

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; João Vítor Penna e Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-835-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

Esta obra condensa os artigos selecionados, apresentados e debatidos no XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Belém-PA, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, proporcionando visibilidade à produção científica na seara jurídica acerca das mais diversas temáticas.

É com imensa satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do Grupo de Trabalho “Direito das Famílias e Sucessões”, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, de interesse teórico e prático, tais como a inadequação das terminologias tradicionais do Direito de Família, como a ideia de família substituta; a violência doméstica e a perda do poder familiar; a análise histórica dos institutos do Direito de Família, especialmente sua relação com as concepções religiosas; a responsabilidade civil pela ruptura do casamento e por atos de alienação parental; a alienação parental sob a perspectiva crítica de gênero; o direito ao casamento de pessoa com deficiência; a garantia do direito à reprodução humana assistida e o debate acerca da desburocratização dos processos de adoção no Brasil.

Dentre estes temas destacamos também a profícua discussão acerca da filiação socioafetiva, tema de diversos trabalhos do Grupo, no qual foi abordado a sua importância social e a perspectiva da promoção de valores fundamentais, como a dignidade humana, e a análise dos impactos da possibilidade do reconhecimento extrajudicial da socioafetividade diante dos critérios trazidos pelos Provimentos nos 63 e 83 do CNJ.

Quanto ao Direito Sucessório, foram apresentados textos também muito interessantes e que geraram inúmeras discussões, como por exemplo: os impactos da inconstitucionalidade do art. 1790 do atual Código Civil acerca da sucessão dos companheiros septuagenários; as inconstitucionalidades na diferenciação entre a ordem de vocação sucessória dos irmãos e sobrinhos bilaterais e unilaterais; a importância e o papel do planejamento sucessório e por último, a validade da instituição de cláusula compromissória de mediação em testamento.

Frisamos, ainda, a diversidade entre os participantes do Grupo de Trabalho como marca da discussão. Foram recebidos trabalhos de diversas regiões do país, com participantes de mais diversos estratos acadêmicos, como especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos em um diálogo aberto e participativo.

Por fim, destacamos a profundidade dos trabalhos apresentados como forma de demonstrar a necessidade de reflexão constante acerca do fenômeno da família – nas suas dimensões existenciais e patrimoniais, em vida e após a morte – e no reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Prof. Doutora Valéria Silva Galdino Cardin – UEM e UNICESUMAR

Prof. Mestre João Vitor Penna – FACI/WYDEN

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO PODER FAMILIAR OU MEIO NECESSÁRIO DE PROTEÇÃO AO MENOR? ANÁLISE DA LEI MENINO BERNARDO – LEI 13.010/14 À LUZ DA TEORIA DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

STATE INTERVENTION IN FAMILY POWER OR NECESSARY MEANS OF PROTECTION FOR MINORS? ANALYSIS OF THE BOY BERNARDO LAW - LAW 13.010 / 14 IN LIGHT OF THE MAXIMUM PROPORTIONALITY THEORY

Marina Galletti Silva

Resumo

A presente pesquisa tem como objeto de estudo a análise sobre a Lei Menino Bernardo e as duas linhas de pensamento divergentes acerca da mesma. A primeira compreende a lei como instrumento legal necessário para a proteção da criança e do adolescente contra atos de violência praticados por seus pais ou responsáveis; e a segunda, a compreende como a intervenção indevida do Estado no poder familiar. A pesquisa se dá através de análise principiológica sobre os direitos do menor. Diante do impasse, buscou-se soluções para o problema. Para tanto, fora utilizada a Teoria da Máxima da Proporcionalidade, de Robert Alexy.

Palavras-chave: Violência doméstica, Criança e adolescente, Lei menino bernardo, Princípios colidentes, Teoria da máxima da proporcionalidade.

Abstract/Resumen/Résumé

The present research has as object of study the analysis about Boy Bernardo's Law and the two divergent lines of thought about it. The first comprises the law as a necessary legal instrument for the protection of children and adolescents against acts of violence committed by their parents or guardians; and the second understands as the undue intervention of the state in family power. The research takes place through the analysis of principles of the rights of the minor. Given the impasse, solutions were sought for the problem. To this end, Robert Alexy's Maximum Theory of Proportionality was used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Domestic violence, Child and the teenager, Lei menino bernardo, Conflicting principles, Maximum theory of proportionality

1 INTRODUÇÃO

Em 2014 fora promulgada a emblemática Lei Menino Bernardo – Lei 13.010/14, a qual recebeu a referida nomenclatura em homenagem ao garoto Bernardo Boldrini, cruelmente assassinado, cujos principais suspeitos pelo cometimento da barbárie são seu pai e sua madrasta, ambos condenados em 2019.

Ocorre que essa lei despertou divergências entre os membros da sociedade civil. Nesse sentido, sugere-se a existência de duas linhas de pensamento contrapostas acerca da lei *supra*. A primeira linha de pensamento, a qual é favorável à referida lei, fundamenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e do melhor interesse da criança, precipuamente neste último; e sugere a necessidade de permanência da referida lei no ordenamento jurídico pátrio.

Já a segunda linha de pensamento, a qual posiciona-se contra a referida lei, embasa sua fundamentação nos princípios da liberdade ou não intervenção, da paternidade responsável e do planejamento familiar. Porém, embasa-se primordialmente no princípio da liberdade ou não intervenção, e prega que a lei em supracitada deve ser revogada do ordenamento jurídico, haja vista representar a intervenção indevida do Estado no poder familiar.

