

Promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente no âmbito do Direito Privado: as influências do ECA no Código Civil de 2002

Promotion and protection of the rights of children and adolescents in the scope of the Private Law: the influences of the ECA in the Civil Code of 2002

CAPATO, Isabela Maria Valente
E-mail: i.capato@unesp.br

CASSARO, Marina Luiza
E-mail: marina.cassaro@unesp.br

Resumo

O Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990 representou uma verdadeira revolução legislativa em relação à efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes no país. As disposições do Estatuto reverberaram em todos os ramos do Direito, sobretudo no Direito Civil. Desse modo, mostra-se importante analisar as mudanças influenciadas pelo ECA no Código Civil de 2002, principalmente na área do Direito de Família, de maneira a buscar compreender como o diálogo entre os dois dispositivos atua como um mecanismo de proteção e garantia da cidadania das crianças e dos adolescentes no universo do Direito Privado.

Palavras-chave: Direito de Família; Estatuto da Criança e do Adolescente; Direitos Humanos; Constitucionalização.

Abstract

The Child and Adolescent Statute, enacted in 1990, represented a veritable legislative revolution in terms of realizing the rights of children and adolescents in the country. The provisions of the Statute reverberated in all branches of law, especially in Civil Law. Thus, it is important to analyze the changes influenced by the Statute in the Civil Code of 2002, mainly in the area of Family Law, in order to understand how the dialogue between the two devices acts as a mechanism to protect and guarantee the citizenship of children and adolescents in the universe of Private Law.

Palavras-chave: Family Law; The Child and Adolescent Statute; Human Rights; Constitutionalization.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Civil destaca-se como sendo direito comum a todos os homens, no sentido de disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas, de maneira que, para alguns doutrinadores, o Código Civil pode até mesmo ser encarado como a "Constituição do homem comum".

Constata-se, portanto, que toda a vida social está impregnada pelo Direito Civil, que acompanha os indivíduos desde a sua concepção e nascimento até o dia da sua morte. Tamanha abrangência de atos é confrontada pela ideia de que, devido à complexidade inerente ao desenvolvimento das relações entre os sujeitos e a variedade de realidades e perspectivas pessoais existentes, sobretudo em um país tão socialmente diverso como o Brasil, não é mais possível enfeixar o Direito Civil somente em seu respectivo Código. Muitos direitos e obrigações concernentes às pessoas, aos bens e suas relações encontram-se regulados em leis extravagantes, que não deixam de pertencer ao Direito Civil, bem como na própria Constituição Federal, de modo que, é possível se falar de uma atual publicização e constitucionalização¹ das relações jurídicas privadas, isto é, uma maior correlação entre estas e as disposições do Direito Público.

Nesse sentido, é de suma importância discutir as influências que a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) tiveram sobre o Novo Código Civil de 2002. A criança e o adolescente sempre fizeram parte do universo do Direito Privado. O Estatuto da Criança e do Adolescente representa a norma jurídica central do Direito da Infância e da Juventude. Sua versão original contava com 267 artigos e adotou, pela primeira vez na história brasileira, a Doutrina da Proteção Integral, segundo a qual, toda criança e adolescente são mercedores de direitos próprios e especiais e, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral. Tal avanço representou uma transposição de ideais filosóficos basilares dos Direitos Humanos para o mundo jurídico das Crianças e Adolescentes, sem perder de vista as especificidades que uma pessoa em desenvolvimento demanda, em questões envolvendo a autonomia e a autogestão.

