV), é que poderá intervir no exercício do CT. Trata-se de previsão geral, cabível sempre pender ameaça ou violação de direito por ação do CT. Norma do ECA autoriza expressamente a revisão de decisões do CT pela autoridade judiciária, em verificação de eventual abuso que possa haver ocorrido no exercício de suas atribuições. Isso não diminui a autonomia do CT; pelo contrário, reforça-a, pois limita a revisão de decisões do CT aos órgãos jurisdicionais, a pedido de quem tenha legítimo interesse (ECA, art. 137).

Ao mesmo tempo, o CT terá no Judiciário instância de socorro para que suas requisições sejam observadas, quando órgãos públicos e demais entidades que lhe deveriam obedecer não o fizerem. Entre os dispositivos que fundamentam esse procedimento está o art. 249 do ECA, que tipifica como crime o descumprimento, doloso ou culposo, de determinação do CT. Nesses casos, deverá o CT representar ao juiz para que instaure processo nos termos dos arts. 194 a 197.

#### **9.4 Conselho Tutelar e o Executivo**

Obedecendo ao princípio da municipalização, princípio que deve informar a ação social do Estado (CF, art. 204, II), o CT ficou vinculado à unidade da Federação mais próxima da pessoa, o Município.

De acordo com o art. 132 do ECA, cada Município deve ter pelo menos um CT, “Em cada Município e em cada Região Administrativa do Distrito Federal haverá, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, composto de 5 (cinco) membros,

escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida 1 (uma) recondução, mediante novo processo de escolha.” Cabe ao Município dispor em lei acerca do funcionamento da estrutura física do CT. O ECA determina, em seu art. 134 que “Lei municipal ou distrital disporá sobre o local, dia e horário de funcionamento do Conselho Tutelar”. A mesmo dispositivo, alterado em 2012, estabelece ainda que, quanto à remuneração dos respectivos membros do CT, a eles será assegurado o direito a: “ I - cobertura previdenciária; II - gozo de férias anuais remuneradas, acrescidas de 1/3 (um terço) do valor da remuneração mensal; III - licença-maternidade; IV - licença-paternidade; V - gratificação natalina”.

O ECA prescreveu ainda que houvesse dotação orçamentária própria, definida na Lei Orçamentária Municipal, que preservasse a autonomia do CT perante as vicissitudes do governo municipal<sup>277</sup>. Diz o art. 134, § único: “Constará da lei orçamentária municipal e da do Distrito Federal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar e à remuneração e formação continuada dos conselheiros tutelares”.

O CT é órgão que compõe o Executivo Municipal, mas não se confunde com as autarquias municipais ou com secretarias sobre as quais o Chefe do Executivo tem poder mediato ou imediato. Não é órgão que atua como *longa manus* do Prefeito. Representa a sociedade civil investida diretamente do aparato estatal no exercício da função

---

<sup>277</sup> CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121

relevante de zelar pelos direitos da criança e do adolescente. Não está subordinado à Prefeitura em suas decisões. Atua em parceria com ela, sempre no interesse do menor. Essa é a pretensão legal, nem sempre verificada na prática, onde algumas vezes há abuso da autoridade municipal.

É atribuição do CT “assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente” (ECA, art. 136, IX). Trata-se de atuação política do CT, fundamentada na experiência que acumula ao lidar com as carências reais dos menores que atende. Ao fazer parte da rede de proteção, apercebe-se de suas falhas, principalmente no que se refere aos programas de atendimento quando insuficientes. Por isso é importante sua presença junto ao Executivo Municipal, no momento de definição da política de atendimento, com a respectiva previsão orçamentária dos recursos que serão direcionados a essa política pública. Poder-se ia dizer que tal previsão legal é desdobramento do princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente: em atenção a tais pessoas deve o Executivo Municipal ouvir quem lida mais diretamente com seus problemas.

Se o CT percebe que não há orientação efetiva de recursos públicos para suprir insuficiências de programas de atendimento, deverá solicitar ao MP que promova ação civil pública em face da Municipalidade, de modo que se constranja o Executivo e o Legislativo municipais a darem eficácia ao princípio da prioridade absoluta. Em situações assim, diz Edson Sêda que

“[...] cabe ao Conselho Tutelar, cumprindo o dever que lhe é imposto pelo art. 220 do Estatuto, dar notícia do fato ao

Promotor local da Infância e da Juventude, para que esse entre com ação pública mandamental, solicitando ao Juiz que determine a provisão de recursos necessários, como condição *sine qua non* para que a oferta regular de serviços seja garantida no exercício orçamentário correspondente”<sup>278</sup>.

### 9.5 Conselho Tutelar e o Ministério Público

De acordo com Paulo Afonso Garrido de Paula, as competências do MP em matéria de direitos da criança e do adolescente, podem ser resumidas em oito atribuições: 1) intervenção civil na defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos da criança e do adolescente; 2) intervenção civil na defesa da regularidade de entidades e programas de atendimento; 3) instauração de procedimentos administrativos, sindicâncias, diligências investigatórias e determinação de instauração de inquérito policial; 4) exercício da função de *ombudsman* na área da infância e da juventude; 5) intervenção na área infracional; 6) fiscalização do processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar; 7) fiscalização do ingresso no cadastro de adoções; 8) fiscalização de entidades e programas de atendimento<sup>279</sup>. Dessas atribuições interessa, por hora, deter-se naquelas em

---

<sup>278</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*, paginação variável, resposta à questão 31.

<sup>279</sup> GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. O Ministério Público. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p.193-207, p. 197.

que há competência comum do MP e do CT ou atuação complementar entre o CT e o MP.

Algumas atribuições são comuns ao CT, MP e Judiciário. É o caso da fiscalização das entidades de atendimento, governamentais e não-governamentais. O art. 95 do ECA estabelece que “as entidades governamentais e não-governamentais referidas no art. 90, [entidades de atendimento] serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares”. O art. 191 nomeia o MP e o CT como órgãos competentes para representar à autoridade judiciária visando a iniciar procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental ou não-governamental.

Tarefas comuns ao CT e ao MP também constam dos artigos 194, 201 e 236 do ECA. O art. 194 trata da imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente, determinando que tanto o MP quanto o CT podem representar perante o Judiciário para que se instaure o procedimento<sup>280</sup>.

O CT trabalhará em cooperação, representando ao MP, no exercício de algumas de suas atribuições, previstas no art. 136, IV, X e XI. Assim, deverá “encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente” (IV); “representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da

---

<sup>280</sup>Além do CT e do MP, esse procedimento pode de ser iniciado mediante auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, assinado por duas testemunhas (ECA, art. 194).

Constituição Federal” (X); e “representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)” (XI). Esse último poder não é exclusivo do MP ou do CT. O art. 155 do ECA estabelece que além do MP qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na inibição do poder familiar poderá dar início ao procedimento correspondente.

O MP é o fiscal do processo eletivo dos cidadãos que serão conselheiros, em pleito realizado sob responsabilidade do CMDCA (ECA, art. 139).

Há vedação legal a que determinados parentes de juízes e promotores sirvam em CT de mesma circunscrição (ECA, art. 140, *caput* e § único).

O art. 236 do ECA, já referido anteriormente, coloca sob mesmo plano de respeito a atuação e as decisões do CT, do MP e do Judiciário, na medida em que prevê detenção de seis meses a dois anos àqueles que impeçam ou embaracem “a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei” (ECA, art. 236).

## **9.6 Conselho Tutelar e as entidades de atendimento**

As entidades de atendimento não-governamentais representam a sociedade agindo em prol dos direitos da criança e do adolescente em paralelo ao Estado. Elas são responsáveis pelo atendimento diretamente assistencial e devem zelar pela manutenção das próprias unidades e pelo

planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes, nos vários regimes previstos do art. 90 do ECA. O parágrafo único do art. 90 esclarece que as entidades

“[...] governamentais e não-governamentais deverão proceder à inscrição de seus programas especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária”.