Cumprir destacar que o presente trabalho foi desenvolvido a partir do método de pesquisa bibliográfica, a partir do qual fora realizado o levantamento das teses sustentadas pelas referidas linhas de pensamento, a fim de que se alcance a melhor solução para a problemática apresentada. Nesse aspecto, após identificada a problemática jurídica do trabalho, partiu-se para a aplicação de um instrumento solucionador do impasse em questão, qual seja a Teoria da Máxima da Proporcionalidade, proposta pelo filósofo alemão Robert Alexy. A aplicação da referida teoria se dá em três passos, os quais são regidos pela subsidiariedade: primeiro, ocorreu a aplicação da máxima parcial da adequação. Depois, aplicou-se o segundo passo que é a aplicação da segunda máxima parcial, qual seja a da necessidade. Por meio de ambas não fora possível encontrar a melhor solução por meio da referida máxima parcial. Por fim, aplicou-se a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, através da qual ocorreu o sopesamento de princípios.

Por meio do sopesamento entre o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da liberdade, fora possível identificar qual a melhor solução possível para conter o impasse apresentado na pesquisa. Tal solução se deu pela verificação do princípio que possui maior peso diante da problemática analisada. Dessa forma, através da realização da presente pesquisa, chegou-se à melhor solução para a divergência acerca da Lei Menino Bernardo.

2 A DUPLA FACETA DA LEI MENINO BERNARDO

A criação da Lei Menino Bernardo tem sido amplamente defendida sob o fundamento de que as legislações preexistentes trazem previsões meramente genéricas acerca da violência contra a criança e o adolescente e que, portanto, não seriam capazes de tutelar esses sujeitos de forma adequada, vez que não têm sido suficientes para inibir os pais de utilizarem-se da violência na criação e educação de seus filhos.

Nessa perspectiva, a lei em questão, surgiria como mais um instrumento legal de proteção à criança e ao adolescente, visando garantir o cumprimento do princípio do melhor interesse da criança, preconizado na Declaração dos Direitos da Criança, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e na Constituição Federal brasileira.

Em contrapartida, apesar das inovações trazidas pela lei em voga, a mesma teve sua aprovação fortemente criticada por pais e membros da sociedade, os quais alegam que a referida lei possui um caráter intervencionista do Estado no poder familiar, por violar o princípio da liberdade ou não intervenção, previsto de forma expressa no artigo 5º da Constituição Federal e no artigo 1.513 do Código Civil vigente.

Essa perspectiva de contrariedade à lei pode ainda ser fundamentada em dois outros princípios do Direito de Família, quais sejam os princípios da paternidade responsável e o princípio do planejamento familiar.

Sendo assim, sugere-se a existência de duas linhas de pensamento divergentes e contrapostas sobre a Lei Menino Bernardo. A primeira linha de pensamento, a qual é a favor da referida lei, preconiza que a mesma deve permanecer no ordenamento jurídico, pois corresponde a instrumento legal necessário para conferir proteção à criança e ao adolescente.

A primeira linha assenta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e na proteção à integridade física e psíquica do menor, no princípio da proteção integral e no do melhor interesse da criança.

Já a segunda linha de pensamento, a qual é contra a lei, preceitua que a Lei Menino Bernardo é desnecessária por já existirem previsões legais que conferem proteção ao menor, e preceitua também que a referida lei deve ser revogada do ordenamento jurídico brasileiro, por representar a intervenção indevida do Estado no poder familiar.

A segunda linha embasa-se nos princípios da liberdade ou não intervenção, do planejamento familiar e no princípio da paternidade responsável. Para essa linha de pensamento, a referida lei nada mais é que fruto de expectativas sociais, e corresponde a um ato impulsivo do legislador para atender rapidamente a essas expectativas, diante da

repercussão do caso de Bernardo Boldrini.

2.1 A LEI MENINO BERNARDO COMO MEIO DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

É sabido que as punições corporais são muito comuns na sociedade brasileira e fazem parte de um histórico hábito familiar, que remonta ao Direito Romano. Muito embora tenha ocorrido considerável mudança nas relações familiares no ordenamento jurídico brasileiro – em específico na transformação do instituto do pátrio poder em poder familiar –, ainda existem casos em que os detentores desse poder abusam de sua autoridade e praticam atos de violência contra seus filhos menores, leia-se crianças e adolescentes, como forma de correção, casos esses que representam um grave problema social, no qual o Estado deve intervir para proteger esses sujeitos em desenvolvimento. Nesse sentido, Berlini (2014, p.77) entende que:

Não se trata de uma intromissão do Direito na educação dos filhos, mas é ao Direito que compete estabelecer o conteúdo da autoridade parental. Assim, se os pais, em decorrência do poder familiar, têm o dever de educar seus filhos, é preciso demonstrar que bater não é forma de educar.

Segundo a referida autora, o Direito deve estabelecer qual é o conteúdo do poder familiar determinando quais os limites atinentes a este. No que tange à forma de educar, o Direito intervém não para determinar de que modo os titulares desse poder devem educar seus filhos menores, mas para definir que no modo de educação, qualquer que seja o adotado pelos titulares, não pode ser utilizado nenhum tipo de violência.

Os que se posicionam contra a Lei Menino Bernardo, alegam que a lei representa a intervenção indevida do Estado na esfera privada da família, conforme foi visto anteriormente. Atacam o fato de esta lei significar a intromissão estatal no modo de educação escolhido pelos pais ou responsáveis para com os menores. Entretanto, não obstante o criticado caráter intervencionista da Lei Menino Bernardo, a criação desta tem sido fortemente defendida sob o fundamento de que as legislações preexistentes trazem previsões meramente genéricas acerca da violência contra a criança e o adolescente e que, portanto, não seriam capazes de tutelar esses sujeitos de forma eficaz e ideal, vez que não têm sido suficientes para inibir os pais de utilizarem-se da violência na criação, educação e correção de seus filhos.

Sendo assim, a Lei 13.010/14 surge como o instrumento normativo necessário de intervenção do Estado no poder familiar, com a finalidade de assegurar à criança e ao adolescente a proteção necessária contra a violação de sua dignidade e de seus direitos

fundamentais, bem como traz a adequada responsabilização dos responsáveis por eventual violação. A lei busca promover a conscientização de que a violência doméstica é um problema social. Representa, dessa forma, o primeiro passo para que o Estado assuma o seu papel e a sociedade contribua para o efetivo combate à violência doméstica.