Exatamente por seu caráter de proteção integral e promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes, o conteúdo previsto pelo ECA apresentou repercussões importantes em diversas áreas do Direito, sobretudo no Direito Civil. Dessa forma, as intenções desse artigo, desenvolvido com base em uma pesquisa teórica e documental, de viés exploratório, são: compreender o longo e difícil processo de concretização dos direitos das crianças e dos

¹ Para maiores explicações, Paulo Lobo (1999, p.3) diferencia o termo “publicização” e “constitucionalização” da seguinte forma: “Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”

adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro e o reconhecimento destes como sujeitos de direitos; explorar as irradiações que as proposições do ECA tiveram no Código Civil de 2002, com destaque especial para as mudanças promovidas no âmbito do Direito de Família; destacar a importância do diálogo entre o Direito Público e Privado através da análise da relação entre o ECA e o Código Civil, de maneira a comprovar como tal comunicação pode agir como um mecanismo de efetivação da diversidade e garantia da cidadania das crianças e dos adolescentes no universo do Direito Privado.

2 BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA CONQUISTA NACIONAL DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Nas palavras de Joaquin Herrera Flores (2009, p.21), falar de direitos humanos é falar da abertura de processos de luta pela dignidade humana. Portanto, em se tratando da discussão acerca da consolidação dos direitos da criança e do adolescente e dos reflexos que estes tiveram sobre as disposições do Novo Código Civil de 2002, se mostra necessário realizar uma prévia análise da história de positivação de tais direitos no Brasil. Esta análise proposta deve levar em consideração as características particulares da história brasileira, tais como o seu passado colonial, a experiência escravista legalmente encerrada há pouco mais de um século e a pouca tradição democrática da política nacional, marcada pela instabilidade de períodos autoritários (ZAPATER, 2019, p.31), objetivando compreender como elas influenciaram no processo jurídico de elaboração dos direitos da criança e do adolescente.

Alguns pesquisadores, como Renata Lima, Leonardo Poli e Fernanda São José (2017, p.315) delimitam o tratamento dado à criança e ao adolescente dentro do ordenamento jurídico brasileiro em três fases: na primeira fase, aproximadamente entre os séculos XVI ao século XIX (1501 a 1900), a criança e o adolescente eram reconhecidos pelos adultos como “bichinhos de estimação”; na segunda fase, aproximadamente a partir da primeira metade do século XX (1901 a 1950), passam a ser tratados como “objetos” de tutela do Estado; e, por fim, na segunda metade do século XX até os tempos atuais, passam a receber maior proteção tanto da sociedade quanto do Estado, tornando-se alvo de proteção integral e prioritária.

Seguindo esse mesmo critério de delimitação, nesta primeira fase, que se inicia ainda no período colonial e abrange os anos do Império brasileiro, os direitos destinados à criança e ao adolescente eram basicamente nulos, sendo o assistencialismo o único meio de auxílio existente (LORENZI, 2016, p.1). A experiência da infância naquela época, da mesma maneira

como ocorre atualmente, variava de acordo com a condição econômico-financeira em que a criança era concebida e crescia², porém, a maior parte da população infanto-juvenil, bem como a geral, era extremamente pobre, não apresentando as condições mais básicas de sobrevivência.

A situação de pobreza esteve muito presente em grande parte das famílias nesse período. Muitas eram tão pobres que às vezes não possuíam recursos básicos para a própria sobrevivência. A pobreza aliada a outros fatores, faziam com que algumas famílias abandonassem seus próprios filhos menores ou até mesmo quando ainda bebês (SILVA FILHO, 2013, p. 6)³.

Do ponto de vista legal, não havia um conjunto de leis próprias voltadas para as crianças e os adolescentes, de modo que a mesma legislação que era aplicada aos adultos que praticassem atos contrários à lei era aplicada também aos jovens (SILVA FILHO, 2013, p.7). Já para os filhos e filhas de escravos, tanto os nativos quanto os de origem africana, a situação era ainda pior. Vistos, por lei, como mercadorias dos senhores de seus pais, eles não só eram obrigados a realizar diversos serviços, como também a estarem aptos a serem comprados e vendidos (SILVA FILHO, 2013, p.7).