A regularidade das entidades de atendimento fica condicionada à observação das obrigações expressas no art. 94 do ECA. Vale a pena colar o texto de lei, apesar de longo:

“As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes; II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação; III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos; IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente; V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares; VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos

vínculos familiares; VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal; VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos; IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos; X - propiciar escolarização e profissionalização; XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer; XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças; XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso; XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente; XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual; XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infectocontagiosas; XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes; XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos; XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem; XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e

demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento”.

Compete ao Juiz da Infância e da Juventude “conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis” (ECA, art. 148, V). Quando o CT fiscaliza a entidade e verifica se os direitos da criança e do adolescente estão sendo respeitados, caso constate irregularidade, deverá “encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência” (ECA, art. 136, V).

O Judiciário poderá aplicar as medidas previstas no art. 97, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal dos dirigentes ou prepostos das entidades de atendimento. Constam do art. 97 do ECA, como medidas aplicáveis às entidades governamentais:

“a) advertência; b) afastamento provisório de seus dirigentes; c) afastamento definitivo de seus dirigentes; d) fechamento de unidade ou interdição de programa. No que se aplica às entidades não-governamentais: “a) advertência; b) suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas; c) interdição de unidades ou suspensão de programa; d) cassação do registro”.

## CAPÍTULO 10

### ALGUMAS PROBLEMÁTICAS. ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO

O Conselho Tutelar é instrumento necessário para o atendimento prioritário dos direitos da criança e do adolescente, de acordo com a posição que ocupa na rede de proteção e as competências que lhe foram dadas pelo ECA.

Não havia órgão similar no Brasil, de modo que a experimentação de sua realidade prática deve servir à melhoria de sua feição legal e de sua estruturação física e organizacional, sobretudo a partir da experiência acumulada ao longo de anos de exercício de suas funções. Percebe-se a existência de problemas práticos, que dificultam sua eficácia plena. Por exemplo, o descaso do poder municipal, que compromete radicalmente a atuação dos Conselhos. Também a inexistência ou insuficiência de programas e de entidades de atendimento que deem o suporte adequado para o bom gerenciamento que cabe ao CT operar. A par dessas disfunções, podem-se especular alternativas que auxiliem a efetividade plena desses órgãos. Para análise de vulto da experiência acumulada em pouco mais de vinte cinco anos de CTs, seria necessário o acesso a ingente volume de informações já organizadas, que não existia quando realizada a pesquisa que subsidiou este texto, nos anos 2000 e 2001. Em razão do volume operacional de dados, que se alteram a cada ano, será lançada obra em separado. De toda forma,

curioso notar que, a despeito de alguns dados terem evoluído em algumas cidades do Brasil, de modo geral, nas capitais, os problemas ainda giram ao redor dos mesmos itens observados em 2001.

À época não se dispunha de dados organizados e sistematizados acerca da experiência dos CT nos mais de cinco mil Municípios do país. Dada a imensidão da possibilidade de pesquisa em busca dessa amostragem, mesmo dentre Municípios que dispunham de informações a respeito, não estavam elas reunidas segundo mesma metodologia. Assim, naquele momento se optou por limitar o trabalho à experiência dos CTs em três grandes centros urbanos- São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre -, regiões onde o contingente de menores carentes ou desatendidos em seus direitos fundamentais adquiria dimensões especialmente preocupantes, pelo grande volume populacional. O estudo da atuação dos CTs nos grandes centros tornava-se especialmente atraente, em face da necessidade de criação de mais de um CT na mesma localidade.

Até 2001, por exemplo, não havia estudo que apresentasse coletânea de dados organizada e sistematizada, ou que mostrasse estatística e descritivamente a situação dos Conselhos Tutelares na Cidade de São Paulo. Assim, os dados obtidos na Capital Paulista foram aferidos a partir das queixas dos próprios conselheiros e de notícias de jornais. Em Porto Alegre, mudanças legais impulsionadas pelo amadurecimento natural dos CTs forneceram índice para mostrar o grau de mobilização política da cidade com relação aos CTs. Quanto à cidade do Rio de Janeiro, encontrou-se estudo de 1999 que trouxe informações preciosas a respeito do funcionamento dos CTs na antiga Capital Federal, onde várias organizações

não-governamentais atuam efetivamente no interesse dos menores.

Até 2001 a Cidade de São Paulo, possuía 34 (trinta e quatro) CTs, o Rio de Janeiro, 10 (dez), e Porto Alegre, 8 (oito). Em 2015, com dados estimados pelo IBGE 2015, a cidade de São Paulo conta com 11,96 milhões de habitantes e 54 (cinquenta e quatro) CTs; a cidade do Rio chega a 6,47 milhões, com 17 (dezessete) CTs, enquanto Porto Alegre possui 1,47 milhões de habitantes com 10 (dez) Conselhos Tutelares. Nenhuma delas atende ainda o número proporcional indicado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, CONANDA, em sua Resolução 139, de 17 de março de 2012, art. 2, § 1º, que assim estabelece: “Para assegurar a equidade de acesso, caberá aos Municípios e ao Distrito Federal criar e manter Conselhos Tutelares, observada, preferencialmente, a proporção mínima de um Conselho para cada cem mil habitantes”. Nessa proporção, São Paulo deveria ter 120, Rio 65 e Porto Alegre 15 CTs.

Assim, nesse momento, listam-se as especiais dificuldades relativamente à efetividade do CT nas capitais mais populosas, tal qual percebidas em 2001, fazendo-se notar que, a despeito de melhoria no salário e na quantidade de CTs em cada uma das capitais, continuam persistindo os mesmos problemas, ali, como em outras capitais, relativamente a: (1) formação dos Conselheiros; (2) regimento interno com falhas e lacunas e ausência de equipe de apoio; (3) desconhecimento do Conselho Tutelar pela comunidade; (4) descaso da Prefeitura, tanto na instrumentalização dos serviços do CT, quanto na insuficiência de programas de atendimento; (5) ausência de uma Central de Apoio Operacional; (6)

remuneração inadequada à função; (7) e não existência de um órgão que atue como Corregedoria dos Conselhos Tutelares.

### 10.1 Formação dos Conselheiros

O CT ocupa posição central no atual sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente e atua como administrador de situações em face dos demais órgãos envolvidos na rede de proteção. Pode-se dizer que função que lhe foi concedida equipara-se em certa medida à dos antigos juízes de menores e dos promotores que atuam no interesse da infância e da juventude, uma vez que assumiu diversas competências outrora atribuídas a tais agentes, como se pode ver na análise das competências.

Para o provimento de cargos do Judiciário e do MP há concurso público que exige técnica jurídica apurada dos candidatos a ocupar tais cargos, além de entrevistas, análise psicossocial, exame médico, certidão negativa, etc. Juízes e promotores movimentarão poderes públicos importantes, interferindo na vida dos cidadãos para cuidar do interesse da sociedade. Apesar de esses cargos serem preenchidos em vista à vitaliciedade na função, enquanto os conselheiros tutelares ocupam suas pastas por lapso de três anos, admitida uma recondução, é inegável que a atuação dos conselheiros tutelares interfere na vida privada dos cidadãos. Sendo assim, dever-se-ia exigir-lhe capacitação técnica e humana adequadas. Por essas razões, “a definição das candidaturas deve ser rigorosa para filtrar candidatos incapazes de fazer cumprir os fins sociais (art. 6º do Estatuto) a que se destina o

próprio Conselho Tutelar”<sup>281</sup>. A atividade dos conselheiros tutelares exige preparo técnico e humano compatível com suas atribuições de administrador da situação global dos menores.

O que diz a lei a respeito da formação dos conselheiros tutelares? Em que medida se pode condicionar o cargo a especial formação ou experiência?