Essa lei tem por escopo, sempre que possível, tentar restabelecer os vínculos afetivos e familiares, razão pela qual considera que as sanções penais não são as mais adequadas para os casos de violência contra a criança e o adolescente, eis que além de penalizar os pais ou responsáveis, acabariam por penalizar também as vítimas, que figuram nesses casos como as maiores prejudicadas, caso os violadores sejam seus pais, pois acabam sendo privadas da companhia e do conseqüente afeto dos mesmos.

Diversos são os princípios que regem os direitos da criança e do adolescente e que podem ser invocados para justificar a necessidade da existência da Lei Menino Bernardo no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, ganham destaque os princípios da dignidade da pessoa humana e a proteção à integridade físico-psíquica do menor; o princípio do superior interesse da criança, e o princípio da proteção integral.

2.2 A LEI MENINO BERNARDO COMO A INTERVENÇÃO INDEVIDA DO ESTADO NO PODER FAMILIAR

O Direito de Família é ramo privado do direito. Nesse sentido, cumpre frisar que a família constitui instituto privado, no qual seus membros, teoricamente possuem autonomia para reger suas relações. Não há por exemplo, qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. (LÔBO, 2011).

Com a promulgação da Lei Menino Bernardo nota-se a ingerência do Estado na esfera privada concernente ao poder familiar, uma vez que, ao intervir no modo de educação a ser adotado titulares do referido poder, o Estado está intervindo no direito atinente a este instituto de “dirigir-lhes a educação”, como alude o artigo 1.634, I, do Código Civil de 2002.

De certo, com essa lei, houve o reconhecimento por parte do poder público de que a violência contra crianças e adolescentes é um grave problema social a ser enfrentado na sociedade. Contudo, apesar de haver esse reconhecimento, o Estado não pode intervir deliberadamente no seio familiar, enquanto não houver a configuração de abuso de poder pelos pais ou responsáveis – quando exercem seus deveres e direitos além do permitido, de modo a violar direitos do menor – uma vez que deve respeitar as prerrogativas concedidas aos titulares

do poder familiar, previstas no Código Civil em vigor, o qual prima pela proteção desse instituto.

Nesse sentido, diversos princípios atinentes ao Direito de Família brasileiro servem como fundamento jurídico para o que se pretende demonstrar com essa linha de pensamento, ou seja, que a Lei Menino Bernardo é uma forma de intervenção indevida do Estado na poder familiar. É indevida, pois à luz do princípio da liberdade, corresponde a uma afronta ao que dispõe o artigo 1.513 do Código Civil.

A despeito disso, esse pensamento é embasado nos seguintes princípios: princípio da liberdade ou não intervenção; princípio da paternidade responsável e princípio do planejamento familiar.

3 SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS À LUZ DA TEORIA DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE: O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Pode-se perceber que há divergências sobre a conotação da Lei Menino Bernardo. Princípios como o da liberdade ou não intervenção (intervenção mínima), da paternidade responsável e do planejamento familiar, corroboram para o entendimento de que a lei configura a indevida intervenção do Estado no poder familiar e de que não se faz necessária por já existir previsão legal que proíba condutas de violência contra crianças e adolescentes.

Em contrapartida, os princípios da dignidade da pessoa humana e a respectiva necessidade de proteção à integridade física e psíquica, bem como os princípios da proteção integral e o do melhor interesse da criança, direcionam o tema para o entendimento de que a lei em tela faz-se necessária para garantir a proteção aos sujeitos em questão.

Nota-se, portanto, que os princípios que divergem de forma direta, com relação ao tema exposto, são os princípios da liberdade ou não intervenção e o do melhor interesse da criança. Tais princípios mostraram possuir maior relevância que os demais, para o debate da problemática da pesquisa. Esses princípios acarretam interpretações em sentidos opostos sobre a Lei Menino Bernardo, uma vez que o primeiro a configura como intervenção demasiada e indevida na família e, o segundo a configura como necessária intervenção do Estado para proteger o menor.

Em razão disso, faz-se necessária a utilização de instrumento que cesse essa divergência para se chegar a uma melhor solução possível para o problema em voga. Nessa esteira, o instrumento que será utilizado neste trabalho é a Teoria da Máxima da Proporcionalidade,

criada pelo filósofo alemão Robert Alexy para solucionar casos em que exista colisão entre princípios.

3.1.1 A TEORIA DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DO PROBLEMA

Robert Alexy dispõe sobre o instituto de colisão entre princípios. Para o referido autor, quando ocorrer conflito entre princípios, a prevalência de um não excluirá o outro do ordenamento jurídico, mas um princípio terá preponderância sobre outro, dadas as especificidades de cada caso concreto (ALEXY, 2011). Sendo assim, para Alexy (2011, p.95):

O “conflito” deve [...] ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.

Conforme dispõe o referido autor, os princípios serão analisados de acordo com a perspectiva de peso. O sopesamento significa realizar um balanceamento para visualizar qual princípio possui peso maior, ou seja, relevância maior diante de determinado caso concreto. O autor propõe, nesse sentido, o modelo de precedência condicionada. Esse modelo preconiza que, dada a fixação de determinadas condições, certo princípio terá prevalência sobre outro. É o que se chama de “lei de colisão”, a qual tem sua aplicação defendida pelo referido autor. A partir desta, a antinomia entre princípios resolver-se-ia por meio da constatação de qual princípio possuiria precedência sob outro em dado caso concreto.

Essa colisão pode ser resolvida ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. A incondicionada refere-se aos casos em que a prevalência de um princípio sob outro não decorrerá de nenhuma condição específica. Já a condicionada preconiza o oposto, ou seja, que a prevalência de um determinado princípio decorrerá de certa condição existente no caso concreto. (ALEXY, 2011)

A lei de colisão é considerada por Robert Alexy (2011) como um dos fundamentos da teoria dos princípios, por refletir a natureza destes como mandamentos de otimização. Todavia, é importante frisar que essa teoria não se trata de uma regra absoluta, pois estabelece uma relação de precedência condicionada, o que significa que essa análise poderá levar a resultados diferentes, se o caso concreto estiver calcado sob condições distintas.