Na segunda fase, que se inicia por volta da primeira metade do século XX, conforme ditado anteriormente, a criança e o adolescente passaram a ser vistos como um “objeto” de tutela do Estado. A menoridade naquela época era considerada um status do indivíduo, associada com uma ideia de “imperfeição” e, consequentemente, com a necessidade de proteção da população infanto-juvenil. Assim:

Os direitos legais da criança e do adolescente aparecem como autênticos direitos reflexos do interesse paterno ou social, não havendo, portanto, a preocupação em fazer com que estes indivíduos exercessem, ainda que de forma diminuta, a sua autonomia privada (LIMA; POLI; JOSÉ, 2017, p.318).

Com a vigência do Código Civil de 1916, entrou em vigor o Decreto nº 17.943-A, em 12 de outubro de 1927, chamado de Código de Menores, a primeira legislação brasileira voltada para as crianças e os adolescentes. O documento ficou conhecido historicamente pelo

² “Ao contrário do tratamento oferecido aos filhos de artesãos e camponeses advindos de uma infância desafortunada, aqueles advindos de famílias mais abastadas se ocupavam de conhecimentos necessários para a vida em sociedade, como os preceitos de moralidade e etiqueta que deveriam ser aprendidos e respeitados, o ensinamento da leitura, da música, da dança, dentre outros” (LIMA; POLI; JOSÉ, 2017, p.316).

³ Muitas dessas crianças provenientes de famílias que não possuíam condições de mantê-las eram abandonadas nas chamadas Santas Casas de Misericórdia, instituições mantidas pela Igreja Católica que realizam tal serviço de acolhimento e assistencialismo. Elas se utilizavam de um sistema conhecido como Roda, uma estrutura criada na Europa, constituída por uma espécie de cilindro oco, feito de madeira, com uma abertura em um dos lados, por onde se era possível deixar uma criança recém nascida (LORENZI, 2016, p.1).

forte caráter discriminatório, sendo muito mais um instrumento repressivo do que protetor, focado na forma de punição de um grupo seletivo de indivíduos, os chamados menores em situação irregular (SILVA FILHO, 2013, p.9). O professor Dornelles (1992, p. 127) explica que esse grupo de menores infratores:

Seriam aqueles que se encontrassem em condições de privação no que se refere à subsistência, saúde, instrução, etc.; vítimas de maus-tratos impostos pelos pais ou responsável; se encontrassem em ambientes que ferem os bons costumes; que apresentassem condutas desviantes, incluindo-se os autores de infrações penais. A utilização da expressão “menor em situação irregular”, pressupunha uma anormalidade que passava a identificar a criança e o adolescente com categorias de indivíduos estranhos, problemáticos ou perigosos.

Dessa forma, percebe-se que a noção de que as crianças e os adolescentes deveriam receber a proteção e auxílio estatal, que começou a se desenvolver nessa fase histórica, não abrangia igualmente a todos os jovens da sociedade, segregando justamente aqueles provenientes de parcelas sociais marginalizadas e empobrecidas e que mais precisavam dos serviços do Estado. Esta perspectiva discriminante perdurou por bastante tempo na legislação brasileira e na atuação governamental, aparecendo de maneira exacerbada, sobretudo, durante períodos políticos autoritários, momentos históricos em que os governantes que estiveram no comando não estavam preocupados em criar e garantir direitos para as crianças e os adolescentes, mas sim em readequar os considerados problemas aos padrões da sociedade (SILVA FILHO, 2013, p.11). Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, a criação, durante o Estado Novo, do Serviço de Assistência ao Menor (SAM), órgão filiado ao Ministério da Justiça, que operava como uma espécie de sistema penitenciário para menores de idade, focando em um projeto de correção repressivo (LORENZI, 2016, p.3).