Cabe à lei municipal estabelecer processo para escolha dos membros do CT (ECA, art. 139). Como requisito mínimo deve-se observar a previsão do art. 133 do ECA: reconhecida idoneidade moral, idade superior a 21 anos e residência estabelecida no Município. As leis municipais podem complementar esse rol. É oportuno que a lei chegasse a um equilíbrio entre a legitimidade política (representatividade) e a funcionalidade técnica (qualificação). Soluções lúcidas chegaram a esse meio termo, definindo a qualificação técnica como requisito eliminatório; deixando em segundo lugar o processo eletivo, escolhendo-se em meio àqueles que houvessem comprovado capacitação técnica.

Alguns impedimentos servem para garantir a independência dos conselheiros com relação a outras entidades do sistema de garantias, como juízes e promotores. Por isso a lei veda que possa ocupar função de conselheiro tutelar, na mesma circunscrição, parente de juiz ou promotor (ECA, art. 140, *caput* e § único).

---

<sup>281</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*; paginação variável, resposta à pergunta n. 49.

Também ensejam impugnação da candidatura a tentativa de ser reconduzido por terceira vez seguida ao cargo ou a não observância de alguns dos requisitos supracitados.

A remuneração, conforme se verá, também é fator de atração ou afastamento de profissionais qualificados. Profissionais com nível superior e/ou experiência e formação acima da média, fazem jus a maior valorização no mercado de trabalho. Sem esse reconhecimento salarial, muito dificilmente se consegue compor quadro de conselheiros à altura da função. Por isso, onde se remunera mal, afasta-se quem teria mérito e competência apurados, pela inviabilidade econômica do cargo.

#### **10.2 Regimento interno com falhas e lacunas. Ausência de equipe de apoio**

Outro fator a ser revisto é a fixação de elementos comuns e necessários para integrar o regimento interno dos Conselhos Tutelares. Ficou a critério dos próprios CTs organizarem seu regimento, que deveria servir para pautar o funcionamento dos CTs e a divisão interna de competências entre os seus membros.

Também são elementos convenientes para o funcionamento adequado do CT a existência de equipe de apoio administrativo e de equipe de assessoria técnica. A equipe de apoio administrativo nada mais é que o auxílio material básico de secretariado, que convém à manutenção de qualquer órgão: pessoal que pode atender telefone, tomar nota de recados, digitar documentos sob indicação dos conselheiros, despachar material via correio, etc.

A equipe de assessoria técnica vem ao encontro da necessidade dos conselheiros tutelares de consultar profissionais especialmente qualificados nas áreas de psicologia, direito, sociologia, pedagogia, terapia de família, que possam dirimir dúvidas ou emitir pareceres em casos práticos complexos, nos quais os conselheiros necessitam de apoio especializado. Este auxílio, fundamental para que as decisões sejam ao máximo acertadas, seria garantido por meio de equipe especializada com a função de assessorar os CTs.

### **10.3 Desconhecimento do Conselho Tutelar pela comunidade**

Não se dispunha de dados que pudessem apontar, em 2001, estatisticamente, o grau de conhecimento dos CTs pela população. Segundo relataram conselheiros da Cidade de São Paulo, à época, entre a população de baixa renda há maior conhecimento da existência dos CTs que nas classes média e alta. Isso se deve, naturalmente, ao fato de crianças e adolescentes de famílias menos abastadas terem necessidade de socorrer-se de modo necessário das estruturas previstas para auxiliar a comunidade. São elas que sofrem mais com desajustes socioeconômicos, insuficiência dos serviços públicos de escola, hospitais, etc. Enquanto isso, nas famílias economicamente guarnecidas, problemas desse teor costumam ser amortizados por outros meios: pagam-se planos de saúde, escolas particulares, contratam-se profissionais qualificados para atendimento psicossocial (psicólogos, psiquiatras, clínicas privadas, entidades para recuperação de alcoólatras e adictos).

Ainda faltam boas políticas públicas de divulgação do órgão, para que mais cidadãos possam beneficiar-se dos poderes atribuídos aos CTs, e para que haja melhores condições de serviço para os conselheiros tutelares. Uma política de divulgação e incorporação de melhorias geraria sensibilização daqueles que podem colaborar em serviço de voluntariado, promoveria candidaturas de pessoas mais qualificadas para as eleições, incentivaria a colaboração econômica com os fundos municipais que servem ao incremento da rede de atendimento, mobilizaria o empresariado e demais entidades da sociedade civil, incluindo a Mídia, envolvendo todos na articulação programada pelo ECA. Entre outras atividades paralelas que poderiam vir a partir dessa mobilização estaria a criação de programas de formação para conselheiros e candidatos a tais, custeados por empresas com foco na criança e adolescente, o estímulo para que as faculdades de matérias relacionadas ao tema encaminhassem estagiários para assessorar o trabalho dos CTs (estagiários de direito e psicologia, por exemplo), o estabelecimento de parcerias de empresas de tecnologia com o Conselho Municipal tendo em vista equipar os CTs (micros, fax, material de escritório), etc.

A própria participação da opinião pública no trabalho de difusão dos CTs ainda é pequena, apesar de ter crescido nos últimos anos. A Agência de Notícias dos Direitos da Infância (ANDI), criada em 1992, desenvolve trabalho de difusão dos órgãos comprometidos com a causa da infância e juventude e realiza pesquisas a respeito do tratamento dado pela imprensa ao tema. Não possuía, todavia, até 2001, estudo específico sobre a cobertura da mídia aos Conselhos Tutelares, e não fizera, até aquele ano, projeto de mobilização da

imprensa no sentido de garantir espaço habitual a estes órgãos.

Levantamento acerca da menção ao CT em órgãos da imprensa paulista mostra que de 1996 a 2000 aumentou o número de matérias que citavam o CT. Na análise de um dos importantes órgãos de opinião pública paulista, o jornal *O Estado de São Paulo*, o CT foi citado em cerca de 23 reportagens, em 1996. Em 1997 esse número caiu para 15. No ano de 1998, foram 27 notícias. Em 1999, 41 notícias. Em 2000, 44 notícias<sup>282</sup>.

Hoje, 25 anos após o promulgação do ECA, continua a desinformação.

#### 10.4 Descaso da Prefeitura. Insuficiência de programas de atendimento

Pode ocorrer o desarme institucional dos Conselhos Tutelares pelo enforcamento financeiro a que são submetidos, quando a Prefeitura não disponibiliza recursos suficientes para prover suas necessidades. A remuneração do conselheiro tutelar é fator que influencia na disposição de pessoas qualificadas que poderiam candidatar-se ao cargo.

A atuação do CT pode ser afetada pela falta de infraestrutura adequada, a começar pelo espaço físico atribuído ao CT. A inexistência de programas de atendimento

---

<sup>282</sup> Pesquisa realizada por meio do arquivo eletrônico do jornal *O Estado de São Paulo*, disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/htbin/pesquisa-bd/>>. Acesso em 15 out. 2001. Até o dia 11 de setembro de 2001, contavam-se 11 notícias.

compromete o trabalho do CT. Quanto à necessidade de entidades de atendimento e da previsão de programas específicos,

“[S]e o Município não organiza a política de proteção devida, inútil será criar o Conselho Tutelar, porque este não executa programa (a menos que usurpe funções, o que em certos casos é crime), ele decide quando os programas descumprem suas funções por omissão ou abuso”<sup>283</sup>.

Diante das problemáticas apontadas, dentre outras que poderiam ser elencadas, apresentam-se de modo sucinto alternativas para contorná-las.

### 10.5 Criação de uma Central de Apoio Operacional

A função de conselheiro exige preparação adequada e não se pode descuidar a formação de quem ocupa posto chave no sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente. O adequado exercício da função está intimamente atrelado à efetividade da prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Ao mesmo tempo, pelo fato de o conselheiro tutelar ser eleito pela comunidade, nem sempre será o mais qualificado dentre os candidatos. Além disso, existem profissionais que podem prestar serviço de alta relevância ao

---

<sup>283</sup> SÊDA, Edson. *A a Z do Conselho Tutelar*, resposta à pergunta n. 43 [paginação variável].

CT, sem interesse ou possibilidade de participar do quadro de conselheiro. Poderiam auxiliar por meio de órgão de assessoria técnica, que supriria a lacuna na formação dos conselheiros tutelares, prestando serviço de atualização e melhoria de pessoal, além da análise de casos e emissão de pareceres técnicos.