3.1.2 POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO IMPASSE SOBRE A LEI MENINO BERNARDO

Depois de identificados os princípios conflitantes que serão submetidos à análise pela máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, parte-se agora para a verificação das possíveis soluções ao impasse ora suscitado: se a lei corresponde à intervenção indevida do Estado no poder familiar ou se a lei corresponde a instrumento legal garantidor dos melhores interesses da criança.

Desta feita, pela análise do princípio da liberdade ou não intervenção, a Lei Menino Bernardo corresponderia à clara violação ao mesmo, devendo, pois, ser revogada no ordenamento jurídico brasileiro, por representar violação à Constituição Federal e ao Código Civil, cujos artigos já foram explicitados em capítulo e tópico anteriores.

Nesse sentido, pela primazia do princípio da liberdade, a primeira solução para o impasse seria a revogação da referida lei, por ela representar clara afronta ao que dispõe os diplomas legais *supra*.

Em sentido oposto, pela análise do princípio do melhor interesse da criança, previsto tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto por diplomas internacionais, a Lei 13.010/14 corresponderia a um instrumento legal necessário para conferir maior proteção à criança e ao adolescente contra os atos de violência doméstica. Logo, à luz do referido princípio, a melhor solução para o impasse, seria o reconhecimento de que a lei se faz necessária e deve permanecer vigente no ordenamento jurídico pátrio. Pela primazia desse princípio, a referida lei deve ser vista como o meio necessário para se assegurar o respeito à integridade física e psíquica do menor

Já uma terceira solução para o conflito principiológico suscitado, seria a convergência entre ambos os princípios.

Sendo assim, tal solução pode ser vislumbrada através da revogação da Lei Menino Bernardo e a utilização do Estatuto da Criança e do Adolescente como o diploma legal adequado conferidor da proteção necessária ao menor, o qual respeita o poder familiar dos pais ou responsáveis, mas respeita também o melhor interesse da criança – e também do adolescente. Tal solução corresponde à compatibilização desses dois princípios, que ocorreria por meio do respeito, mesmo que parcial, das soluções levantadas por ambos os princípios.

3.1.2 APLICAÇÃO DA MÁXIMA PARCIAL DA ADEQUAÇÃO

A primeira máxima parcial, da teoria da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy,

a ser aplicada é a da adequação.

Através da máxima parcial da adequação verificar-se-á se as soluções realizam o que os princípios em voga pregam. Essa máxima denota a regra da compatibilidade entre o fim almejado e os meios utilizados para alcançá-lo.

A primeira solução apresentada se baseia na revogação da Lei Menino Bernardo, por esta representar a intervenção indevida do Estado no poder familiar. Notavelmente, esta solução fomenta a primazia do princípio da liberdade ou não intervenção.

Trata-se de solução extrema que objetiva a retirada da Lei Menino Bernardo do ordenamento jurídico pátrio. Esta solução prejudica a consecução do princípio do melhor interesse da criança, entretanto, fomenta o princípio da liberdade ou não intervenção. Em razão disso, pode ser considerada a solução adequada para o impasse discutido neste trabalho. Já a segunda solução que é a de manutenção da Lei Menino Bernardo no ordenamento, acarreta na primazia do princípio do melhor interesse da criança e teria como consequência jurídica do referido princípio a consecução da proteção à criança e ao adolescente contra atos de violência doméstica. A segunda solução mostra-se também adequada, uma vez que apesar de prejudicar o princípio da liberdade, fomenta o princípio do melhor interesse da criança.

Por fim, a terceira e última solução apresentada, promove a realização de ambos os princípios em jogo. Trata-se de uma solução não extrema, mas sim moderada, que visa conciliar os princípios conflitantes, através da proposta de consideração do Estatuto da Criança e do Adolescente como o instrumento normativo adequado e suficiente para atender aos direitos do menor, tendo em vista que ele confere proteção ao poder familiar, por meio da previsão da intervenção mínima em seu artigo 100, inciso VII, mas também confere proteção ao menor, primando pelo seu melhor interesse em todas as previsões do estatuto.

Diante do exposto, nota-se que as três soluções propostas neste trabalho apresentam-se como adequadas à luz da teoria da máxima da proporcionalidade de Alexy, para resolver o impasse principiológico discutido nesse trabalho. Tendo em vista que esta máxima parcial fora cumprida, deve-se passar para análise das referidas soluções à luz da máxima parcial da necessidade.

3.1.1 APLICAÇÃO DA MÁXIMA PARCIAL DA NECESSIDADE

A segunda máxima parcial a ser analisada é a da necessidade. Esta preconiza que para se alcançar determinado fim, deve ser utilizado o meio menos gravoso ao indivíduo, o qual por consequência será considerado o melhor meio para tanto.

Através dessa máxima parcial, busca-se o meio que possa promover o fim de forma igual, porém, que restrinja os direitos fundamentais de forma mais amena que as outras medidas. Nesse sentido, dispõe Guerra (2007, p. 67):

O seu exame envolve a verificação da existência de meios alternativos ao inicialmente escolhido pelo Poder Público, que promovam igualmente o fim sem restringir, na mesma medida, os direitos fundamentais afetados.

Sendo assim, o exame da referida máxima parcial deve fazer valer a solução que seja menos onerosa ao indivíduo, ou seja, a solução que promova a finalidade almejada, mas que não restrinja os direitos fundamentais daquele.

Desse modo, se se optar pela aplicação da primeira solução haverá a garantia de um direito e o desrespeito a outro. Da mesma forma ocorrerá com a aplicação da segunda solução. Não há que se falar aqui, portanto, em aplicação da máxima parcial da necessidade, uma vez que esta não logrará a melhor resolução para o impasse.

