

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL**  
**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**

**WLADEMIR PAES DE LIRA**

**DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA  
FAMILIAR**

**Maceió-AL**

**2011**

**WLADEMIR PAES DE LIRA**

**DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA  
FAMILIAR**

**Dissertação apresentada como requisito para  
conclusão do Curso de Mestrado da  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal de Alagoas.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo.**

**Maceió-AL**

**2011**

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**  
**Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale**

L768d Lira, Wladimir Paes de.  
Direito da criança e do adolescente à convivência familiar / Wladimir Paes de Lira. – 2011.  
153 f.

Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo.  
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2011.

Bibliografia: f. 143-153.

1. Direitos fundamentais – Crianças e adolescentes . 2. Direitos humanos.  
3. Direito de família. 4. Direito à convivência familiar. I. Título.

CDU: 342.7-053.2/.6

WLADEMIR PAES DE LIRA

**DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (UFAL)

Julgamento: aprovado com 9,5 Assinatura: [assinatura]

Profa. Dra. Olga Jubert Gouveia Krell (UFAL)

Julgamento: aprovado com 9,5 Assinatura: [assinatura]

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (UFPE)

Julgamento: aprovado com 9,5 Assinatura: [assinatura]

A Recomendado publicamente

Maceió, 20 de maio de 2011.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof<sup>o</sup> Dr. Manoel Cavalcante Lima Neto, pelo incentivo para que fizesse a seleção do Mestrado.

Ao meu orientador Prof<sup>o</sup> Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo, pela dedicação e pelos ensinamentos indispensáveis à conclusão desse curso.

Aos Prof<sup>os</sup> Drs. Andréas Krell, Diretor da Faculdade de Direito de Alagoas, George Sarmiento e Alberto Jorge Correia de Barros Lima, respectivamente Coordenador e Vice-Coordenador do curso de mestrado, pelo apoio constante.

Aos demais Professores do Mestrado, pela paciência e competência com que passaram seus ensinamentos.

Aos servidores do Curso, pela dedicação sempre dispensada.

Aos colegas da turma-V, pelo companheirismo e pelas indispensáveis trocas de experiências.

## RESUMO

Esta dissertação tem o propósito de analisar a relevância do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e as possibilidades de efetivação no direito brasileiro. Procuraremos demonstrar que apesar da evolução do Direito de Família, principalmente no contexto constitucional, e apesar de ser o direito de convivência um direito humano fundamental, exigindo, como consequência, efetividade plena e autoaplicabilidade, inclusive com prioridade absoluta, por se tratar de direito vinculado à criança e ao adolescente, sua efetivação no Brasil, assim como ocorre em outros países periféricos, tem encontrado grandes dificuldades. Embora o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito já não seja questão que imponha grandes discussões, assim como a evolução do ainda denominado por boa parte da doutrina de “direito de visitas” para o direito de convivência - convivência essa que por exigência constitucional deve possibilitar ao menor relacionamento familiar efetivo com todos os membros da família, no sentido mais amplo possível -, por diversos motivos tal direito fundamental tem sido mitigado, causando prejuízos irreparáveis na formação dos futuros cidadãos brasileiros. Como forma de minimizar os problemas provocados pelo não atendimento ao referido direito, tentaremos demonstrar que muito pode ser feito pelo Estado, para melhor atender à demanda em análise, quer promovendo medidas judiciais que tornem mais efetivo o direito de convivência dos filhos dentro da estrutura familiar, quer efetivando políticas públicas que visem assegurar o direito de convivência das crianças em situação de risco, através da adoção.

**Palavras-Chave:** Direitos humanos. Direitos fundamentais. Direito Constitucional. Direito de Família. Direito de convivência.

## ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the relevance of the right of children and adolescents and their family socialization and the possibilities of its effectuation in Brazilian law. We seek to show that despite the evolution of family law, especially in the constitutional context and although they are entitled to fundamental human right of living, requiring, as a consequence, full and effective self-administered, including absolute priority, because it is right bound to children and adolescents, the effect of the same in Brazil as well as in other peripheral countries, has found great difficulties. Although the recognition of children and adolescents as subjects of law is no longer question that imposes great discussions as well as the evolution of yet called for much of the doctrine of "visitation rights" to the right to cohabitation, which in this coexistence constitutional requirement should enable to the menor the most effective family relationship with all family members, in the broadest sense possible, for various reasons such a fundamental right has been mitigated, causing irreparable damage in the formation of future citizens. To minimize the problems caused by non-fulfillment of this right, try to demonstrate that much can be done by the state to better meet the demand under consideration, either by promoting judicial measures that make more effective the right of children living within the family structure or making effective public policies that ensure the right of living of children at risk, through adoption.

**Key-Words:** Human rights. Fundamental rights. Constitutional Law. Family Law. Law of coexistence.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
<b>1 DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR</b> .....	<b>13</b>
1.1. Conceito de criança e adolescente na legislação brasileira .....	13
1.2. Criança e adolescente – de objetos a sujeitos de direitos .....	15
1.3. Do direito de visitas ao direito de convivência .....	17
1.4. Alguns princípios que regem o direito da criança e do adolescente à convivência familiar .....	19
1.4.1. Princípio do melhor interesse da criança .....	20
1.4.2. Princípio da convivência familiar .....	21
1.4.3. Princípio da afetividade .....	22
1.4.4. Princípio da solidariedade.....	25
<b>2. DIREITO DE CONVIVÊNCIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL</b> .....	<b>27</b>
2.1 Algumas linhas sobre a questão terminológica acerca dos direitos humanos fundamentais.....	27
2.2. Direito de convivência no âmbito internacional.....	33
2.3. O direito da criança e do adolescente à convivência familiar, no direito brasileiro.....	37
2.4. A convivência familiar como direito humano fundamental, sua vinculação com a dignidade da pessoa humana e a prioridade absoluta para sua efetivação...39	
2.5. O relativismo cultural como dificultador da efetivação dos direitos da criança e do adolescente.....	43
<b>3. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA COMUNIDADE FAMILIAR</b> .....	<b>61</b>



<b>3.1. Juridicidade do afeto.....</b>	<b>61</b>
<b>3.2. O afeto decorrente da paternidade/maternidade responsável.....</b>	<b>63</b>
<b>3.3. As formas de guarda e seus reflexos no direito de convivência .....</b>	<b>65</b>
3.3.1. Guarda unilateral.....	66
3.3.2. Guarda alternada .....	66
3.3.3. Nidação ou aninhamento .....	67
3.3.4. Guarda compartilhada.....	68
<b>3.4 O descumprimento do dever do pai/mãe guardião ou de terceiro de fomentar a convivência dos filhos com o pai/mãe não guardião. ....</b>	<b>69</b>
<b>3.5. O descumprimento do dever do filho em conviver com o pai/mãe não guardião.....</b>	<b>72</b>
<b>3.6. Descumprimento do dever de convivência por parte do pai/mãe não guardião.....</b>	<b>74</b>
<b>3.7. A questão das famílias recompostas .....</b>	<b>77</b>
<b>3.8. As sanções processuais para os casos de descumprimento do dever de convivência .....</b>	<b>80</b>
<b>3.9. Consequências penais como forma de efetivar o direito de convivência.....</b>	<b>91</b>
<b>4. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE SE ENCONTRAM EM SITUAÇÃO DE RISCO, ATRAVÉS DA ADOÇÃO.....</b>	<b>102</b>
<b>4.1 Políticas públicas e direitos fundamentais.....</b>	<b>102</b>
<b>4.2. Controle judicial das políticas públicas.....</b>	<b>109</b>
<b>4.3. Necessidade de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais relativos às crianças e aos adolescentes .....</b>	<b>115</b>
<b>4.4. As crianças e adolescentes em situação de risco na cidade de Maceió e as políticas públicas para a inserção dos mesmos em famílias substitutas através da adoção.....</b>	<b>117</b>
<b>4.5. Necessidade de uma uniformização ética nos processos que envolvem adoção por casais homossexuais.....</b>	<b>123</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>137</b>
<b>REFERÊNCIA .....</b>	<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

Trataremos do tema direito da criança e do adolescente à convivência familiar sob o enfoque de efetivação jurídico-social, já que é nossa intenção analisar a inefetividade de tal direito e propor algumas medidas que possam melhor efetivá-lo, não só no plano jurídico, como no plano social, na perspectiva de modificação da realidade.

Como trabalharemos com direitos fundamentais e Direito Civil Constitucional, entendemos que o trabalho se amolda dentro do núcleo temático proposto pelo mestrado, e terá como marco teórico o enquadramento do direito da criança e do adolescente como direito humano fundamental, sua regulamentação no Direito Internacional e no Direito brasileiro, sua mitigação e ineficácia, e as perspectivas para que possa ser mais bem efetivado tanto no nosso sistema jurídico como na realidade social.

O direito de convivência ganhou tanta importância como decorrência do princípio da convivência familiar, que precisamos limitar o foco de análise do presente trabalho. Por convivência familiar entendem-se todas as relações dentro da família, aplicando-se o direito de convivência a idosos, deficientes, cônjuges, entre outros. Porém, o objeto específico desta dissertação é o direito de convivência relacionado à criança e ao adolescente.

Temos observado, no exercício da magistratura na área de família, que o denominado direito de visitas ainda continua sendo visto, como o nome indica, como o direito do pai não guardião em visitar o filho, em horários preestabelecidos e quando for de interesse daquele.

Embora uma parte da doutrina já tenha alcançado a evolução que sofreu o direito de visitas, boa parte ainda o trata como outrora, e o que é mais preocupante, o Judiciário não tem dado a devida importância à efetivação desse direito/dever.

Com o objetivo de tentar contribuir para uma maior efetivação de tão importante direito da criança e do adolescente, analisaremos a transformação que estes sofreram de objetos para sujeitos de direitos, no plano internacional e constitucional, embora a coisificação do menor de idade ainda é coisa bastante presente na nossa sociedade.

Veremos que o artigo 227 da Constituição Federal institui no Brasil o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, cuja efetivação é obrigação do Estado, da família e da sociedade, o que fez com que o antigo direito de visitas, ainda previsto no nosso

Código Civil, e ainda assim denominado por boa parte da doutrina, tenha evoluído para o direito de convivência, que para atendimento do mandamento constitucional impõe a convivência da criança e do adolescente dentro de uma comunidade familiar, e com todos os membros da família, da forma mais ampla possível, inclusive nos casos da multiparentalidade decorrente das famílias recompostas, de modo a propiciar a mais completa formação de que o ser humano em desenvolvimento necessita.

Além da vinculação específica ao princípio da convivência familiar, o direito de convivência se vincula aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da liberdade, da afetividade, da paternidade/maternidade responsável, além do melhor interesse da criança, todos criando uma estrutura principiológica extremamente relevante para impor a efetivação de tal direito.

Dada a importância do enquadramento do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, procuraremos demonstrar tratar-se de direito humano fundamental.

Para tanto, vislumbraremos como evoluíram terminológica e conceitualmente os direitos humanos e os direitos fundamentais, para criar supedâneo ao nosso entendimento de que, embora distintas sejam as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, para a maioria da doutrina não se apresenta como inadequada a expressão direito humano fundamental, enquadramento que nos parece aplicável ao direito da criança e do adolescente à convivência familiar, como um passo inicial importante para a sua efetivação.

Faremos uma abordagem sucinta acerca do multiculturalismo, ressaltando a preocupação com o relativismo cultural, já que a defesa de tal relativismo vem sendo um grande propulsor na aceitação de descumprimento de direitos humanos em vários níveis e em todas as partes do mundo, principalmente no que concerne aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Não defenderemos, contudo, o universalismo, também radical, com o qual se procura impor uma cultura hegemônica contra todas as outras minoritárias, de modo que aquele aniquile completamente estas, o que foi tragicamente tentado em várias oportunidades e em todos os continentes.

Procuraremos, todavia, demonstrar a possibilidade e a necessidade da universalização de uma carga mínima de direitos humanos ligados às crianças e aos adolescentes, vinculada à dignidade desses sujeitos, de modo que se preserve a diversidade cultural sem comprometer direitos humanos mínimos, que devem ser eleitos pelas culturas

mais flexíveis e reconhecidas, e impostos a todas as culturas, não só através do Direito, como também através de todas as formas de comunicação entre as comunidades.

A não efetivação do direito da criança e do adolescente à convivência se dá em diversos níveis e por diversos motivos.

Para minimizar essa falta de efetividade e as consequências danosas que ela traz, analisaremos o problema sob dois aspectos distintos.

No primeiro aspecto, estudaremos a inefetividade do direito de convivência dos filhos após a dissolução da sociedade afetiva, abordando quando esta se apresenta em decorrência da atuação do guardião, que dificulta o acesso do filho à parte parental não guardiã; quando o próprio filho se nega a conviver com o pai/mãe não guardião; e quando a não convivência se dá pelo descumprimento, por parte do pai/mãe não guardião, do dever de conviver com os filhos.

Para cada caso, analisaremos as medidas que podem ser adotadas para possibilitar uma maior efetivação de tal direito, que podem ir desde as medidas pré-processuais, como a mediação ou a terapia familiar, até as providências que podem ser adotadas pelo Judiciário com o apoio indispensável das equipes interdisciplinares, até se chegar às sanções penais no caso de abandono voluntário dos filhos.

No segundo aspecto, verificaremos as dificuldades para efetivação do direito de convivência das crianças e adolescentes em situação de risco, através da colocação em família substituta.

Como forma de minimizar os problemas enfrentados pelas crianças abandonadas pelas famílias biológicas, partiremos da premissa de “quem pode(deve) o mais, pode(deve) o menos”, e procuraremos demonstrar que os direitos sociais, em muitos casos, não são normas meramente programáticas, e precisam ser efetivados através de políticas públicas. Caso estas não sejam efetivadas ou mantidas satisfatoriamente pelo Poder Executivo, pode haver intervenção do Poder Judiciário tanto na implementação como na execução das referidas políticas, o que se aplica, com muito mais propriedade, no caso dos direitos fundamentais de primeira geração, que para serem efetivados também necessitam da adoção de políticas do poder público, em especial, o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar.

Tentaremos demonstrar que, se utilizado adequadamente, o controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário não afeta o princípio da separação dos poderes, assim como que a reserva do possível não pode servir de “álibi” para que os direitos fundamentais que necessitem da execução de políticas públicas para sua efetivação não passem de perspectivas ideológicas sem qualquer possibilidade de cobrança ou de controle, o que acabaria por mitigá-los definitivamente, principalmente num país periférico, como o Brasil, com maior ênfase no Nordeste, onde se verifica uma imensa desigualdade social e onde os projetos desenvolvidos pelos administradores estão, na maioria das vezes, vinculados a interesses políticos ou à corrupção que, infelizmente, ainda move as políticas dos governos.

Ressaltaremos também que a atuação do Judiciário nas políticas que visam efetivar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, no caso de persistir a inércia por parte do Executivo, além de permitido constitucionalmente, será de extrema utilidade social, se exercida com ponderação, dentro de necessidades específicas, com medidas adequadas e proporcionais, sem que tal postura inviabilize outras políticas desenvolvidas pelo Estado, vinculadas a direitos fundamentais também relevantes.

Outra questão significativa que vem dificultando a efetivação do direito da criança e do adolescente em situação de risco à convivência familiar, através da adoção, é a postura do Judiciário em relação à adoção por casais homossexuais, que analisaremos com enfoque na necessidade de uma uniformização ética nas decisões judiciais.

## 1 DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

### 1.1 Conceito de criança e adolescente na legislação brasileira

O conceito de criança não se encontrava explicitado nos instrumentos internacionais que tratavam dos direitos humanos, nem na própria Declaração Universal dos Direitos da Criança, que se analisará adiante, muito menos se encontra uma diferença em tais diplomas, acerca da diferença conceitual entre criança e adolescente.

O problema residia, como ainda reside, na dificuldade de se determinar quais os critérios a serem utilizados para tal conceituação, dadas as diversidades encontradas entre os Estados Partes, inclusive dentro do próprio critério objetivo, que é o etário, se estabelecer os limites máximos e mínimos de idade para se considerar uma pessoa criança, o que era deixado para cada legislação nacional dos Estados Partes.

Com a Convenção sobre os Direitos da Criança, foi adotada uma definição internacional, ligada ao critério etário, que estabelece em seu artigo 1º que a criança é todo ser humano com menos de dezoito anos de idade.<sup>1</sup>

Para a definição do critério que prevaleceu na Convenção foram inúmeras as controvérsias, já que muitos Estados Partes tinham um limite etário muito baixo para a caracterização do indivíduo como criança, restringindo a aplicação da Convenção; e outros, um limite etário muito elevado, ampliando demasiadamente tal aplicação, daí a razão de ser da ressalva feita na Convenção de que seria respeitado o estabelecimento de uma faixa etária menor para se alcançar a maioridade, desde que em conformidade com lei aplicável à criança.

Outra questão para a qual não se conseguiu uniformização internacional foi a distinção entre criança e adolescente.

As autoras argentinas María Eugenia Rosseti e Delia Mateo de Ferroni<sup>2</sup>, ao comentarem a Lei Portenha nº 26.061/05, que trata da proteção dos direitos das meninas, meninos e adolescentes, seguindo entendimento diferente do nosso, como se verá mais adiante, fazem críticas às diferenciações estabelecidas pela lei, sustentando que é pouco compreensível traçar uma diferença de sexo durante a infância, assim como uma diferença de

---

<sup>1</sup>Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 1º: Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

<sup>2</sup>ROSSETI, María Eugenia & FERRONI, Delia Mateo de. **Lineamentos Básicos Del Derecho de Manores – Para la Protección Integral y Tutela Jurídica de los Derechos em la Niñez**, Santa Fé: Editorial Librería Cívica, 2007, p. 15 e 16.

fase, já que a adolescência também integra a infância. Ressaltam que o termo menor não resulta pejorativo, nem discriminatório, nem estigmatizante, como se tem dito.

Já no Direito uruguaio há uma distinção entre criança e adolescente, que tem servido de parâmetro, para adoção de medidas específicas de proteção, e como lembra José A. Alem Deaces,<sup>3</sup> os princípios gerais trazidos pelo novo código da infância e da adolescência dispõem que o âmbito de aplicação do código compreende todos os seres humanos menores de dezoito anos, o que está em concordância com a nova redação do artigo 280, inciso 2, do Código Civil daquele país. Ressalte-se que lá se entende por criança todo ser humano até treze anos de idade, e adolescente quem tiver entre treze e dezoito anos.

No Direito brasileiro, a legislação tem se utilizado do critério etário para conceituação de criança e adolescente.

O Código Penal estabelece em seu artigo 27 a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos.

O Código Civil atual, em relação ao Código Civil de 1916, baixou a maioridade civil para 18 anos, ambos os Códigos se coadunando com a Constituição Federal, que estabelece em seu artigo 228k que “são plenamente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”, e que estabeleceu o voto obrigatório aos maiores de dezoito anos.

Esses critérios, embora exclusivamente objetivos, o que gera discussão na doutrina, procuram cumprir o objetivo de dar maior proteção estatal ao ser humano ainda em desenvolvimento, sendo necessário que o sistema jurídico possibilite tratamento diferenciado entre quem pode e quem não pode se autodeterminar, já que, como diz Tânia da Silva Pereira, “é criança ou adolescente quem, perante a natureza (ontologia), vive a condição infanto-juvenil objetivamente observável no desenvolvimento pessoal de cada um”.<sup>4</sup>

A legislação brasileira também se utiliza do critério etário para diferenciar criança e adolescente, estabelecendo, no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente a que tiver entre doze e dezoito anos de idade.

---

<sup>3</sup> DEACES, José A. Alem. **Derecho de la Niñez y la Adolescencia em El Nuevo Código – Ley 17.823 – Cuestiones de Fondo y de Forma em Torno a la Minoridad**, Montevideo: Editorial I B de F, 2005, p. 2.

<sup>4</sup>PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente – Uma Proposta Interdisciplinar**, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 58.

Sobre a importância da diferenciação entre criança e adolescente, é importante ressaltar que embora não havendo tal distinção na Convenção, houve um avanço do Estatuto quando diferenciou crianças até onze anos e adolescente dos doze aos dezoito, o que promove um melhor atendimento diante das peculiaridades de cada fase.<sup>5</sup>

Portanto, não só se faz importante a conceituação de criança, que no âmbito dos instrumentos internacionais são pessoas menores de dezoito anos de idade, como a diferenciação entre criança, ser humano com até doze anos incompletos, e adolescente, ser humano com idade entre 12 e 18 anos, para efeito, inclusive, dos critérios a serem utilizados para a efetivação dos direitos humanos fundamentais deles.

## 1.2 Criança e adolescente – de objetos a sujeitos de direitos

De todas as instituições do Direito Civil, a família foi a que mais sofreu alteração jurídica.

Sofrendo a influência do sistema romano-germânico, como é sabido, e dentro deste, do Direito Romano mais especificamente, a família brasileira foi juridicamente concebida nos mesmos moldes da família romana.

Em Roma imperava a força do *pater familiae*, ou seja, o poder do “pai” sobre a mulher, os filhos e os escravos era quase absoluto. Os escravos eram considerados coisas – bens integrantes do patrimônio do *pater*; a mulher não tinha capacidade para a grande maioria dos atos da vida civil, e os filhos eram objetos de direito do *pater*, que tinha poder sobre os ganhos dos filhos, podia negociá-los como escravos e detinha, inclusive, poder de vida e morte sobre eles.

No Direito Romano a família não era fundada nas relações afetivas e sim religiosas e, principalmente, patrimoniais, alicerçada no poder paterno e poder marital, de modo que o pai, por exemplo, por mais afeto que tivesse por uma filha, não poderia a ela legar qualquer bem do seu patrimônio.

O próprio casamento não tinha uma conotação afetiva, sendo uma instituição que visava muito mais “manter unido o patrimônio em prol da unidade religiosa-familiar”.<sup>6</sup>

Também acerca de tal evolução, Paulo Lôbo<sup>7</sup> lembra que a família sofreu

---

<sup>5</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente – Uma Proposta Interdisciplinar**, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 66.

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 18.

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**, São Paulo: Saraiva, 2010, p.17.



profundas mudanças de função, natureza e composição, no século XX, após o advento do Estado social, que trouxe a derrocada do modelo patriarcal, passando o Estado a se interessar pelas relações de família, ampliando tanto a tutela constitucional como definindo novos modelos e novos mecanismos de proteção.

A criança e o adolescente deixam, portanto, definitivamente, após a Carta Constitucional de 1988, de ser objetos para serem sujeitos de direitos.

A nova Carta Magna institui a igualdade absoluta entre os filhos, oriundos ou não do casamento, naturais ou adotivos, estabelece direitos fundamentais específicos para eles e introduz o princípio da prioridade absoluta ao estabelecer que tais direitos devem ser efetivados preferencialmente em relação aos direitos de quaisquer outros titulares.

A valorização da criança e do adolescente como sujeitos de direitos surgiu inspirada na legislação internacional, bem como em toda a abrangência da Constituição Federal, que se antecipando à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, os garantiu no artigo 227.<sup>8</sup>

É dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção de todos os direitos das crianças e dos adolescentes. Assim, quando a família e a sociedade falham em seu dever, cumpre ao Estado suprir tal falha, com prioridade absoluta, uma vez que os direitos dos infantes são fundamentais e indisponíveis.

Seguindo os preceitos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas que ganham destaque em função da condição peculiar de desenvolvimento, alicerçadas pelo princípio do melhor interesse, assegurando à criança e ao adolescente todas as oportunidades, a fim de ajudar no seu desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual, com liberdade e dignidade.

Nesse sentido, Mário Volpi ensina que a proteção integral, além de minimizar a exclusão social, “nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes a dignidade e o respeito do qual são merecedores”.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição Federal, artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

<sup>9</sup>VOLPI, Mário. **A proteção integral como contraposição à exclusão social de crianças e adolescentes**. Prefácio ao livro **Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**, de João Batista da Costa Saraiva, São Paulo: Saraiva, 2002.

Percebe-se, portanto, que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos plenos e gozam dos mesmos direitos das pessoas adultas, e além disso, possuem direitos específicos por estarem em situação de desenvolvimento. E estes direitos especiais são necessários, uma vez que, por não conhecerem todos os seus direitos, não têm condições de exigir a concretização deles.

A Constituição Federal ainda contém duas outras regras de proteção às crianças e aos adolescentes, ao prever que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (CF, art. 227, §4º) e que “são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial” (CF, art. 228)”<sup>10</sup>.

Portanto, é perceptível que tanto os princípios constitucionais quanto os que compõem o ECA têm como objetivo conduzir as crianças ao alcance da maioridade de uma forma justa e em condições para que possam gozar de seus direitos plenamente, a fim de que se tornem cidadãos adultos dignos, livres e respeitados.

### **1.3 Do direito de visitas ao direito de convivência**

Há muito que vem se discutindo acerca do alcance do denominado “direito de visitas”, estando pacificado na doutrina abalizada brasileira que a expressão “visitas” deve ser entendida como “convivência”. Adota-se a orientação estabelecida na Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, promovida pela ONU, em 1989, que estabelece que o “direito de convivência” é direito dos filhos. Em atenção ao comando constitucional contido no artigo 227, que traz, de forma expressa, o direito fundamental à convivência familiar da forma mais abrangente possível e o princípio da prioridade absoluta em relação aos direitos da criança e do adolescente, temos de concluir que o direito de convivência é uma via de mão dupla, sendo direito/dever do pai não guardião de conviver com o filho, e do filho de conviver com o pai não guardião, com ênfase para o direito deste, em função do princípio da prioridade absoluta.

A grande maioria dos países ocidentais, influenciados pelo direito romano-germânico, tratam da garantia do direito de visitas da parte parental que não ficou com a guarda dos filhos, estendendo, em boa parte das legislações, o direito aos avós, irmãos e parentes próximos, como acontece na França, na Espanha, na Argentina (onde se denomina adequada comunicação, artigo 264, § 2º), no Chile, só a título de exemplos.

---

<sup>10</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 241.

Na Itália, como no Brasil, deve o juiz observar o que melhor atender aos interesses das crianças<sup>11</sup>.

Em Portugal, após a reforma de 1995, o Código Civil (art. 1.905), passou a prever possibilidade de não homologação do acordo firmado pelos pais, nos processos de dissolução da sociedade afetiva, quando não corresponder aos interesses dos filhos, incluindo o interesse destes em manter com aquele progenitor a quem não seja confiada a guarda uma relação de grande proximidade<sup>12</sup>.

O Código Civil alemão estabelece que o juiz pode não homologar o acordo em que haja prejuízo ao direito de “contato” dos filhos com o pai não guardião, evitando o que lá se denomina “comercialização do direito de contato”, como lembra Wilfried Schlüter, traduzido por Elisete Antoniuk<sup>13</sup>, além da possibilidade de indenização tanto para o pai preterido como contra o pai que não cumpre a obrigação de convivência.

No Brasil a doutrina já há muito vem criticando o termo direito de visitas, assim como a velha concepção de que é apenas direito da parte parental não guardião.