Durante o período democrático que se iniciou após a ditadura de Vargas, regido pela Constituição de 1946⁴, houve alguns avanços legislativos quanto à elaboração de direitos para a população infanto-juvenil, todavia, a posição repressiva e discriminante por parte do Estado em relação às crianças e adolescentes brasileiros voltou a predominar nos anos que se seguiram, depois do Golpe Militar de 1964. Foram promulgados, durante a ditadura militar,

⁴ Persistiu, nessa época, a vertente assistencialista em relação às crianças e adolescentes, tendo surgido pela primeira vez a menção à adolescência em um texto constitucional quando a Constituição de 1946 determinou, em seu artigo 164, que era obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência (BRASIL, 1946). Como explica Zapater (2019, p.50), “a permanência no enfoque assistencialista perpetua a noção de que somente as crianças e adolescentes pertencentes às classes sociais mais vulneráveis é que deveriam ser objeto de tutela do Poder Público, o que se reflete na manutenção do Código Mello Mattos como norma jurídica central da regulação da vida de crianças e adolescente”.

dois documentos com função primária no estabelecimento da ordem na esfera infanto-juvenil do país: a lei nº4513, de 1964, que criou a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem Estar do Menor), e a lei nº6697, de 1979, que outorga o 2º Código de Menores, chamado de Código de 1979 (SILVA FILHO, 2013, p.12).

A FUNABEM foi criada como uma substituta à antiga SAM, com o objetivo de trabalhar com jovens e crianças abandonadas ou infratoras de leis, estabelecendo um regime extremamente rigoroso aos seus internos, objetivando a internação dos considerados “futuros marginais” (LORENZI, 2016, p.4).

O Código de Menores de 1979, por sua vez, foi uma revisão do código de antes. Seu fundamento principal era a Doutrina da Situação Irregular, a qual se constituía em um conjunto de regras jurídicas que se dirigiam a um tipo de criança ou adolescente específico, aquele que estava inserido num quadro de exclusão social (VERONESE, 2013, p.48). Em outras palavras, o Código se referia apenas àqueles que classificava como “menor em situação irregular”, isto é, “menor de 18 anos de idade que se encontrava abandonado materialmente, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta e ainda o autor da infração penal” (LIBERATI, 2003, pg.113). Essa ideologia surgiu acompanhada de críticas importantes relacionadas a generalização da situação do menor:

O Código de Menores de 1979, ao ter como alvo de atenção uma certa categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, justificava-se como uma legislação tutelar. No entanto, essa tutela enfatizava um entendimento discriminador, ratificava uma suposta “cultura” inferiorizadora, pois implica no resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros, como a história registrou ter ocorrido e ainda ocorrer com mulheres, negros, índios, homossexuais e outros (VERONESE, 2013, p.48)

A terceira fase histórica da conquista de direitos da criança e do adolescente, marcada pelo reconhecimento destes como sujeitos de direitos, teve início com o advento da Constituição de 1988. Após um longo período ditatorial, o Brasil ingressou em um regime democrático, colocando o ser humano e sua dignidade como elemento central de toda a organização jurídica (ZAPATER, 2019, p. 65). Durante esse processo de mudança, as questões acerca dos direitos das crianças e adolescentes também entraram em pauta e foram alvo de debates na Assembleia Constituinte de 1987. Houve uma grande pressão popular preconizada pelo movimento Criança Constituinte para que os direitos dessa parte tão

vulnerável da população fossem constitucionalizados, o que de fato aconteceu (UNICEF, 2019).

Os artigos 227 e 228 da Constituição Federal inauguraram uma nova visão sob a infância no Brasil, a qual findou com a doutrina de situação irregular empregada pelo Código de Menores por décadas no país (MACIEL, 2022, p. 27). O artigo 227⁵, o qual deixa assegurado aos jovens direitos fundamentais como à vida, à educação, à saúde, à alimentação, entre outros dispostos no enunciado normativo (MACIEL, 2022, p. 27), estabeleceu a caracterização das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e não mais objetos; ao passo que o artigo 228⁶ dispôs sobre a inimputabilidade penal a menores de dezoito anos, ou seja, determinou que as crianças e adolescentes não podem ser culpabilizadas na esfera penal, estando sujeitas à legislação especial (ZAPATER, 2019, p.78). Teve início, em vista disso, o emprego da doutrina de proteção integral.