A primeira e a segunda solução apresentadas, são medidas extremas. A primeira prima pela revogação da Lei Menino Bernardo do ordenamento jurídico brasileiro, medida esta que é consequência direta da primazia do princípio da liberdade ou não intervenção. Já a segunda solução prima pela manutenção da lei *supra*, a qual corresponde à prevalência do princípio do melhor interesse da criança – e nesse caso, do adolescente.

Nota-se que a primeira solução respeita o princípio da liberdade, todavia, viola o princípio do melhor interesse do menor. Já a segunda solução, respeita este princípio e viola àquele. Desse modo, se se optar pela aplicação da primeira solução haverá a garantia de um direito e o desrespeito a outro. Da mesma forma ocorrerá com a aplicação da segunda solução. Não há que se falar aqui, portanto, em aplicação da máxima parcial da necessidade, uma vez que esta não logrará a melhor resolução para o impasse.

Já a terceira solução proposta, corresponde a uma solução não extrema, que objetiva apresentar uma medida que seja “meio termo”, ou seja, que harmonize os princípios em conflito, sem restringir nenhum dos dois de forma robusta. Essa solução mostra ser a medida menos gravosa aos direitos do menor, pois não mitiga de forma integral nenhum dos princípios em tela, pelo contrário, contempla-os, ainda que parcialmente.

Sendo assim, deve-se analisar se a terceira solução além de ser a que gera menor prejuízo ao menor, seria também eficiente na consecução da proteção do mesmo, ou seja, se seria a solução que produziria melhores resultados a esse objetivo, para se concluir ou não pela sua necessidade. Observa-se que a mesma mitiga de forma parcial ambos os princípios em jogo.

Primeiro, mitiga o princípio da liberdade ou não intervenção, pois o ECA estabelece as hipóteses em que há a intervenção do Estado, por meio do poder judiciário, para promover a suspensão ou a perda do poder familiar.

Segundo, mitiga o princípio do melhor interesse da criança ao compreender que o ECA é instrumento legal suficiente para tutelar o menor, e que a Lei Menino Bernardo é desnecessária para conferir proteção ao mesmo, todavia, é sabido que o ECA apesar de ser o instrumento legal adequado, não tem sido suficiente para diminuir os casos de violência doméstica contra crianças e adolescentes.

À luz da teoria da máxima da proporcionalidade do referido filósofo, não basta encontrar a solução que seja menos gravosa, mas que em contrapartida, afete um dos princípios conflitantes. Nesse sentido, dispõe Robert Alexy (2011, p.120):

[...] Caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P2, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência do sopesamento.

Pode-se perceber que a terceira solução apresentada é a menos gravosa aos direitos do menor, pois contempla de forma parcial ambos os princípios, porém, ela também os mitiga e em razão disso, a referida solução não pode ser considerada o melhor meio para a resolução do impasse, como preconiza a máxima parcial da necessidade.

3.1.3 APLICAÇÃO DA MÁXIMA PARCIAL DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A última etapa da teoria da máxima da proporcionalidade consiste na aplicação da terceira máxima parcial, qual seja a da proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento de princípios.

Segundo Alexy (2011), nos casos de colisão é necessário um sopesamento. Por meio da aplicação da referida máxima parcial, será realizada uma análise para verificar qual das três soluções apresentadas possui maior peso diante das peculiaridades atinentes ao caso.

Ao aplicar a referida máxima parcial, o intérprete deve buscar a solução que seja mais proporcional ao impasse observado. Ou seja, ele deve levar em conta o fim almejado e a solução encontrada deve estar calcada no princípio de maior peso. Percebe-se que a solução que será encontrada ao final da análise, corresponderá a uma consequência do próprio princípio que ora fora considerado como mais relevante, com maior peso no caso em voga.

Alexy estabelece três passos para se realizar a ponderação. O primeiro passo consiste em analisar o grau de não cumprimento de um princípio, diante de cada uma das três soluções

apresentadas. O segundo refere-se à comprovação da importância do cumprimento do princípio colidente. Por fim, o terceiro passo proposto pelo autor consiste na comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário ao ponto de justificar o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio colidente.

3.1.3.1 DA VERIFICAÇÃO DO GRAU DE NÃO SATISFAÇÃO OU PREJUÍZO DE UM PRINCÍPIO

O primeiro passo para a aplicação da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito é a identificação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Ao analisar a primeira solução à luz da referida máxima parcial, cabe realizar a identificação do grau de não cumprimento do princípio. A primeira solução, oriunda do princípio da liberdade ou não intervenção é uma solução extrema, a qual prima pela prevalência desse princípio para resolução do impasse.

A referida solução prima pelo princípio da liberdade e acaba por mitigar o princípio do melhor interesse da criança – e do adolescente, em ver-se tutelado, contra os atos de violência doméstica física e psíquica, por uma lei específica..

Já no que se refere à segunda solução, que prima pela manutenção da Lei Menino Bernardo no ordenamento jurídico pátrio, percebe-se que também é uma solução de caráter extremo, totalmente oposta à primeira solução, pois a segunda solução é um reflexo da primazia do princípio do melhor interesse da criança. Pela referida solução, a lei em tela deve permanecer no ordenamento, pois essa corresponde a um instrumento legal necessário para conferir proteção ao menor, tendo em vista que as legislações preexistentes à lei em voga trazem previsões meramente genéricas acerca da proteção desse indivíduo contra os atos de violência doméstica praticados por seus pais ou respectivos responsáveis.

Todavia, através dessa, o princípio do melhor interesse da criança – e aqui, leia-se também do adolescente, é satisfeito em sua integralidade, pois busca exatamente assegurar o que o referido princípio preconiza que é a garantia do melhor interesse do menor, o qual é, sem sombra de dúvidas, ver-se tutelado contra os atos de violência doméstica. Em contrapartida, por meio da referida solução o princípio da liberdade ou não intervenção, é descumprido em sua integralidade.