Maria Berenice Dias, além de criticar a terminologia e entender tratar-se prioritariamente de direito dos filhos, já comenta acerca da necessidade de reaproximação dos pais através do que ela denomina de visitas supervisionadas<sup>14</sup>.

Edson Fachin adverte que o direito de convivência é uma via de mão dupla, sendo direito dos pais e direito dos filhos, com ênfase para o direito destes, que é uma estrela de brilho maior, em razão da prioridade absoluta prevista na Constituição Federal<sup>15</sup>.

Rolf Madaleno, além de ressaltar que o direito de convivência é um direito fundamental da criança e do adolescente, matéria-prima indispensável para construção de sua personalidade, não é mais um sagrado direito de visitas do guardião não custodiante e sim um sagrado direito do filho de ser visitado, lembrando as frequentes decisões judiciais que impõem multas pecuniárias pelo não exercício das visitas<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup>POCAE, Valério & RONFANI, Paola. **La Famiglia e il Diritto**, Roma: Editori Laterza, 2003, p. 122.

<sup>12</sup>SANTOS Eduardo dos. **Direito de Família**, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 257.

<sup>13</sup>SCHÜTER, Wilfred. **Código Civil Alemão – Direito de Família**, tradução de Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p.145.

<sup>14</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.278.

<sup>15</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 172.

<sup>16</sup>MADALENO. Rolf. **Direito de Família em Pauta**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 147.

Rodrigo da Cunha Pereira, além de defender o direito de convivência como direito dos filhos, entende cabível indenização por abandono moral, quando do descumprimento de tal dever<sup>17</sup>.

Paulo Lôbo, que traz importante contribuição também neste aspecto do Direito de Família, além de criticar a questão terminológica, lembra que o juiz deve ter cuidado ao regulamentar o direito de visitas, de modo que não prevaleçam os interesses dos pais em detrimento do direito do filho de contato permanente com ambos, lembrando, também, que a negativa do direito de visita pode dar ensejo à pretensão indenizatória tanto pelo pai preterido, quanto pelo pai que não cumpre as visitas, citando decisão da corte alemã<sup>18</sup>.

Fábio Bahuab Boschi, em importante obra sobre o tema, além de todas as críticas anteriormente mencionadas, está entre os poucos que já mencionam que não deve mais prevalecer entendimento no sentido de competir àqueles que rompem o casamento ou a união estável, consensual ou litigiosamente, a livre estipulação das visitas ao filho. Tal providência é obrigatória e deverá constar do acordo judicial ou da sentença; haja ou não requerimento das partes, o juiz terá de, no interesse da criança ou do adolescente, regulamentar o exercício obrigatório desse dever<sup>19</sup>.

Podemos concluir, com facilidade, que o direito de convivência é direito do filho, prioritariamente, e só pode ser mitigado ou limitado se houver motivos que de forma razoável e/ou proporcional possam permitir tal limitação.

#### **1.4 Alguns princípios que regem o direito da criança e do adolescente à convivência familiar**

Paulo Lôbo elenca como princípios que atualmente formatam o Direito de Família os macroprincípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e como decorrência destes, os princípios da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança.<sup>20</sup>

Uma vez que trataremos especificamente, mais adiante, do princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com a prioridade absoluta referente aos direitos da criança e do adolescente como suportes para efetivação do direito à convivência, e como o princípio da

---

<sup>17</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 198.

<sup>18</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249.

<sup>19</sup>BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de Visitas**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 210.

<sup>20</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50-70.

igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges/companheiros, a igualdade absoluta entre os filhos e a liberdade de se estabelecer afetivamente como família e a liberdade de filiação serão abordadas nas diversas análises que faremos no decorrer do trabalho, nos limitaremos aqui a traçar algumas linhas acerca do princípio fundamental da solidariedade e dos princípios gerais da afetividade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança.

#### 1.4.1 Princípio do melhor interesse da criança

O melhor interesse da criança é um norteador axiológico que orienta o Estado, a sociedade e a família na prática de ações que melhor vão atender aos interesses dos sujeitos que estão nesse processo peculiar de formação, devendo ter seus interesses considerados, quer na elaboração, quer na aplicação dos direitos<sup>21</sup>.

A determinação de que devem ser observados os melhores interesses da criança e do adolescente, na aplicação do direito, nas políticas públicas e principalmente nas relações familiares, está prevista, no plano interno, no artigo 227 da Lei Maior brasileira, já mencionado, e no âmbito internacional, no segundo princípio da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, ratificada pelo Brasil em 1990.<sup>22</sup>

Outro exemplo de norma internacional que privilegia as crianças e os adolescentes é a Convenção Americana sobre os direitos humanos - Pacto de São José da Costa Rica de 1969 -, ao estabelecer em seu art. 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

Todos os exemplos de normas citados refletem as mudanças na concepção do que vem a ser criança e adolescente e do lugar que devem ocupar na sociedade. Assim, passam a ser vistos como sujeitos e não mais objetos à mercê dos adultos. Logo a vulnerabilidade que os caracteriza impõe a criação de mecanismos para sua proteção.

---

<sup>21</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69-70.

<sup>22</sup> Declaração dos Direitos da Criança, segundo princípio: A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Nesse sentido, é sabido que os responsáveis imediatos pela proteção da criança e do adolescente são os seus pais. A família, enquanto primeiro contato com o mundo extra-uterino, é o primeiro ambiente para a aplicação do melhor interesse da criança. É dentro dessa relação de afeto que surge o afeto-ação como primeiro mecanismo de defesa da criança e do adolescente, sendo nessa relação afetiva que a criança se constrói e se estrutura.

O afeto perpassa pelo melhor interesse da criança, uma vez que sua ausência fere todos os diplomas normativos que reconhecem as condições peculiares de desenvolvimento da criança e do adolescente.

As ações que caracterizam o afeto para o Direito são as que melhor garantem o princípio do melhor interesse da criança. E os pais, como já dito, são os principais responsáveis por este dever. Assim, pertinentes são as palavras de Nelsina Elizena Damo Comel, quando diz que “o certo é que a criança nasce dependente e necessitada de cuidados e atenções por um longo tempo, função que cabe, originariamente, aos pais”.<sup>23</sup>

#### 1.4.2 Princípio da convivência familiar

Com a ajuda da psicologia, podemos afirmar que “conviver pressupõe basicamente interagir, criar vínculos, enfrentar desafios, superar obstáculos e trocar experiências”<sup>24</sup>. Trata-se do conjunto de ações inerentes à formação de vínculos afetivo-familiares.

Como o princípio da convivência familiar é suporte para todas as relações familiares, embora seja enfocada mais adiante, de forma específica, a convivência entre pais e filhos, há de se ressaltar a importância da convivência na própria definição de entidade familiar.

No plano jurídico, podemos entender a convivência familiar como “a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”, como ensina Paulo Lôbo.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup>COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 102.

<sup>24</sup>NOVAES, Maria Helena. A Convivência entre as Gerações e o Contexto Sociocultural, *in* **A Ética da Convivência e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais**, PEREIRA, Rodrigo da Cunha e PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 215.

<sup>25</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 392.

Pela clareza e importância para o tema, vale mencionar as palavras de Paulo Lôbo acerca da convivência familiar:

O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta.<sup>26</sup>

Conclui-se do exposto, que a convivência se amplia para assegurar a interação do indivíduo com toda a comunidade familiar de que participa, alcançando toda situação em que for identificado o traço afetivo característico das relações familiares.

A Constituição Federal recepciona este princípio dedicando espaço especial para a criança, o adolescente e o idoso, em respeito e em atenção às suas frágeis condições dentro do organismo familiar, como se vê nos artigos 227 e 230, o que também se verifica no Código Civil (art. 1.513), no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 19 e 93) e no Estatuto do Idoso (art. 3º).<sup>27</sup>

A efetivação da convivência familiar, com todas as suas repercussões, já se apresenta como elemento essencial para a própria caracterização da família.

#### 1.4.3 Princípio da afetividade

Já não se apresenta com dificuldade a ideia de que o sistema jurídico brasileiro reconhece o afeto como o elo que caracteriza e distingue as relações familiares das demais relações privadas. O que se evidencia ainda em grande discussão é a valoração jurídica que se deve dar ao afeto e suas respectivas consequências.

Paulo Lôbo, cuja reiterada e insistente citação neste tema se justifica por se tratar do doutrinador pátrio que melhor tem trabalhado no enquadramento do afeto como gerador de consequências jurídicas, descreve o princípio da afetividade como aquele que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Nova Principiologia do Direito de Família e suas Repercussões, *in* **Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais**. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando (Org.). São Paulo: Método, 2009, p. 13.

<sup>27</sup> LÔBO, *Op Cit*, p. 63.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 394.

Maria Berenice Dias ensina que apesar de o afeto não constar expressamente do texto constitucional, nele se encontra seu fundamento, já que ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis “que se constituem sem o selo do casamento” isso significa que a afetividade que une e enlaça duas pessoas “adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico”.<sup>29</sup>

Como já visto, o princípio da afetividade está ligado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, tanto como derivação como enquanto influenciador destes, sendo elemento indispensável à caracterização da relação familiar, principalmente no que concerne ao afeto como valor jurídico, de que trataremos em diversas oportunidades neste texto.

Para tanto, é importante frisar, desde logo, que a afetividade de que trataremos não é aquela vista apenas como valor psicológico ou social, mas como valor do qual se extraem consequências jurídicas, já que a afetividade invade a ciência jurídica, transcendendo aos aspectos exclusivamente psicológicos e sociológicos; e “com o ‘respeito e consideração mútuos’ (art. 1.566,V) e ‘lealdade e respeito’ (art. 1.724), o afeto e a tolerância são incorporados como valores jurídicos no âmbito das relações familiares”, como lembra Caio Mário da Silva Pereira.<sup>30</sup>

Para tanto, é importante vislumbrar que o conceito dado pela psicologia de que a afetividade é “o motor da nossa conduta, direciona-nos bem como nos motiva para o desempenho de um papel num contexto e num momento”,<sup>31</sup> como menciona a psicóloga Maria da Penha Nery, que acrescenta que “são as vivências afetivas o fundamento da nossa existência heróica ou aprisionada no automatismo. São as marcas afetivas que dão vitalidade, sentido e colorido às nossas ações e aos nossos vínculos”<sup>32</sup>, o que se faz importante para o entendimento do afeto que pretendemos analisar.

Como exemplos da previsão constitucional do princípio da afetividade, Paulo Lôbo destaca que como todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º), a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano de igualdade de direitos (art. 227, § 5º e 6º), e a comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus

---

<sup>29</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**, 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

<sup>30</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições do Direito Civil: Direito de Família**. v. V. 16ª ed. rev. e atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 40.

<sup>31</sup>NERY, Maria da Penha. **Vínculo e Afetividade: Caminhos das relações humanas**. São Paulo: Ágora, 2003, p. 19.

<sup>32</sup>*Ibidem*, p.15.



descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º), assim como a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).<sup>33</sup>

Ressalta ainda que “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”.<sup>34</sup>

O Judiciário brasileiro tem estabelecido consequências do afeto nas relações familiares, destacando-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 945283/RN, na 4ª Turma, que teve como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, e trata de guarda de menor requerida por avós, tendo como sustentação maior o princípio da afetividade.<sup>35</sup>

Ao se referir ao princípio da afetividade, o autor alagoano se refere à efetividade em seu sentido amplo, entre todos os membros da família, e nos interessa mais de perto a afetividade decorrente da relação paterno/materno-filial, de que trataremos especificamente mais adiante, quando abordaremos o afeto como valor jurídico e suas consequências na relação pais e filhos.

---

<sup>33</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 64.

<sup>34</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família, in **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun./jul. 2004, p. 142,,

<sup>35</sup>Brasil, STJ, REsp nº 945283/RN, 4ª Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, DJU 15.09.2009, Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br); acesso em: 30.09.2010, com a seguinte Ementa: “DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.

1. É sólido o entendimento segundo qual mesmo para fins de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas no art. 535 do CPC, inócorrentes, no caso.

2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social.

3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de “guarda previdenciária”, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar.

4. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.”

#### 1.4.4 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade tem como regra matriz o inciso I do art. 3º da Constituição. Porém, o dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar, à criança e ao adolescente e às pessoas idosas, está expressamente previsto no capítulo destinado à família. “A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico; antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teologal”.<sup>36</sup>

A solidariedade pode ser definida como o agir com o outro como gostaria que fosse consigo. Trata-se de um princípio com um forte traço ético-filosófico. Acerca deste princípio, Paulo Nader aduz que se trata do “apoio recíproco, tanto no aspecto material quanto no espiritual. Ser solidário com o próximo é colocar-se ao seu lado, é assisti-lo em suas necessidades”<sup>37</sup>.

Com a promulgação da Carta Constitucional, a solidariedade deixa de representar simplesmente um dever moral e passa a imperar nas relações públicas e privadas, principalmente nas de cunho familiar. Tanto que, havendo crise na família em decorrência do descumprimento da solidariedade, “dependendo de sua gravidade o Estado poderá intervir, a fim de proteger os elementos do pequeno grupo social”.<sup>38</sup>

Além das previsões constitucionais, podemos encontrar no Código Civil várias consequências do princípio da solidariedade, como a comunhão de vida (1.513), a adoção (1.618), mútua assistência entre os cônjuges (1.566), alimentos (1.694), entre outros.<sup>39</sup>

Embora não caiba neste momento nos alongarmos acerca de divagações teóricas sobre o princípio da solidariedade, que por si só merece uma dissertação específica, até porque da solidariedade que nos vai interessar mais de perto – entre pais e filhos – trataremos de forma diluída no decorrer deste trabalho, é importante frisar que a solidariedade no âmbito familiar acaba por se atrelar à afetividade, como lembra Berenice Dias.<sup>40</sup>

<sup>36</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Nova Principiologia do Direito de Família e suas Repercussões, *in* **Direito de família e das sucessões: temas atuais**, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, SIMÃO, José Fernando (Org.). São Paulo: Método, 2009, p. 36.

<sup>37</sup>NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22.

<sup>38</sup>*Ibidem*, p.5.

<sup>39</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 57.

<sup>40</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

Importante se faz acrescentar que a solidariedade induz muito mais a uma ideia de dever do que de direito fundamental, mostrando-se fundamental essa visão de dever fundamental – de que não estamos acostumados a tratar na doutrina – para uma real efetivação do direito de convivência, que estamos a abordar.

## 2 DIREITO DE CONVIVÊNCIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

### 2.1 Algumas linhas sobre a questão terminológica acerca dos direitos humanos fundamentais

Várias são as expressões utilizadas para tratar do tema ligado aos direitos humanos e direitos fundamentais.

O autor espanhol Eusébio Fernandes anota que são diversas as expressões utilizadas ao longo da história, e na atualidade, para referir-se aos denominados direitos humanos, que são “direitos naturais, direitos inatos, direitos individuais, direitos do homem, do cidadão e do trabalhador, direitos fundamentais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e liberdades públicas”. Para ele a expressão mais adequada e que melhor delimita a situação teórica atual dos direitos humanos é “direitos fundamentais do homem”.<sup>41</sup>

Karl Max<sup>42</sup>, vinculando a terminologia ao fato de estar ou não o direito previsto exclusivamente para a burguesia ou não, classifica os direitos humanos em direitos do homem (*droits de l'homme*) e direitos civis ou dos cidadãos (*droits du citoyen*).

Ao tratar de utilitarismo e direitos naturais, Hart menciona a crítica feita por Jeremy Bentham<sup>43</sup> acerca da expressão direitos naturais e inalienáveis, sendo este um dos difundidores da doutrina dos direitos do homem, tendo o próprio Hart se utilizado das expressões direitos humanos e direitos humanos fundamentais, chegando a afirmar que desde 1946, quando os subscritores da Carta da ONU afirmaram seu compromisso com os “direitos humanos fundamentais” e com a dignidade da pessoa humana, nenhum Estado pode pretender que a negação de tais direitos a seus próprios cidadãos seja um assunto unicamente de sua própria incumbência.<sup>44</sup>

Luis Cruz<sup>45</sup> lembra que a dignidade humana se desenvolve em direitos humanos individuais, e que o artigo 1.3 da Lei Fundamental alemã determina o destinatário ao qual se dirige a pretensão de respeito à dignidade, que são os poderes Legislativo, Executivo e

---

<sup>41</sup>FERNÁNDEZ, Eusébio. **El Problema del Fundamento de los Derechos Humanos**, Anuário de Derechos Humanos, n. 03, Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982, p. 75 e 76.

<sup>42</sup>MAX, Karl. **A Questão Judaica**. Rio de Janeiro: Achiamé, s/d, *passim*.

<sup>43</sup>BENTHAM, Jeremy. **Fragmento sobre el Gobierno**, Trad. E introd. de Julián Larros Ramos, Madrid: ed. Aguilar, 1973, *apud* HART, H. L. A **Utilitarismo y Derechos Naturales**, Anuário de Derechos Humanos, n. 01, Madrid: Instituto de Derechos humanos, Universidad Complusense, 1982, p. 130.

<sup>44</sup>HART, H. L. A **Utilitarismo y Derechos Naturales**, Anuário de Derechos Humanos, n. 01, Madrid: Instituto de Derechos humanos, Universidad Complusense, 1982, p. 167.

<sup>45</sup>CRUZ, Luis M. **La Constitución como Orden de Valores – Problemas Jurídicos e Políticos**, Granada, 2005, p. 24 e 25.

Judiciário, e configura os direitos humanos como direitos públicos subjetivos, sob a categoria de direitos fundamentais.

Assim como os autores acima mencionados, vários outros enfrentam a questão terminológica dos direitos humanos, que se for descuidada pode trazer sérias controvérsias conceituais, como veremos mais adiante.

O grande constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, ao tratar do sistema, estrutura e função dos direitos fundamentais, faz uma classificação extremamente detalhada, vinculada tanto a critérios doutrinários como históricos, onde enumera e diferencia: direitos do homem e direitos fundamentais; direitos do homem e direitos do cidadão; direitos naturais e civis; direitos civis e liberdades ou direitos políticos; direitos civis e direitos ou liberdades individuais; direitos e liberdades públicas; direitos e garantias; direitos fundamentais e direitos de personalidade; direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais; e direitos fundamentais e garantias institucionais, que serão resumidamente conceituados no próximo tópico, chegando a dizer que com tal classificação “procura-se uma precisão terminológica”<sup>46</sup>.

Selma Regina Aragão, por sua vez, informa que através dos tempos, das filosofias e das sociedades, os Direitos do Homem têm apresentado denominações tais como: “direitos naturais, direitos inatos ou originários, direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, direitos fundamentais ou essenciais do homem.”<sup>47</sup>

Outra expressão de grande importância na doutrina é a utilizada por Pontes de Miranda<sup>48</sup>, quando trata do direito das gentes, embora também trabalhe com as expressões direito humano, direitos individuais e direitos fundamentais.

Embora sejam muitas as expressões com as quais se pretende tratar dos direitos humanos fundamentais, duas se apresentam como as mais comuns, as que diferenciam direitos humanos e liberdades fundamentais, previstas inclusive, no *convenio para la protección de los Derechos Humanos Y Libertades Fundamentales*, de 1950, comentado por Joaquim Clotet ao tratar do *convenio: genesis y constitución*<sup>49</sup>; e as que diferencia direitos

---

<sup>46</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 2003, p. 391 e 393.

<sup>47</sup>ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos – do Mundo Antigo ao Brasil de Todos**, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. XVI.

<sup>48</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo IV, São Paulo: RT, 1967, p. 621 e 622.

<sup>49</sup>CLOTET, Joaquim. **Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina**, in *Direitos Humanos e Bioética*, org. George Sarmiento, Maceió: Edufal, 2002, p.32.

humanos e direitos fundamentais, esta seguida pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros, dentre os quais se podem identificar: Ingo Sarlet<sup>50</sup> Cláudio Ari Melo<sup>51</sup>, Manoel Cavalcante de Lima Neto<sup>52</sup>, Flávia Piovesan<sup>53</sup>, entre outros.

O professor George Sarmento, também na linha dos direitos humanos e direitos fundamentais, ao apresentar a obra coletiva *Direitos Humanos e Bioética*, além de comentar acerca da inesgotabilidade da constitucionalização dos direitos humanos, relembra as quatro gerações a eles vinculadas, que são: “1<sup>a</sup> – as liberdades fundamentais e os direitos políticos; 2<sup>a</sup> – os direitos econômicos e sociais; 3<sup>a</sup> – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a proteção aos interesses difusos e coletivos; 4<sup>a</sup> – o biodireito.”<sup>54</sup>

Embora sejam utilizados, na maioria da doutrina, direitos humanos e direitos fundamentais como coisas distintas, e na verdade o são, a expressão direito humano fundamental não nos parece equivocada, pelo contrário, convive harmoniosamente tanto na perspectiva teórica como na empírica, já que podemos ter um direito considerado exclusivamente como direito humano, quando sua proteção se expressa apenas no plano supraestatal ou natural; o direito humano fundamental, quando se expressa também no âmbito interno do Estado, quer seja através da recepção de tratados ou de previsão no próprio texto constitucional; e os direitos fundamentais, quando positivados no texto da Constituição, razão pela qual utilizaremos, para desenvolvimento do direito aqui analisado, a terminologia direito humano fundamental.

Para a maioria, os direitos humanos vinculam diretamente o direito interno, não só através dos tratados, como através da positivação constitucional, como direitos fundamentais, conforme ensina Flávia Piovesan, defendendo a “emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendência da elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”<sup>55</sup>. Trata os direitos fundamentais como direitos humanos positivados na Constituição.

---

<sup>50</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, *passim*.

<sup>51</sup>MELO, Claudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125.

<sup>52</sup>LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes – Limitações ao Poder de Tributar**, Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 59.

<sup>53</sup>PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, São Paulo: Ed. Max Limonada, 1998, *passim*.

<sup>54</sup>LINS JÚNIOR, George Sarmento. **Direitos Humanos e Bioética**, apresentação, Maceió: Edufal, 2002, p.7.

<sup>55</sup>PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, São Paulo: Ed. Max Limonada, 1998, p. 53.

Um dos passos na análise da diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais é trazer a lume quem são os destinatários de sua proteção.

Adotado esse fator de diferenciação, não ficaria clara a separação entre direitos humanos e fundamentais, permanecendo a zona de penumbra originalmente existente, pois nos dois casos o destinatário da proteção é a pessoa humana. Logo, não sendo o critério pessoal suficiente para se determinar a diferença, qual seria então o aspecto capaz de separar os dois termos jurídicos?

Para responder a essa questão, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>56</sup> confere ao aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante de distinção, afirmando que o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do “direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de Direito Internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, “aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

No entanto, se considerado o critério espacial como única distinção entre direitos humanos e fundamentais, pairariam dúvidas sobre a extensão do conteúdo de ambas as categorias jurídicas. Isso, por consequência, poderia gerar uma equiparação de significados entre os termos postos em análise.

Apesar de existir uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, não poderão tais conceitos ser entendidos como sinônimos, pois a efetividade de cada um é diferente. Neste ponto Ingo Wolfgang Sarlet<sup>57</sup> é incisivo ao afirmar que é importante considerar a relevante distinção quanto ao “grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional)”, sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros atingem o maior grau de efetivação, “particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos”.

Em apertada síntese, os direitos humanos são aquelas garantias inerentes à existência da pessoa, albergados como verdadeiros para todos os Estados e positivados nos

---

<sup>56</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

<sup>57</sup>*Ibidem*, p. 40

diversos instrumentos de Direito Internacional Público, mas que por fatores instrumentais não possuem aplicação simplificada e acessível a todas as pessoas

Por outro lado, os direitos fundamentais são constituídos por regras e princípios, positivados constitucionalmente, cujo rol não está limitado ao dos direitos humanos, que visam garantir a existência digna (ainda que minimamente) da pessoa, tendo sua eficácia assegurada pelos tribunais internos. Pela importância que os direitos fundamentais assumem no ordenamento jurídico, a doutrina tem buscado explicar os direitos fundamentais a partir de quatro planos de análise: formal, material, funcional e estrutural.

No plano formal e material, Jane Reis Gonçalves Pereira distingue que do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. A fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para a efetivação da dignidade humana. De acordo com a autora, “essa noção é relevante pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo”.<sup>58</sup>

No plano funcional são duas as funções das normas (regras e princípios) de direitos fundamentais, que atuam no plano “*subjetivo*, operando como garantidores da liberdade individual”, e de outro lado, os direitos ostentam uma “função (ou dimensão) *objetiva*, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado”.<sup>59</sup>

Finalizando a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet<sup>60</sup> que essas duas categorias não se excluem, já que para ele as expressões direitos humanos (ou direitos humanos fundamentais) e direitos fundamentais não se “cuidam de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis”, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, “o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas”.

---

<sup>58</sup>PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais – Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77.

<sup>59</sup>*Ibidem*, p. 77 e 78.

<sup>60</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.



Sobre a importância dos direitos fundamentais supraestatais – visão de Pontes de Miranda – no direito interno, ensina George Sarmiento<sup>61</sup> que “os direitos fundamentais supraestatais são paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais”, por estarem contidos em ordem jurídica superior, e impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade. Destaca que, “nesse sentido, nenhuma das regras do sistema jurídico nacional pode ser interpretada ou executada em contradição com a Constituição e com as Declarações de Direito”.

A distinção conceitual entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanos fundamentais que nos parece traduzir melhor o que foi depurado na doutrina, quer nas concepções filosóficas, quer na perspectiva da supraestatalidade, quer na constitucional, nos é trazida pelo professor Manoel Cavalcante de Lima Neto, que resume:

No quadro evolutivo dos direitos humanos e de sua consagração nas declarações de direitos, identifica-se, como Bobbio, uma *primeira* fase na obra dos filósofos que formataram a idéia de que o homem, enquanto tal, tem direitos por natureza que ninguém e nem mesmo o Estado pode subtrair, mas, enquanto teoria filosófica, é expressão do pensamento individual, com teor universal no tocante ao conteúdo desde que se dirige a um homem racional, fora do espaço e do tempo, somente adquirindo feição de um sistema de direitos quando tais teorias são reconhecidas pelo legislador como nas Declarações de Direitos Americanas e na decorrente da Revolução Francesa; uma *segunda fase* aparece na transposição do direito pensado para o realizado, no instante em que os direitos são protegidos e assumem a configuração de direitos positivos que velem dentro de um determinado Estado que os reconhece; uma *terceira fase* é realçada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, quando a afirmação dos direitos é de um mesmo modo universal e positiva, na medida em que os destinatários não são apenas os cidadãos de um determinado Estado e devem ser efetivamente protegidos.<sup>62</sup>

Utilizando-se dos argumentos do professor acima mencionado, podemos concluir que direitos humanos são aqueles originários do direito natural – para os quais não se precisa de nenhuma regulamentação internacional ou estatal - ou os previstos em instrumentos internacionais; os direitos fundamentais são aqueles previstos na Carta Constitucional do Estado, carecendo de uma regulamentação interna; e os direitos humanos fundamentais seriam aqueles que, ao mesmo tempo, se apresentam como direitos humanos e são consagrados ou absorvidos pela legislação interna do Estado.