A equipe de assessoria técnica teria dupla finalidade: prestar serviço permanente a consultas dos CTs, por um lado, e criar programas de formação continuada para conselheiros, de modo a melhorar a formação dos membros dos CTs nas áreas mais afetadas às funções que desempenham no dia-dia.

A definição de cursos e palestras poderia ser levada a termo em atitude conjunta do Conselho Municipal e de representantes do próprio CT, por exemplo.

Um *centro de treinamento e consulta* permanente, nos grandes centros urbanos, encarregado exclusivamente de atender aos CTs contribuiria para a melhora substancial do serviço prestado. Este órgão poderia ser financiado com recursos da iniciativa privada (organizações não-governamentais e empresas “amigas da criança”), em parceria com o Poder Público.

Os Centros de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, dos Ministérios Públicos estaduais, serviriam de modelo analógico para a estruturação do *Centro de Apoio aos Conselhos Tutelares* (CACT).

De modo similar ao Centros de Apoio do MP, seria interdisciplinar. Poderiam compô-lo: advogados especializados, psicólogos, pedagogos, assistentes sociais,

terapeutas de família, e promotor indicado pelo MP. Fruto de esforço integrado da sociedade civil e do Poder Público, cada órgão daria sua contribuição: a Procuradoria de Assistência Judiciária forneceria o advogado; o Município se encarregaria de ceder assistentes sociais; organizações não-governamentais assumiriam a contratação de psicólogos, pedagogos e terapeutas de família; por fim, o MP indicaria promotor que pudesse estar disponível especialmente para esse serviço.

O *Centro de Apoio aos Conselhos Tutelares* teria como atribuições principais: atender consultas localizadas dos conselheiros; acompanhar andamento de casos complexos, por solicitação do CT competente; preparar cursos de aperfeiçoamento, visando melhoria técnica e humana do atendimento.

O número de profissionais envolvidos em cada Centro de Apoio seria proporcional à dimensão de serviço. Poder-se-ia constituir núcleo interdisciplinar (um advogado, um psicólogo, um pedagogo, um terapeuta de família, um promotor) para até 15 CTs, sendo possível envolvimento de mais profissionais. No entanto, esse ajustamento deveria ser feito à medida que se experimentasse na prática sua atuação.

O *Centro de Apoio aos Conselhos Tutelares* teria rotina de trabalho definida por regimento onde constaria o número de reuniões necessárias para cumprir suas funções. Seria gerenciado ou pelo Conselho Municipal dos Direitos, ou pelo MP da localidade. As reuniões se realizariam na sede do CMDCA ou em outro espaço, cedido pela Prefeitura.

## 10.6 Remuneração adequada à função

Profissional qualificado exige e merece maior investimento de recursos. É de bom senso oferecer maior remuneração aos cargos que exigem maior qualificação. Melhor retribuição econômica permitiria atrair pessoas com melhor formação. Por isso concursos para preencher cargos de relevância social oferecem salários mais atrativos e costumam ter maior procura. Garante-se desse modo melhor seleção.

Nos grandes centros urbanos é praticamente impossível que o conselheiro tutelar trabalhe com carga horária reduzida, compatibilizando essa tarefa com ocupação por meio da qual possa sustentar sua família. A demanda de serviço é imensa. É necessário, dessa forma, que haja previsão de salário condizente com a relevância social do cargo. Haverá pessoal mais qualificado exercendo a função de conselheiro tutelar se a ela for atribuída melhor remuneração e maior for a exigência técnica.

O que fazer para oferecer melhores salários, quando não se dispõe de verba orçamentária? Alternativa possível para ultrapassar essa barreira seria a parceria com a iniciativa privada, tanto diretamente, quanto por meio de incentivo a maior colaboração com fundos municipais, estaduais e nacionais <sup>284</sup>.

---

<sup>284</sup>Sabe-se que, muitas vezes, a indisponibilidade de recursos decorre da inexistência de vontade política para custear a prioridade da criança e do adolescente.

## 10.7 Corregedoria dos Conselhos Tutelares

Nas cidades em que há vários CTs há maior risco de a conduta dos conselheiros desvirtuar-se à revelia da fiscalização da sociedade, o que implicaria prejuízo para os menores. Assim, seria caso de se conceber uma espécie de Corregedoria, para atividades esporádicas, em ação *ad hoc*, conforme a necessidade.

Na cidade de Porto Alegre, ainda em 2001, quando havia onde há 8 (oito) CTs, concebeu-se figura encarregada de controlar o funcionamento do CT, sem prejudicar sua autonomia funcional. A Lei municipal n. 7.394, de 28 de dezembro de 1993, constituiu a Corregedoria dos CTs. Em 1994, o Decreto n. 11.122, de 7 de outubro, aprovou seu regimento interno. No dia 16 de janeiro de 1997, o Decreto de n. 11.681 alterou o anterior. De acordo com o Decreto n. 11.681, que definiu o regimento interno da Corregedoria dos CTs da capital gaúcha vigente em 2001, “a Corregedoria é órgão de controle sobre o funcionamento dos Conselhos Tutelares” (art. 1º).

Compunha-se de oito membros: dois representantes dos Conselhos Tutelares, representante do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, representante do Fórum Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Porto Alegre <sup>285</sup>, dois representantes do Poder Executivo Municipal e dois do Poder Legislativo Municipal (art. 2º). Havia procedimento próprio

---

<sup>285</sup> Esse órgão congrega organizações não-governamentais que mantêm programas de atendimento ou têm por objetivo a defesa e proteção dos direitos da criança e do adolescente, dispõe a lei municipal n. 6.787, de 11 de janeiro de 1991, art. 7º.

para a definição dos representantes de cada um destes setores (art. 3º). Exigiam-se como requisitos para fosse corregedor que a pessoa tivesse conhecimento das leis que regem os CTs e não padecesse de impedimento ou suspeição com relação a conselheiros tutelares (titular ou em suplente), de modo a evitar desvio na função por motivações pessoais (art. 3º, § único). Servem aqui de referência.

Entre outras, a Corregedoria teria como competências: (1) Exercer vigilância sobre os serviços dos CTs e da atividade funcional de seus membros, especialmente quanto ao cumprimento das atribuições cujo desatendimento constitui falta grave; (2) conhecer de representações, reclamações e denúncias contra conselheiros tutelares, que impliquem eventual falta grave, (3) instaurar e proceder à sindicância para apuração de falta grave cometida por conselheiro tutelar no desempenho de sua função; (4) remeter ao MP estadual, para os devidos fins, as sindicâncias concluídas, quando houvesse elementos indicativos da ocorrência de crime ou infração administrativa prevista no ECA; (5) remeter ao Prefeito municipal, para reexame necessário, as decisões condenatórias proferidas nas sindicâncias; (6) enviar à publicidade, portaria das sindicâncias concluídas pela Corregedoria, contendo o resultado do processo; (7) elaborar relatório semestral de atividades; (8) votar seu regimento. Com todas essas competências, aplicadas em Porto Alegre, esperava-se fazer controle efetivo e impulsionar o trabalho dos conselheiros em ritmo conveniente para tratar dos direitos da criança e do adolescente, evitando eventual acomodação. A Corregedoria faria as vezes de locomotiva que movimentaria os CTs na direção em que deveriam avançar.

Queria-se que o órgão tivesse funcionamento similar ao de um tribunal, estabelecido em regimento interno, com sessões de trabalho e decisões colegiadas (art. 5º). As sessões ordinárias da “plenária” teriam periodicidade mensal e exigiam maioria absoluta de presença (art. 6º), além de serem conduzidas pelo Presidente da Corregedoria (art. 7º). A diretoria da Corregedoria, formada por um presidente e um vice-presidente eleitos para mandato de um ano, deveria ser composta na primeira reunião plenária (art. 14 e 15) mediante votação simples entre os corregedores. As competências do presidente e do vice-presidente constam dos arts. 16 e 17. A ordem de trabalho diário em cada sessão plenária está prevista nos arts. 8º a 13.