O princípio da proteção integral consiste na consideração de crianças e adolescentes como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, a quem se atribui a qualidade de sujeitos de Direito, independentemente de exposição a situação de risco ou de eventual conflito com a lei. Esta qualidade os torna titulares de direitos tais como a vida, a liberdade, a segurança, a saúde, a educação e todos os outros direitos fundamentais individuais e sociais, como todas as demais pessoas (ZAPATER, 2019, p.71).

Em meio a tantos avanços ainda faltava um aspecto imprescindível para a concretização dos direitos das crianças no Brasil, isto é, um meio de efetivação destes direitos constitucionalmente reconhecidos, o que foi alcançado em 1990, pela promulgação da Lei Nº 8069, que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente (VERONESE, 2013, p.13).

A Lei n. 8.069/90 (ECA) operou uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico nacional, (...) regulamentando a doutrina da proteção integral, recepcionada pelo art. 227 da Carta Magna, o ECA apresenta-se como diploma legal inovador, verdadeiro instrumento da democracia participativa, que retirou crianças e adolescentes da condição de mero objeto de medidas policiais e judiciais, conferindo-lhes a posição de sujeitos de direitos fundamentais (CARNEIRO, 2021, p.16).

O ECA permitiu a implementação no plano fático da doutrina de proteção integral, através da formulação de políticas públicas mais específicas, as quais são realizadas por meio

⁵ A redação do *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 determina que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

⁶ A redação transcrita do artigo 228 da Constituição Federal é a seguinte: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988).

de redes de atendimento organizadas municipalmente (ZAPATER, 2019, p. 73). Ele foi organizado de modo a incluir e dispor competências a diversos entes federativos, incluindo os municípios que ganharam diversas competências após a sua elaboração (MACIEL, 2022, p.27). Foi também inovador quando se trata da participação civil, apresentando amplas garantias e canais pelos quais a sociedade pode não só reivindicar direitos, mas também denunciar eventuais falhas na maneira de aplicação dos mesmos (VERONESE, 2013, p.13).

O ECA apresenta uma grande preocupação ainda com o amplo acesso à Justiça, buscando deixar o caminho do Judiciário o mais democrático possível para que os direitos sejam efetivados no plano fático (VERONESE, 2013, p.14). Para tanto, o Estatuto deu abertura aos magistrados para que pudessem admitir diversas demandas em juízo, mesmo aquelas que não se encontrem expressas pela legislação, abrindo mão dessa valoração procedimental em nome da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente (VERONESE, 2013, p.14).

Através da exposição desse panorama histórico da concretização dos direitos da criança e do adolescente, é inegável encarar as disposições da Constituição de 1988 e a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente como grandes marcos legislativos brasileiros em prol dos Direitos Humanos e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tais proposições, consequentemente, repercutiram de maneira sistemática em outros diplomas legais que legislam sobre a população infanto-juvenil, como o Novo Código Civil de 2002. Tendo sido explicitada a importância dessas conquistas, resta agora compreender como se deu essa repercussão legislativa e discorrer sobre algumas das consequências que esse processo ocasionou no âmbito do Direito Privado.

3 A INFLUÊNCIA DO ECA SOBRE AS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Atualmente, a principal fonte do Direito Civil brasileiro é o Código Civil vigente, promulgado em 2002. É necessário ressaltar que o Código não se confunde com o Direito Civil em si; este é muito mais abrangente. Porém, considerando que o Direito Civil é o alicerce principal do Direito Privado, nota-se que o Código Civil, “apesar do nome, não é um código de direito civil, mas sim um código das principais relações de direito privado” (LOBO, 2015, p.20), se apresentando, portanto, como a principal fonte de todas relações jurídicas particulares, abrangendo desde o nascimento até a morte dos indivíduos.