<sup>61</sup>LINS JÚNIOR, George Sarmiento. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional**, in Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió: EDUFAL, 2008, p. 70 e 71.

<sup>62</sup>LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes – Limitações ao Poder de Tributar**, Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 58.

Essa terminologia, reconhecemos, não é aceita com muita tranquilidade na doutrina, como já visto, porém é possível de ser adotada e serve para dar uma maior relevância ao direito discutido, que é ao mesmo tempo direito humano e direito fundamental.

Claro que o fato de muitos entenderem que no momento em que o direito humano é positivado no âmbito interno de um Estado passa a ser denominado, apenas, de direito fundamental não retira a importância do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, nem a necessidade de se criar mecanismos que garantam a sua efetivação.

Portanto, embora entendamos tratar-se de direito humano fundamental, vez por outra pode ser tratado apenas como direito fundamental, principalmente quando cotejado com outros direitos fundamentais, o que não significa, necessariamente, uma incoerência, mas apenas uma forma de, ao menos no plano terminológico e conceitual, colocar o direito de convivência no patamar que ele merece.

## **2.2 Direito de convivência no âmbito internacional**

Utilizando-se de abordagem extremamente interessante acerca dos instrumentos internacionais que tratam dos direitos da criança e do adolescente, trazida por Victor Hugo Albernaz Júnior e Paulo Roberto Vaz Ferreira<sup>63</sup>, para garantir o princípio do reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos inalienáveis, de igualdade e liberdade, proclamados na Carta das Nações Unidas de 1945, bem como com o escopo de proteger a infância e promover a assistência especial à criança, nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, objetivando sua formação plena como cidadão consequente e responsável, foi redigida a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº L 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

Conforme dispõe o seu preâmbulo, a Convenção dos Direitos da Criança, em razão do conteúdo da Declaração sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, foi concebida tendo em vista a necessidade de garantir a proteção e cuidados especiais à criança, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento, em virtude de sua condição de hipossuficiente, em decorrência de sua imaturidade física e mental, e levando em consideração que em todos os países do mundo existem crianças vivendo em condições extremamente adversas e necessitando de proteção especial.

---

<sup>63</sup> ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo & FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**, disponível no site: <http://www.dhnet.org.br>, acessado em 27 de julho de 2009, às 9 horas.

A Convenção dos Direitos da Criança tem como meta incentivar os países membros a proporcionar o desenvolvimento pleno e harmônico da personalidade de suas crianças, favorecendo o seu crescimento em ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão, preparando-as plenamente para que tenham uma vida individual em sociedade e sejam educadas no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, em espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. Foi inspirada nas normas internacionais que a antecederam e com a finalidade de particularizá-las em razão do sujeito de direito que tem como alvo — a criança —, bem como desenvolvê-las a partir da criação de mecanismos de aplicabilidade e fiscalização desses princípios e normas.

A necessidade de proporcionar proteção especial à criança foi enunciada anteriormente na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, e na Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 (arts. 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966 (art. 10), bem como nos estatutos e instrumentos relevantes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança.

Por fim, ressalta o preâmbulo da Convenção a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento, onde se concentra um grande número de crianças social e economicamente marginalizadas.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), composta por 54 artigos, divididos em três partes, define o conceito de criança e estabelece parâmetros de orientação e atuação política de seus Estado Partes para a consecução dos princípios nela estabelecidos, visando ao desenvolvimento individual e social saudável da infância, tendo em vista ser este o período basilar da formação do caráter e da personalidade humana.

Destacamos, da análise do texto em foco, a importância assinalada à unidade familiar como suporte para o crescimento social e emocional, harmônico e saudável da criança, atribuindo aos pais ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de proporcionar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança (art. 27, item 2)<sup>64</sup>, cabendo ao Estado Parte, de

---

<sup>64</sup>Artigo 27, item 2: Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar,

acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotar medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo este direito e, caso necessário, proporcionando assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.

O artigo 1º já foi acima analisado, quanto tratamos do conceito de criança. A partir do artigo 2º, a Convenção passa a discorrer sobre os direitos humanos da criança, é dizer, direito à vida (art. 6º), à integridade física e moral (art. 19), à privacidade e à honra (art.16), à imagem, à igualdade, à liberdade (art. 37), direito de expressão (arts. 12 e 13), de manifestação de pensamento (art. 14), sem distinção de qualquer natureza (raça, cor, sexo, língua, religião, convicções filosóficas ou políticas, origem étnica ou social etc.), estabelecendo diretrizes para adoção e efetivação de medidas que garantam esses direitos por parte dos Estados convencionados, com o objetivo de garantir a proteção das crianças de qualquer forma de discriminação ou punição injusta. Para tanto, nos termos do artigo 4º, os Estados Partes deverão tomar todas as medidas administrativas e legislativas para a efetivação dos direitos reconhecidos na Convenção. Especialmente com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional.

O artigo 3º da Convenção estabelece que todas as medidas relativas à criança, tomadas pelas instituições públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgão legislativos, terão como meta atender aos interesses superiores da criança. Este dispositivo guarda estreita consonância com os princípios que regem o "direito da infância e juventude" brasileiro, tendo como exemplo o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que condiciona a colocação da criança em lar adotivo à apresentação de reais vantagens para o adotando.

Um dos primeiros direitos do ser humano é o de ter assegurada sua identidade. É nesse sentido que a Convenção prevê, em seu artigo 7º, o direito de a criança ser registrada imediatamente após seu nascimento, garantindo, assim, seu direito ao nome e à nacionalidade.

O artigo 11 da Convenção dispõe que os Estados Partes tomarão medidas para impedir o tráfico de crianças para o exterior, devendo, para tanto, promover a conclusão de acordos bilaterais para tal finalidade. O artigo 35 reforça o teor deste artigo visando a impedir o sequestro, a venda ou tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.

---

de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

As crianças privadas de seu ambiente familiar ou cujos interesses exijam que elas não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado, incluindo programa de colocação em lares de adoção ou instituições adequadas, tendo por finalidade e consideração primordial o interesse maior da criança (art. 20).

No que diz respeito à colocação da criança ou adolescente em família substituta, que também é uma forma de efetivar o direito humano à convivência familiar, lembram Albernaz Júnior e Paulo Roberto Ferreira:

No direito brasileiro a colocação da criança ou adolescente em família substituta é também considerada medida excepcional, efetivada através da guarda, da tutela ou da adoção, regidas pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. No caso específico da adoção dirigida a pessoas menores de 18 anos, o Brasil estabeleceu, a partir de 1990, uma nova sistemática jurídica criando a adoção plena do Estatuto da Criança e do Adolescente. A preocupação com o bem estar da criança e do adolescente vem ao encontro com os interesses internacionais expressos principalmente na Convenção ora analisada, que aborda o tema em seu artigo 21, buscando dar uma família ao adotado, proporcionando-lhes condições para se tornar um cidadão pleno, contribuindo para a melhoria qualitativa da sociedade onde vive.<sup>65</sup>

Para o que nos interessa mais especificamente neste tópico, que é a identificação do direito à convivência familiar como direito humano, podemos dizer que os Estados Partes, ao aderirem à Convenção, comprometem-se a respeitar a identidade, a nacionalidade e as relações familiares de suas crianças, fornecendo-lhes assistência e proteção apropriadas, de modo que sua identidade seja prontamente restabelecida em face de qualquer privação ilegal desta. Deverão, ainda, zelar para que a criança não seja separada da família, salvo nos casos de interesse maior do infante e de acordo com a legislação vigente de cada país, e respeitando o procedimento judicial específico, tais como a suspensão ou a perda do pátrio poder (arts. 392 a 395 do Código Civil Brasileiro, e 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e os procedimentos de colocação do menor em lar substituto (guarda, tutela e adoção), ou ainda, no caso de separação judicial dos pais, em que será determinado pelo juízo competente qual dos genitores ficará com a guarda da criança. Contudo, os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada dos pais a manter relações pessoais e contato direto com ambos (direito de visita), a menos que isso seja contrário ao interesse dela (arts. 8º e 9º da Convenção).

---

<sup>65</sup> ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo & FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**, disponível no site: <http://www.dhnet.org.br>, acessado em 27 de julho de 2009, às 9 horas.

### 2.3 O direito da criança e do adolescente à convivência familiar, no Direito brasileiro

O constitucionalismo contemporâneo, como menciona José Alcebíades de Oliveira Júnior<sup>66</sup>, é a forma mais desenvolvida do paradigma legal, embora as dificuldades imponham peculiaridades que talvez não nos permitam enfrentar as insuficiências da legalidade em sentido estrito. Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo se caracteriza como “compromissório” e não apenas “dogmático”. Isto é, para além das regras estruturantes do Estado de Direito, das regras que visam uma segurança jurídica, trazem consigo princípios e valores que expressam acordos sobre um mínimo ético em relação ao ser humano. Normas que, embora abertas, se constituem em valores a serem alcançados para a plena realização da dignidade humana, e dentre as quais encontramos a liberdade, a igualdade e a solidariedade. Esses princípios devem condicionar toda e qualquer interpretação constitucional. Uma leitura atenta dos preceitos constitucionais não deixará de perceber que quando se fala de igualdade, não se trata apenas de seu ângulo formal, senão que da “igualdade na diversidade e da diversidade na igualdade”.

Assim, embora a ideia de Direitos Humanos – ou proteção do ser humano - seja mais antiga do que o constitucionalismo, ela ganha um peso muito grande com o constitucionalismo, podendo-se, a partir daí, falar em Direitos Humanos Fundamentais propriamente ditos.

Deixando-se de lado a ampla e rica história do constitucionalismo, e tomando em conta a Constituição brasileira de 88, é possível perceber, por outro lado, seu profundo compromisso com a igualdade (formal e material), pois embora ela não seja resultante propriamente de um exercício de reivindicação de toda a sociedade, tendo sido forjada de certa forma por acordos de gabinetes, ainda assim sofreu influências de movimentos populares, dentre os quais o movimento negro, p.ex., pretendendo o restabelecimento de bases mais éticas e justas para a sociedade brasileira, visando, portanto, à superação da desigualdade.

Os sistemas constitucionais expressam, na modernidade, a forma mais acabada de racionalização legal. Aspectos formais e materiais das Constituições constituem, como diria Bobbio<sup>67</sup>, as duas faces de uma mesma medalha, que são os direitos humanos fundamentais. De um lado, garantias; de outro, direitos, porém numa inter-relação.

---

<sup>66</sup>OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção**, Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p. 3.669.

<sup>67</sup>BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 27.

Para Guy Haarscher, citado por José Alcebiades Oliveira Júnior<sup>68</sup>, podemos classificar as demandas da preocupação com a formalização no direito, da seguinte forma:

**SEGURANÇA JURÍDICA:** indiscutivelmente, com o assento na lei, tem-se a sensação de uma superação do problema da subjetividade no dizer o Direito. Em tese, haveria certos limites (molduras) dentro dos quais teria de se mover o aplicador.

**LEGALIDADE:** conhecimento da lei e vinculação a ela. Nesse ponto, o importante é que ao mesmo tempo que a lei submete os governados, também submete os governantes, que têm a liberdade de estabelecer o conteúdo da lei, mas, do mesmo modo, se obrigam a ele.

**JUIZ INDEPENDENTE/SEPARAÇÃO DOS PODERES:** aqui, o interessante é que a partir da lei se pode pensar uma conjunção das forças vivas da sociedade, na medida em que o Legislativo, que faz a lei, em tese não representa interesses corporativos, mas os de toda a soberania. Os eventuais conflitos com o Executivo, que deveria concretizá-los, devem ser julgados por um Judiciário que, por seu turno, deve conduzir-se também com base na lei.

**IRRETROATIVIDADE DA LEI/TEMPORALIDADE:** a lei possibilita a estabilização do Direito no tempo, o que é fundamental para que não se instale a tirania.

**PUBLICIDADE:** enfim, como é de domínio de todos, através da lei se torna possível a sociedade conhecer o que pensa e o que está sendo exigido pela ordem político-jurídica em vigor.

Das conclusões possíveis, uma delas diz com a importância dessas demandas, e outra diz com os paradoxos, quando da tentativa de realização das aspirações valorativas dos direitos humanos fundamentais, porquanto podem existir ambiguidades, conflitos e mesmo lacunas específicas em relação a valores a serem atingidos.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 227, já antes mencionado e transcrito, traz uma verdadeira política de atuação para garantir assistência integral à família e, principalmente, às pessoas que a integram, com prioridade para as crianças e os adolescentes como trataremos adiante.

A dimensão social dessa norma é de uma amplitude considerável, com influência na postura de todo o Judiciário, que não pode mais se eximir de assumir uma conduta de

---

<sup>68</sup>HAARSCHEER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**, *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. **Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção**, Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p. 3.669 e 3.670.

defesa em prol da dignidade da criança e do adolescente.

Acerca do alcance do artigo 227 da Constituição Brasileira de 1988, o Supremo Tribunal Federal<sup>69</sup> decidiu que “As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente”, complementando no sentido de que caracteriza constrangimento ilegal a determinação de, “peremptoriamente, como se coisas fossem” as crianças serem obrigadas a retornar a determinada localidade, para que retornem à guarda de um dos pais. Tal direito, de acordo o STF, não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, “que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário”.

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é um direito fundamental, e como tal, uma necessidade básica, já que é na família, como primeiro agrupamento de inserção do indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade.

Acerca da importância da convivência familiar, destaca Donald W. Winnicott, citado por Neidemar José Fachinetto, que “a família da criança é a única entidade que possa dar continuidade à tarefa da mãe (e depois também do pai) de atender às necessidades do indivíduo”.<sup>70</sup>

O próprio Fachinetto, ao se referir ao direito de convivência como direito fundamental, previsto constitucionalmente e no Estatuto da Criança e do Adolescente, leciona que o traço de direito fundamental, como reconhecido no artigo 227 da Carta Magna, “deve ser compreendido, como professa J.J. Canotilho, ao relacioná-lo aos direitos dos homens, jurídico-constitucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.<sup>71</sup>

Como se pode observar, além da previsão internacional do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, tal direito já se encontra previsto expressamente no artigo 227 da Constituição Federal, assim como nos artigos 4º e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que demonstra a sua natureza de direito fundamental, embora se enquadre na

---

<sup>69</sup> STF, HC nº 69.303 – MG, Relator Ministro Marco Aurélio, *in* RTJ 144/233.

<sup>70</sup> WINNICOTT, Donald W. **Tudo Começa em Casa**, tradução de Paulo Sandler, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 125, *apud* FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito à convivência Familiar e Comunitária**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 58.

<sup>71</sup> FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.



expressão direito humano fundamental, como já mencionado e como se ratificará adiante.

#### **2.4 A convivência familiar como direito humano fundamental, sua vinculação com a dignidade da pessoa humana e a prioridade absoluta para a sua efetivação**

Como já foi demonstrado acima, ainda que sucintamente, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar é um direito humano, já que, além de sua origem natural, que independe de produção de instrumento estatal, está previsto em tratados internacionais, das espécies, declaração e convenção de direitos humanos ligados à criança.

Também se enquadra na estrutura conceitual de direito fundamental, já que previsto expressamente no texto da nossa Constituição, reproduzido pela legislação infraconstitucional.

Não é, por esses motivos, equivocado, ao nosso ver, sua classificação como direito humano fundamental, como defendido por autores antes já mencionados, como Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza<sup>72</sup> e José Alcebíades de Oliveira Júnior<sup>73</sup>

Há de se ressaltar, também, que o fundamento do direito da criança e do adolescente à convivência familiar não se encontra apenas no artigo 227 da Constituição, mas também, e sem menor importância, na dignidade da pessoa humana, alicerce maior da nossa Lei Maior, prevista em seu artigo 1º, inciso III, que merece um destaque particular, mesmo que resumido.

A dignidade da pessoa humana tem como um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), e é consubstanciada nos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e proibição de discriminação, moldando-se pois, à dignidade da pessoa humana, de direitos fundamentais individuais e sociais, cuja efetivação deixa de ser uma possibilidade e passa a ser uma inafastável necessidade, dentro da visão constitucional moderna.

---

<sup>72</sup>SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, *passim*.

<sup>73</sup>OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção**, Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, *passim*.

A dignidade da pessoa humana, embora já extremamente fluida, pelo exagero em sua utilização, como lembra Humberto Ávila<sup>74</sup>, mas de fundamento extremamente relevante para o caso em análise, está intimamente ligada aos direitos fundamentais, como ensina Ingo Sarlet, para quem “a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui um dos postulados nos quais se assenta o Direito Constitucional contemporâneo”<sup>75</sup>.

Cláudio Ary Melo acrescenta que “a dignidade da pessoa humana é, assim, equiparada à fruição do mais amplo sistema de liberdades iguais para todos”<sup>76</sup>.

Ao se referir, no parágrafo 8º do artigo 226, que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram”, o legislador constituinte, atendendo ao comando da dignidade da pessoa humana, promoveu uma nova ordem de valoração no Direito de Família, no momento em que estabeleceu a proteção à família como um interesse mediato do Estado, colocando a proteção da pessoa humana que a compõe como interesse a ser cumprido de forma imediata ou prioritária.

Sob a égide da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que a compõem, temos estabelecido no artigo 5º e em outros dispositivos constitucionais, como o artigo 227, o direito à convivência familiar.

A Carta Magna não é apenas uma lei, mas um direito, como diz Paulo Bonavides<sup>77</sup>, e assim, compreendê-la diferentemente do que fazia o “positivismo legalista, significa, enfim, desatá-la dos laços silogísticos e dedutivistas, que lhe embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor *principal*, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade”.

Segundo Paulo Bonavides, “os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica”<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**, São Paulo: Malheiros, 2004, *passim*.

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25,26 e 78.

<sup>76</sup> MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 74.

<sup>77</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 535.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 539 e 540.

O Direito de Família já não se interpreta só pelo que estabelece o Código Civil, e sim pelo que é contemplado pela Constituição, através do Direito Constitucional da Família, como lembra Luiz Edson Fachin.<sup>79</sup>

Tivemos oportunidade de nos posicionar sobre o assunto em artigo publicado na Revista do Ministério Público do Estado de Alagoas, onde afirmamos:

Valorizando-se, como se deve, a dignidade da pessoa humana, a liberdade da pessoa poder se relacionar com o que melhor lhe convier, a igualdade, a proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive em função da orientação sexual da pessoa e, considerando que tais fatores devem ser utilizados na interpretação da norma Constitucional, haja vista, a necessidade de uma hermenêutica que aponte para a concretude dos direitos fundamentais, como é defendido pela grande maioria dos constitucionalistas contemporâneos.<sup>80</sup>

Ao lado do direito humano fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, alicerçado na dignidade da pessoa humana, temos também o princípio da prioridade absoluta em relação aos direitos inerentes às crianças e aos adolescentes.

Acerca da noção de princípios constitucionais, estes se apresentam como o conjunto de normas que “espelham a ideologia da Constituição”, sendo as normas “eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”, segundo Luís Roberto Barroso.<sup>81</sup>

Com base nos ensinamento de Gustavo Tepedino<sup>82</sup> acerca da diferenciação entre princípios gerais e princípios constitucionais, podemos dizer que os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo, quando a lei for omissa e não havendo como se aplicar analogia ou costumes. Já os princípios constitucionais, com a construção pós-positivista do direito, passaram a ser estudados à luz dos direitos fundamentais, sendo encarados como verdadeiros direitos fundamentais, que por sua vez têm dupla dimensão: uma subjetiva, que atribui posições jurídicas de vantagem a seus titulares; e outra objetiva, que traduz valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que deve presidir a interpretação/aplicação de todo o ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos.

---

<sup>79</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**, Vol. XVIII, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4.

<sup>80</sup>LIRA, Wladimir Paes de. **A Análise da Natureza Jurídica da União Homossexual em um Caso Concreto Através de Provimento Judicial**, Revista do Ministério Público de Alagoas, nº 14, janeiro/junho 2005, Maceió-AL: MPEAL: UFAL/CJUR, 2005, p.136.

<sup>81</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47

<sup>82</sup>TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2001, p.145.

Assim sendo, é compreensível que os instrumentos protetivos, quer estejam no âmbito internacional, quer nacional, por meio da Constituição Cidadã e do Estatuto da Criança e do Adolescente, significaram um repensar sobre a infância e como o rumo de suas vidas pode afetar toda uma sociedade.

O princípio da prioridade absoluta, erigido como preceito fundante da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no art. 227 da Constituição Federal. Tal princípio está reafirmado no art. 4º do ECA. Neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado “Sistema Primário de Garantias, estabelecendo as diretrizes para uma Política Pública que prioriza crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento”.<sup>83</sup>

Como direito humano fundamental que não pode ser mitigado, o direito à convivência familiar não pode ficar a mercê dos interesses dos legisladores, e mesmo havendo lei causando limitação a tal direito, será lei injusta, ou lei má, que deve ter a validade questionada por atentar contra o bem comum, como ensina Radbruch:

Certamente, ao lado da justiça, o bem comum é também um dos fins do direito. Certamente, a lei, mesmo quando má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude de sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados.<sup>84</sup>

Portanto, podemos afirmar, com os fundamentos estudados no presente trabalho, que o direito da criança e do adolescente à convivência familiar é direito humano fundamental, alicerçado na dignidade da pessoa humana e com a corroboração do princípio constitucional da prioridade absoluta em relação aos direitos da criança e do adolescente. É autoaplicável, sem necessidade de regulamentação infraconstitucional, não podendo ser eliminado ou limitado por norma constitucional, muito menos infraconstitucional, cabendo ao Estado, além da sociedade e da própria família, fazer com que tal direito seja plenamente efetivado.

---

<sup>83</sup>SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em Conflito com a Lei: da Indiferença à Proteção Integral: Uma Abordagem sobre a Responsabilidade Penal Juvenil**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 176.

<sup>84</sup>RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito – Cinco Minutos de Filosofia**, Coimbra: Almedina, 1945, p. 417.

## 2.5 O relativismo cultural como dificultador da efetivação dos direitos da criança e do adolescente

Ainda dentro da seara dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, apresenta-se um primeiro dificultador da efetivação do direito de convivência, como ocorre em outros direitos humanos, que é o multiculturalismo, que não se revela apenas no plano internacional, sendo identificado, muitas vezes, no mesmo país, principalmente quando este possui dimensões continentais e influência de diversas culturas durante a colonização, como é o caso do Brasil. Tal dificuldade se acentua quando o multiculturalismo caminha para um relativismo cultural.

Como forma de identificar a dificuldade de se tratar acerca de Direitos Humanos, dentro de um contexto multiculturalista, Richard Rorty, citando uma reportagem feita por David Rieff, lembra que este relatou que em Bosansi Petrovac um muçulmano foi forçado a arrancar com os dentes o pênis de um colega muçulmano, para que fosse demonstrado aos soldados sérvios que os muçulmanos não podiam ser tratados como humanos, embora parecessem com eles, pois um ser humano não faria o que eles fizeram.<sup>85</sup>

Pode-se entender, segundo Rorty<sup>86</sup>, que os sérvios que assim trataram os muçulmanos ou os nazistas que mataram os judeus como animais, como os judeus “arrebanhados nos campos de concentração”, também como animais, não nos diz respeito, pois nenhum desses animais são parecidos conosco e não faz sentido “ficarmos envolvidos em disputa entre animais”.

Além da distinção humano-animal como forma de nos distinguimos de outros, encontra-se a distinção entre crianças e adultos: pessoas ignorantes e supersticiosas são como crianças, que não conseguiram ser educadas e não podem ser consideradas como nós. Os negros em países racistas são como crianças, “garotos”; e as mulheres, segundo os machistas, são “eternas crianças, que não se deve procurar educar”.

A distinção homem-mulher também é uma forma de distinção de ser humano e não-humano, já que, segundo as feministas, como Nancy Fraser<sup>87</sup>, ao se usar “homem” como sinônimo de “ser humano”, usa-se uma forma de distinção, e em algumas culturas “ser um

<sup>85</sup>RIEFF, David. Letter From Bosnia, New Yorker, 23 de novembro de 1992, p. 82-95, *apud* RORTY, Richard. **Verdade e progresso**, 1ª Barueri, SP: Ed. Manole,2005, p.199.

<sup>86</sup>RORTY, Richard. **Verdade e progresso**, 1ª ed., Barueri, SP: Ed. Manole,2005, p.200 e 201.

<sup>87</sup>FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista, *in* **Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea**, Org. SOUZA, Jessé, Brasília: UnB, 2001, p. 252.

não-macho é o terceiro modo de ser um não humano”.

No texto de Boaventura de Souza Santos e João Arriscado Nunes<sup>88</sup>, que introduz o livro com vários artigos sobre multiculturalismo – Reconhecer para Libertar -, os autores sustentam várias acepções para o termo multiculturalismo, nem todas vinculadas a um multiculturalismo emancipatório, embora asseverem que este é possível.

Para eles,<sup>89</sup> multiculturalismo, justiça multicultural, direitos coletivos, cidadanias plurais são hoje alguns dos termos que procuram jogar com as tensões entre a diferença e a igualdade, entre a exigência de reconhecimento da diferença e a redistribuição que permita a realização da igualdade.

A expressão multiculturalismo, originalmente, designa a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas. Rapidamente, contudo, o termo se tornou um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global.

Também acerca do conceito de multiculturalismo, Adrualdo Catão, apesar de se utilizar do entendimento de Boaventura Souza Santos, complementa, afirmando que multiculturalismo “é a palavra que expressa o entendimento de que há valores específicos dentro das sociedades contemporâneas”, de modo que a pluralidade há de ser considerada, já que “uma teoria política universalista ou meramente formal é incapaz de analisar com correção o cenário social contemporâneo”, o que pode gerar intolerância ou dogmatismo exagerado. Para ele, “o multiculturalismo é a expressão da afirmação e da luta pelo reconhecimento dessa pluralidade de valores e diversidade cultural, no arcabouço institucional do estado democrático de direito”.<sup>90</sup>

O professor Adrualdo Catão apresenta a ideia de que o pragmatismo aparece como um “modelo de visão filosófica antiessencialista, para servir de crítica aos possíveis resultados omnicompreensivos, de um lado, ou relativistas, de outro, que as teorias do reconhecimento podem gerar quando são lidas dogmaticamente”<sup>91</sup>. Ressalta que se deve relevar a importância

---

<sup>88</sup>SANTOS, Boaventura Souza. & NUNES, João Arriscado, **Para Ampliar o Cânone do Reconhecimento**, in Reconhecer para Libertar, Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural, org. SANTOS, Boaventura de Souza, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>90</sup>CATÃO, Adrualdo. **Uma Visão Pragmatista das Teorias do Reconhecimento: Advertências Contra o Autoritarismo, a Intolerância e o Relativismo Cultural**, Recife: Caderno da Ruy Antunes, nº 1, Nov. 2006, p. 40.