Na apreciação de cada matéria da pauta, há ordem de preferência para exposição dos assuntos a serem deliberados (art. 10). A discussão se inicia por impulso do corregedor-relator do expediente respectivo, que foi encarregado de acompanhar o caso sob exame. As competências do corregedor-relator de cada caso estão previstas no art. 18. Na sequência, tem a palavra o corregedor-revisor, cujas competências constam do art. 19. Após a exposição de ambos, que já examinaram o caso antes da sessão, procede-se à votação. Deveria o Presidente zelar para que cada corregedor tenha o mesmo número de expedientes para relatar (art. 25).

Os prazos procedimentais, bem como os prazos para a realização das tarefas incumbidas a cada corregedor, deveriam ser rigorosamente observados. Quando houvesse atraso, sem justificativa razoável, deveria o processo respectivo ser submetido ao presidente para que designasse novo relator ou revisor, conforme o caso (art. 20). Nos

procedimentos disciplinares, havendo dois ou mais sindicados, os prazos contar-se-iam em dobro (art. 53).

A Corregedoria deveria apurar a responsabilidade de conselheiro titular por cometimento de falta grave no exercício de suas atribuições, mediante procedimento disciplinar próprio, sob a forma de sindicância (arts. 28 e 29).

O Decreto disciplinava ainda a tramitação de cada processo, desde a abertura do procedimento disciplinar ou correccional, até a conclusão final de cada sindicância. Os dispositivos são similares aos de um procedimento judicial, incorporando princípios do direito processual e admitindo-se recurso das decisões condenatórias. Há notificação (fazendo as vezes da citação processual), fase instrutória com oitiva de testemunhas e apresentação de demais provas que possam servir para apuração da veracidade das acusações (art. 36) e alegações finais (art. 39). As três penas possíveis de aplicação aos condenados estão expressas no art. 34: advertência, suspensão não remunerada e perda da função.

O relatório conclusivo deve seguir a forma definida pelo art. 40. Somente a sessão plenária teria competência para votar pela absolvição ou condenação do conselheiro sindicado (art. 44). As decisões condenatórias produziram efeito imediatamente após a publicação e submeter-se-iam a reexame necessário do Prefeito, sofrendo apenas o efeito devolutivo (art. 45). O sindicado condenado poderia recorrer dentro de quinze dias da publicação da condenação (art. 47). Esse recurso não gozava de efeito suspensivo: de imediato o sindicado condenado é suspenso ou afastado da função (caso essas penas sejam aplicadas), e somente se reformada a

decisão é que poderia voltar a exercer a função e receber os vencimentos não pagos neste período (arts. 48 a 50).

Constatando-se que a conduta do sindicato afrontou algum dos dispositivos do ECA, em matéria penal ou administrativa, deveria o corregedor-relator, ou qualquer outro corregedor, encaminhar cópia dos autos ao MP estadual para procedimento próprio (art. 4º, IV e art. 43).

Por fim, após exaurirem-se as vias recursais neste âmbito, deverá dar-se comunicação escrita do resultado do processo ao sindicato, ao denunciante e à Secretaria do Governo Municipal (SGM), cabendo à SGM ratificá-lo ou retificá-lo na ficha funcional do conselheiro (art. 51).

Com todas essas medidas, levadas a termo pela Corregedoria, haveria sensível melhora na prestação de serviços dos conselheiros, além de ser possível catalogar série de hábitos que poderiam ser classificados como adequados ou inadequados ao exercício da função. Isso facilitaria o amadurecimento da *praxis* de conselheiro tutelar.

## CONCLUSÕES\*

### PARTE I

#### DA FISCALIZAÇÃO E ORIENTAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR PELA SOCIEDADE E PELO ESTADO

1. O poder familiar é o primeiro e o principal instituto a legitimar a interferência na vida do indivíduo incapaz por defeito de idade. Qualquer ingerência da sociedade civil e do Estado para garantir ou resguardar os direitos da criança e do adolescente que tem os pais vivos afeta ao menos o *exercício* do poder familiar (pontos 1.1. e 1.1.1).
2. Para fundamentar conceitos de direito de família é necessário recorrer à filosofia social e à teoria geral do direito, pois a família extrapola a definição dogmática (ponto 1.1.1).
3. A definição da natureza jurídica de um instituto deve se pautar pelas suas características essenciais, deixando-se em segundo plano as demais, de modo que se possa identificar a

---

\* Nessas "conclusões", buscou-se seguir o modo de exposição de GAILLARD, Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*. Paris: Economica, 1985. Nesta obra o autor remete o leitor, a cada conclusão exposta, aos pontos respectivos onde se pode localizar no corpo do texto os fundamentos que serviram para a inferência respectiva.

categoria jurídica que melhor se aplica ao instituto sob exame (ponto 1.2).

4. O poder familiar não tem natureza de direito subjetivo, quando se entende direito subjetivo como poder jurídico disponível ou como poder utilizável no interesse do próprio titular (ponto 1.2.1).

5. O poder familiar tem natureza jurídica de poder-dever ou poder funcional, pois impõe ao seu titular o dever de agir em benefício daquele que estará sujeito a ele (criança ou adolescente) (pontos 1.2.2 , 1.3 e 1.3.1).

6. Ao lado de posições jurídicas subjetivas ativas, o titular do poder familiar tem o *dever* – posição jurídica subjetiva passiva - de exercitá-lo no interesse do menor (ponto 1.3).

7. A noção de poder funcional, ou poder-dever, tem conotação de serviço devido, pelo que a sociedade e o Estado podem exigir do titular do poder familiar, ou de seu sucedâneo, que cumpra seu dever (ponto 1.3.1).

8. A categoria *situação jurídica* é por demais ampla para definir a natureza jurídica do poder familiar, abrangendo inúmeros outros institutos, sem apresentar as principais características do poder familiar (ponto 1.4).

9. A defesa do exercício do poder familiar pelos pais ou responsável funda-se na nota de exclusividade do poder familiar (fundamento imediato) e/ou na defesa dos direitos fundamentais dos pais, indisponíveis e absolutos (fundamento mediato, que visa a proteger a pessoa do titular do poder) (pontos 2.1, 2.1.1 e 2.1.2).

10. Além do poder familiar, espécie de poder-dever, há outras relações jurídicas que se constituem tendo o *dever* como mais importante que o *direito* correspondente. É o caso dos direitos fundamentais e da responsabilidade civil extracontratual (ponto 2.2).

11. Existem dois âmbitos de controle e de ingerência externa na família: controle das posições jurídicas subjetivas familiares (título) e controle do uso das prerrogativas conferidas naturalmente pela posição (exercício). O titular do poder familiar pode eventualmente ser impedido de exercitar alguns ou todos os poderes que decorreriam do título (ponto 2.3).

12. O estudo do conceito de legitimidade sob o prisma da Teoria Geral do Direito Privado oferece fundamentação técnico-jurídica para a dissociação entre *título* e *exercício* nas relações jurídicas (ponto 2.4).

13. Na relação jurídica pode-se questionar a causa que fundamenta a presença de uma parte na respectiva relação

(título) e a causa que fundamenta sua atuação do dentro da relação (exercício), no uso das prerrogativas conferidas pela posição ocupada. A legitimidade é o conceito que autoriza o exercício das prerrogativas, em cada caso concreto, por se constatar respeito aos princípios ético-jurídicos e à finalidade do direito. Ela dimensiona a extensão do poder que pode ser exercitado em cada relação jurídica concreta (ponto 2.4.1).

14. Quando se opera a *suspensão* do poder familiar os pais mantêm o título mas perdem o exercício, que é transferido a outrem. Quando se opera a *perda* do poder familiar os pais perdem o título correspondente. O título de poder familiar existe paralelamente ao título de filiação e com ele não se confunde (ponto 2.5).

15. No Brasil não se admite a concessão total dos poderes que integram o poder familiar sem a concessão do título de filiação. O guardião e o tutor ficam sob maior fiscalização das autoridades públicas e gozam de menos benefícios que os pais (ponto 2.6).