Tradicionalmente, o Direito Privado e o Direito Público se estabeleceram como esferas jurídicas separadas entre si, sendo aquele responsável por regular os interesses privados, as relações entre partes iguais, enquanto este se encarrega de regular os interesses gerais da sociedade, com o Estado em posição de supremacia⁷. Tal distinção, em verdade, não tem, na prática jurídica, a relevância que muitos doutrinadores lhe emprestam, uma vez que o direito deve ser encarado em sua generalidade (PAMPLONA; GAGLIANO, 2022, p.26). No Brasil, em um momento de promoção da constitucionalização do Direito brasileiro, os contatos entre as disposições constitucionais e civis têm aumentado consideravelmente, de modo que:

Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre) (LOBO, 1999, p.100).

Por conseguinte, é lógico afirmar que o atual Código Civil sofreu influências da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de incorporar ao seu texto os objetivos de proteção e promoção ao desenvolvimento da população infanto-juvenil, sob uma perspectiva mais inclusiva e igualitária, sobretudo no ramo do Direito de Família.

Cita-se, primeiramente, a influência que o ECA teve sobre o entendimento do chamado “poder familiar”, isto é, o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores (GONÇALVES, 2023, p.164). Chamado de pátrio poder pelo Código Civil de 1916⁸, tal instituto possuía um caráter patriarcal, estando associado à ideia do direito romano de pater potestas, um direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos (GONÇALVES, 2023, p.164). Entretanto, com o advento do ECA, tal instituto foi renomeado e reinterpretado no

⁷ “Sendo o direito um ordenamento de relações sociais, a grande dicotomia público/privado duplica-se primeiramente na distinção de dois tipos de relações sociais: entre iguais e desiguais. O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais; a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos, na medida em que são elevadas a modelo de uma esfera privada contraposta à esfera pública, são caracterizadas por relações entre iguais ou de coordenação” (BOBBIO, 1995, p.13-14).

⁸ O artigo 379 do Código de 1916 ditava que “Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores” (BRASIL, 1916).

Código Civil de 2002⁹, perdendo seu caráter de dominação para assumir uma esfera de proteção mais isonômica, passando a significar “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes” (RODRIGUES, 2004, p.356).

O ECA, em seu artigo 21¹⁰, também tratou de estabelecer o exercício compartilhado deste poder pelos pais, ditando explicitamente que esta função deve ser assumida por ambos os genitores, uma disposição que foi adotada pelo Novo Código Civil, em seu artigo 1.631¹¹, em contraste ao Código anterior que delimitava tal função à esfera de poderes do chefe de família (TAMASSIA, 2017, p. 3)¹². Quanto aos deveres que tal instituto atribui aos genitores em relação à criação de seus filhos, estes passaram a abranger todo o rol de direitos fundamentais previstos ao menor de 18 anos no artigo 227 da Constituição Federal (RIZZARDO, 2004, p.602). Em conclusão, quando falamos em poder familiar atualmente:

Estamos falando de relações jurídicas entre pais e filhos. Anteriormente o poder do pai, e não da mãe, sobre o filho era absoluto, com imposições e decisões unilaterais. Atualmente temos uma sociedade cuja legislação prevê a igualdade entre os membros da família, e a autoridade dos pais, não somente do pai, é reconhecida por meio de diálogo e explicações. São direitos e deveres que se ajustam para a satisfação de interesses de toda a família, buscando a convivência familiar sincera e pacífica (TAMASSIA, 2017, p.1).

Outra mudança importante imperada no Novo Código Civil relacionada aos direitos familiares da criança e do adolescente ocorreu quanto ao instituto da filiação. Define-se por filiação a ‘c’ (ZAPATER, 2019, p.49). Uma grande inovação trazida pelo Código Civil de 2002 foi a extinção de qualquer diferenciação jurídica entre filhos por critérios como o tipo de relação havido entre seus genitores e da origem biológica ou por adoção (ZAPATER, 2019, p.

⁹ “A denominação “poder familiar” é mais apropriada que “pátrio poder” utilizada pelo Código de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao “poder”. Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder” (LOBO, 2003 apud GONÇALVES, 2023, p.164)

¹⁰ Art. 21 do ECA, em sua redação após a alteração da Lei nº12.010/09: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência” (BRASIL, 1990).