<sup>91</sup>*Ibidem*, p.41.

do multiculturalismo como forma de analisar as demandas sociais, principalmente em países periféricos como o Brasil, tendo o cuidado, porém, de manifestar preocupação de que teorias do reconhecimento podem levar a um “relativismo cultural”.

O relativismo cultural defende que o bem e o mal, o certo e o errado, e outras categorias de valores são relativos a cada cultura. O "bem" coincide com o que é "socialmente aprovado" numa dada cultura. Os princípios morais descrevem convenções sociais e devem ser baseados nas normas da nossa sociedade. É o princípio que prega que uma crença e/ou atividade humana individual deva ser interpretada em termos de sua própria cultura.

Pode ser visto, portanto, como uma ideologia político-social que afirma que conceitos de bem e mal são relativos a cada cultura. O que seria o “bem” para um indivíduo que faz parte de um determinado grupo é exatamente a mesma coisa que seria definida como “socialmente aprovada” por esse grupo. Qualquer princípio moral é uma convenção social, e por isso qualquer comportamento do ser humano deve ser interpretado de acordo com a cultura em que ele está inserido. Assim quando analisamos uma cultura diferente da nossa, deveríamos sempre lembrar que nossa análise parte de nossos pressupostos e preconceitos, e que assim como nós temos nossos padrões, eles também têm os deles. E assim como algo pode parecer estranho e absurdo para nós, a recíproca é verdadeira – essa é uma questão relativa, e daí o nome do termo.

Como a própria noção de multiculturalismo nem sempre se apresenta como um valor positivo ou emancipatório, o relativismo cultural, embora num primeiro momento possa indicar o respeito a todos os tipos de cultura, tem, em geral, concepção negativa.

Não se apresenta fácil um debate envolvendo características ou comportamentos de diferentes culturas, e principalmente, diferentes religiões. Se alguém comentar que acha um absurdo o tratamento dado às mulheres no islamismo, ou a forma que as crianças são educadas em uma determinada aldeia indígena, é quase certo que logo aparecerá um indivíduo a afirmar que tais críticas são um desrespeito à cultura alheia.

Esse posicionamento pode parecer, a princípio, razoável, já que se identifica com o respeito à cultura dos outros, mas sempre nos vincularemos aos nossos padrões, já que os entendemos como melhores e muito menos absolutos.

No fundo, todo esse discurso é feito dando ênfase na necessidade de se respeitar a diferença. A intenção é boa, e *a priori* não é errado defender que todos merecem respeito. O problema é que os relativistas culturais muitas vezes levam essa questão até o extremo.

A professora Ana Horta<sup>92</sup>, ao tratar do relativismo cultural, caracteriza-o como princípio que afirma que “todos os sistemas culturais são intrinsecamente iguais em valor, e que os aspectos característicos de cada um têm de ser avaliados e explicados dentro do contexto do sistema em que aparecem”. Traz como exemplo a comunidade *hippie*, que para ela é um exemplo de relativismo cultural que é respeitado, embora a maioria da sociedade não siga as suas tendências.

Percebe-se que os relativistas culturais abominam a noção de uma moralidade absoluta, de qualquer tipo. Não seria possível falar de “certo” ou “errado” em termos gerais; essa classificação só pode ser dada para algo quando contextualizada dentro de uma cultura. Ou seja, eles acabam definindo que o único absoluto é que tudo é relativo.

Porém os próprios relativistas entram em contradição quando afirmam que tudo é relativo, colocando esta como uma regra absoluta, já que se a moralidade e a validade de algo são definidas pelo consenso de determinado grupo, ninguém jamais poderia discordar de qualquer conceito ou comportamento aceito amplamente por sua sociedade. Portanto, todas as minorias são automaticamente condenadas a ser reprimidas, uma vez que, por definição, elas buscam algo que não é do interesse geral da população. Defender o direito dos homossexuais, ou de pessoas de um grupo religioso sem grande expressão, seria perda de tempo. Afinal, se é a sociedade que define o que é ou não correto, por que ela iria mudar seus padrões para se ajustar às necessidades de um determinado subgrupo? Seriam eles que deveriam se adequar ao que é aceito socialmente.

Para os relativistas não podemos entender as ações de outros grupos se as analisarmos em termos de nossos motivos e valores; precisamos interpretar seu comportamento à luz de seus motivos, hábitos e valores, para que possamos compreendê-las.

O sociólogo Paul Horton<sup>93</sup> menciona como exemplo o caso da polícia montada do Canadá, ao entrar na região ártica para prender um esquimó que cometeu homicídio. O que para nossa cultura seria razoável, na cultura dos esquimós não o é, já que para eles matar pode ser justificado, pois suas normas exigem que um homem vingue uma ofensa cometida contra um parente. Este tipo de vingança não é considerado como desordenado ou desviante; é a única espécie de ação que um homem honrado pode encetar. Nós condenaríamos o homem que toma a lei em suas próprias mãos e busca vingança, ao passo que eles condenariam o

---

<sup>92</sup>HORTA, Ana. **Relativismo Cultural**, disponível em <http://www.notapositiva.com.br>, acessado em 14 de julho de 2010, às 8 h 30.

<sup>93</sup>HORTON, Paul. **Sociologia**, São Paulo: McGraw-Hill Brasil, 2003, p. 132.



homem que tem tão pouca coragem e lealdade de grupo a ponto de permitir que seu parente não seja vingado.

Como contraponto ao exemplo acima, podemos pensar em uma sociedade hipotética de psicopatas, onde cometer crimes hediondos é algo considerado normal. Será que alguém tem mesmo coragem de afirmar que nós “devemos respeitar essa sociedade de psicopatas” e que “é tudo uma questão de ter uma cultura diferente”? Se o pajé da aldeia, representando as crenças de sua religião, afirma que pessoas que deliram por causa da febre devem ser espancadas para “afastar os maus espíritos”, isso é algo que deve ser respeitado? Tentar usar a cultura como desculpa para legitimar qualquer tipo de comportamento não é só algo contraditório, mas é também defender todo tipo de absurdo cometido pelos seres humanos. Por trás de um belo discurso de respeito ao outro, existe na verdade a completa negação do direito de pensar diferente e o acobertamento de atos abomináveis que sejam cometidos por qualquer grupo.

É evidente que diferentes sociedades elegeram diferentes padrões morais, isso ninguém pode negar. Mas podemos perceber que existe certa regularidade nesses padrões. Salvo circunstâncias muito específicas, nenhuma sociedade tolera roubo e assassinato; além disso, em praticamente todas as sociedades existe algum conceito relacionado à “família”. Essa regularidade nos mostra que embora os padrões morais sejam de fato resultado da cultura de um grupo, existe algo que direciona até certo ponto a formação desses padrões. Deve existir algo, comum a todos os seres humanos, que influencia na determinação do que deve ser considerado como certo ou errado.

É claro que o não reconhecimento de outras culturas pode levar a sérios problemas étnicos e de identificação, como lembra o também sociólogo José Trindade<sup>94</sup>.

Não se deve confundir, portanto, multiculturalismo, que é o reconhecimento da existência de várias culturas, no qual se deve buscar um ponto comum que garanta uma carga mínima de Direitos Humanos, com o relativismo cultural, que compreende a manutenção de cada cultura como forma de garantir o reconhecimento cultural, mesmo que sejam entre elas completamente distintas a noção e a proteção dos direitos humanos.

Visto pelo plano da racionalidade, o relativismo cultural está associado ao irracionalismo porque “nega a existência de fatos transculturais moralmente relevantes”, o

---

<sup>94</sup>TRINDADE, José. **Etnocentrismo, Multiculturalismo e Relativismo Cultural – a Guetização das Minorias**, disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>, acessado em 12 de julho de 2010, às 22 h.

que Catão<sup>95</sup> denomina de um “mínimo de comensurabilidade entre as diversas culturas”.

Se encontramos dificuldades em trabalhar com a ideia de direitos humanos numa visão multiculturalista, mais difícil se torna quando tal multiculturalismo encampa um relativismo cultural.

Para mostrar tal dificuldade não só no âmbito internacional, mas também entre culturas estabelecidas num mesmo Estado, Lino João de Oliveira Neves<sup>96</sup> nos informa que um estudioso da cultura indígena, em uma reunião com índios pouco civilizados, passou-lhes a explicar o que era Constituição e Constituinte, quando um deles levantou e disse: “falamos tão mal dos brancos, mas eles até que fazem coisas inteligentes. Essa tal de Constituição é uma coisa boa. Vamos então criar a nossa Constituição, para definirmos nosso território, quem pode entrar na reserva, nossa língua, nossas festas etc.”

Pensamos, portanto, na esteira do pensamento de Adrualdo Catão, que não se deve aceitar um conceito universal de humanidade, o que, todavia, não significa a defesa de uma fixação de identidades e a exacerbação do conceito de luta a ponto de justificar atitudes violentas. “Qualquer atitude de rechaço à conversação política ou mesmo filosófica é um autoritarismo incompatível com uma cultura de tolerância pregada pelo pragmatismo aqui defendido”.<sup>97</sup>

Como visto acima, através das lições de Richard Rorty e Nancy Fraser, além da distinção humano-animal, para a identificação do ser humano como detentor de direitos humanos encontramos também a distinção homem-mulher e adulto-criança.

Tomando por base os ensinamentos de Habermas:

Os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tais como **sexo, idade**, experiência em processos, tipo de relação social envolvida no conflito, etc. [...]) Daí a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte de clientes carentes de proteção.<sup>98</sup> (destaques nossos).

<sup>95</sup>CATÃO, Adrualdo. **Uma visão Pragmatista das Teorias do Reconhecimento: Advertências Contra o Autoritarismo, a Intolerância e o Relativismo Cultural**, Recife: Caderno da Ruy Antunes, nº 1, Nov. 2006, p. 36.

<sup>96</sup>NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos Mágicos do Sul (do Sul): Lutas Contra-hegemônicas dos Povos Indígenas no Brasil, *in* **Reconhecer para Libertar, Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural**, org. SANTOS, Boaventura de Souza, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.119.

<sup>97</sup>CATÃO, *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>98</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade**, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.149.

Miguel Cardina<sup>99</sup>, numa análise histórica acerca do feminismo, informa que Olympe de Gouges escreve, em 1791, uma *Carta dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, na qual defende a igualdade entre homens e mulheres no domínio público e privado”. Acrescenta que a ousadia da francesa foi severamente punida e, a 3 de novembro de 1793, Olympe de Gouges é guilhotinada. “A República proclamava a universalidade dos direitos, mas não podia tolerar que as mulheres deles usufruíssem.”

Segundo Rubens Queiroz<sup>100</sup>, essa posição do homem e da mulher foi sempre aceita como resultado de um consenso natural, da mesma natureza do consenso que, no entender dos filósofos, levou à constituição e estruturação da sociedade com um governo que lhe garantiria justiça e proteção contra o inimigo. O consenso social em relação ao *status* da mulher estabelecia sua responsabilidade social segundo as responsabilidades imanentes a seus predicados de maternidade e sentimento inato de amor e proteção dos filhos, enfatizando que “se a honra ou nobreza do homem estavam ligadas à defesa da pátria, a honra da mulher estava em manter e defender os valores sociais na educação dos filhos, e em sua atividade doméstica exemplar”.

Lembra, porém, Stuart Mill, em festejada obra sobre a discriminação em relação à mulher, que não houve nenhuma tentativa racional de modelos diferentes para se chegar à conclusão de que a mulher no exercício de papéis secundários seria o ideal para a humanidade.<sup>101</sup>

Embora não seja nosso objetivo abrir discussão acerca do feminismo, nos parece importante ressaltar a discriminação verificada no Direito, em relação às mulheres, já que são semelhantes os obstáculos enfrentados pelas crianças e adolescentes na efetivação de seus direitos fundamentais.

---

<sup>99</sup>CARDINA, Miguel. **Feminismo, um Nome ainda Novo**, disponível em [HTTP//www.feminismoemdebate.com.br](http://www.feminismoemdebate.com.br), acessado em 20 de julho de 2010, às 13 h 45.

<sup>100</sup> COBRA, Rubens Queiroz. **Feminismo**, disponível em [HTTP//www.feminismoemdebate.com.br](http://www.feminismoemdebate.com.br), acessado em 20 de julho de 2010, às 15 h 45.

<sup>101</sup> MILL, Stuart. **A Sujeição das Mulheres**, Tradução Debóra Ginza, São Paulo: Editora Escala, 2006, p.19.

O tratamento jurídico desigual é estudado e discutido em todos os países do mundo durante muito tempo, o que é ressaltado, por exemplo, na Argentina, por Jorge Scala<sup>102</sup> e Beatriz Kohen<sup>103</sup>, e na Inglaterra, por Louise Bender<sup>104</sup>.

Tais discriminações alcançam todos os aspectos da proteção jurídica da mulher, inclusive o direito de reconhecer filhos, como lembram, na Espanha, Agustim Motilla e Paloma Lorenzo.<sup>105</sup>

A mulher no direito islâmico também sofre infundadas discriminações, asquais prevêm, por exemplo, que o cônjuge sobrevivente tem direito a uma cota fixa da herança, porém, se for o marido, a cota será de metade, se não tiver filhos, ou de um quarto caso os tenha. Sendo a mulher a sobrevivente, sua cota será a metade da prevista para o marido, ou seja, um quarto se não tiver filhos, e um oitavo caso os tenha.<sup>106</sup>

Some-se a isso a interrupção voluntária da gravidez, entre outras questões controvertidas que surgem nesse bojo. Ao lado do feminismo, que busca a igualdade formal e material, o feminismo radical pretende a inversão dos papéis atualmente vivenciados, ou seja, a dominação das mulheres em relação aos homens, como lembra Jorge Scala<sup>107</sup>.

Constatamos, portanto, que assim como temos dificuldade de promover uma perspectiva de universalização de direitos humanos num universo multiculturalista, em razão da cor, da raça, da religião, da orientação sexual etc., tal dificuldade também se evidencia pelo simples fato de a pessoa não ser do sexo masculino, o que impõe toda essa importante discussão acerca do feminismo, que na sua boa essência nada mais é do que uma tentativa de vencer as barreiras culturais para promover uma igualdade de direitos entre homens e mulheres, já que não se pode negar que o Direito é masculino, feito por uma maioria de homens para atender uma minoria de homens.

Tais dificuldades também se verificam quando se trata de direitos humanos vinculados às crianças e aos adolescentes.

---

<sup>102</sup>SCALA, Jorge. **Género y Derechos Humanos**, Buenos Aires: Vórtice, 2004, p. 8.

<sup>103</sup>KOHEN, Beatriz. **El Género en La Justicia de Familia – Miradas e Protagonistas**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. P. 45. “Si bien las diferencias entre mujeres deben ser tenidas en cuenta, éstas non deberían servir para subdividir a las mujeres en fracciones infinitamente pequeñas que acaben por conducir a un análisis solo capaz de cubrir casos individuales”.

<sup>104</sup>BENDER, Louise. **From Gender Difference to Feminist Solidarity: Using Carol Gilligan an an Ethic of Care in Law, in Sourcebook on Feminist Jurisprudence**, Londres: Cavendish, 1997, p. 204 e 205, *apud* KOHEN, *Op. cit.*, p. 45.

<sup>105</sup>MOTILLA, Agustín & LORENZO Paloma. **Derecho de Familia Islámico – Problemas de Adaptación AL Derecho Español**, Madrid: Editorial Colex, 2002, p. 97.

<sup>106</sup>*Ibidem* p.108.

<sup>107</sup>SCALA, *Op. Cit.*, p. 64 e 65.

Até a Constituição de 1988, vivíamos sob a égide do “Código de Menores”, que tratava, em sua essência, das sanções aos menores infratores sem a preocupação com a proteção que lhes seria necessária, passando a expressão “menor” a sofrer determinado estigma, por se encontrar vinculada a pessoa não adulta que comete ilícito ou que se encontra abandonada. Daí, com a CF vigente, passou-se a utilizar os termos criança e adolescente, quebrando tal estigma, embora se use menor em outras situações jurídicas. Idêntica situação aconteceu com o concubinato puro, que ao ser reconhecido expressamente pela Constituição passou a se denominar união estável, quebrando o estigma que a palavra concubinato carregava consigo, por se encontrar vinculada a traição, adultério, amásia etc.

Ressalte-se a dificuldade da efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, já que, se no feminismo, onde os autores do processo de modificação, em função da plena capacidade são, na maioria das vezes, destinatários de tais mudanças, tem-se a dificuldade de efetivação da mudança da cultura machista ou patriarcal, no caso das crianças e adolescentes que não podem ser protagonistas de suas próprias reivindicações, precisando de adultos para encabeçar essas lutas.

Não podemos esquecer, porém, que não é a primeira vez que isso acontece, já que, há bem pouco tempo, os escravos precisaram de cidadãos livres para lutar pelos direitos deles, e isso aconteceu levando à abolição e à inclusão dos ex-escravos como sujeitos de direitos.

Numa perspectiva interna, todo Estado possui composição heterogênea, fazendo com que o reconhecimento da pluriétnica e da pluriculturalidade constitua um imperativo para a aceitação dos direitos de todos os grupos presentes em sua formação, o que culmina no respeito pela dignidade humana. Dessa forma, concretiza-se a igualdade jurídica.

Considerando o multiculturalismo como inegável característica de qualquer país, preservam-se valores inerentes à totalidade do ser humano, nos aspectos físico, mental, social e espiritual, em relação às necessidades presentes e futuras, atentando primordialmente para a vida, saúde, educação, liberdade, convivência familiar e comunitária e a dignidade.

Nesse ínterim, incluem-se como sujeitos de direitos integrantes de uma sociedade multicultural a criança e o adolescente, cujas garantias jurídicas, como ensina Philippe Ariès<sup>108</sup>, estão fundamentadas nos princípios da dignidade, da não-discriminação e do direito à informação, “partindo-se do pressuposto de que, enquanto possuidores de condição peculiar

---

<sup>108</sup>ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 12.

de sujeitos em desenvolvimentos, é imprescindível sua proteção e salvaguarda por parte do Estado”.

Com a mobilização social pela infância, em meados dos anos 70, e com o advento da Lei Federal 8.069/90, instituiu-se uma legislação para todas as crianças e os adolescentes, sem distinção de raça, cor, sexo e classe social, sendo as políticas públicas pautadas pela universalidade e pela garantia de direitos, o que acarretou o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, como já frisado acima.

A partir de então, para garantir uma maior participação desses sujeitos de direitos, surge a necessidade de construir espaços próprios de inclusão, “com metodologia adequada e preocupação pedagógica da participação como um processo educativo”, com fulcro no ideal de que reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos significa “reconhecê-los como sujeitos de sua própria história e da história social coletiva”<sup>109</sup>.

Algumas características da participação são condição essencial ao pleno desenvolvimento das faculdades humanas e, no caso de crianças e adolescentes, implicam a alteração nas relações sociais baseadas na autoridade e na subordinação, evoluindo para relações de sujeitos com os mesmos direitos, ainda que em situações geracionais distintas, ensejando espaços de participação também diferenciados.

Os direitos de crianças e adolescentes encontram-se positivados, dentro do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, na Convenção sobre os Direitos da Criança, já antes mencionada, que teve sua origem associada ao fortalecimento da proteção de crianças e adolescentes a partir da concepção de que tais pessoas se encontravam em condição de vulnerabilidade e discriminação, sendo imperiosa a adoção de medidas protetivas.

A Convenção inova ao explicitar os direitos humanos de crianças, exigíveis como os dos adultos, alegando, inclusive, que toda criança tem direito de expressar sua opinião acerca de qualquer assunto de seu interesse, o que implica dizer que as crianças e os adolescentes devem escutar e ser escutados, opinar, intervir, mesmo na vida pública, como salvaguarda de um direito indispensável como a participação.

---

<sup>109</sup>CUSSIÁNOVICH, Alejandro. & MÁRQUEZ, Ana Maria. **Participação das crianças e adolescentes como protagonistas**. Tradução de Sergio Cataldi., Rio de Janeiro: Educar, 2002, p. 68.

Diante disso, como lembram Raquel Sparemberger e Carolina Kretzmann<sup>110</sup>, apreende-se que o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos “engendra a afirmação de sua cidadania plena, em respeito ao multiculturalismo”, cidadania essa que pode e deve ser exercida em qualquer fase do desenvolvimento humano, reforçando-se a ideia de que uma sociedade multicultural e efetivamente democrática deve criar um sistema de garantia de direitos que ofereça a prioridade absoluta e a proteção integral à criança e ao adolescente, bem como “construir novos espaços participativos, de maneira que seja alterada a relação Estado e infância, assegurando uma nova gramática social na família, escola, comunidade e na democracia”.

Porém, mesmo com a proteção legal obtida em relação à criança e ao adolescente, enfrentamos ainda no Brasil graves problemas de efetivação de tais direitos, em razão de um relativismo cultural travestido de multiculturalismo.

Vejamos a questão das práticas infanticidas no seio de tribos indígenas, mostrando que valores intrínsecos, como religião e costumes, transformam-se em “barreiras incólumes de difícil acesso à exegese”.<sup>111</sup>

O artigo 231 da Constituição Federal, ao dispor que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (...)”, identifica a pluralidade de culturas e oferta uma concepção realista.

Ocorre que esta nova hermenêutica constitucional flexível leva a conflitos entre os direitos fundamentais, a saber: a dignidade da vida humana e os costumes indígenas que legitimam o infanticídio, de forma a demonstrar a incompatibilidade de preceitos.

Esbarram-se, portanto, duas visões: a universalista, afirmando um valor inerente a todo ser humano, e a relativista, em que valores são relativizados de acordo com a análise de cada cultura.

Para resolver tal conflito, necessário haver uma conciliação entre os preceitos, que somente será alcançada através de teorias para uma aplicação concreta, como lembra Gerônimo Ferreira Macêdo Júnior.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup>SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes & KRETZMANN, Carolina Giordani. **Antropologia, multiculturalismo e Direito: O reconhecimento da identidade das comunidades tradicionais no Brasil**. In: COLAÇO, Thais Luzia. *Elementos de Antropologia Jurídica*. São José: Conceito Editorial, 2008, p. 93-124.

<sup>111</sup>MACEDO JÚNIOR, Gerônimo Ferreira.. **Considerações Críticas Acerca do Infanticídio Indígena no Marco dos Direitos Humanos**, disponível em <http://www.antropologiaemdebate/artigos.com.br>, acessado em 21/7/2010, às 10 h 30.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

Para combater o universalismo, Boaventura de Souza Santos<sup>113</sup> promoveu o estudo do “diálogo intelectual”, afirmando ser preciso recorrer a um diálogo entre culturas para que se modifique o núcleo dos sentidos. É um processo de reconceituação fundado na ideia de que cada cultura é imperfeita e incompleta, “pois, se não o fosse, existiria apenas uma perfeita e acabada”.

Assim, apontada a deficiência de tal pensamento, importa analisar a hermenêutica constitucional, que, para o autor, é o meio que possibilita a condução dos conflitos para um total ou parcial desfecho.<sup>114</sup>

A solução está na concordância prática entre os princípios, de modo que não importe em exclusão de um ou outro, e sim, na sua conciliação. Clama-se, portanto, por uma ponderação.

O Congresso já se manifestou acerca do tema em audiência pública, no ano de 2007. O então deputado Henrique Afonso apresentou seu projeto de lei, denominado *Muwaji*, que visa ao combate de práticas culturais nocivas ao país. O art. 6º do citado projeto estatui:

Constatada a disposição dos genitores ou do grupo em persistirem na prática tradicional nociva, é **dever das autoridades judiciais competentes promover a retirada provisória da criança e/ou dos seus genitores do convívio do respectivo grupo** e determinar a sua colocação em abrigos mantidos por entidades governamentais e não governamentais, devidamente registradas nos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Para Gerônimo, o projeto se mostra inconstitucional e se apresenta “como uma violência que emerge para ferir de morte o princípio da proporcionalidade, limite para os excessos discricionários do poder público”.<sup>115</sup>

Conclui o referido autor que havendo colisão entre dois mundos distintos, “deve-se recorrer, pois, a uma hermenêutica que considere todas as circunstâncias do caso concreto, e perscrute outros ramos do saber com vistas a encontrar uma ‘ponte’ que oriente para soluções”. O importante é “fazer prevalecer a vida em face do costume, contudo, jamais impondo e desrespeitando o direito dos povos”.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup>SANTOS, Boaventura Souza. & NUNES, João Arriscado, **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**, in Reconhecer para Libertar, Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural, org. SANTOS, Boaventura de Souza, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p 429-432.

<sup>114</sup>*Ibidem*, p. 430.

<sup>115</sup>MACEDO JÚNIOR, Gerônimo Ferreira.. **Considerações Críticas Acerca do Infanticídio Indígena no Marco dos Direitos Humanos**, disponível em <http://www.antropologiaemdebate/artigos.com.br>, acessado em 21/7/2010, às 10 h 30.

<sup>116</sup>MACEDO JÚNIOR, Op. Cit.



Além da violação do direito à vida – direito mais elementar do ser humano – através do infanticídio indígena, ainda temos no nosso país outras graves violações aos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, como o trabalho infantil, principalmente nas regiões Norte e Nordeste; a prostituição infantil e a venda de crianças para exploração sexual, esta última ainda comum no extremo norte do país.

Vê-se, diante desse quadro, a dificuldade de implantação de um rol mínimo de direitos humanos relativos às crianças e aos adolescentes, dentro do próprio território nacional, em decorrência de um relativismo cultural cada vez mais evidente - e muito mais complexo se torna quando se trabalha com uma universalização ou uma internacionalização de direitos humanos relativos a esses sujeitos.

Além de violações tão graves a esses direitos humanos, como acontece no Brasil, alguns países ainda diferenciam filhos, tanto os biológicos como os adotados, com maior evidência nos países islâmicos, que além de promover severas discriminações em relação às mulheres, também as fazem em relação aos não adultos, como destacam Agustim Motilla e Paloma Lorenzo<sup>117</sup>.

Lembram ainda os autores espanhóis que o “Alcorão” proíbe expressamente que o filho adotado incorpore os mesmos nomes de família e tenham os mesmos direitos hereditários que os biológicos.

Tomando apenas os exemplos acima, podemos concluir com facilidade que o Direito não só é masculino, mas também é adulto, e que se o feminismo, como uma teoria do Direito<sup>118</sup>, tem sido importante para a mitigação das discriminações indevidas ainda sofridas pelas mulheres, e na tentativa de uma universalização de uma carga mínima de direitos humanos relativos às mulheres, há de se discutir, com a mesma intensidade, uma teoria que busque os mesmos objetivos, só que direcionados aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Ressalte-se que quando se trata de incapazes, a luta pela igualdade no Direito se torna ainda mais complexa, já que, segundo Habermas, ao criticar tanto o Estado Social quanto o Estado Liberal, existe uma distinção entre a liberdade de direito e a liberdade de fato, e nos casos dos incapazes tal diferenciação se torna ainda mais nebulosa, já que<sup>119</sup> “a

---

<sup>117</sup>MOTILLA, Agustín & LORENZO Paloma. *Derecho de Familia Islámico – Problemas de Adaptación al Derecho Español*, Madrid: Editorial Colex, 2002, p.95 e 96.