Já a terceira solução, que compreende a convergência entre ambos os princípios colidentes, consiste na consideração do Estatuto da Criança e do Adolescente como o instrumento normativo adequado e suficiente para tutelar o menor. Por essa solução, a referida lei seria desnecessária ao ordenamento jurídico brasileiro, pois o menor já seria protegido

adequadamente pelo referido estatuto. Desse modo, a mesma satisfaz ao princípio da liberdade ou não intervenção, pois sugere a desnecessidade da referida lei, a qual corresponde à intervenção indevida do Estado no instituto do poder familiar.

Entretanto, ao considerar que a Lei Menino Bernardo é desnecessária, a referida solução mitiga parcialmente o princípio do melhor interesse, tendo em vista que a lei em voga promove uma tutela específica ao menor, para garantir o seu melhor interesse. Desse modo, a terceira solução apresentada viola parcialmente ambos os princípios colidentes.

3.1.3.2 DA COMPROVAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DE SATISFAÇÃO DO PRINCÍPIO COLIDENTE

Na aplicação da teoria da máxima da proporcionalidade, o segundo passo a ser realizado é a comprovação da importância da satisfação do princípio em sentido contrário. Nessa fase ocorrerá a ponderação, de modo que deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro. Deve-se analisar o grau de relevância de cumprir o princípio colidente com o princípio analisado no passo anterior.

O princípio do melhor interesse da criança – e também do adolescente, como já fora analisado no capítulo anterior, é de grande importância para assegurar a prevalência dos direitos do menor quando da existência de conflito dos interesses desse com os interesses de seus pais ou respectivos responsáveis.

O referido princípio aduz que as normas jurídicas devem ser interpretadas sempre de forma mais favorável ao menor, e que em eventual conflito de interesses com seus pais ou responsáveis, os interesses daquele devem prevalecer sobre os interesses desses.

A aplicação do princípio do melhor interesse ao impasse ora apresentado, induz à aplicação de medidas que visem tutelar o interesse do menor por meio de instrumento legal adequado. Nesse sentido, induz à manutenção da Lei Menino Bernardo no ordenamento jurídico por se tratar de legislação específica para tutelar os direitos do menor contra os atos de violência doméstica, considerando-a como a necessária intervenção do Estado no poder familiar; ou induz, pelo menos, à consideração do ECA como instrumento legal adequado e satisfatório para promover a referida tutela.

Se se optar pela aplicação absoluta do princípio *supra*, conseqüentemente ocorreria a manutenção da referida lei no ordenamento, pois apesar de denotar intervenção estatal no poder familiar, a lei em tela existe justamente para promover princípio do melhor interesse da criança – e do adolescente, qual seja o de ver-se tutelado de forma específica pelo ordenamento contra os atos de violência doméstica.

Após verificada a elevada importância da satisfação do primeiro princípio, deve-se partir para a análise da importância de cumprimento do segundo princípio, o qual é colidente da primeira solução.

O princípio da liberdade ou não intervenção, assim como o primeiro princípio analisado, também possui elevada relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, pois é por meio desse princípio se garante a proteção dos direitos atinentes ao poder familiar contra a intervenção indevida do Estado.

À luz do referido princípio, preconizado pela primeira solução, a Lei Menino Bernardo deve ser revogada do ordenamento, pois configura a intervenção indevida do Estado, tendo em vista que já preexistiam à lei, instrumentos normativos para conferir proteção aos direitos do menor contra os atos de violência, quais sejam o Código Penal, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e também diversos documentos internacionais, já citados anteriormente. A aplicação absoluta desse segundo princípio acarretaria na medida de revogação da referida lei.

Percebe-se que a aplicação do princípio da liberdade ou não intervenção possui inegável importância, pois confere proteção aos direitos atinentes ao poder familiar contra a intervenção indevida do Estado. Em razão disso, sua satisfação se faz necessária, uma vez que se deve respeitar o que estabelece o artigo 1.513 do Código Civil e também o artigo 5º da Constituição Federal.

Não há como se cogitar a aplicação absoluta de tais princípios, pois cumpre frisar que princípios são mandamentos de otimização e devem ser realizados na maior escala possível, não o sendo possível em sua integralidade.

3.1.3.3 DA COMPROVAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DE SATISFAÇÃO DO PRINCÍPIO EM SENTIDO CONTRÁRIO A PONTO DE JUSTIFICAR O PREJUÍZO OU A NÃO SATISFAÇÃO DO OUTRO PRINCÍPIO

O terceiro passo da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito consiste em analisar se a importância da satisfação do princípio em sentido contrário, ou seja, do sentido colidente é o suficiente para justificar o prejuízo ou não satisfação do outro princípio.

A primeira solução possui o princípio da liberdade ou não intervenção como princípio colidente. Já a segunda e a terceira solução possuem como princípio colidente o princípio do melhor interesse da criança.

Primeiramente, cumpre analisar se o princípio colidente da primeira solução –

revogação da lei Menino Bernardo do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o princípio da liberdade possui relevância o bastante para justificar a não satisfação ou o prejuízo do outro princípio, qual seja o do melhor interesse da criança, contemplado pela segunda e terceira soluções.

O princípio da liberdade denota indubitável relevância para o ordenamento jurídico, tanto é que a Constituição Federal brasileira elenca em seu rol de direitos fundamentais – artigo 5º –. Esse princípio assegura a proteção dos pais ou responsáveis contra a ingerência indevida do Estado em seu respectivo poder familiar. Vale frisar que o instituto do poder familiar é disciplinado pelo Código Civil, o qual é diploma que regula as relações privadas, sendo, nesse sentido, a família – objeto da intervenção – considerada esfera privada, razão pela qual não deve ser submetida à intervenção indevida pelo Estado.

Diante disso, infere-se a primeira fonte de relevância atinente ao princípio da liberdade ou não intervenção.