¹¹ Art. 1631, *caput*: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade” (BRASIL, 2002).

¹² Veja-se, de exemplo, o artigo 380 do Código Civil de 1916, que determinava que: “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe de família (art.233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher” (BRASIL, 1916).

250)¹³, medida orientada pelo § 6º do art. 227 da Constituição Federal¹⁴ e pelo artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵. Como reforço da vedação de discriminação dos filhos pelo critério de sua origem, o Código Civil também determinou expressamente, nos arts. 1.609 e 1.610¹⁶, a irrevogabilidade do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento¹⁷.

O disposto nestes dois artigos representa, sem dúvida, um avanço em relação ao anteriormente previsto no Código Civil de 1916, que, embora possibilitasse – mas não obrigasse, nem reconhecesse como direito da criança – o reconhecimento dos filhos (então designados) “ilegítimos”, não contemplava qualquer previsão a respeito da irrevogabilidade do ato (ZAPATER, 2019, p.251).

Houve também adequação na alteração efetuada no art. 1.612 do Código Civil, relativo à guarda do filho reconhecido (ZAPATER, 2019, p.251). No Código de 1916, a regra do pátrio poder impunha que se ambos os pais houvessem reconhecido o filho, a guarda caberia sempre ao pai; já o texto de 2002, balizado pelos parâmetros de proteção da criança e do adolescente e pela igualdade entre gêneros ditou que a guarda do filho ficará com o genitor que reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor¹⁸ (BRASIL, 2002).

¹³ Art. 1.596 do atual Código Civil: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002).

¹⁴ Art. 227, § 6º, da Constituição Federal: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

¹⁵ Art.26, *caput*, do ECA: “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação” (BRASIL, 1990).

¹⁶ O art.1609 do atual Código Civil dita os meios pelos quais o reconhecimento da filiação dos filhos pode se realizar, sendo eles no registro do nascimento; por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (BRASIL, 2002). O art.1610, por sua vez, dispõe claramente que “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento” (BRASIL, 2002).

¹⁷ É importante ressaltar que, apesar das disposições legais do Código Civil e da Lei n. 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, ainda é elevado o número de crianças e adolescentes cuja filiação não foi reconhecida pelos seus pais. Maira Zapater (2019, p.253) aponta que: “De acordo com dados do Censo de 2010, estima-se que mais de 5 milhões de estudantes não tenham o nome do pai no documento de identidade. Esse dado, juntamente com a constatação do baixo número de averiguações de paternidade nas varas judiciais, foi utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça como base para publicar o Provimento n. 16/2012, que estabelece normas para facilitar a atuação dos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na recepção de indicações de supostos pais de pessoas registradas sem paternidade estabelecida, e para lançar a campanha Pai Presente, por meio do Provimento n. 12/2010, que estabeleceu um conjunto de medidas a serem adotadas pelos juízes visando identificar os pais e garantir o registro.

¹⁸ A redação do artigo 1612 do atual Código estabelece que “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor (BRASIL, 2002).

Vale ainda mencionar que o atual Código Civil também possibilitou abertura legislativa para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, isto é, aquela reconhecida em decorrência da convivência e dos laços de afeto existentes entre os envolvidos, independentemente da parentalidade biológica do filho (ZAPATER, 2019, p.253), instituto cuja existência foi de fato posteriormente afirmada no Recurso Extraordinário 898.06012, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, concretizando um avanço em relação aos direitos familiares e de reconhecimento civil da criança e do adolescente.

A questão do reconhecimento de filiação e do correspondente registro da criança está diretamente relacionada com o exercício de direitos fundamentais: com o registro paterno na certidão de nascimento, o filho passa a poder exercer seus direitos patrimoniais, à herança e à pensão alimentícia (ZAPATER, 2019, p.253).