<sup>118</sup> A ideia de ser o feminismo uma teoria do Direito, nos foi passada pelo Professor Eduardo Ramalho Rabenhorst, durante um dos módulos da disciplina Temas Jurídicos Fundamentais do Mestrado.

<sup>119</sup>HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade**, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.154 e 155.

liberdade de fato mede-se pelas conseqüências sociais observáveis que atingem os envolvidos, resultantes das regulamentações jurídicas”, ao passo que a igualdade de direito “refere-se à sua competência em decidir livremente, no quadro das leis, segundo preferências próprias”.

O fato de se prever uma enorme carga de regulamentações específicas para a proteção de determinada categoria de sujeitos de direitos não significa torná-los iguais mediante compensação, pois o simples fato de haver a necessidade de compensações legais demonstra a própria desigualdade.

Da mesma forma, parece-nos absurda a ideia da necessidade de uma lei que proíba crianças de serem agredidas pelos pais – o Projeto de Lei que está sendo denominado de Lei da palmada –, pois tal previsão não traz igualdade, pelo contrário, evidencia a desigualdade jurídica entre adulto e criança, e o que é mais grave, parte do pressuposto de que as famílias não estão, em regra, em condições de promover as necessárias relações de autoridade entre os seus membros.

Do reconhecimento da individualidade de todos os membros da família, bem como da independência de seus interesses, “não resulta a necessidade de desenvolver um sistema de intervenção detalhado, referido à realização de idéias pedagógicas precisas”.<sup>120</sup>

A questão parece afunilar para a conveniência de se compatibilizar uma universalização de direitos humanos ligados às crianças e aos adolescentes, respeitando uma multiculturalidade necessária, evitando, todavia, um relativismo cultural que impeça a efetividade de tais direitos humanos.

O universalismo que nos propomos a defender não é um culturalismo absoluto, mas uma carga mínima de direitos humanos que possa ser universalizada, apesar do respeito às diversas bases culturais, tanto hegemônicas como minoritárias.

Nesta vertente, o rol de direitos humanos a serem universalizados estaria diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, o que estaria em acordo com as reivindicações dos movimentos de negros, feministas, gays, indígenas e povos colonizados, religiosa ou etnicamente menos valorizados ou considerados pela maioria (palestinos, curdos, armênios e ciganos), acrescentando aí as crianças e os adolescentes.

---

<sup>120</sup>SIMITIS, S. Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen, *apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade**, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.155 e 156.

Na globalização em que vivemos, o multiculturalismo e a possibilidade de estabelecer-se uma pauta comum de posições encontram mais uma vez a dignidade humana como vetor. A perspectiva de universalização de tais direitos passa pelo reconhecimento das diversas comunidades e de suas respectivas diversidades culturais.

Podemos, no nosso entender, encarar a luta pela efetivação dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes como uma luta social, até porque, se encararmos as diversas lutas sociais, em todas elas há de se reconhecer as crianças envolvidas, já que estas sofrem duas discriminações: uma, por se encontrarem inseridas em determinado grupo discriminado (negro, índio, muçulmano etc.); outra, pelo simples fato de serem crianças - o que se utiliza aqui por analogia com o que também acontece, muitas vezes, com as mulheres. Para combater tais lutas sociais, segundo Honneth<sup>121</sup>, é necessária uma análise da gramática moral que se encontra por trás desses conflitos. Para ele a noção de reconhecimento está ligada a questões de formação de identidade individual e coletiva, sendo compreendida como pré-condições sociais necessárias à atribuição do respeito e da autoestima.

Embora as teorias do reconhecimento tratem das lutas sociais clássicas, como já visto, sem um espaço destinado especificamente para os direitos das crianças e dos adolescentes, é possível aproveitar a essência dessas estruturas para estendê-las a esses sujeitos, que, como visto, possuem mitigação em seus direitos humanos pelo simples fato de não serem adultos.

Poder-se-á argumentar que se há necessidade de discutir, como teoria, a universalização dos direitos humanos relativos às crianças e aos adolescentes, dever-se-ia estruturar teorias para a proteção de diversas outras categorias de sujeitos, como idosos e deficientes, por exemplo, o que não parece absurdo.

Estamos a tratar de uma análise que conclui que o Direito é adulto, ou melhor, feito por adultos para atender adultos, o que promove uma carga de inefetividade de direitos relativos aos não adultos, impondo a produção de uma série de normas “protetivas” e de “discriminações positivas” que servem muito mais para realçar a desigualdade do que para promover a igualdade.

Se outras categorias de sujeitos passam por essa mesma situação jurídica, nos parece que a luta pela igualdade se torna, da mesma forma, importante, sendo imperioso frisar

---

<sup>121</sup>HONETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: ed. 34, 2003, p. 84.

que a igualdade, nestes casos, deve ser vista como inclusão no gênero humano, e não como forma de excepcionar o sujeito desse gênero. Por exemplo: numa lei que prevê que os órgãos públicos devem possibilitar o acesso a todas as pessoas, deve estar implícito que os deficientes e idosos são pessoas e devem estar incluídos neste acesso. No momento em que se precisa de uma lei que ressalte que o acesso deve ser promovido para os deficientes ou para os idosos, isso significa que a lei geral não é suficiente, ou seja, a igualdade que se pretende através da lei específica realça a desigualdade na lei geral e demonstra uma cultura de segregação que não mais deve ser aceita.

Portanto, dentro da necessidade de se conviver num mundo multicultural cujas diversidades se fazem importantes para a própria construção do ser humano, não se pode impor radicalmente uma cultura hegemônica contra todas as demais culturas minoritárias. Porém, há de se identificar, através das culturas mais flexíveis e mais bem organizadas, uma carga mínima de direitos humanos vinculados à dignidade da pessoa humana que possa ser universalizada, como forma de se garantir o mínimo existencial a qualquer membro da comunidade humana.

No caso das crianças e adolescentes, nos parece importante, além do direito básico à vida, alguns específicos, como a proibição do trabalho infantil, o direito à educação, à não exploração sexual, à igualdade entre os filhos, a conhecer sua ascendência genética, à convivência familiar e comunitária, entre outros.

Resta claro, todavia, que tal universalização não se dará só pelo Direito ou apenas pelo amadurecimento natural das comunidades, no sentido de promover tais reconhecimentos. Haverá de se unir esforços em todos os campos de comunicação entre os seres humanos, sendo o mercado um dos veículos mais significativos para tais transformações. Se, além das sanções jurídicas que porventura possam ser impostas às comunidades que desrespeitam os direitos das crianças e dos adolescentes, forem estabelecidas sanções econômicas e comerciais, como aconteceu com as grandes empresas que decidiram não comprar produtos de outras que se utilizem do trabalho infantil, muitos desses desrespeitos serão mitigados.

No caso do direito de convivência, encontramos em alguns recantos das regiões Norte e Nordeste a cultura de que as crianças são criadas e educadas pelas mães, e quando há a separação do casal, o pai não tem qualquer compromisso em manter contato com os filhos, que são de responsabilidade da mãe, contribuindo, apenas, com a pensão alimentícia. Tem-se enraizado na cultura desses locais que o pai é pai dos filhos da mulher que está com ele, o que impede a convivência com os filhos da relação anterior, cultura que não pode ser aceita no

nosso contexto constitucional, pois, do contrário, seria, em razão do respeito ao multiculturalismo, ferir de morte direito humano fundamental tão relevante.

Só através do insistente discurso teórico sobre o tema, aliado às práticas inerentes a todas as lutas sociais, poderemos promover uma maior garantia de efetivação dos direitos humanos relativos às crianças e aos adolescentes, preservando a diversidade cultural, sem ceder ao relativismo cultural irracional.

### 3 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DENTRO DA COMUNIDADE FAMILIAR

#### 3.1 Juridicidade do afeto

Uma das grandes dificuldades de defendermos a necessidade e a possibilidade de o Estado efetivar o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, dentro da família, principalmente no caso em que o pai ou mãe não guardião não cumpre o dever de convivência, está intimamente ligada à noção de afeto.

Não se apresenta fácil a tarefa de defender que o dever de convivência não está ligado a um afeto/amor ou afeto/carinho, e sim a um afeto/responsabilidade, este sim, exigível por parte do Estado-Juiz.

A afetividade foi, como anteriormente dito, consagrada e reconhecido pelo ordenamento pátrio, passando o afeto a ser objeto de proteção pelo Direito.

A Constituição Federal elegeu o afeto como elemento nuclear das relações familiares, que perdem os aspectos patrimonial, religioso, político e social como seus alicerces principais.

Merece realce o fato de que não só a doutrina, mas também a jurisprudência brasileira vem se valendo do afeto como razão de decidir, o que se encontra, até mesmo, em decisões do Supremo Tribunal Federal, ao julgar processos envolvendo guardas para avós.<sup>122</sup>

Afeto é comumente utilizado como afeição, amor, simpatia e amizade.<sup>123</sup> Porém, o afeto que merece proteção jurídica, como elemento de importância para o Direito, é, como já tivemos oportunidade de mencionar, o afeto-responsabilidade, como direito-dever fundamental imposto pelo sistema jurídico.

Grande é a dificuldade de se trabalhar o afeto como valor jurídico, principalmente em países latinos, como o Brasil, onde o povo de “sangue quente”, com emoções à flor da pele, tratam as questões relacionadas com relações pessoais com muito sentimentalismo, fazendo com que falar em imposição de afeto, mesmo afeto-responsabilidade, encontre uma tremenda reação negativa na comunidade.

---

<sup>122</sup>BRASIL, STF – AI nº 588373/SE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU 4.4.2008, Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br); acesso em: 1.10.2010.

<sup>123</sup>BARBOSA, Águida Arruda. Por que estatuto das famílias? In DIAS, Maria Berenice (coord.). **Direito das Famílias: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 45.

Em alguns países da Europa, como na Alemanha, por exemplo, onde se comenta que o povo é menos emotivo, não se encontram grandes dificuldades na efetivação do direito de convivência dos filhos, o que é determinado no próprio BGB, sendo fiscalizado pelo Judiciário, como já comentado acima.<sup>124</sup>

Parece-nos claro que para que se possa impor o afeto como valor jurídico, se faz necessário tratá-lo de forma objetiva e não simplesmente em razão de seu aspecto subjetivo ou emocional.

O afeto objetivo, que se pode mensurar juridicamente, é o que está relacionado com solidariedade, respeito, assistência, cuidado, responsabilidade e convivência.

O afeto é, portanto, um dever recíproco entre os integrantes de um grupo familiar, conferido e imposto a todos, de acordo com o papel que cada um ocupa na entidade.

### **3.2 O afeto decorrente da paternidade/maternidade responsável**

Já tratamos acima da dificuldade de conceituar criança, pois devido ao multiculturalismo verificado no mundo e até mesmo dentro de um mesmo país, as crianças ou não são sujeitos de direitos ou são encaradas como adultos em miniatura, exercendo em pé de igualdade as mesmas atividades. Contudo, a evolução da humanidade alterou a visão da criança e do papel que a ela ocupa na sociedade. Em todo o mundo são encontrados exemplos de normas que reconhecem suas condições e necessidades especiais e buscam protegê-las de toda sorte de abusos. No Brasil, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente com os Códigos Civil e Penal, estabelecem mecanismos de defesa para os indivíduos que se encontram nessa fase especial de formação.

Na visão objetiva do afeto-responsabilidade, são os pais os maiores responsáveis pela efetivação do direito de convivência dos filhos, seja qual for a origem da paternidade ou da maternidade.

Acerca da importância do afeto na formação das crianças, informam Michael e Sheila Cole<sup>125</sup>, em estudo realizado com crianças que foram adotadas e que permaneceram institucionalizadas, que o desenvolvimento dessas crianças depende do cuidado subsequente.

---

<sup>124</sup>SCHÜTER, Wilfred. **Código Civil Alemão – Direito de Família**, tradução de Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p.145.

<sup>125</sup>COLE, Michael e COLE, Sheila R. **O desenvolvimento da criança e do adolescente**. 4ª ed. Tradução Magda França Lopes. Artmed: Porto Alegre, 2003, p. 282-283.

Aquelas que foram adotadas por famílias superaram suas limitações. As crianças que foram adotadas antes de dois anos de idade apresentaram um desenvolvimento esperado quando foram testadas entre dois e três anos depois da sua adoção, e aquelas que foram adotadas entre os dois e os seis anos de idade só estavam levemente atrasadas em seu funcionamento intelectual.

De acordo com os autores, as crianças que permaneceram institucionalizadas não tiveram um destino tão bom. Aos seis anos de idade, as meninas foram enviadas para uma instituição e os meninos para outra. A instituição das meninas, como o orfanato, proporcionou poucas experiências estimulantes e virtualmente nenhuma atenção pessoal. Quando essas meninas foram testadas, com 12 a 16 anos de idade, foram avaliadas como intelectualmente deficientes, sendo incapazes de operar na sociedade moderna. Mal conseguiam ler, não sabiam ver as horas e eram incapazes de discar um número de telefone de sete dígitos ou mesmo contar um troco em uma loja

O respeito, a assistência, o cuidado e a convivência que integram o afeto-responsabilidade são deveres inerentes tanto à maternidade quanto à paternidade, razão pela qual a Constituição Federal, ao tempo que estabeleceu como sendo dos pais o direito de promover o planejamento familiar, estabeleceu, também, que tanto a maternidade quanto a paternidade devem ser exercidas de forma responsável.

Embora não estejamos muito acostumados a tratar sobre deveres fundamentais, tal tema tem ganhado grande espaço na doutrina internacional, merecendo a citação do professor indiano R.C. Pandeya, da Universidade de Delhi, citado por Marcus Vinícius Reis, que informa:

Para um hindu, não existem direitos só pelo fato de ser humano, pois os direitos devem ser conquistados e são resultados de obrigações. Se concedem direitos a um hindu é porque existem obrigações para esse hindu. Se há uma carta de direitos humanos, deve haver uma carta de obrigações para os seres humanos.<sup>126</sup>

Para que a paternidade e a maternidade sejam exercidas de forma responsável, é necessário que ambos os pais participem efetivamente da criação, educação e manutenção dos filhos, pois tanto a referência paterna quanto a referência materna são indispensáveis na formação da criança.

---

<sup>126</sup>REIS, Marcus Vinícius. **Multiculturalismo e Direitos Humanos**, disponível em [www.jusnavegandi.com.br](http://www.jusnavegandi.com.br), acessado em 23 de junho de 2010, às 9 h 30.



O abandono por qualquer dos pais, além de gerar uma incompletude na formação do menor, pode provocar desvios de comportamento, problemas psicológicos e psiquiátricos e consequências mais sérias como adiante se verá.

Como a efetivação de um direito fundamental depende em regra do cumprimento de um dever também fundamental, o direito de convivência dos filhos depende do cumprimento do dever de convivência dos pais, este decorrente da paternidade-maternidade responsável, sendo a participação de ambos os pais fundamental para a concretização desse direito.<sup>127</sup>

Para a autora argentina Lidia Basset<sup>128</sup>, o “direito-dever de visita” do pai implica um correspondente direito-dever do próprio filho, na medida em aquele resulta num direito subjetivo familiar de dupla manifestação ou titularidade.

O afeto na relação paterno/materno-filial tem ganhado tanto espaço na construção da nova doutrina de família, chegando alguns autores, como a professora da Universidade Federal de Pernambuco, Fabíola Albuquerque<sup>129</sup>, a classificar a paternidade socioafetiva como gênero, e como espécies as paternidade/maternidade biológica e não biológica.

Merece destaque, portanto, o entendimento de que a paternidade/maternidade responsável se encontra vinculada à paternidade/maternidade que se constrói quer na relação afeto-dever do laço biológico, que já não é absoluto, quer na socioafetividade que se estabelece.

Podemos ressaltar, a título de exemplos, paternidade e maternidade biológicas que não impõem responsabilidade, como é o caso do doador de sêmen e o parto anônimo, previsto nos Projetos de Leis nº 2.747/2008 e 3.220/2008.

Acerca do parto anônimo, sustenta Fabíola Albuquerque que:

É necessário enfrentar o parto anônimo não apenas como uma alternativa para evitar o aborto e assegurar o anonimato da mãe [...] há de se compreender o instituto do parto anônimo como política pública de proteção à criança voltada à constituição do direito ao estado de filiação socioafetivo e à convivência familiar solidária e democrática, de modo a realizar o melhor interesse da criança.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 80.

<sup>128</sup> BASSET, Lidia N. Makianich de. *Derecho de Visitas – Régimen jurídico del Derecho y Deber de Adecuada Comunicación entre Padres e Hijos*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1997, p.68.

<sup>129</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à Brasileira e a Verdade do Registro Civil, *in* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e Dignidade Humana/Anais do V Congresso Brasileiro de Direito da Família**, Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006, p. 351.

<sup>130</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou retrocessos? *In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 1, , Porto Alegre: Magister., dez/jan 2008, p. 154.

Embora a identidade genética também seja importante para a identidade pessoal do ser humano, como lembra a professora Olga Krell<sup>131</sup>, não se deve confundir genitor com pai, nem genitora com mãe, já que genitor e genitora estão ligados ao vínculo genético que por si só pode não gerar responsabilidade, como já visto, embora todo ser humano tenha o direito de conhecer sua origem ou sua descendência genética, enquanto o pai e a mãe é relação que se constrói e gera responsabilidade independentemente de sua origem.

### 3.3 As formas de guarda e seus reflexos no direito de convivência

A guarda diz respeito à prerrogativa de ter o filho em seu poder, em ter-lhe a posse oponível a terceiros e vinculada aos deveres de prestar-lhe assistência material, moral e educacional. É da natureza do poder familiar, mas não da essência, visto que pode ser confiada a terceiro, desmembrada da relação paterno-filial, nos moldes do artido 33 do ECA. De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, “a guarda não significa apenas morar com o filho, implica uma relação afetiva, uma comunicação, um intercâmbio de idéias, sentimentos e opiniões, que gera uma comunidade de vida e interesse e um ambiente de grupo familiar”.<sup>132</sup>

A guarda está diretamente ligada ao direito de convivência, já que este será disciplinado em função da modalidade daquela.

Várias são as modalidades de guarda, como se verá adiante, merecendo destacar que, apesar da introdução da guarda compartilhada, de forma expressa, no nosso Código Civil, na nossa experiência na magistratura, atuando por mais de doze anos numa vara de Família, a grande maioria dos casos ainda se apresenta com a guarda unilateral consolidada, em regra com a mãe, ficando o pai com o direito de “visitas”, que em muitos casos não é cumprido.

Outra questão importante é a de que todas as formas de guarda podem ter a sua serventia, a depender do caso concreto, não se podendo afirmar, de antemão, que apenas a guarda compartilhada atende ao melhor interesse da criança, o que pode não corresponder à verdade.

---

<sup>131</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil – Princípios Éticos e Jurídicos**, Curitiba: Juruá, 2006, p. 171.

<sup>132</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado, Vol. 5 – Direito de Família**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 166.

### 3.3.1 Guarda unilateral

É aquela em que os filhos ficam com o pai ou com a mãe, cabendo ao outro o direito/dever de convivência.

A guarda unilateral, exclusiva ou não dividida é a tradicional no direito brasileiro e regulada especificamente no artigo 33, § 1º e *caput* da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ao dispor que a guarda se destina a regularizar a posse de fato e ainda que obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, “conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais”, como lembra Dimas Messias de Carvalho.<sup>133</sup>

Na guarda unilateral se verifica a maior relação com o direito de convivência, já que, sendo um dos pais o guardião exclusivamente, ao outro caberá o direito/dever de conviver com os filhos.

É neste tipo de guarda que se verifica o maior descumprimento do direito de convivência, quer por parte do guardião, quer por parte do não guardião, e onde se observa a maior incidência de alienação parental.

Há quem entenda que só existem dois tipos de guarda, a unilateral e a compartilhada, sendo a guarda alternada e a nidação ou aninhamento espécies de guarda unilateral. Sem entrar nessa discussão, trataremos, em seguida, também dessas duas modalidades.

É importante lembrar que a guarda pode ser conferida a terceiro, o que ocorre, em regra, através da guarda unilateral, mas também pode ocorrer na guarda compartilhada.

### 3.3.2 Guarda alternada

Ocorre quando os filhos passam um tempo com o pai e outro com a mãe, alternando-se as responsabilidades e os direitos decorrentes da guarda.

A guarda alternada corresponde à atribuição periódica da guarda a cada pai. “Neste semestre ou ano, por exemplo, o filho fica com a mãe, e o pai terá o direito de visitas; no próximo inverte-se, e ele fica com o pai, e a mãe o visitará nos horários

---

<sup>133</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 215.

preestabelecidos”.<sup>134</sup>

Em regra este tipo de guarda não atende ao melhor interesse dos filhos, já que estes terão de passar por constantes períodos de adaptação, quer quanto ao local onde morarão, quer em relação aos costumes da casa, à forma de criação, além da dificuldade de encontrar uma identidade pessoal e um ciclo de amizades permanente.

Porém, pode ser uma alternativa válida, a depender do caso concreto.

O importante para o nosso tema é que na guarda alternada não se extingue o dever de convivência do pai/mãe não guardião. Enquanto a guarda estiver com um, caberá ao outro o dever de conviver efetivamente com os filhos, ao menos nos períodos preestabelecidos.

### 3.3.3 Nidação ou aninhamento

É uma forma de guarda que visa minimizar os problemas decorrentes da mudança de domicílio que ocorre na guarda alternada.

Nesta espécie, os filhos permanecem na mesma casa, daí o nome aninhamento, e os pais se revezam, ficando cada qual um determinado período com os filhos.

De acordo com Waldir Grisard Filho, “no aninhamento ou nidação, são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivem os menores, em períodos alternados de tempo”.<sup>135</sup>

Embora possa ser uma alternativa válida em determinada situação concreta, não se apresenta, em regra, como a que atenda ao melhor interesse dos filhos, já que estes, ainda que não precisem mudar constantemente de casa, a rotina da casa mudará constantemente, o que dificulta, também, a adaptação dos filhos, até porque o pai que estiver no comando da casa, estabelecerá suas próprias regras e suas próprias rotinas, que dificilmente serão coincidentes.

É importante deixar claro que nesta modalidade de guarda fica mantido, também, o direito/dever de convivência do pai/mãe que não estiver morando com os filhos no período determinado.

---

<sup>134</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, v. 5, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 110.

<sup>135</sup> GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

### 3.3.4 Guarda compartilhada

Como o próprio nome indica, é a modalidade em que ambos os pais permanecem com todos os direitos e obrigações inerentes à guarda dos filhos, sendo co-obrigados, na criação, educação e manutenção da prole.

Waldir Grisard Filho ressalta que:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor. As noções trazidas à colação, seja do ponto de vista jurídica, seja do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por um lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões, o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.<sup>136</sup>

A guarda compartilhada, de acordo com a alteração sofrida pelo Código Civil, passou a ser a modalidade de guarda a ser buscada pelo Estado-Juiz, de modo que só não será estabelecida quando for completamente incompatível com o melhor interesse dos filhos.

A guarda compartilhada traz diversas vantagens, dentre elas, a minimização da possibilidade de alienação parental.

Outra grande vantagem é a de que, com a guarda compartilhada, o direito dos filhos em conviver com ambos os pais fica praticamente assegurado, já que ambos passam a ser responsáveis pelas decisões relativas aos filhos, assim como pelo acompanhamento destes nas diversas atividades, o que leva a uma convivência natural e faz com que os filhos percebam que têm subordinação a ambos os pais, pois os dois são responsáveis pelas decisões a eles inerentes.

Não se deve confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada, já que nesta ocorre a alternância de responsabilidades, o que não se dá com aquela, e o tempo em que os filhos ficam, fisicamente, com os pais é irrelevante para o estabelecimento da guarda compartilhada.

Vale frisar, porém, como lembra Rolf Madaleno<sup>137</sup>, que para que a guarda seja exercida de forma compartilhada ou conjunta, é necessário que haja um mínimo de consenso entre os pais. Não se pode estabelecer uma guarda compartilhada entre pais que nem sequer se

---

<sup>136</sup> GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

<sup>137</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 274.

falam, por exemplo.

Daí que, apesar da previsão legal de preferência pela guarda compartilhada, esta em muitos casos não é possível, ora em razão do relacionamento entre os pais, ora em razão do completo desinteresse de uma parte parental, geralmente o pai, em exercer tal compartilhamento.

Não sendo possível, por qualquer dos motivos mencionados, o estabelecimento da guarda compartilhada, ou quando esta é apenas nominal, ou consta apenas formalmente no acordo, mas não se efetiva na prática, há a necessidade de se estabelecer um regime de convivência que atenda ao direito dos pais não guardiões e, principalmente, dos filhos.

### **3.4 O descumprimento do dever do pai/mãe guardião ou de terceiro de fomentar a convivência dos filhos com o pai/mãe não guardião**

Muito frequente na doutrina e também na seara judicial é a dificuldade de efetivação do direito de convivência do filho com o pai não guardião, em decorrência de atitudes do guardião.

Embora hoje já se consiga ver algumas exceções, em geral, quando a guarda é exercida unilateralmente, recai em favor da mãe, cabendo ao pai o direito/dever de convivência com os filhos.

Em boa parte dos casos, a mãe, por diversos motivos, cria dificuldades na efetivação da convivência do pai com os filhos. Entre tais motivos podemos assinalar: a noção de propriedade que a mãe muitas vezes tem sobre os filhos – a ideia de que “o filho é meu, pois quem pariu fui eu” –, o que leva a tratar o pai como coadjuvante na criação dos filhos, já que sendo dela, mãe, o que ela entende ser possível permitir é um relativo contato dos filhos com o pai, desde que este não interfira na criação daqueles; a mágoa devido a ter sido abandonada pelo marido, o que faz com que a dificultação da convivência seja uma espécie de vingança; e o medo de perder os filhos - ou fisicamente, ou o sentimento que eles nutrem pela mãe -, se os filhos tiverem muito contato com o pai.

Esse problema é comum na maioria dos países. No Brasil, há muito vem sendo solucionado através da ação de “regulamentação de visitas”, que ao nosso ver já deve ser chamada de “regulamentação de convivência”.

Até bem pouco tempo atrás, a execução da ação de regulamentação de visitas se dava por meio do oficial de justiça com o auxílio da força policial, sendo a criança retirada à

força da mãe e entregue ao pai, o que trazia, na maioria das vezes, mais prejuízos do que benefícios para a criança.

Hoje, os juízes geralmente se utilizam das equipes interprofissionais, que promovem a execução da convivência de modo a não desatender ao melhor interesse da criança.