A segunda fonte de relevância depreende-se da necessária proteção ao poder familiar, por ser instituto privado. Todavia, se em conflito com o outro princípio, qual seja o do melhor interesse da criança, há de convir que apesar da previsão legal do princípio da liberdade, este não é absoluto e terá sua aplicação em menor peso quando outros direitos e princípios de maior peso estiverem envolvidos, o que ocorre no presente caso, diante da relevância do princípio do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, a satisfação ao princípio da liberdade não justifica o prejuízo ao princípio do melhor interesse da criança, uma vez que mesmo anteriormente à Lei Menino Bernardo já se observa a intervenção do Estado no poder familiar, em situações peculiares para proteger os direitos fundamentais do menor. Através dessas situações depreende-se que o melhor interesse da criança se sobressai sobre princípio da liberdade.

Já no que se refere à segunda solução, a qual sugere que a referida lei permaneça no ordenamento jurídico pátrio, por considerar que a mesma é instrumento legal necessário para conferir tutela específica à criança e ao adolescente contra os atos de violência doméstica, a referida solução homenageia o princípio do melhor interesse da criança.

Através da manutenção da referida lei no ordenamento jurídico pátrio, haverá a satisfação ao referido princípio, todavia, o outro princípio, qual seja da liberdade, restará prejudicado. Entretanto, em razão da relevância do primeiro princípio, mostra-se justificado o prejuízo ou não satisfação ao outro princípio em tela.

A terceira solução, qual seja a de consideração do Estatuto da Criança e do Adolescente como o instrumento legal adequado e suficiente para tutelar os direitos do menor contra os atos

de violência doméstica sendo a referida lei desnecessária para tanto, contempla parcialmente ambos os princípios em jogo. Entretanto, apesar de contemplá-los em parte, não deixa de mitigá-los em outra.

Pela terceira solução, o ECA contempla parcialmente o princípio da liberdade ao considerar que a Lei Menino Bernardo é desnecessária para a tutela do menor. Assertiva da qual se depreende que não se faz necessária a existência de um instrumento legal com caráter interveniente para conferir referida tutela, pois o ECA por si só seria o instrumento adequado para promover o objetivo da lei, qual seja o de proteção ao menor contra a violência doméstica.

Entretanto, a terceira solução também mitiga o referido princípio, pois o referido estatuto traz em seu arcabouço normativo as hipóteses em que poderá ocorrer a intervenção no poder familiar, demonstrando assim, que o princípio em tela não é absoluto e poderá ser aplicado em menor medida quando as circunstâncias assim determinarem – quando o melhor interesse da criança possuir maior relevância.

Já o princípio do melhor interesse da criança é contemplado também parcialmente pela terceira solução, a qual prima pela aplicação do ECA e afastamento da referida lei. Considerar o ECA como o instrumento legal adequado para conferir a tutela ao menor homenageia parcialmente o princípio do melhor interesse da criança, pois apesar de o referido estatuto integrar o sistema de proteção integral à criança e ao adolescente, primar pela preservação dos laços familiares e também conferir tutela a esses sujeitos, considera ser desnecessária a previsão de atos específicos de violência contra o menor que gerem danos à sua integridade física e/ou psíquica.

Vale destacar que a Lei Menino Bernardo traz em seu bojo a previsão específica das condutas que não podem ser utilizadas na educação, correção e disciplina da criança e do adolescente e insere a referida previsão no ECA. Entretanto, no caso de afastamento da referida lei, esses menores restarão prejudicados, pois deixará de existir no ordenamento jurídico a previsão específica das condutas que são proibidas de serem utilizadas contra os menores.

Depreende-se assim, que o princípio do melhor interesse da criança também restaria prejudicado pela terceira solução, mesmo que parcialmente. Desse modo, à luz da referida solução, a importância do princípio da liberdade não é relevante a ponto de justificar o prejuízo do princípio do melhor interesse, entretanto, a recíproca não se mostra verdadeira.

A segunda e a terceira solução conferem relevância ao princípio do melhor interesse da criança, todavia, em níveis diferenciados, pois a última homenageia, mas também mitiga parcialmente o referido princípio.

Desse modo, percebe-se que a primeira e terceira soluções conferem relevância ao

princípio da liberdade, entretanto, a relevância atribuída a esse princípio não é o bastante para justificar o não cumprimento do princípio do melhor interesse da criança – e também do adolescente, tendo em vista o primeiro princípio não é absoluto e será aplicado em menor medida quando obstar a consecução do melhor interesse dos sujeitos *supra*.

O melhor interesse da criança possui indubitável relevância e deve ser aplicado em maior medida em relação ao princípio colidente. O afastamento do referido princípio em razão da relevância deste último, acarretaria em danos imensuráveis ao direito do menor.

Não há como vislumbrar a prevalência do princípio da liberdade em detrimento da especial proteção que deve ser concedida ao menor, proteção essa devida por determinação da Constituição Federal, do ECA, do Decreto nº 99.710 de 1990 e dos demais documentos internacionais explicitados no primeiro capítulo.

Percebe-se, pois, que a primeira e a terceira solução apresentadas não correspondem à melhor solução para a problemática jurídica analisada, pois ambas mitigam o melhor interesse da criança, a primeira integralmente e terceira parcialmente, o que ocasionaria danos de suma magnitude aos sujeitos supracitados, aos quais é devida uma proteção especial.

Portanto, após analisadas as três máximas parciais da teoria da máxima da proporcionalidade, conclui-se que a melhor solução para resolver o impasse apresentado nessa pesquisa é a segunda solução, qual seja a de manutenção da Lei Menino Bernardo no ordenamento jurídico brasileiro para conferir especial e necessária proteção ao menor contra os atos de violência doméstica.

4 A MELHOR SOLUÇÃO ENCONTRADA À LUZ DA TEORIA DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Através da aplicação da teoria da máxima da proporcionalidade do filósofo alemão Robert Alexy, foi possível apresentar e analisar três soluções possíveis para resolver o impasse do presente trabalho, qual seja, a divergência doutrinária no que se refere à Lei Menino Bernardo como a intervenção indevida do Estado no poder familiar ou como instrumento legal necessário para conferir proteção à criança e ao adolescente contra os atos de violência doméstica.