Apesar da importância de todos esses avanços legislativos cíveis orientados pela doutrina de proteção integral da criança e do adolescente do ECA, é necessário salientar que ainda existem marcos essenciais a serem conquistados na seara do Direito Família em relação aos direitos da população infanto-juvenil. Destaca-se, por exemplo, o uso errôneo que o Código atual ainda faz do palavreado “menor” para se referir aos jovens com menos de 18 anos, termo que foi abolido pelo ECA por carregar um significado pejorativo construído histórico-socialmente, tendo sido utilizado como sinônimo de marginalidade ao longo da história do Direito Brasileiro (ZAPATER, 2019, p.285). Além disso, em certos dispositivos do Código de 2002 ainda se nota a prevalência do caráter patriarcal do antigo Código em detrimento da promoção dos direitos infanto-juvenis, como no artigo 1.611, que põe como regra que o filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro (BRASIL, 2002), uma clara afronta ao direito das crianças e dos adolescentes à convivência familiar, defendido pelo ECA.

Também é preciso recordar que a discussão acerca dos direitos das crianças e dos adolescentes, independentemente da área do Direito em que se dê, deve ir além da mera avaliação do campo legislativo e também abranger o campo prático, de maneira a buscar promover a concretização empírica destes direitos na vida dos milhares de jovens brasileiros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através dos estudos realizados neste artigo, foi possível compreender como as particularidades da história nacional dificultaram o processo de positivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, de modo que, somente em 1990, com a promulgação do Estatuto

da Criança e do Adolescente (ECA), tal parcela populacional passou a ser reconhecida como sujeitos de direitos.

Tal reconhecimento levou a mudanças legislativas e interpretativas em outras áreas jurídicas, como no Direito Civil, operando transformações importantes em institutos como o poder familiar e a filiação, com o intuito de priorizar os direitos familiares das crianças e dos adolescentes e assegurar a estes sua cidadania dentro do ramo do Direito Privado. É necessário ressaltar que, apesar da essencialidade das mudanças já realizadas, é preciso que o diálogo entre o ECA e o Direito Civil siga sendo incentivado e exercido, no sentido de concretizar mais disposições que assegurem a proteção dos direitos dos jovens com menos de 18 anos, tanto no campo legislativo, como no campo prático.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia: público/privado**. In Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. Trad. por Marco Aurélio Nogueira, 4a ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1995.

BRASIL. **Lei Nº 3071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 28 de março, 2023.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 28 de março, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de março, 2023.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 de março, 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 de março, 2022.

CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. Apresentação. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

DORNELLES, João Ricardo W. **Estatuto da Criança e do adolescente**: estudos sócio-jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Garopapa, Santa Catarina: Editora Fundação Boiteux, 2009.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo Mario Veiga P. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. v.6. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o Ato infracional** – medida sócio-educativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. **A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente**: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 7, nº 2, 2017 p. 313-32.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 28 de março, 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LORENZI, Gisella Werneck. **Uma breve história dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil**. Novembro, 2016. Disponível em: <http://ead.bauru.sp.gov.br/efront/www/content/lessons/90/Breve%20história%20dos%20direitos%20da%20criança%20e%20adolescente%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 28 de março, 2023.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SILVA FILHO, Sebastião Ferreira da. **Os Desafios da Escola Pública Paranaense na Perspectiva Do Professor PDE**. Produções Didático-Pedagógicas, Paraná, v.2, 2013. Disponível em: https://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2_013_unioeste_hist_pdp_sebastiao_ferreira_da_silva_filho.pdf. Acesso em: 28 de março, 2023.

TAMASSIA, Maria Júlia Pimentel. **O poder familiar no código civil de 2002 e estatuto da criança e do adolescente.** Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas. v. 2, n. 1, 2005. Disponível em: http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/o_poder.pdf. Acesso em: 28 de março, 2023.

UNICEF, História dos direitos das crianças. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 29 de março, 2023

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013.

ZAPATER, Máira. **Direito da Criança e do Adolescente.** São Paulo. Editora Saraiva, 2019.