A dificuldade criada pela mãe pode ir de uma resistência normal e momentânea até uma alienação parental, esta podendo gerar diversas consequências.

Embora não seja objeto de estudo nesta dissertação, é conveniente diferenciar o que vem a ser alienação parental e síndrome da alienação parental, conhecida como SAP.

De acordo com o artigo 2º da Lei 12.318/2010:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.<sup>138</sup>

Já a síndrome de alienação parental, de acordo com os autores argentinos Delia Pedrosa e José Bouza, na linha de entendimento de Richard Gardner<sup>139</sup>, é um conjunto de condutas típicas do filho, especialmente nas formas moderadas e severas. É um transtorno que surge, primordialmente, no contexto das disputas pela guarda. Sua principal manifestação se expressa na campanha para denegrir um dos pais perante os filhos. É o resultado da combinação de uma lavagem cerebral que um pai promove no filho com a reação do próprio filho, de repulsa à outra parte parental, em decorrência do processo de alienação.

Caracterizada a alienação parental, a própria lei estabelece sanções ao guardião, que vão desde a ampliação do período de convivência do não guardião até a possibilidade de destituição do poder familiar.

O importante é que o Estado trabalhe no sentido de que o objetivo seja a efetivação do direito de convivência dos filhos e não a sanção pura e simples do guardião, esta só devendo ser feita quando indispensável para o atendimento daquela.

---

<sup>138</sup> BRASIL, Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.

<sup>139</sup> PEDROSA, Delia Susana & BOUZA, José María. **(SAP) Síndrome de Alienación Parental – Proceso de Obstrucción del Vínculo entre los Hijos y Uno de sus Progenitores**, Buenos Aires: García Alonso, 2008, p.98.

Do ponto de vista processual, havendo descumprimento por parte do guardião de possibilitar o direito do filho à convivência com o pai e vice-versa, a medida para regularizar a convivência pode se dar tanto através de ação própria, de regulamentação de convivência, como nas ações de divórcio, declaratória de união estável, investigação de paternidade e guarda, podendo ser requerida, em qualquer dos casos, a antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela.

Como já comentado acima, é indispensável a participação da equipe interprofissional – geralmente composta de assistente social e psicólogo – para se verificar a definição de guarda e convivência que melhor atenda aos interesses dos filhos, o que geralmente impõe a necessidade de uma avaliação de todos os envolvidos, com visitas domiciliares, entrevistas, avaliações psicológicas, entre outras medidas.

A atuação da equipe interprofissional pode acontecer antes do ajuizamento da ação, na fase pré-processual, através do comparecimento espontâneo das partes, ou do encaminhamento pelo conselho tutelar ou outra instituição que possua a atribuição de zelar pelos interesses das crianças e dos adolescentes.

Pode ocorrer durante o processo, na fase processual, por solicitação do juiz – o que é mais comum –, impondo ao magistrado que adote todas as medidas necessárias para possibilitar as avaliações, assim como para determinar as medidas provisórias que visem garantir a efetivação do direito de convivência mesmo antes da conclusão do processo.

Pode haver atuação da equipe interprofissional também na fase pós-processual, ou seja, quando o processo já se encontra julgado, mas se faz necessário um acompanhamento para se verificar se a convivência está sendo efetivada conforme acordado ou decidido.

Enfatizamos acima que, em que pese a inclusão da preferência pela guarda compartilhada no Código Civil, a guarda unilateral ainda é a mais comum na prática judicial e na realidade social.

Em alguns casos, quando o processo chega para o juiz já chega com a guarda unilateral consolidada, geralmente com a mãe, e o pai, quando muito, apenas contribui financeiramente para o sustento dos filhos, tornando-se, muitas vezes, inviável qualquer tentativa de estabelecimento de uma guarda compartilhada, restando uma fixação de dever de convivência, que acaba por ser, na maioria das vezes, meramente nominal, ou formal. Em outras palavras, o juiz acaba por homologar o tradicional acordo em que “o pai conviverá com os filhos em finais de semana alternados e durante metade dos períodos de férias escolares,” o



que formalmente resolve o problema, mas na prática nunca irá se efetivar.

Em outros casos, determina-se uma guarda compartilhada também meramente nominal, ou seja, é compartilhada no nome, mas na prática não se concretiza, dificultando também a efetivação do direito de convivência dos filhos.

Como visto acima, inclusive conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, um terceiro, como os avós, os tios, os irmãos, pode ter direito à guarda de crianças ou adolescentes, assim como deve também ter o direito a conviver com estes.

Ocorre que da mesma forma que o terceiro que não seja pai ou mãe pode ter a guarda da criança, pode também dificultar a convivência dessa mesma criança com o pai ou a mãe não guardião.

Nesse caso, ao que nos parece, aplicam-se as mesmas medidas em relação ao pai/mãe guardião que dificulta o direito de convivência, que pode ir desde a ampliação do período de convivência até a substituição da guarda.

Responderá, também, o terceiro, por todas as consequências aplicáveis nos casos de alienação parental e poderá sofrer as mesmas sanções processuais previstas para o pai/mãe guardião.

Em qualquer dos casos, deve o Judiciário primar pela efetivação da convivência, estruturando-se para que o juiz possa contar com uma equipe interprofissional que acompanhe se a convivência determinada ou acordada está sendo realmente cumprida, assim como adotando, além das sanções previstas para os casos de alienação parental, todas as sanções processuais e penais possíveis no caso concreto, que serão estudadas mais à frente.

### **3.5 O descumprimento do dever do filho em conviver com o pai/mãe não guardião**

O direito de convivência, como já visto, é uma via de mão dupla, ou seja, tanto é direito/dever do genitor não guardião como é direito/dever do filho.

Se hoje ainda se apresenta extremamente dificultosa a efetivação do direito de convivência quando o pai se nega a cumprir o correspondente dever, como se verá em seguida, muito mais difícil se torna quando o filho se nega a cumprir seu dever de conviver com o pai não guardião.

Três são as situações que podem levar o filho a não querer conviver com o pai/mãe não guardião: quando apresenta síndrome de alienação parental; quando, apesar de

haver interesse por parte do pai, a convivência traz consequências negativas para o menor; ou quando a criança, sem nenhum motivo que justifique, simplesmente se nega a conviver com o pai/mãe não guardião.

Como lembra Lidia Basset<sup>140</sup>, o descumprimento pode originar-se na resistência por parte do filho, o que pode ter sido provocado por interferência de outras pessoas, geralmente o pai/mãe guardião, como também pode resultar de indícios de que a relação entre o filho e o pai/mãe não guardião pode não estar atendendo ao melhor interesse do filho, o que deve merecer a devida atenção.

Caso o desinteresse na convivência se dê em razão da alienação parental, como visto acima, a própria lei estabelece mecanismos para minimizar as consequências de tal alienação, devendo haver, além das sanções ao alienante, uma participação interprofissional para que sejam restabelecidos os laços entre pai e filho, o que pode ser determinado judicialmente ou estabelecido extrajudicialmente através da mediação.

Quando a convivência com o pai/mãe não guardião se apresenta nociva para a criança, e daí a rejeição do filho, ela deve ser limitada, acompanhada, podendo até ser inviabilizada, a depender do grau de nocividade, já que, como amplamente analisado, o direito de convivência está vinculado ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Porém, quando a rejeição da convivência por parte do filho se dá sem nenhuma justificativa, temos de entender que como direito de mão dupla, tal negativa infundada compromete o direito do pai à convivência com o filho, cabendo ao Estado minimizar tal mitigação.

Entendemos tratar-se de uma situação de difícil solução, pois não há como se converter o descumprimento da obrigação do filho em conviver com o pai em obrigação de pagar, como pode acontecer na hipótese contrária, até porque o filho não terá condições de arcar com tal ônus, e a mãe não pode ser condenada neste caso, porque não é ela que está dando causa à não convivência.

---

<sup>140</sup> BASSET, Lidia N. Makianich de. **Derecho de Visitas – Régimen jurídico del Derecho y Deber de Adecuada Comunicación entre Padres e Hijos**, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1997, p.192.

Lidia Basset<sup>141</sup> lembra que na Argentina, como no Brasil, não há previsão legal para solução de tal hipótese, informando que no direito comparado se tem admitido a possibilidade de se interromper a prestação alimentícia, porém a própria autora entende tratar-se de medida perigosa, sendo, no nosso entender, providência inaplicável no direito brasileiro, já que estaríamos diante do confronto de dois direitos fundamentais, havendo de prevalecer o direito à vida, que é um dos pressupostos teóricos do direito a alimentos.

Deve-se analisar, portanto, o caso concreto, e as medidas a serem adotadas devem sempre ser acompanhadas por equipe técnica, que atuará na identificação da melhor forma para que tal convivência seja efetivada.

Obviamente o pai pode postular a regulamentação de convivência, independentemente de quem esteja dificultando tal convivência, porém, no caso do descumprimento por parte do filho, as sanções a ele aplicadas se apresentam com muito mais complexidade.

Como já dito, as sanções processuais, que serão em detalhes analisadas mais adiante, se tornam extremamente limitadas em face da criança ou do adolescente descumpridor do dever de convivência, até porque a aplicação de multa é inócua, já que este, em regra, não dispõe de recursos próprios, e a mãe não pode ser responsabilizada para cumprir tal sanção, não havendo indícios de alienação parental, não é dela a responsabilidade pelo descumprimento.

Da mesma forma, não sofrerá o filho a sanção penal, que adiante também será analisada, pela sua própria condição de inimputável.

Porém, a equipe interprofissional pode criar, juntamente com os pais, mecanismos que possibilitem a efetivação da convivência, como a tentativa de reaproximação, o acompanhamento terapêutico, e até a limitação de direitos naturais na fase da criança e do adolescente, como forma de incentivá-lo a proporcionar a convivência.

### **3.6 Descumprimento do dever de convivência por parte do pai/mãe não guardião**

Fábio Bahuab Boschi, em importante obra sobre o tema, intitulada Direito de Visita, publicado pela Saraiva, além de todas as críticas anteriormente mencionadas, está entre

---

<sup>141</sup> BASSET, Lidia N. Makianich de. **Derecho de Visitas – Régimen jurídico del Derecho y Deber de Adecuada Comunicación entre Padres e Hijos**, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1997, p.192.

os poucos que já mencionam que não deve mais prevalecer entendimento no sentido de competir àqueles que rompem o casamento ou a união estável, consensual ou litigiosamente, a livre estipulação das visitas ao filho. Tal providência é obrigatória e deverá constar do acordo judicial ou da sentença; haja ou não requerimento das partes, o juiz terá de, no interesse da criança ou do adolescente, regulamentar o exercício obrigatório desse dever<sup>142</sup>.

Podemos concluir, com facilidade, que o direito de convivência é direito do filho, prioritariamente, e só pode ser mitigado ou limitado se houver motivos que de forma razoável e/ou proporcional possam permitir tal limitação.

Três correntes surgiram acerca do dever de convivência dos pais em relação aos filhos.

Na primeira, não há como se determinar qualquer obrigação dos pais em conviver com os filhos, já que, em se tratando de relação afetiva, não se poderia obrigar uma pessoa a ter afeto por outra.

Entendemos que tal corrente já se encontra por demais ultrapassada. Não se discute mais no mundo ocidental ser ou não ser a criança sujeito de direitos. A criança e o adolescente são sujeitos de direitos e como tais devem figurar nas dissoluções das sociedades afetivas.

O dever dos pais em conviver com os filhos não está relacionado, apenas, com as questões afetivas, embora estas sejam extremamente importantes nas definições acerca da convivência. Tal dever está também relacionado com a paternidade/maternidade responsáveis, previstas no artigo 226 da CF, assim como está, por que não acrescentar, no direito fundamental da criança e do adolescente.

A segunda corrente defende que embora não se possa obrigar os pais a conviver com os filhos após a dissolução da sociedade afetiva, a não convivência pode gerar dano moral passível de indenização por abandono moral, social e afetivo.

Não nos pareça afastável tal possibilidade, mas adotá-la como medida primeira e única para compensar o dano sofrido pelo filho pela não convivência da parte parental não guardiã nos preocupa no sentido de uma possibilidade de “monetização do afeto”, culminando com uma indústria de indenizações. Em outras palavras, poder-se-ia, inclusive,

---

<sup>142</sup>BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de Visitas**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 210.

provocar a não convivência para garantir uma futura indenização, principalmente quando se trata de parte parental abastada.

Uma terceira corrente, esta ainda minoritária, defende a possibilidade de obrigar o pai, através de provimento judicial, a conviver com o filho.

Visto num primeiro momento, tal entendimento parece um tanto quanto absurdo, mas não o é.

Claro que determinar que, à força, o pai/mãe conviva com o filho, embora se faça isso no inverso, ou seja, se obrigue o filho a conviver com o pai, não é de forma nenhuma razoável. Trata-se de se efetivar o direito do filho de conviver com a parte parental não guardiã, através de determinação judicial, com as devidas cautelas que cada caso requer.

Ao se determinar a convivência da parte parental com o filho, o juiz deve estabelecer todas as condições para que tal convivência possa se efetivar, fornecendo, inclusive, o apoio das equipes interprofissionais, hoje já disponíveis em boa parte das Comarcas.

A parte parental condenada a conviver com o filho terá a sua disposição todos os instrumentos que o Estado pode dispor para garantir tranquilidade no seu cumprimento, como avaliação social e psicológica, mecanismos de reaproximação e adaptação, visitas supervisionadas, entre outros.

Se, apesar do apoio fornecido pelo Estado, a parte parental se negar a cumprir a determinação judicial, tal provimento poderá ser executado, e como obrigação de fazer personalíssima que é, poderá vir a se transformar em obrigação de pagar, como adiante se verá.

Vale frisar que o pagamento só se daria com o descumprimento da decisão, o que também pode ocorrer nos acordos acerca do regime de convivência, que também é título executivo, e não como medida primeira. O objetivo do Estado deve ser o de garantir a efetividade do direito de convivência dos filhos e não, apenas, sua compensação em pecúnia.

Claro que tal medida não afasta, por completo, a possibilidade de uma possível indenização por danos morais em decorrência do abandono provocado pela parte parental não guardiã; apenas entendemos que este não deve ser o objetivo maior do Estado.

Vale ressaltar que a determinação da convivência pode se dar em qualquer processo que discuta a situação pessoal dos filhos, como separação, divórcio, declaração de

união estável, investigação de paternidade, guarda, tutela, regulamentação de convivência, entre outros, inclusive, a título de antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela, como já mencionamos.

É importante que se ressalte que a condenação do pai/mãe não guardião em conviver com o filho, ou a determinação judicial de tal convivência, como queiram, deve representar, antes de tudo, a demonstração do Estado na efetivação de direito humano fundamental tão importante na formação da criança e do adolescente, tendo, como fundamento básico, o caráter pedagógico de conscientização dos pais acerca da responsabilidade parental.

Não está a se defender, como insinuam alguns, que se condene um pai a conviver com o filho, sem que para tanto haja interesse, em prejuízo da própria criança, o que seria um absurdo.

A questão será resolvida no caso concreto, porém, com a preocupação do Estado-Juiz de garantir mecanismos para a efetivação do direito de convivência dos filhos, e não apenas fomentando demandas indenizatórias pela não convivência.

Para que haja o cumprimento efetivo do dever de convivência por parte do pai ou da mãe que não se encontra com a guarda do filho, o juiz não pode se furtar a aplicar todas as sanções cabíveis, quer previstas no Código de Processo Civil, quer no Código Penal, como adiante se verá.

### **3.7 A questão das famílias recompostas**

Outra questão que vem causando dificuldades na efetivação do direito de convivência da forma como determina a Constituição é a das famílias recompostas ou reconstituídas.

Se o direito de convivência dos filhos deve ser exercido da forma mais ampla possível, na família recomposta se apresenta a necessidade de convivência com os membros da família originária, parentes biológicos, e com os membros da família recomposta, parentes socioafetivos.

Família reconstituída é "a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm filho ou filhos de um vínculo anterior".<sup>143</sup>

As famílias recompostas podem se apresentar de diversas formas, como:

a) o genitor, seu filho e o novo companheiro ou cônjuge, sem prole comum; b) o genitor, seu filho e o novo companheiro ou cônjuge, com prole comum; c) os genitores de famílias originárias distintas e seus respectivos filhos, inexistindo prole comum; d) os genitores de famílias originárias distintas e seus respectivos filhos, com prole comum.<sup>144</sup>

Das relações afetivas nas famílias recompostas, surgem, necessariamente, relações de parentescos sociafetivos, que, como visto, geram direitos e obrigações.

No caso da filiação, não se pode mais reduzi-la à consaguinidade ou adoção, já que hoje se apresenta como “a relação de parentesco consaguíneo em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”<sup>145</sup>. Ter gerado ou receber como se a tivessem gerado indica que a filiação possui origem biológica, jurídica ou socioafetiva. É biológica quando existe o vínculo genético entre pai e filho; é jurídica quando decorre das presunções de paternidade/maternidade originárias da lei; e é socioafetiva quando surge da posse do estado de filho decorrente da afetividade.

Posse de estado de filho ocorre quando uma pessoa “desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente de essa situação corresponder à realidade legal”. Caracteriza-se pela geração espontânea de um vínculo de parentesco entre “uma pessoa e sua família a que ela diz pertencer”, como ensina Paulo Luiz Netto Lôbo.<sup>146</sup>

A posse do estado significa desfrutar o integrante da relação social de uma situação equivalente à de filho.<sup>147</sup>

Maria Berenice Dias assinala que se presentes os elementos que caracterizam a filiação, esta se configura e gera consequências, sendo tais elementos: “(a) *tractatus* – quando

<sup>143</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 257.

<sup>144</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado & RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como Efeito da Socioafetividade nas Famílias Recompostas, *in Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 10, jun/jul 2009, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p.37.

<sup>145</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. VI. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

<sup>146</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**, 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 233.

<sup>147</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições do Direito Civil: Direito de Família**. v. V. 16ª ed. rev. e atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 366.

o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* – usa o nome da família e assim se apresenta; e *reputatio* – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais”.<sup>148</sup>

Surgindo dentro da família recomposta a paternidade/maternidade socioafetiva, esta deve ser considerada para efeito de regulamentação do direito de convivência, já que a criança ou o adolescente passa a ter a necessidade de se manter integrado nos vários grupos familiares em que está inserido, quer biológica quer sociofeticamente.

Tal questão, apesar de relevante, principalmente na completude da formação dos filhos, não vem sendo tratada no Direito brasileiro, como leciona Paulo Lôbo:

São justamente os conflitos e os meios de solução para assegurar uma convivência saudável e razoável entre esses figurantes antigos e novos da vida da criança, no melhor interesse desta, que o direito brasileiro desconhece, parecendo que essas entidades familiares são invisíveis. Para os padrastos e madrastas há a sensação de assumirem apenas deveres de intrusos, apesar de as famílias recompostas revelarem características próprias e serem protagonistas no conjunto das entidades familiares.<sup>149</sup>

A efetivação do direito de convivência nas famílias recompostas se apresenta tão importante quanto após a dissolução da primeira sociedade afetiva, já que os filhos passam a ter mais de uma relação tanto de paternidade quanto de maternidade, o que impõe uma maior complexidade na administração adequada de tais convivências.

Alguns países já tratam dessa questão expressamente em seus códigos, como é o caso da Alemanha, que prevê no § 1697 b do BGB o que lá se denomina “pequeno direito de guarda, no qual “o cônjuge da parte parental que detém sozinha o direito de guarda, que não for genitor do filho, tem, em concordância com a parte parental detentora da guarda, a competência de co-decisão nas questões da vida diária do filho”.<sup>150</sup>

Na Argentina, embora a lei só considere sujeito ativo do direito, na espécie analisada, o progenitor não convivente, alguns magistrados têm admitido a ação por parte de outros parentes afetivos.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 366.

<sup>149</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**, 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 89 e 90.

<sup>150</sup> SCHÜTER, Wilfred. **Código Civil Alemão – Direito de Família**, tradução de Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p.413.

<sup>151</sup> BASSET, Lidia N. Makianich de. **Derecho de Visitas – Régimen jurídico del Derecho y Deber de Adecuada Comunicación entre Padres e Hijos**, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1997, p.69.



No Brasil estamos caminhando a passos lentos para a efetivação do direito de convivência nas famílias recompostas, embora os padrastos e madrastas já tenham começado a provocar o Judiciário com ações de regulamentação de “visitas”.

A questão mais controvertida, também nas famílias recompostas, é a da responsabilidade do padrasto e da madrasta em relação ao enteado, configurada a filiação socioafetiva após a dissolução da relação entre estes e o pai ou a mãe detentor(a) da guarda.

Assim como nos parece possível a fixação de um regime de convivência de interesse do padrasto ou da madrasta através de medida judicial, nos parece igualmente possível a postulação de tal convivência por parte do enteado que passou a ter com o padrasto ou a madrasta uma verdadeira relação de filiação socioafetiva.

Essa é mais uma das consequências do afeto como valor jurídico. A paternidade/maternidade socioafetiva impõe obrigações, dentre elas o dever de convivência mesmo após a dissolução da sociedade afetiva.

Poder-se-ia, então, mensurar a possibilidade da necessidade de se estabelecer uma convivência dos filhos com os pais biológicos e seus familiares, juntamente com a fixação de uma convivência dos mesmos filhos com os pais e demais familiares socioafetivos, o que pode ser executado nos exatos moldes da execução da convivência contra o pai não guardião que não vem cumprindo esse dever.

### **3.8 As sanções processuais para os casos de descumprimento do dever de convivência**

Para se tratar do direito de convivência como direito humano fundamental, com prioridade absoluta na formatação do nosso sistema constitucional, necessário se faz, mesmo que sucintamente, uma abordagem acerca dos mecanismos processuais para a efetivação de tal direito.

De nada serviria a previsão de direito subjetivo tão importante, se o sistema não trouxesse mecanismos para sua execução, ou se acabasse por deixar a cargo exclusivo do descumpridor ou devedor *lato sensu* a opção de cumpri-lo ou não.

Algumas relações jurídicas estabelecem uma obrigação que corresponde à realização ou abstenção de um ato a cargo do devedor, ou na entrega de um bem que não seja dinheiro, como é o caso do direito de convivência, demandando assim uma tutela

diferenciada, como lembra Odilair Carvalho Júnior<sup>152</sup>, já que a tutela condenatória clássica, concebida tradicionalmente com a função “de conferir ao vencedor o poder de instaurar a execução, impondo ao demandado vencido uma prestação de dar, fazer ou não-fazer”<sup>153</sup>, consubstanciada no binômio condenação-execução, já não representa uma resposta adequada às relações de direito material, como a ora analisada, pois não atende ao ensinamento, segundo o qual “o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha o direito de conseguir”<sup>154</sup>.

Em razão de tal discrepância, foi inserido no Código de Processo Civil, através da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o artigo 461, a tutela específica para os deveres de fazer e de não fazer decorrentes das relações de direito material que não se enquadram nas relações de consumo.

Anteriormente às inovações legislativas indicadas acima, somente havia previsão normativa expressa da tutela específica do direito do credor quando se tratasse de compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de emitir uma declaração de vontade constitutiva de um determinado negócio jurídico. Tal modalidade de tutela jurisdicional era efetivada mediante a obtenção do resultado prático equivalente produzido pelo provimento jurisdicional de mérito, que supriria a declaração de vontade sonogada.

Assim como foram dotadas de muita importância, durante muito tempo, as prestações de serviços, hoje o são as prestações de fato, da mesma forma que têm crescido, igualmente, o reconhecimento e a proteção aos chamados “novos direitos”, isto é, situações não enquadráveis no clássico catálogo de direitos subjetivos. De acordo com Marcelo Lima Guerra<sup>155</sup>, esses novos direitos, apesar de bastante diversificados, apresentam importantes características comuns, a saber:

a) o conteúdo desses direitos corresponde, frequentemente, a prestações de fazer e de não fazer de trato sucessivo, isto é, que se realizam continuamente através de um período de tempo mais ou menos longo;

---

<sup>152</sup> CARVALHO JÚNIOR, Odilair. **Tutela Específica dos Deveres de Fazer e não Fazer**, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7110>, acessado em 5/1/2011.

<sup>153</sup> YARSHEL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade**, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 23.

<sup>154</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. 519f. V1. Campinas –SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002, p. 67.

<sup>155</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Inovações na Execução Direta das Obrigações de Fazer e não Fazer**, disponível em [HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br), acessado em 6/1/2011.

b) a violação deles conduz, quase sempre, a uma lesão irreparável (ou de difícil reparação);

c) revela-se totalmente inadequada, para a proteção de tais direitos, a chamada tutela ressarcitória, genérica ou por equivalente, que consiste na condenação ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, ou seja, equivalente pecuniário da prestação inadimplida.

Compreende-se, assim, que esteja adquirindo uma relevância sempre maior a problemática da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, isto é, da satisfação *in natura* dessas obrigações, quando não cumpridas pelo devedor. Não é mais admissível que, na ausência de realização espontânea dessas obrigações, a única tutela concretamente viável no ordenamento jurídico seja a “condenação do devedor ao pagamento de uma soma em dinheiro, equivalente pecuniário da obrigação inadimplida (tutela *ressarcitória*, *genérica*, ou *por equivalente*)”<sup>156</sup>.

Como não se trata de trabalho com marco teórico voltado para a área de Processo Civil, convém delimitar alguns conceitos de institutos que foram e que serão mencionados.

Utilizaremos a noção de Odilair Carvalho Júnior<sup>157</sup>, para quem a tutela específica é utilizada a fim de indicar o resultado a ser obtido no plano do direito material proporcionado pelo provimento jurisdicional que aplica a sanção, determinando o cumprimento *in natura* do dever imposto ao demandado pelo ordenamento, mediante a utilização de mecanismos processuais preordenados para tal fim.

Por sanção entende-se a “medida estabelecida pelo ordenamento para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância”<sup>158</sup>. Podendo ser:

**Preventiva:** são aqueles comandos que se "realizam antes que se desenvolva o comportamento do sujeito sancionado"<sup>159</sup>; ou seja, atua de forma a evitar que a transgressão do direito material se consuma.

**Restituitória:** consiste naquela que tem o objetivo de conseguir resultado igual ou o mais próximo possível de antes da ofensa ao direito, "restabelecendo a situação que era

---

<sup>156</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Inovações na Execução Direta das Obrigações de Fazer e não Fazer**, disponível em [HTTP://www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br), acessado em 6/1/2011.

<sup>157</sup> CARVALHO JÚNIOR, Odilair. **Tutela Específica dos Deveres de Fazer e não Fazer**, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7110>, acessado em 5/1/2011.

<sup>158</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. 508f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.169.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p.175.

anterior ao ato contrário ao direito ou estabelecendo a situação que deveria estar vigorando caso a norma tivesse sido observada"<sup>160</sup>.