Após a aplicação de todos os passos da referida teoria, chegou-se a conclusão de que a melhor solução possível para o impasse atinente à lei *supra*, corresponde à segunda solução apresentada, qual seja a da manutenção da referida lei no ordenamento jurídico brasileiro para satisfazer o melhor interesse da criança – e também do adolescente.

A referida solução mostrou ser a melhor para a problemática exposta, tendo em vista que ela contempla integralmente o princípio do melhor interesse da criança, cuja relevância justifica o prejuízo ou não cumprimento do princípio da liberdade ou não intervenção, o qual não demonstrou possuir a relevância necessária para justificar o prejuízo do primeiro princípio.

Nesse sentido, verificou-se que o princípio do melhor interesse da criança possui maior peso quando comparado ao princípio da liberdade, razão pela qual o primeiro princípio deve prevalecer em detrimento do segundo.

Sendo assim, para que a criança e o adolescente tenham a proteção necessária e específica contra os atos de violência doméstica, a qual não existia diretamente antes da lei em tela, faz-se necessária a permanência da referida lei no ordenamento jurídico pátrio. Por essa razão, a segunda solução *supra* pode ser considerada a melhor solução para o objeto da pesquisa ora realizada.

5 CONCLUSÃO

Através da análise realizada pela presente pesquisa sobre a previsão legal dos direitos da criança e do adolescente e principalmente sobre a divergência existente acerca da paradigmática Lei Menino Bernardo, observou-se que o impasse sobre a referida lei é recente e bastante controverso.

A Lei Menino Bernardo fora promulgada com o escopo de conferir tutela específica ao menor contra condutas de violência utilizadas em sua educação, correção e disciplina. Entretanto, apesar de possuir legítima finalidade, a referida lei possui uma dupla faceta, qual seja a de representar o melhor interesse do menor, mas em contrapartida, representar também a intervenção do Estado no poder familiar.

Nesse sentido, após a análise das duas linhas de pensamento sugeridas acerca da referida lei, foi possível identificar a existência de conflito entre dois princípios, quais sejam o do melhor interesse da criança e o da liberdade ou não intervenção. Os referidos princípios colidem entre si e embasam soluções extremas e distintas para resolver a divergência existente sobre a lei em voga.

Por não ser possível determinar de plano, qual princípio possui maior relevância diante do objetivo da referida lei, foi aplicada ao presente tema a Teoria da Máxima da Proporcionalidade do filósofo alemão Robert Alexy, a fim de se encontrar a melhor solução para o impasse por meio do sopesamento de princípios.

Dessa forma, apesar de a lei em questão representar a intervenção do Estado na

esfera privada da família, especificamente no poder familiar, e violar o princípio 1.513 do Código Civil, tal intervenção não se mostra indevida, mas sim devida, eis que se mostra necessária para especificar para a sociedade como um todo quais tipos de conduta são necessariamente proibidas de serem utilizadas pelos pais ou responsáveis na educação, correção e disciplina de crianças e adolescentes.

Há que se proteger o menor de forma específica contra o hábito cultural da violência na educação, haja vista que a sua utilização na educação não traz sequer nenhum benefício ao indivíduo vítima dessa conduta, muito pelo contrário, pode gerar sequelas, não apenas físicas, como também traumas psicológicos e influência negativa em sua personalidade.

Nessa perspectiva, através da aplicação da teoria da máxima da proporcionalidade, mais especificamente pela aplicação da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, verificou-se a prevalência do princípio do melhor interesse da criança sobre o princípio da liberdade. Isso significa concluir, portanto, que em razão de a referida lei conferir proteção específica ao menor e primar pela preservação dos laços familiares entre o agressor e o menor vítima, ela está indubitavelmente satisfazendo ao melhor interesse desse. Exatamente por isso, ela se mostra necessária e justifica a violação ao princípio da liberdade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. et. al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **R. Psiquiatr.** RS, 25 (suplemento 1): 9-21, abril de 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1>>. Acesso em: 04 de junho. de 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico**. In: PEREIRA. São Paulo: 2011.

BERLINI, Luciana Fernandes. **Lei da Palmada: Uma análise civil sobre a Violência Doméstica Infantil**, Atualizado de acordo com a Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

BRASIL, **Código Civil**, de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em :03 de julho. de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de julho. de 2019.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 03 de julho. de 2019.

_____. **Lei 13.010/2014**, de 26 de junho de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar, paternidade responsável e das políticas públicas**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 03 de julho. de 2019.

COSTA, Ademar Antunes; SOARES, Ana Claudia Motta. **A necessidade de efetivação de políticas públicas contra a violência doméstica e intrafamiliar cometida contra crianças e adolescentes**: reflexões sobre a lei bernardo. Anais do V Seminário Internacional de Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a situação das crianças e adolescentes na América Latina hoje. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.proealc.uerj.br/Site_VSeminario2014/trabalhos_PDF/>. Acesso em: 05 de julho. de 2019.

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy. **Revista eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**. n.2. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1290>>. Acesso em: 14 de julho de 2019.

MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; YAGODNIK, Esther Benayon. **Princípios norteadores da reconfiguração das relações familiares na efetivação do acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 25 de junho. de 2019.

MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini; ROSA, Letícia Carla Baptista. **Crianças e adolescentes negligenciados no âmbito familiar:** uma violação ao princípio da paternidade responsável. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 26 de junho de 2019.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Implicações da Doutrina da Proteção Integral na consideração das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento.** Ano. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente:** uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUIZ, Ivan Aparecido; SENGIK, Kenza Borges. **O assédio moral na família e a Lei Bernardo:** uma análise da proteção à integridade psíquica da criança e do adolescente e da importância do afeto no âmbito familiar. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 05 de julho de 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** 2 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.