16. O conteúdo mínimo do poder familiar pode ser deduzido da análise da Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, e servirá para que se tenha critério de fiscalização do seu exercício (ponto 2.7).

17. Adotando-se a CF como fonte formal principal do sistema jurídico, podem-se associar aos deveres de criar, educar e

assistir (art. 229 da CF), respectivamente, as assistências material, moral e jurídica, que os pais devem prestar ao filho. Essa associação encontra respaldo no CC, no ECA e na doutrina (ponto 2.7).

18. Os pais, competentes originários para gerenciar a vida dos filhos até à maioridade, gozam do título e do exercício do poder familiar, condicionados ao respeito e à proteção dos direitos fundamentais dos filhos, em atenção à sua dignidade humana. Quando isso não se observa, justifica-se a intervenção da sociedade civil e do Estado no âmbito familiar. O poder familiar é instituto que serve ao interesse do menor. Em função disso, pode-se especular quanto à dissociação da filiação e do título de poder familiar, de modo a se transferir a integralidade dos poderes do título de poder familiar em certas circunstâncias. Isso facilitaria o cuidado do menor por quem o assume, mas está impedido de adotar – caso da avó ou de irmão plenamente capaz (ponto 2.8).

19. A família, a sociedade civil e o Estado são tipos de *sociedade*, agrupamentos humanos queridos intencional e racionalmente e cumprem funções ético-espirituais. A família e a sociedade civil são sociedades naturais. O Estado é sociedade artificial e instrumental, parte do corpo político (sociedade civil), a serviço das demais sociedades e de cada pessoa que as integra (pontos 3.1 e 3.1.1).

20. O Estado contemporâneo –pós Revolução Francesa– concentrou poderes, sendo-lhe atribuídas competências

assistenciais outrora exercitadas pela sociedade civil (ponto 3.2).

21. O *status* define a relação orgânica de um indivíduo com um agrupamento. Esta relação se caracteriza pela interdependência do grupo e da pessoa. Deve-se entender que a pessoa pertence à sociedade familiar e à sociedade política antes de pertencer ao Estado, entidade artificial e instrumental. O direito pressupõe a existência social do indivíduo – só há direito onde há sociedade – de modo que a pertinência da pessoa a um agrupamento é prévia à percepção dos direitos individuais (ponto 3.3).

22. A família tem precedência em ordem de importância para a formação e realização da pessoa, quando comparada com os demais círculos sociais, porque nela se estabelece maior grau de interdependência entre a pessoa e o agrupamento. Os demais círculos sociais devem colaborar com a família, aplicando-se o princípio da cooperação e da subsidiariedade, para que ela possa cumprir sua função formativa (ponto 3.4).

23. O Estado Brasileiro assumiu ostensivamente, por força da CF, a responsabilidade primeira de zelar pelos direitos da pessoa intervindo no poder familiar quando necessário para cuidar de interesse de pessoa menor de idade, cujos direitos adquiriram caráter protetivo prioritário (pontos 3.5 e 3.5.1).

24. A família, enquanto base da vida em sociedade, credora de especial proteção do Estado (CF, art. 226), é objeto de regulação e controle estatal, enquanto o Estado legitimamente representa a sociedade política. Existe uma função social nos relacionamentos familiares que ultrapassa os interesses individuais, pois tais relacionamentos interferem na organização geral da sociedade civil. A entidade familiar – família monoparental ou união estável – é categoria assemelhada à família e, por isso, credora também de proteção do Estado (ponto 4.1).

25. Não há plena autonomia da vontade individual na definição das formas jusfamiliares. Com a existência de prole, aumenta-se potencialmente o grau de intervenção do Estado e da sociedade no âmbito familiar, pois cabe a esses círculos sociais cobrar dos pais a observação do poder-dever do qual são titulares para garantir os direitos fundamentais de quem está em “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” – CF, art. 227, § 3º, V (ponto 4.1).

26. A necessidade do menor de idade de ser assistido por uma família permanece apesar de desaparecerem os pais, e a ausência paterna deve ser suprida para garantir a formação de sua personalidade (ponto 4.1.1).

27. As competências dos círculos sociais naturais antecedem qualquer estipulação legal. As competências estatais são definidas em lei. Existem competências privativas, exclusivas e comuns pertencentes a cada círculo social (pontos 4.2).

28. A partir de alguns princípios pode-se orientar o relacionamento entre os círculos sociais protegendo as competências de cada um, quando agem legitimamente, ou autorizando e dimensionando o modo de intervenção de um círculo sobre o outro, quando necessário (ponto 5.1).

29. Os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, têm preferência com relação aos demais princípios do sistema jurídico e devem nortear toda a interpretação e aplicação do direito (ponto 5.2).

30. O princípio da subsidiariedade regula a relação dos círculos sociais especialmente quanto às competências privativas e exclusivas de cada um, autorizando e dimensionando quando e como cabe a interferência das entidades superiores sobre as inferiores. Decorre do princípio da solidariedade na medida em que este impõe às sociedades superiores o dever de auxiliar as sociedades inferiores. O princípio da subsidiariedade regula o excesso de intervenção (ponto 5.3).

31. O princípio da cooperação regula a relação entre os círculos sociais, diante das competências cabíveis a eles cumulativamente, respeitando-se a ordem de precedência que possa haver nesta competência cumulativa (competência geral e competência suplementar) (ponto 5.5).

32. O princípio da autonomia familiar resguarda as competências privativas e exclusivas dos pais no gerenciamento do poder familiar enquanto respeitem os direitos fundamentais dos filhos. O princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente autoriza a interferência do Estado e da sociedade civil no poder familiar quando os pais não respeitam ou não conseguem garantir os direitos fundamentais dos filhos (ponto 5.6).

33. As fases democráticas da história política nacional possibilitaram o fortalecimento da sociedade civil (ponto 6.1).

34. O panorama sócio-político inaugurado a partir da CF de 1988 facilitou a multiplicação de organizações não-governamentais e lançou as bases para a participação mais efetiva da sociedade civil nos órgãos públicos (ponto 6.2).

35. O desenvolvimento, teórico e prático, dos direitos coletivos e dos interesses difusos possibilitaram a expansão das organizações intermediárias entre Estado e indivíduo, em defesa de interesses públicos. A Lei da Ação Popular e a Lei da Ação Civil Pública deram legitimidade a esses órgãos para agirem em juízo (ponto 6.3).

36. O princípio da descentralização político-administrativa, presente na CF de 1988, importou em nova divisão de competências entre as unidades da federação e no relacionamento do Estado com a sociedade civil, convocada a

participar, de modo mais ativo, da gestão do Poder Público (ponto 6.4).

37. O princípio da municipalização, presente na CF de 1988, atribuiu ao Município competência privilegiada para o atendimento assistencial da população, em parceria com a comunidade local (ponto 6.5).

38. A função de agente público pode ser exercida sob três formas diferentes: agente político, servidor público, particular em colaboração com o poder público. O conselheiro tutelar é servidor público diferenciado, porque eleito para função administrativa, sem vínculo empregatício e sem possibilidade de ser demitido *ad nutum* do cargo (ponto 6.6).

39. Após período de concentração de poderes em órgãos exclusivamente estatais, assiste-se à retificação das competências estatais, dividindo-se parcelas de poder público com a sociedade civil (ponto 6.7).

40. A divisão de competências com a sociedade civil em matéria de poder jurisdicional pode ser percebida na Lei de Arbitragem e nos Juizados Especiais (pontos 6.8, 6.8.1 e 6.8.2).

41. Por meio dos Conselhos Tutelares o Estado divide com a sociedade civil a fiscalização e o zelo pelos direitos fundamentais dos cidadãos menores de idade (ponto 6.8.3).