**Ressarcitória pelo Equivalente Pecuniário:** tem como escopo dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma sanção contra aquele que agrediu um bem de conteúdo não patrimonial. O comando sancionatório consiste no ressarcimento pelo equivalente pecuniário e é realizado mediante um provimento jurisdicional de cunho condenatório que autoriza a execução por quantia certa.

**Ressarcitória em Forma Específica:** consiste no estabelecimento em favor do lesado da "situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado"<sup>161</sup>. Diferencia-se da sanção restitutória pelo fato de esta atuar após a consumação da transgressão da norma<sup>162</sup>, removendo o ilícito<sup>163</sup>, enquanto o ressarcimento em forma específica "dirige-se contra os danos advindos da transgressão"<sup>164</sup>.

Para o caso da execução do direito de convivência dos filhos em relação aos pais, a sanção a ser aplicada há de ser a restitutória, já que o que se deve perseguir é o resultado igual ou o mais próximo possível do que deve ser a convivência, sob pena de, na prática, facultar-se ao "devedor" a opção entre o cumprimento da vontade concreta da lei e o ressarcimento do seu equivalente monetário, tornando possível a "expropriação de direitos por quem se dispusesse a pagar por eles"<sup>165</sup>.

É o que Fredie Didier<sup>166</sup> denomina de tutela reintegratória, que visa impedir que o ato ilícito continue; ela "visa a removê-lo, apagá-lo, fazê-lo desaparecer. Busca a reintegração do direito violado, seja com o retorno ao estado de licitude antes vigente, seja como firmamento do estado de licitude que deveria estar vigendo", sendo modalidade de tutela tanto repressiva (ilícito consumado), como preventiva (visando à consumação do dano).

---

<sup>160</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. 2ª ed. 220f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 134 e 135.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>162</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. 508f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.184.

<sup>163</sup> MARINONI, *Op. cit.*, *passim*.

<sup>164</sup> TALAMINI, *Op. cit.*, p.184.

<sup>165</sup> MARINONI, *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>166</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execução**, v. 5, 3ª edição, Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 416 e 417.

A execução dar-se-á para cumprimento da sentença ou de provimento de natureza antecipatória da tutela.

Para quem defende a classificação ternária das sentenças, estas possuem natureza meramente declaratória, constitutiva e condenatória. A condenatória abrange as sentenças mandamentais e executiva *lato sensu*<sup>167</sup>.

Já para os defensores da classificação quinária das sentenças, além das sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias, possuem naturezas específicas as mandamentais e executivas *lato sensu*<sup>168</sup>, classificação que entendemos mais compatível com a complexidade do nosso sistema jurídico.

De acordo com os autores que defendem a classificação quinária das sentenças, como Marinoni<sup>169</sup>, Talamini<sup>170</sup> e Marcelo Lima Guerra<sup>171</sup> para as sentenças mandamentais, a sanção dar-se-á através de um mecanismo de coerção indireta, enquanto para as executivas *lato sensu* a sanção dar-se-á com a utilização de meios de sub-rogação da atividade do devedor.

Interessa-nos, para o presente estudo, a sanção referente à sentença mandamental, já que a decisão que impõe o dever de convivência tem esta natureza.

Também denominados por Talamini de mecanismos indutivos negativos, os meios de coerção indireta são aqueles que se prestam “a influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele mesmo adote a conduta pretendida pela ordem jurídica. Busca-se induzir o comportamento do sujeito, mediante a ameaça de um mal caso ele desrespeite um comando”.<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> CARVALHO JÚNIOR, Odilair. **Tutela Específica dos Deveres de Fazer e não Fazer**, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7110>, acessado em 5/1/2011.

<sup>168</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na Execução Direta das Obrigações de Fazer e não Fazer, disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acessado em 6/1/2011.

<sup>169</sup> MARINONI, *Op. cit., passim*.

<sup>170</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. 508f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, *passim*.

<sup>171</sup> GUERRA, *Op. cit.*

<sup>172</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. 508f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 171.

O nosso sistema processual civil apresenta como regra dois meios de coerção para o cumprimento dos deveres de natureza material, a multa e a prisão civil, esta hoje só aplicável ao caso de descumprimento do dever de alimentar. Possui, porém, outras sanções específicas, que podem ser adotadas, cabendo, para o descumprimento do dever de convivência, a aplicação de multa, com muita cautela, todavia.

A multa referida no art. 461 do CPC possui o objetivo de garantir a efetividade da sentença e da tutela antecipatória, fazendo com que a ordem de fazer ou de não-fazer nelas contidas sejam efetivamente observadas, não tendo nenhuma finalidade sancionatória ou reparatória. É um meio de coerção indireta que tem por fim propiciar a efetividade das ordens de fazer e de não-fazer do juiz, sejam elas impostas na tutela antecipatória ou na sentença.

Se a multa não atinge seus escopos, não levando o demandado a adimplir a ordem do juiz, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai ao réu inadimplente. Neste momento, é certo, acaba por possuir a mera feição de sanção pecuniária; entretanto, tal feição assumida pela multa justamente quando ela não cumpre seus objetivos, é acidental em relação à sua verdadeira função e natureza.

O parágrafo 2º do artigo 461 do Código de Processo Civil confirma tal assertiva ao aduzir que "a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa".

Já tivemos a oportunidade de comentar acerca das três correntes que tratam da efetivação do direito de convivência, expondo a primeira que não cabe nenhuma condenação vinculada a tal direito, por não se poder impor afeto a ninguém; a segunda entende que embora não possa haver imposição da convivência, cabe a indenização pelos danos morais causados com a não convivência; e a terceira, à qual nos filiamos, prevê a possibilidade da condenação ao dever de conviver, o que não acontecendo, por descumprimento voluntário do obrigado, esgotados os meios possíveis para tal efetivação, há de se executar mediante a fixação da multa, mesmo que esta venha a assumir a feição pecuniária, como visto acima, embora não seja esta sua finalidade principal.

Para que cumpra a sua finalidade intimidatória, a multa não pode ser imposta em valor que não seja suficiente para convencer o réu a adimplir. Isto porque, dependendo do valor estabelecido para a multa, pode ser "conveniente ao réu suportá-la para, livremente, praticar o ato que se deseja ver inibido".<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. 2ª ed. 220f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

A multa *deverá* ser cominada toda vez que se evidenciar sua utilidade, ainda que mínima, para influenciar a vontade do réu. Vale dizer: sempre que a multa se revelar "suficiente ou compatível com a obrigação"<sup>174</sup>, segundo a fórmula adotada no art. 461, § 4º. "Só ficara descartado o emprego da multa quando esta revelar-se absolutamente inócua ou desnecessária, em virtude das circunstâncias concretas"<sup>175</sup>.

A periodicidade da multa pode ser diária (art. 461, § 4º), arbitrada em um período maior, ou estipulada em um valor fixo com "um único momento de incidência"<sup>176</sup>

No caso do direito de convivência, é mais razoável que a multa seja aplicada por um período maior, como por semana ou por mês, a depender do caso, não havendo nenhum óbice, ao nosso ver, que por se tratar de direito fundamental que compõe a dignidade da pessoa humana, seja fixada em percentual da remuneração do obrigado, mediante desconto em folha, dependendo, logicamente, do comprometimento que já possuir em seus rendimentos.

De acordo com o art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, o valor da multa deverá ser fixado tendo em conta a sua "suficiência e compatibilidade como mecanismo de prevenção do ilícito e/ou restituição do *status quo* anterior à transgressão da norma"<sup>177</sup>, ou seja: se o valor fixado é o bastante para influenciar o réu a adimplir e se mostra adequado – proporcional - à espécie de prestação exigida.

Assim como o juiz pode impor *ex officio* a multa e determinar a periodicidade de sua incidência - de acordo com as necessidades do caso concreto –, também pode alterar o valor inicialmente fixado, reduzindo-o nos casos em que se mostrar incompatível, por exigir do réu um sacrifício desproporcional ao benefício que vier a auferir o autor com o adimplemento; ou quando se revelar insuficiente para influenciar o comportamento do demandante tendente à realização da conduta devida.

Por aumento da multa, a fim de torná-la adequada aos fatos novos, há de se entender inclusive sua ampliação em valores reais – e não apenas sua atualização monetária. Pode-se cogitar, até, de a própria decisão originária veicular, desde logo, previsão de aumento

---

<sup>174</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. 508f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 242.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>177</sup> CARVALHO JÚNIOR, Odilair. **Tutela Específica dos Deveres de Fazer e não Fazer**, disponível em [HTTP://jus.com.br/revista/texto/7110](http://jus.com.br/revista/texto/7110), acessado em 05/01/2011.

progressivo no valor real diário da multa, conforme persista o descumprimento.

A alteração do valor da multa, como lembra Odilair Carvalho Júnior<sup>178</sup>, pode ocorrer até mesmo após o trânsito em julgado da sentença, sem que tal fato importe violação da coisa julgada. Isso porque, em sendo a coisa julgada delimitada pela providência jurisdicional postulada pelo demandante, que nas demandas veiculatórias da tutela específica autoriza o autor a exigir o resultado prático idêntico ou equivalente ao que teria sido obtido com o cumprimento espontâneo do dever, a imposição de multa constitui-se em um meio de execução do comando sentencial.

O juiz, ao determinar ao demandado que realize a conduta devida (prática ou abstenção de determinado ato), sob pena de multa, deverá, de acordo com o que prescreve o artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, estabelecer um "prazo razoável para cumprimento do preceito".

Após o decurso do prazo concedido pelo juiz ao demandado para o cumprimento do seu dever, a multa passa a incidir, tendo como termo final o momento: (a) em que ocorrer o cumprimento da obrigação; (b) em que a prestação devida se tornar juridicamente ou materialmente impossível; e (c) em que o autor requerer a conversão do procedimento tendente ao cumprimento específico do dever inadimplido para o procedimento que objetiva a obtenção do equivalente pecuniário ao restabelecimento ou estabelecimento - quer se trate de dever de não-fazer ou fazer - da situação vigente em caso de adimplemento espontâneo<sup>179</sup>.

Conforme Talamini<sup>180</sup>, persistindo o réu no desatendimento do comando judicial e, posteriormente, tornando-se jurídica ou materialmente inviável que conduta sua atinja o resultado específico, deixa de incidir a multa, do momento da ocorrência da impossibilidade em diante. "Evidentemente, o demandado arcará com todas as conseqüências civis (custeios de eventuais providências sub-rogatórias; indenização pelas perdas e danos) e, eventualmente, penais da sua desobediência." Arcará, por igual, com o crédito decorrente do período em que a multa incidiu, que não permanecerá devido, como não será abatido do valor da indenização por perdas e danos (art. 461, § 2º), nem do montante necessário ao custeio da eventual produção de resultado prático equivalente. "Apenas, a partir da impossibilidade, a multa, que

---

<sup>178</sup> CARVALHO JÚNIOR, Odilair. **Tutela Específica dos Deveres de Fazer e não Fazer**, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7110>, acessado em 5/1/2011.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. 508f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 242.



não tem diretamente finalidade reparatória ou punitiva, e não é meio de pressão aplicável ao pagamento de indenização pecuniária, não mais incidirá.”

Embora no caso de decisão definitiva a multa só possa ser exigida após o trânsito em julgado da sentença que julgar procedente a ação de cumprimento dos deveres de fazer ou não-fazer e embora boa parte da doutrina<sup>181</sup> entenda que também na antecipação da tutela a exigibilidade da multa só pode se dar após o trânsito em julgado da sentença, entendemos diversamente, já que, no caso do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, existe uma peculiaridade que merece atenção.

Se determinada a convivência em antecipação de tutela, diante da presença dos requisitos e pressupostos, a não efetivação da sanção torna a medida inócua, e como o direito de convivência tem a sua efetivação cada vez mais dificultada em função do tempo em que tal convivência não se estabelece ou restabelece, não havendo execução provisória, com a imposição das sanções cabíveis o aguardo pelo trânsito em julgado pode inviabilizar o direito pleiteado.

Acerca do destinatário da multa, muito embora inexista regra específica, de acordo com Odilair de Carvalho Júnior, “é assente o entendimento jurisprudencial e doutrinário segundo o qual o demandante é o titular do direito de crédito decorrente da incidência da multa”<sup>182</sup>.

Tal entendimento se fundamenta na própria função institucional da multa, qual seja: mecanismo de pressão psicológica tendente a influenciar o comportamento do réu, de maneira que ocorra o cumprimento voluntário do dever que lhe foi imposto. Se a multa não fosse devida ao titular do direito violado, o seu grau de coercibilidade seria sensivelmente reduzido, haja vista que o Estado não teria o mesmo interesse que teria o demandante em cobrá-la.

Ademais, o montante devido pela incidência da multa decorre de ato imputável ao próprio réu, que ao se recusar a cumprir o comando judicial, assumiu os riscos provenientes de sua deliberada conduta.

Seguindo o entendimento de Talamini, é importante ressaltar a conveniência prática de se conferir ao demandante o crédito decorrente da aplicação da multa, em virtude

---

<sup>181</sup> CARVALHO JÚNIOR, Odilair. **Tutela Específica dos Deveres de Fazer e não Fazer**, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7110>, acessado em 5/1/2011.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

da possibilidade de as partes transacionarem, “podendo o demandante abrir mão do recebimento da multa em contrapartida à realização da prestação do demandado, circunstância viabilizadora de uma solução mais célere do conflito de interesses”<sup>183</sup>.

Para os casos do descumprimento do dever de convivência tratados no tópico anterior, a execução tanto da sentença como da tutela antecipada dar-se-á da seguinte forma:

a) **Quando o descumprimento se der por parte do pai/mãe guardião ou de um terceiro que detenha a guarda ou a tutela:** além das sanções previstas para os casos de alienação parental, já analisadas acima, dentre as quais o juiz pode aumentar o período de convivência ou até reverter a guarda, o que se apresenta em tese como medidas mais apropriadas, no caso de necessitar executar o direito de convivência do pai e do filho, sem a possibilidade de reversão da guarda, é determinando o regime de convivência, a ser acompanhado pela equipe interprofissional, com a fixação de multa para o caso de descumprimento, que reverterá em favor do pai, já que neste caso é quem busca a tutela para seu direito violado. O valor da multa não pode ser compensado com a pensão alimentícia – embora na prática uma coisa possa interferir na outra – e deve ser fixada de forma que não seja irrisório nem possa vir a inviabilizar financeiramente o descumpridor. Deve ainda ser mantida pelo tempo suficiente para que seja cumprido o dever do guardião, ou até que possa haver transferência da guarda para a outra parte parental ou para um terceiro que possa exercê-la e facultar a efetivação do direito de convivência.

b) **Quando o descumprimento se der por parte do filho:** embora possa haver a determinação judicial para a convivência, inclusive a título de antecipação de tutela, pela peculiaridade da hipótese não nos parece viável a aplicação de multa, já que o menor, em regra, não dispõe de recursos próprios para honrar tal pagamento. Não pode haver compensação com a pensão alimentícia, já que esta se encontra vinculada a direito fundamental de importância maior, que é o direito à vida; nem pode ser honrada pelo guardião, já que não é este o causador do descumprimento. As sanções processuais tradicionais, portanto, não se aplicam ao caso. Porém, outras sanções podem ser impostas no processo, como a determinação de que o filho seja acompanhado psicologicamente, com o intuito de mitigar a aversão ao contato com a parte parental não guardiã, assim como medidas a serem impostas pela equipe interprofissional, com o auxílio do guardião, como a limitação

---

<sup>183</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. 508f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 265.

de atividades de interesse da criança ou do adolescente, enquanto perdurar o descumprimento. O importante é que a criança tenha a consciência de que tem obrigação de conviver com o pai/mãe não guardião, sob pena de sofrer sanções, compatíveis com suas peculiaridades.

c) **Quando o descumprimento se dá por parte do pai/mãe não guardião:** é o que se apresenta como mais comum na realidade social. Todas as sanções processuais podem ser estabelecidas. Claro que para se chegar à aplicação de tais sanções, o magistrado já deve ter dado oportunidade ao não guardião de, através da intervenção da equipe interprofissional, cumprir com seu dever de convivência, e terem sido esgotadas todas as tentativas (sugestão de adaptação acompanhada, visitas supervisionadas, acompanhamento terapêutico etc.), deixando a parte parental não guardiã, espontaneamente, de cumprir o dever de convivência. Pode ser aplicada multa, com o intervalo de uma semana ou de um mês, a depender da hipótese. Quando da execução - que ao nosso ver pode se dá antes do trânsito em julgado da sentença, e até em função da antecipação de tutela -, pode ser utilizada parcela dos rendimentos do não guardião, até o limite em que não lhe cause inviabilidade financeira. É importante ressaltar que a fixação da multa deve ter caráter excepcionalíssimo, pois o objetivo do Estado deve ser a efetivação do direito de convivência, e não a compensação financeira. A multa deverá ser revertida em favor dos filhos e poderá servir para promover uma melhor criação destes, ou no caso em que a pensão já atender satisfatoriamente, poderá ser depositada em poupança em favor deles. Assim como aconteceu com os alimentos no passado, a certeza de que sofrerão sanções efetivas caso não cumpram o direito de convivência dos filhos, fará com que os pais que não ficam com a guarda dos filhos passem a aceitar tal convivência como necessária e até importante, o que releva o caráter pedagógico de tais medidas.

Merece ressalva o fato de que as sanções previstas para os casos de alienação parental, as sanções previstas no CPC e outras sanções que podem ser aplicadas na esfera do processo civil, como visto acima, não elidem a possibilidade de quem porventura venha a sofrer danos em razão da não efetivação do direito de convivência, quer de natureza material quer de natureza moral, podendo buscar, através de ações próprias, as devidas reparações.

Não nos encontramos, como já dito, entre os que entendem ser a reparação por dano moral a única forma possível de se compensar a não efetivação do direito de convivência, porém, se existiu o dano, independentemente das medidas estudadas a indenização é possível, e não tem relação com as sanções processuais.

Da mesma forma, nem as sanções processuais nem a possível indenização por danos morais elidem a possibilidade de sanção penal em decorrência do abandono moral e

afetivo, medida também importante para a efetivação do direito de convivência, como se verá a seguir.

### 3.9 Consequências penais como forma de efetivar o direito de convivência

Com seu caráter educativo, o Direito Penal também deveria se apresentar como um dos mecanismos de efetivação do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar.

Ocorre que entre os exageros do Direito Penal do inimigo, do Direito Penal mínimo e do garantismo, punir, em países periféricos como o Brasil, com alto índice de criminalidade, um pai que abandona afetivamente um filho, parece beirar o absurdo, embora não seja.

Parece-nos oportuno fazer uma pequena distinção conceitual entre o que vem a ser “Direito Penal do inimigo”, “garantismo” e “intervenção mínima”.

É possível se observar a constante busca da sociedade a fim de identificar o inimigo, seja interno ou externo. O objetivo é apontá-lo para que toda a população se torne opositora e a ele seja declarada uma guerra, já que para dominar, faz-se necessário que se ganhe a disputa.

Como ensina Zaffaroni, “a busca e identificação de inimigos foi uma tarefa permanente do poder punitivo ao longo dos últimos oito séculos”.<sup>184</sup>

Vê-se, claramente, na busca por um Direito Penal do inimigo, a existência de um Direito Penal do não inimigo, ou do cidadão, sendo o primeiro relacionado às pessoas que se desviam por princípio, e o segundo às pessoas que não delinquem de modo persistente, por princípio, como ensina Jakobs.<sup>185</sup>

A partir dos anos 70 iniciou-se um ensaio de sistematização funcional, que admite que injusto e culpabilidade não são conceitos científicos e que dependem de suas finalidades penais, político-criminais, ou políticas em geral. Não são impostos por dados informados pela natureza, mas são construídos a partir de conceitos penais preestabelecidos<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Buscando o Inimigo: De Satã ao Direito Penal *Cool*, in **Criminologia e Subjetividade**, Editores João de Almeida e João Luiz da Silva Almeida, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 5.

<sup>185</sup>JACKOBS, Günter & MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**, Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.29.

<sup>186</sup>Cf. RAMOS, Marcel Figueiredo. **Direito Penal do Inimigo. Violação ao Princípio da Ampla Defesa Negativa?** Disponível em Jus navegandi.com.br, acessado em 10/3/2010, às 19 h 30.

Tem por base o funcionalismo sistêmico sociológico, que tem Jakobs como um dos maiores expoentes.

O chamado direito penal do inimigo é proposto por Jakobs, como já visto, para se combater as pessoas refratárias, pois para estas o direito penal do cidadão não tem vigência. De acordo com o prestigiado autor, o inimigo seria aquele criminoso que comete delitos econômicos, atos terroristas, crimes organizados, bem como delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. “Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma.”<sup>187</sup>

No Brasil temos hoje o regime disciplinar diferenciado – RDD, que tem como finalidade “abrigar o preso provisório ou condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”, além de uma série de outras medidas violadoras, como prisão em cela individual por 22 (vinte e duas) horas por dia; restrição de contato com outros presos e com o mundo externo, limitação de visitas, entre outras. Pensamos tratar tal situação específica da punição não pelo fato praticado, regra do nosso ordenamento jurídico, mas pela análise do autor como característica marcante do direito penal do inimigo.

Noutra perspectiva, o direito penal *cool* surge na nossa região, apresentando cárceres superpovoados de presos sem condenação, em que a maioria cumpre prisão preventiva e a sentença definitiva opera somente como revisão. Situação em que a militarização age de forma a destruir as instituições policiais através da corrupção e o poder punitivo é vendido como uma mercadoria. Como demonstra Zaffaroni, a sanção de leis que reprimam desmesuradamente os “poucos vulneráveis e marginados que se individualizam” e o aumento da arbitrariedade policial, “ao legitimar, direta ou indiretamente todo gênero de violências, inclusive contra quem objeta o discurso publicitário”, não trarão maior “segurança urbana contra o delito comum”.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup>JACKOBS, *Op. cit.*, p.27.

<sup>188</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Buscando o Inimigo: De Satã ao Direito Penal *Cool*, in **Criminologia e Subjetividade**, Editores João de Almeida e João Luiz da Silva Almeida, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 24.

O professor Alberto Jorge Correia de Barros Lima, ao comentar sobre o Direito Penal do inimigo, sustenta as seguintes críticas:

Não nos convence, porém, a construção de um “Direito Penal do Inimigo” – usando a expressão de Jakobs – para recrudescer o tratamento penal diante de uma criminalidade diferenciada (v.g., o terrorismo na Espanha e nos Estados Unidos, principalmente após o 11 de setembro; os cartéis de droga na Colômbia; a criminalidade referente à imigração na França, o tráfico no Rio de Janeiro; outros tipos de criminalidade dita organizada), ainda que utilizado sob a desculpa da emergência, como insinua Sanchez. Aliás, ele próprio faz ver, citando Herzog, que “a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência dos mesmos” e adverte para o perigo da perenização.

O “Direito Penal do Inimigo”, descendente do Direito Penal simbólico e do punitivismo, é caracterizado por uma espécie de antecipação da punibilidade: sua perspectiva é o fato futuro e não, como de costume, o fato passado cometido. Nele a previsão de penas não respeita a proporcionalidade, estabelecendo-se sanções demasiadamente altas e, por derradeiro, as garantias processuais são flexibilizadas ou até mesmo suprimidas.<sup>189</sup> (Destques do original).

O garantismo, por sua vez, é um sistema sócio-cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e a consequente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobretudo, com interesses do Estado. Esses instrumentos jurídicos são as garantias, as armas jurídicas que visam proteger os cidadãos que abrem mão de parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que este lhes propicie segurança, saúde, trabalho etc.

Para estar seguro da realização desse desiderato por parte do Estado, as Constituições do Estado de Direito preveem instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos ao poder estatal, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças.

O garantismo se vincula, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal. Evidentemente é possível o trato de distintas classes de garantismo em função do tipo de direito subjetivo a que esteja orientado a proteger.

Nasceu o garantismo como uma resposta ao desenvolvimento crescente da diversidade em matéria penal “e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultado e alimentado, quase sempre em nome da defesa do Estado de

---

<sup>189</sup>LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites Constitucionais do Legislador e do Juiz na Incriminação e Descriminalização de Condutas – A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais**, Tese de Doutorado defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no *prelo*, p. 123 e 124.

Direito e do ordenamento democrático”, conforme Luigi Ferrajoli.<sup>190</sup>

O garantismo pode ser visto sob três óticas: epistemológico, onde é um sistema cognitivo ou de poder mínimo; político, como uma técnica de tutela inidônea a diminuir a violência e ampliar a liberdade; e sob o plano jurídico, caracterizado como um sistema de conexões impostas por sanção punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

A doutrina garantista ainda institui uma filosofia política que pleiteia no seio do Direito e do Estado o ônus da justificação exterior baseada nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. É nesse sentido que o garantismo implica a teoria da distinção entre direito e moral, entre validade e justiça, entre a dualidade de pontos de vista na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “deve ser” do direito.

Com o argumento de que o Direito Penal não pode servir como fonte de solução para os problemas sociais - que devem ser tratados através de políticas públicas - e ressaltando que um Estado Democrático de Direito, alicerçado na dignidade da pessoa humana, não pode se utilizar da prisão “por escolhas aleatórias, irracionais ou puramente ideológicas” como forma de minimizar as “novas situações emanadas da complexidade social do nosso tempo”, o professor Alberto Jorge<sup>191</sup> defende, com a devida moderação, a necessidade de um garantismo em matéria penal.

O garantismo penal se vincula, portanto, à filosofia política de um “direito penal mínimo”, e dessa maneira se apresenta como a única justificação racional do Direito Penal, pois não se apresenta somente como modelo de legitimação ou justificação, mas também de deslegitimação ou crítica das instituições e práticas jurídicas vigentes.

À medida que as Constituições positivam direitos fundamentais e fazem deles um vínculo restritivo ao poder estatal, essa teoria geral mostra ser a própria teoria do Estado Constitucional de Direito, vale dizer, a que inspira e promove a construção das vigas mestras do Estado de Direito, que tem por fundamento e finalidade a tutela das liberdades do indivíduo ante as variadas formas de exercício arbitrário do poder.<sup>192</sup> Por isso, o garantismo não é simples legalismo, ou melhor, não é compatível com a falta de limitação jurídica do Poder Legislativo, pois a mera sujeição do juiz à lei pode conviver com as políticas mais

---

<sup>190</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, Tradução Fauzi Hassan Choukr, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 785.

<sup>191</sup>LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites Constitucionais do Legislador e do Juiz na Incriminação e Descriminalização de Condutas – A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais**, Tese de Doutorado defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no *prelo*, p. 29.

<sup>192</sup>BOBBIO, Norberto. **Crisis de la Democracia**, Barcelona: Ariel, 1985, p. 13.

autoritárias e antigarantistas.