42. Os cidadãos costumam manifestar-se e interferir na definição das políticas públicas por intermédio dos partidos políticos, organizações não-governamentais e dos Conselhos deliberativos de políticas públicas. Os Conselhos têm a peculiaridade de permitir a ação da sociedade civil investida do aparato estatal, participando do poder decisório das políticas públicas. Os Conselhos de Direitos da criança e do adolescente são exemplo desse tipo de participação da sociedade civil no Poder Público. As organizações não-governamentais também podem ocupar posição dentro desses Conselhos (ponto 6.9).

43. Três doutrinas jurídicas acerca dos direitos dos menores vigeram no Brasil. A doutrina do direito penal do menor, a doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral, atualmente vigente. Cada uma delas implicou leis e políticas públicas diferentes. A doutrina da proteção integral ampliou a responsabilidade da sociedade civil e do Estado com relação aos menores. Integrada com a descentralização político-administrativa e a municipalização da assistência, criou a moldura adequada para maior envolvimento da sociedade civil na política pública atual, de modo especial por meio do Conselho de Direitos e do Conselho Tutelar (ponto 6.10).

44. A legislação brasileira acerca dos direitos da criança e do adolescente está alinhada às normas dos organismos internacionais (ponto 7).

45. Dentre as entidades da rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente, destacam-se a família, a escola, o Conselho Tutelar e o juizado da infância e da juventude, em gradação crescente de envolvimento no dia-dia da criança e do adolescente (ponto 7.1).

46. De acordo com o art. 4º e o art. 88 do ECA, toda a sociedade deve se mobilizar para garantir a prioridade da criança e do adolescente – art. 227 da CF - enquanto sujeitos de direito (ponto 7.2).

47. Os Conselhos de Direitos exercem função eminentemente política, junto ao Poder Público. O Conselho Tutelar assume função administrativa-assistencial, e lida com as situações concretas dos menores (ponto 7.3).

## PARTE II

## DO CONSELHO TUTELAR

48. O Conselho Tutelar é manifestação adequada do grau de participação da sociedade civil no Poder Público, nos moldes programados pela CF (ponto 8.1).

49. O CT é órgão público, de âmbito municipal, permanente e autônomo, não jurisdicional, de governo colegial, composto por cinco conselheiros eleitos para mandato quadrienal. Possui natureza jurídica de instituição de direito público de âmbito municipal. Não possui personalidade jurídica própria, de modo que se apoia na personalidade jurídica da Prefeitura, por se tratar de órgão público municipal (ponto 8.2).

50. Os princípios da descentralização, da municipalização, da cooperação, da subsidiariedade e da prioridade absoluta da criança e do adolescente, fundamentam os dispositivos legais que definem o CT (ponto 8.3).

51. O CT atua em cooperação com a família em inúmeras funções. Interfere no âmbito familiar aplicando medidas aos menores ou aos pais. Os pais, ou responsável, ficam obrigados a acatar as disposições do CT, e somente mediante solicitação ao Judiciário é que podem se opor às determinações do CT. Ter família é direito fundamental da criança e do adolescente (direito à convivência familiar) (ponto 9.1).

52. Os Conselhos de direito atuam de modo complementar ao CT. Existe um Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente para cada unidade da federação. O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente é o que lida de modo mais direto com o CT, mantendo consigo o registro das entidades de atendimento com os quais o CT pode contar ao aplicar suas medidas. (ponto 9.2)

53. O CT e o Judiciário em geral têm competências diferentes de acordo com a natureza *não* jurisdicional do primeiro e jurisdicional do segundo. Parte do que outrora era competência, por jurisdição voluntária, do Judiciário, em matéria de criança e adolescente, passou a ser competência do CT. O caráter não jurisdicional do CT não significa que suas decisões não produzam efeitos jurídicos. O CT possui algumas atribuições em comum com o Judiciário. O trabalho do CT pode preceder ou suceder o do Judiciário, atuando os dois órgãos em colaboração para garantir o respeito aos direitos da criança e do adolescente (ponto 9.3).

54. O CT depende econômica e estruturalmente da Prefeitura e tem competência para assessorar o Executivo na fixação das verbas direcionadas às políticas públicas de atendimento da criança e adolescente. São órgãos que devem atuar em parceria. Quando o Município não oferece programas de atendimento que atendem à demanda desses serviços, pode o CT representar ao Ministério Público (MP) para promoção de ação civil pública (ponto 9.4).

55. O CT e o Ministério Público possuem algumas atribuições em comum, conforme dispôs o ECA. Atuam em mútua cooperação, também em matérias cuja competência de um é complementar à do outro: parte dos poderes dados ao CT pede o encaminhamento de pedidos ao MP, para que este tome as providências pertinentes. O MP fiscaliza o processo eleitoral que elege os conselheiros tutelares (ponto 9.5).

56. As entidades de atendimento registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente estão subordinadas às determinações do CT, que tem competência para fiscalizá-las (ponto 9.6).

57. Até 2001 havia pouco material organizado sistematicamente, com dados informativos acerca da atuação dos CTs do país. Nas grandes cidades costuma haver mais de um CT. É especialmente importante estudar a atuação dos CTs em alguns grandes centros urbanos (ponto 10).

58. Os conselheiros exercem função equiparável à dos juízes e promotores, pelo fato de interferirem diretamente na vida privada de inúmeras pessoas, no âmbito familiar. Necessitam formação humana e técnica proporcional à relevância da função. Lei municipal que cria os CTs no âmbito local deve estabelecer condições que garantam o acesso de pessoal qualificado ao cargo (ponto 10.1).

59. O Regimento Interno do CT deve ser elaborado estabelecendo divisão hierárquica de poderes, de modo que haja uma ordem de trabalho implantada no relacionamento entre os cinco conselheiros (ponto 10.2).

60. É necessária equipe de apoio administrativa (serviço de secretariado) e equipe de assessoria técnica (serviço de consultoria especializada), que permitam melhoria no serviço final prestado pelos conselheiros (ponto 10.2).

61. É oportuna política pública de divulgação do trabalho dos CTs o que propiciaria auxílio de recursos humanos e materiais aos CTs, carentes de ambos (ponto 10.3).

62. A eficiência do CT fica condicionada ao repasse econômico da Prefeitura, que deve investir os recursos necessários para dotar os CTs de infraestrutura, criar as equipes de apoio administrativo e de assessoria técnica, remunerar de modo conveniente os conselheiros e criar os programas de atendimento à criança e ao adolescente (ponto 10.4).

63. Auxiliaria o trabalho dos CTs a criação da Central de Apoio Operacional aos Conselhos Tutelares, órgão interdisciplinar com função consultiva especializada, e dotado de competência para organizar cursos de formação continuada e periódica para conselheiros tutelares (ponto 10.5).

64. A remuneração do conselheiro deve ser proporcional à relevante função social que assume. Poderia ser criada parceria com a iniciativa privada para contornar as dificuldades de natureza financeira (ponto 10.6).

65. Nos grandes centros urbanos, com oito ou mais CTs, poder-se-ia criar uma Corregedoria que operaria a fiscalização externa dos CTs (ponto 10.7).

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Ética social e governamental: adocacy e lobby – uma proposta para o exercício da cidadania na democracia contemporânea*. São Paulo: Hottopos, 1997.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1966.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Natureza Jurídica. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. V. 54, São Paulo: Saraiva, 1980: p. 95-96.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 5. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BARBOZA, Heloísa Helena. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: p. 103-135.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. [Teoria generale del negozio giuridico]. S/ Trad. Coimbra: Coimbra, 1969.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord), *Direito civil na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989: p. 1-37.

BLANES, Denise Neri; CARVALHO Maria do Carmo Brant de; BARREIRA, Maria Cecília Roxo Nobre. *Trabalhando Conselhos tutelares*. São Paulo: Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência/ Instituto de Estudos Especiais da PUC-SP, 1992.

BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p. 121-157.

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

CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin: apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. Trad. Patrícia Sampaio. In: *Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em [www.rdc.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.rdc.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html). Acesso em 24 jun. 2002.

CAMURÇA, Marcelo. *Considerações sobre a atuação e o funcionamento dos Conselhos tutelares no município do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Programa Infância Desfavorecida no Meio Urbano da Comissão das Comunidades Européias – Brasil/ Instituto de Estudos da Religião, junho-1999. Disponível em: <http://www.iser.org.br/ctutelar/qualitativa.htm>. Acesso em 15 out. 2001.

CARVALHO, Pedro Caetano. A família e o município. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: p. 155-207.

CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (1). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971: p. 9-32.

CASTRO, Torquato. A Revisão do Código Civil (2). In: CASTRO, Torquato. *A propósito da revisão do código civil: três conferências*. Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, n. 1, 1971: p. 33-54.

CHAVES, Antônio. *Comentário ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.

CICU, Antonio. Il concetto di 'status'. In: *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 1917: p.60-74.

CICU, Antonio. *La filiazione*, 2. ed., 3. tir. Torino: UTET, 1969.

CINTRA, Fernando Pimentel. *O princípio da subsidiariedade e as formas de parceria aplicáveis ao ensino público de nível básico*. Tese (Doutorado em Direito Administrativo). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

CYRINO, Públio Caio Bessa. O papel articulador dos Conselhos de Direitos e dos Conselhos de educação. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p. 255-284.

*Gaudium et spes* (Concílio Vaticano II). Disponível em: <[www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents)>. Acesso em 03 jun. 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. O indivíduo e o Estado na realização das tarefas públicas. *Justiça do Direito*, Passo Fundo, v.13, p.149-173, 1999.

CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIGIÁCOMO, Murillo José. Apenas o Conselho tutelar não basta. *Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente do Ministério Público do Paraná*. Disponível em: <[www.pr.gov.mppr/institucional/publica/cadez99/crianca.htm](http://www.pr.gov.mppr/institucional/publica/cadez99/crianca.htm)>. Acesso em 24 mar. 2000.

ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder, guarda de filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ELIAS, Roberto João. *Tutela civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*, 2.ed. [Lehrbuch

des Bürgerlichen Rechts] Trad. Blas Pérez González e José Castán Tobeñas. Barcelona: Bosch, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GAILLARD, Emmanuel. *Le pouvoir en droit privé*. Paris: Economica, 1985.

GARCEZ, Sérgio Matheuz. *O novo direito da criança e do adolescente*. Campinas: E. V., 1994.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Conselho tutelar, atribuições e subsídios para o seu funcionamento*. São Paulo: Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência (CBIA), 1992.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. O Ministério Público. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p.193-207.

GÓIS, Carlos. *Dicionário de raízes e cognatos da língua portuguesa*, 3 ed. Rio de Janeiro: 1945.

GRAU, Eros Roberto. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao direito natural*. [Introducción Crítica al Derecho Natural]. Trad. Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés, 1990.

HÖFFNER, Joseph Cardeal. *Doutrina social cristã. Versão de acordo com a 8ª edição alemã*. [Christliche Gesellschaftslehre]. Trad. José Maria Wisniewski. São Paulo: Loyola, 1986.

JOÃO XXIII. *Mater et Magistra*. Disponível em:

<[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_xxiii/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html)>. Acesso em: 03 jun. 2002.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, t.1, 3. ed. Paris: Sirey, 1963.

JOSSERAND, Louis. *L'esprit des droits et leur relativité*. Paris: Daloz, 1927.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1986.

KONZEN, Afonso Armando. Conselho Tutelar, escola e família – parcerias em defesa do direito à educação. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p. 159-191.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Trad. da 2. ed. alemã (1969) José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Trad. da 5. ed. alemã (1983) José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Trad. da 6. ed. alemã (1991) José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia. Tratado de derecho civil*. v.4. [Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts] Trad. José M. Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Parecer: multiparentalidade – VII Jornada de Direito Civil – 28 e 28 de outubro de 2015. Comissão: Família e Sucessões. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*. Ano 2, out-dez de 2015: 219-221.

LEROYER, Anne-Marie. L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, n.3, p. 587-606, juill./sept. 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Púlio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. 2 tir. (1997). São Paulo: Malheiros, 1993.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de direito civil*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado*, 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*, 4. ed. [L'homme et l'état]. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINELL GIFRÈ, F. Principio de subsidiariedad. In: *Gran enciclopedia Rialp*. t.21, 6.ed., reimp., Madrid: Rialp, 1991: p. 707-709.

MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnostico sobre el derecho de familia*. Madri: Rialp, 1996.

MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri. História do direito do trabalho no Brasil. In: FERRARI, Irany; MASCARO DO NASCIMENTO, Amauri; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico, plano da existência*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDIZÁBAL OSES, Luiz. *Derecho de menores. Teoría general*. Madrid: Pirâmide, 1977.

MESSNER, Johannes. *Ética social*. [Das Naturrecht]. Trad. Alípio Maia e Castro. São Paulo: Quadrante, [s/d].

MILLÁN PUELLES, A. Doctrina social cristiana. In: *Gran enciclopedia Rialp*. 7. ed., t.8. Madrid: Rialp, 1993: p.41-45.

MORAES, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed., 5. reimp. Coimbra: Coimbra, 1991.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. *Estado e sociedade no Brasil: novos padrões de relacionamento?* Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1997.

*O Estado de São Paulo*. Pesquisa do número de notícias citando o Conselho Tutelar. Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/htbin/pesquisa-bd/>>. Acesso em 15 out. 2001.

PELÁEZ DEL ROSAL, M. Competencia. In: *Gran enciclopedia Rialp*, 6. ed., t. 6, reimp. Madrid: Rialp, 1989: p. 87-89.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PIO XI. *Quadragesimo anno*. Disponível em:

<[http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_it.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_it.html)>. Acesso em 03 jun. 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 2.ed., t.7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PRADE, Péricles. *Conceito de direitos difusos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, 4. ed. [Rechtsphilosophie]. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1961.

RIZZINI, Irene. *O século perdido – raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Santa Úrsula / Amais Livraria e Editora, 1997.

ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.

SANTOS NETO, Antonio José de Paula dos. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 86, n. 741, p. 38-57, jul. 1997.

SÊDA Edson. *A a Z do Conselho tutelar*. Rio de Janeiro: Adês, 1999.

Disponível em <[www.edsonседа.hpg.ig.com.br/aazf.htm](http://www.edsonседа.hpg.ig.com.br/aazf.htm)>. Acesso em 15 out. 2001.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral. Poder Judiciário e rede de atendimento. In: *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000: p. 209-253.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA PEREIRA, Tânia. O “melhor” interesse da criança. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: p. 1-101.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O direito e a justiça do menor. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 51, p.39-53, 1988.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O menor, esse desconhecido. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 78, p. 37-46, 1990.

TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*. [Gemeinschaft und Gesellschaft]. Trad. José Rovira Armengol. Buenos Aires: Editorial Losada, 1947.

UYEDA, Massami. *Da competência em matéria administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de uma nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, p.9-32, 1996.

VARELA, Antunes. *Direito da família*, v.1. Lisboa: Petrony, 1996.

VIEHWEG, Theodor. Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico. Trad. Carolina de Campos Melo. In: *Law, reason and justice: essays in legal philosophy*. HUGHES, Graham (org.). New York: New York University Press e London, University of London Press, 1969. Disponível em <[www.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/c2viehhwe.html](http://www.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/c2viehhwe.html)>. Acesso em 24 jun. 2002.

ZATTI, Paolo. Rapporto educativo e intervento del giudice. In: *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano: Giuffrè, 1980: p. 185-317.

IBGE. Brasil

\_\_\_\_\_.  
[http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=\\_EN&codmun=431490&search=rio-grande-do-sul|porto-alegre](http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=_EN&codmun=431490&search=rio-grande-do-sul|porto-alegre)

[http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=\\_EN&codmun=355030&search=sao-paulo|sao-paulo](http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=_EN&codmun=355030&search=sao-paulo|sao-paulo).

[http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=\\_EN&codmun=330455&search=rio-de-janeiro|rio-de-janeiro](http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=_EN&codmun=330455&search=rio-de-janeiro|rio-de-janeiro)