Acerca do princípio da intervenção mínima, corolário ou decorrência lógico-natural do próprio garantismo, o professor Alberto Jorge lembra que:

O princípio da intervenção mínima nasce vinculado ao pensamento iluminista que pretendeu reduzir, de forma geral, toda legislação e, em especial, as leis penais. Beccaria, de certo modo antecipando-o, acentuava na antológica obra: “Proibir grande quantidade de ações diferentes não significa prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novos”. E a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada na Revolução Francesa, traduzindo a proporcionalidade que substancia o princípio, prescreve no art. VIII: “A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.<sup>193</sup> (Destques do original).

De acordo com tal princípio, o Direito Penal só deve atuar como “ultima ratio”, respeitando o princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade, e quando outras sanções que não penais já tenham atuado neste controle, aí sim se justifica.<sup>194</sup>

O princípio da intervenção mínima, portanto, “tem seu núcleo a partir da verificação do grau que o binômio ‘subsidiariedade / fragmentariedade’ assume”.<sup>195</sup>

Sendo o Direito Penal a forma mais drástica de intervenção na vida social, seu caráter fragmentário, antes de representar um defeito, se apresenta como uma virtude, na medida em que impõe o limite imprescindível a um totalitarismo da proteção estatal, este sim prejudicial em um Estado Democrático de Direito. “Assim é que a natureza da fragmentariedade do Direito Penal trata de um limite material do *ius puniendi*, de natureza político-criminal, que tem a sua origem no princípio da intervenção mínima.”<sup>196</sup>

É nessa dicotomia entre uma perspectiva de se evitar a eleição de um inimigo sobre o qual deve recair toda sorte de severidade da lei penal e um garantismo exacerbado que acaba cuidando excessivamente dos direitos do réu, esquecendo da proteção necessária e também fundamental dos direitos da vítima, que surge a dificuldade de se fazer com que o Direito Penal seja um aliado na efetivação do direito de convivência da criança e do adolescente.

<sup>193</sup>LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites Constitucionais do Legislador e do Juiz na Incriminação e Descriminalização de Condutas – A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais**, Tese de Doutorado defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no *prelo*, p. 62.

<sup>194</sup>BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.54.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>196</sup>ROBERTI, Maura. A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. P. 10, *apud* NOGUEIRA, Sandro D’Amato. **Princípio da intervenção mínima**, disponível em <http://www.jusvigilantibus.com.br>, acessado em 15/3/2010 às 12 h 50.



A proteção do Estado à família independe da origem da entidade familiar constituída e mantida, razão pela qual não cabe ao intérprete pretender distinguir onde o texto constitucional não diferencia, com a nítida observância do comando constitucional de proteger a família informal.<sup>197</sup>

Dentre os crimes contra a família, temos os crimes contra a assistência familiar, previstos no Código Penal nos arts. 244 a 247, quais sejam: **o abandono material, a entrega de filho menor a pessoa inidônea, o abandono intelectual e o abandono moral**, dos quais o que nos interessa para este trabalho é o de abandono moral, que ao nosso ver decorre diretamente do abandono afetivo.

Sobre tal ilícito penal entende-se permitir que alguém menor de 18 anos, sujeito a seu poder ou confiado a sua guarda ou vigilância, frequente casa de jogo ou mal afamada, conviva com pessoa viciosa ou de má vida; frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; resida ou trabalhe em casa de prostituição; mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública.

Como se sabe, o Código Penal reflete a mentalidade do país na década de 1940. Há, portanto, atualmente, uma defasagem de 70 anos.

Atendo-nos ao texto legal, podemos verificar que o legislador pretendia afastar os menores de 18 anos das casas de jogos ou mal afamadas, da companhia de pessoas viciosas ou de má vida, da frequência a espetáculos capazes de pervertê-los ou ofensivos ao pudor, da participação em representações de igual natureza, da residência ou trabalho em casa de prostituição, da mendicância ou de serviço a mendigo para excitar a comiseração pública.

A enumeração, em resumo, visava explicitar as situações de risco para a formação moral das crianças e jovens, embora longe de atender aos casos que, na atualidade, podem caracterizar o abandono moral de menores.

É importante destacar que a necessidade, a importância e a dificuldade de efetivar leis que visam proteger os menores é problema vivenciado em todo o mundo, quer em países desenvolvidos, como nos Estados Unidos, por exemplo, onde Robert Burt, em artigo publicado em Revista Espanhola, afirma que a atenção estará posta quando o Estado envidar esforços para ajudar as crianças com seus problemas, em vez de se preocupar apenas em

---

<sup>197</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Família no Direito Penal**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 154 e 155.

castigá-las<sup>198</sup>; e também, e principalmente, em países periféricos, como a Argentina, onde Rubén Vuolo mostra que a informação disponível põe em evidência que os meninos, as meninas e os adolescentes que trabalham exercem atividades muito diversas e cumprem carga horária incompatível com a idade, assim como em condições de trabalho e ambientais inaceitáveis seja na presença ou na ausência dos pais.”<sup>199</sup>

Ao que parece, não se vislumbra a sanção penal como forma, também, de se garantir a dignidade da vítima, principalmente quando se trata de menores.

De acordo com o jusfilósofo paraibano Eduardo Rabenhorst:

O termo dignidade, do latim *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Apesar de a língua portuguesa permitir o uso tanto do substantivo *dignidade* como do adjetivo *digno* para falar das coisas (quando dizemos, por exemplo, *que uma moradia é digna*), a dignidade é acima de tudo uma *categoria moral* que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres.<sup>200</sup> (Destques no original).

Há de se ressaltar que o fundamento dos direitos da criança e do adolescente a não serem abandonados material, intelectual e moralmente não se encontra apenas no artigo 227 da Constituição, mas também, e sem menor importância, na dignidade da pessoa humana, alicerce maior da nossa Lei Magna, prevista em seu artigo 1º, inciso III, como já mencionado neste trabalho.

Dentre esses direitos está o de ser formado dentro de uma estrutura familiar, que o abandono acaba por inviabilizar, como ensina Gustavo Monaco<sup>201</sup>.

Quando se trata de alcance do Direito Penal, em função da proposta garantista já referida, e da conseqüente necessidade de uma intervenção mínima em tal matéria, costuma-se sustentar a atuação repressora do Estado apenas nos crimes identificados como graves, como menciona o Professor Alberto Jorge Correia de Barros Lima, para quem, é necessário “o funcionamento do Direito Penal, ao menos para conter as tensões causadas na coletividade

<sup>198</sup>BURT, Robert A., Desarrollo Constitucional de Derechos de, Sobre y para Menores, in **Derecho, Infancia y Familia**, compiladora Mary Beloff, Barcelona: Gedisa Editorial, 2000, p. 13.

<sup>199</sup>VUOLO, Rubén M. Lo, De Los Niños Asistenciales al Ingreso Ciudadano para La Niñez: De La Ley 10.903 a La Ley 26.061, in **Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, Compilador Emílio García Méndez, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008, p.112.

<sup>200</sup>RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**, Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 14 e 15.

<sup>201</sup>MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da Criança no Cenário Internacional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 250 e 251.

pelo cometimento de delitos que definiremos como mais graves”.<sup>202</sup>

Vale questionar, no nosso entender, o que viriam a ser os crimes mais graves, que mereceriam efetiva punição por parte do Estado? Ou sendo mais específico, se seriam graves os crimes que afetam os direitos humanos fundamentais das crianças e dos adolescentes, e que afetam, por conseguinte, a dignidade humana dos mesmos?

Dignidade humana por dignidade humana, vislumbramos em tais delitos, como já comentado, a dignidade humana das vítimas, e o próprio Professor Alberto Jorge ressalta que deve servir a “dignidade humana tanto como fundamento dos limites do *jus puniendi*, quanto como alicerce das possibilidades e necessidades de criminalização”<sup>203</sup>.

Não queremos contribuir para eleger os pais abandonantes como os novos “inimigos” da sociedade, mas nos preocupamos com o fato de que, em prol de uma postura exacerbadamente garantista – embora, ressalte-se haja a necessidade de um garantismo, principalmente em matéria penal, como já analisado – e de uma tendência doutrinária e jurisprudencial para uma intervenção mínima do Direito Penal – ressaltando também, que não comungamos com a idéia de criminalização como única forma de controle da violência, como já visto – os crimes de abandono material, intelectual e moral, cometidos contra as crianças e os adolescentes fiquem, como estão, absolutamente impunes.

Entendemos que muitos problemas relativos ao abandono de menores só chegam ao conhecimento do Estado como fato consumado, e para estes casos há de existir uma alternativa de controle e sanção, através do Direito Penal.

O professor Alberto Jorge, ao se referir às várias estratégias para o controle social, ministra:

Esse controle dispõe de múltiplos sistemas normativos (v.g. ética, religião, Direito Civil, Direito Penal); de diversos organismos (v.g., família, igreja, associações, sindicatos, meios de comunicação, Judiciário); de uma variedade de estratégias de atuação ou resposta (prevenção, repressão); dos diferentes modos de sanções (prêmios, reparação de danos, medidas restritivas de direito, privativas de liberdade) e de certos destinatários (estratos sociais mais pobres, estratos sociais privilegiados). MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Derecho Penal – Introducción*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho – Universidad Complutense, 2000, p. 2-3.<sup>204</sup> (Destques no original).

<sup>202</sup>LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites Constitucionais do Legislador e do Juiz na Incriminação e Descriminalização de Conduitas – A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais**, Tese de Doutorado defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no *prelo*, p. 13 e 14.

<sup>203</sup>*Ibidem*, p. 26.

<sup>204</sup>*Ibidem*, p.21.

O crime de abandono moral está diretamente vinculado à mendicância (não a mendicância voluntária por parte do maior<sup>205</sup>, mas a utilização de menor para a mendicância) e à prostituição de menores, além da utilização dos infantes para cometimento de crimes em quadrilhas organizadas por adultos (homicídio, tráfico de drogas etc...), em razão de o menor no Brasil não cometer crimes, e sim atos infracionais que são punidos com medidas socioeducativas, muito mais brandas do que as penas para os adultos.

Vê-se, portanto, que os crimes contra a assistência familiar, que possuem como vítimas crianças e adolescentes, assim como ocorre com os crimes contra a ordem social, “são também crimes contra os direitos e garantias fundamentais”<sup>206</sup>, e como tais, são crimes que afetam a dignidade da pessoa humana. Quando o Estado deixa de punir tais crimes, por considerá-los menos graves, as vítimas (menores), hoje nas ruas, nas casas de prostituição, nas favelas e nos morros (à disposição de bandidos), estão sendo preparadas (moldadas) para ser marginais e, na maioridade, cometerem crimes graves, e, então, passarem a ser punidos severamente pelo Estado.

Acerca da preocupação com o menor marginal e não com sua marginalização, Rosa Maria Fischer Ferreira<sup>207</sup> já chamava a atenção em 1979, ao sustentar a preocupação em se evidenciar a marginalização dos jovens em vez do fato de serem marginalizados.

Em outras palavras, garantir a dignidade dos réus em tais crimes, e utilizar-se de uma política garantista e de intervenção mínima, não pode resultar, incondicionalmente, como vem acontecendo, na completa e absoluta impunidade dos pais abandonantes<sup>208</sup>, sob pena de prestigiarmos a dignidade do réu (adulto e capaz), em detrimento da dignidade da vítima (menor, conseqüentemente, incapaz de administrar sua própria vida). Há necessidade de uma reflexão sobre esta questão e um análise de contraponto sobre tais dignidades (se é que possam ser assim diferenciadas).

---

<sup>205</sup>Cf, LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites Constitucionais do Legislador e do Juiz na Incriminação e Descriminalização de Condutas – A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais**, Tese de Doutorado defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no *prelo*, p.82: A vadiagem e a mendicância, por exemplo, são contravenções penais que não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional por maltratarem o princípio da ofensividade.

<sup>206</sup>*Ibidem*, p.22.

<sup>207</sup>FERREIRA, Rosa Maria Fischer. **Menino da Rua: Valores e Expectativas de Menores Abandonados em São Paulo**, São Paulo: CEDEC, 1979, p. 49, *apud* RODRIGUES, Gutemberg Alexandrino. *Os Filhos do Mundo – A Face Oculta da Menoridade (1964 – 1979)*, São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 140.

<sup>208</sup>Não temos conhecimento de nenhuma condenação no Estado de Alagoas por quaisquer dos crimes referidos, tendo sido recebida uma denúncia no final do ano passado, por crime de abandono moral, que deverá, como tantas outras, finalizar com a absolvição da acusada.

Acerca da necessidade e importância da atuação do Direito Penal em tais fatos, Guilherme Calmon diz que “a lei penal busca proteger, de forma imediata, a manutenção e subsistência da família, não apenas materialmente como também moralmente”<sup>209</sup>.

É importante frisar, também, seguindo as lições de José Luis Díez Ripollés<sup>210</sup>, que há necessidade de uma avaliação das consequências da aplicação de uma lei – “avaliação pós-legislativa” –, não havendo como se averiguar se as consequências sociais dos dispositivos que tratam de crimes contra menores são benéficas para a sociedade se tais normas não estão sendo aplicadas.

Ressalte-se, finalmente, que quando nos referimos à necessidade de punição para tais delitos, quer como forma de sanção para os agentes, quer como forma de educar a sociedade para que não continuem acontecendo, não estamos nos referindo à necessidade de penas privativas de liberdade para os que neles incorrerem. O sistema prisional brasileiro não deve e não pode comportar pessoas que cometem tais delitos, até porque a privação da liberdade, por si só, é menos eficiente, neste caso, do que outras medidas mais educativas.

Sobre a importância da penas substitutivas, sustenta o Promotor de Justiça em Ribeirão Preto, Paulo José Freire Teotônio, que “para que a pena imposta pelo Estado alcance todas as finalidades, contudo, deve estar revestida de notável discricção, a ponto de que ela cumpra o seu papel sem precisar ser injusta, desnecessária ou cruel”<sup>211</sup>.

Entendemos que uma pena alternativa razoável para os crimes ligados ao abandono de menor seria a prestação de serviços em abrigos e casas de recuperação que cuidam de crianças abandonadas e viciadas em drogas, respectivamente, já que além do caráter educativo, tais instituições precisam de mão de obra para o cumprimento de suas atividades, já que, na maioria, dispõem apenas de trabalho voluntário.

---

<sup>209</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Família no Direito Penal**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 156.

<sup>210</sup>RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das Leis Penais – Teoria e Prática**, Tradução de Luiz Regis Prado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

<sup>211</sup>TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **Das Penas Substitutivas. O Único Caminho para o Direito Pena Contemporâneo**, disponível em <http://WWW.jusnavegandi.com.br>, acessado em 15/3/2010.

O magistrado, porém, ao analisar o caso concreto, deve interpretar a Constituição, utilizando-se da hermenêutica dos direitos fundamentais<sup>212</sup>, buscando uma adequação com os problemas do contexto social onde está inserido, considerando o continente, o país, a região, o Estado e a sua comunidade, de modo a garantir a dignidade do réu, mas também a dignidade da vítima, dando ao Direito Penal a relevância que merece na solução destes graves problemas sociais.

---

<sup>212</sup>Cf, LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites Constitucionais do Legislador e do Juiz na Incriminação e Descriminalização de Condutas – A Imposição dos Princípios Constitucionais Penais**, Tese de Doutorado defendida e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, no *prelo*, p.33 e 34: O papel que do juiz criminal se espera, no modelo democrático e constitucional contemporâneo, para além do conhecimento do legislado, das formas procedimentais e das decisões pretorianas mais significativas, de seu envolvimento com o Direito Internacional, especialmente com os Direitos Humanos e sua inserção nos problemas da América Latina, do país, do seu Estado e da sua comunidade, é a capacidade que deve ter de interpretação da Constituição, particularmente da hermenêutica dos Direitos Fundamentais e dos essenciais à coexistência, máxime em modelos de Estado, como o nosso, cujo poder político resta contaminado pela corrupção e pelo fisiologismo em todos os níveis.

## 4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES QUE SE ENCONTRAM EM SITUAÇÃO DE RISCO, ATRAVÉS DA ADOÇÃO

### 4.1 Políticas públicas e direitos fundamentais

É importante ressaltar que a imensa maioria dos textos que tratam de políticas públicas para efetivação de direitos fundamentais se referem a direitos fundamentais sociais, que conforme o artigo 6º da Constituição são os direitos à educação; à saúde; ao trabalho; à moradia; ao lazer; à segurança; à previdência social; à proteção à maternidade e à infância; e a assistência aos desamparados.

Embora o dispositivo supra faça referência ao direito social à infância, este não se confunde com o direito fundamental à convivência familiar, de que trata o presente estudo.

Partiremos, portanto, da ideia de que quem pode (deve) o mais pode (deve) o menos, ou seja, trataremos da necessidade de efetivação de políticas que visem atender aos direitos sociais, cuja aplicabilidade imediata ainda é discutível, e com tais argumentos, ressaltaremos que para o caso de políticas públicas que visem atender aos direitos fundamentais de primeira geração, como é o caso do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, que têm, pela dicção do próprio artigo 5º da Lei Maior, aplicabilidade imediata, a imposição para a consecução de tais políticas públicas se torna mais evidente.

Não só os direitos sociais necessitam de políticas públicas para sua efetivação, já que tanto os direitos de primeira quanto de segunda gerações exigem obrigações positivas e negativas para que se façam cumprir. “A doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer direito fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado” como lembra o professor Andreas Krell.<sup>213</sup>

Políticas públicas são instrumentos utilizados pelo governo para intervir na sociedade, na economia, na política, executando programas políticos em busca de melhores condições de vida aos seus cidadãos. São uma espécie de padrão de conduta (*standard*) que indica qual meta deve ser alcançada, para que o governo deva se direcionar.

---

<sup>213</sup>KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 39.

Com base em Rodolfo Mancuso o professor Andréas Krell sustenta que “política pública é a conduta da administração pública voltada a consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal”.<sup>214</sup>

As políticas públicas são os meios necessários à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os sociais que, por sua essência, pressupõem, sempre, uma atuação dos poderes públicos. O Estado, como gestor dos interesses da sociedade, define, através dos Poderes Legislativo e Executivo, os objetivos e os instrumentos de interesse da comunidade. As políticas públicas, assim, constituem uma intervenção do Poder Público na vida social.

No dizer de Dworkin, política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.<sup>215</sup>

Observa-se que o conceito acima se pauta em dois elementos essenciais, quais sejam: a existência de uma comunidade política capaz de produzir tais padrões e a identificação dos objetivos a serem alcançados através dos meios fixados.

Os direitos sociais, embora constituam deveres do Estado e direitos subjetivos públicos do cidadão, são estabelecidos na Constituição de forma genérica, ampla e abstrata, o que torna necessária a atuação do Poder Público, especialmente através dos Poderes Legislativo e Executivo, de forma a estabelecer os meios e o momento de efetivá-los.

As políticas públicas, assim, constituem uma forma de efetivar o acesso das camadas menos favorecidas aos direitos fundamentais.

Maria Paula Dallari Bucci<sup>216</sup> enfatiza que a “necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”.

Ronald Dworkin, apesar de empregar bastantes esforços na definição dos padrões, regras e princípios, também reconheceu a existência dos padrões normativos das políticas quando afirmou que, muitas vezes, as soluções às questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras,

---

<sup>214</sup>KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 32.

<sup>215</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

<sup>216</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. **O Conceito de Políticas Públicas em Direito**, in Políticas Pública – Reflexões Sobre o Conceito Jurídico, Organização BUCCI, Maria Paula Dallari, São Paulo: Saraiva, 2006, p.3.



mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”<sup>217</sup>.

Assim, o autor norte-americano considera que as políticas são capazes de viabilizar argumentos jurídicos persuasivos para solução de *hard cases*, uma vez que integram o sistema jurídico, diferentemente dos princípios que possuem argumentações jurídicas que tendem a estabelecer um direito individual ou de grupo.

Partindo da noção de que a formulação de políticas pressupõe uma regulação jurídica apta a torná-las efetivas, Dworkin percebe que as políticas dependem, para a sua concretização, da adoção de um padrão jurídico que vai introduzir na atmosfera social um conjunto de metas, na pretensão de se instituir camadas de interação social, que passarão a ser processados no âmbito jurídico. Apesar de Dworkin ter abordado as políticas como padrão normativo, pode-se observar que este autor não tece maiores comentários sobre os elementos essenciais do seu conceito de política, que podem ser definidos como a sua fonte de produção e a identificação e realização de seus objetivos.

Neste ponto, ainda que de difícil tarefa, imprescindível que se busque fornecer um conceito contemporâneo para os padrões normativos de políticas públicas, que seja capaz de conduzir a uma correta compreensão do tema, pois a definição apresentada por Dworkin merece ser mais bem delineada. Pode-se, assim, afirmar que as políticas públicas representam os aparelhos de ação dos governos, através de uma substituição dos "governos por leis" (*government by law*) pelos "governos por políticas" (*government by policies*), imposta pela própria superação do dogma do Estado liberal pelo Estado social, que é o fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas, através do cumprimento dos direitos fundamentais positivos, que exigem uma prestação positiva do Poder Público, conforme leciona Maria Paula Dallari Bucci.<sup>218</sup>

Acerca dos direitos fundamentais, tanto de primeira quanto de segunda gerações, a Constituição Federal de 1988 veio estruturar o Estado Democrático de Direito no Brasil, que surge com o intuito de enfrentar os problemas sociais, dando-lhes melhores soluções que os demais estágios do constitucionalismo, bem como o de transformar a realidade social.

A base política de toda e qualquer sociedade democrática constitui o respeito e a proteção aos direitos fundamentais, o que torna a noção de Estado Democrático de Direito indissociável da concretização desses direitos.

---

<sup>217</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>218</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Políticas Públicas em Direito, *in* **Políticas Pública – Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**, Organização BUCCI, Maria Paula Dallari, São Paulo: Saraiva, 2006, p.11.

O Estado Democrático de Direito se assenta na supremacia da Constituição, na democracia, na valorização do jurídico, na proteção aos direitos fundamentais e na aplicação imediata das normas constitucionais.

Para Andreas Krell, os “Direitos Fundamentais Sociais não são diretrizes *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”<sup>219</sup>, ou seja, os direitos fundamentais de primeira geração exigem uma postura negativa por parte do Estado, vale dizer, de abstenção na limitação dos referidos direitos, enquanto os direitos sociais, de segunda geração, exigem uma postura positiva por parte dos poderes constituídos, no sentido de realizar políticas que efetivem tais direitos, embora esta regra não seja absoluta, porquanto, como já mencionamos e como detalharemos mais adiante, existem direitos fundamentais de primeira geração que também necessitam, para sua efetivação, de uma atitude positiva por parte do Estado, já que sua efetivação depende de políticas públicas.

É importante lembrar que o Estado Democrático de Direito representa um *plus* normativo em relação ao Estado liberal e ao Estado social que o precederam. O Estado de matriz liberal, que extraiu o seu substrato teórico-filosófico da doutrina jusnaturalista contratual, configurou a vitória da burguesia sobre o absolutismo monárquico e a conseqüente instauração de um Estado democrático, em que o soberano extraía sua legitimidade do voto popular. Concebia-se o Poder Público como mero guardião das liberdades individuais, sendo-lhe negada qualquer interferência na esfera econômica e social. O Estado liberal consistia num mal necessário, insubstituível na prestação de algumas atividades para as quais o indivíduo isolado, ou voluntariamente associado, é impotente, como a manutenção da ordem interna, a defesa contra o inimigo externo, a distribuição da justiça, a aprovação e a imposição de um Direito Penal, Civil, Comercial etc.

Com o advento do Estado Social, o Poder Público passou a atuar de forma ativa na sociedade, articulando políticas prestacionais nas áreas da saúde, da educação, da habitação, entre outras. De uma Administração Pública absentéista originou-se uma Administração intervencionista, reconhecedora de direitos sociais à população. “A substituição do Estado Liberal pelo Estado Social (também chamado Estado Providência)

---

<sup>219</sup>KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

representa – também – a consagração do valor igualdade ao lado da liberdade<sup>220</sup>. Isto porque se percebe que sem um mínimo de igualdade substancial, pelo menos sob a dimensão da igualdade de oportunidades, a liberdade só tem sentido para alguns poucos privilegiados.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, superou essas duas formulações. Apoiada sob as bases de uma Constituição dirigente, vinculante e prospectiva, a democracia hodierna traduz um ideal transformador da realidade. Não basta, assim, a mera contemplação de direitos e deveres na Carta Maior. Urge a concretização desse conteúdo por meio de políticas públicas formuladas com a efetiva participação popular.

A Constituição brasileira destaca, já no seu preâmbulo, a instituição de um Estado Democrático que visa assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais. A par disso, indica como objetivos fundamentais da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que prima pelo respeito e pela aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais positivados logo no prólogo da Carta.

Todavia, não é possível falar sobre Direito e Inclusão Social sem se referir, ainda que sucintamente, ao contexto que nos levou à crise do Estado. Começemos por dizer que o fenômeno da pobreza e da miséria, no Brasil, tem causas perfeitamente diagnosticadas, que vão desde a crise de representatividade política até os desajustes econômicos ao longo das últimas décadas, ao lado de um acentuado e descontrolado processo migratório para os grandes centros urbanos, gerando o êxodo rural e a transformação de uma sociedade agrícola em uma sociedade industrial.

Os sintomas da crise de representatividade são percebidos na falta de organização, disciplina e capacidade de mobilização dos partidos políticos de agregarem grandes interesses em torno de questões nacionais e projetos partidários definidos, traduzindo em ações políticas concretas as promessas de campanha. E isso se manifesta na apatia e no desinteresse das novas gerações pela política.

O sistema econômico mostra sua ineficiência e perversão. No setor público, essa dificuldade é ampliada. As políticas públicas básicas, como as de saúde, educação, emprego, segurança e justiça, sofrem a falta de recursos financeiros e de vontade política, que se agrava sobremaneira com o insucesso de seguidos planos econômicos e os ônus da dívida externa. Os

---

<sup>220</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Políticas Públicas em Direito, *in* **Políticas Pública – Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**, Organização BUCCI, Maria Paula Dallari, São Paulo: Saraiva, 2006, p.12.

ajustes impostos ao setor privado pela nova economia globalizada e pelas altas taxas de juros internos dificultam a produção e o consumo e impõem a quebra de pequenas e micro-empresas e o desemprego em massa.

Fernando Aith<sup>221</sup> explicita que as leis orçamentárias, por exemplo, tratam de definir a destinação dos recursos públicos para a execução de programas governamentais baseados em políticas públicas definidas em atos normativos ou em leis e voltados à promoção do desenvolvimento econômico e social do país. O direito à moradia, por exemplo, é um direito social, que requer para sua realização de ações positivas dos governos, ações essas que dependem, majoritariamente, de recursos financeiros. Lei Orçamentária que define recursos insuficientes para a garantia do direito à moradia no país pode, sim, ser considerada inconstitucional pelo controle concentrado, “já que possui efeito normativo, no sentido de não prever os meios financeiros necessários para execução de programas públicos voltados à garantia de um direito humano”.

A migração do campo para as cidades e a transformação de uma sociedade agrícola em industrial já são o suficiente para romper vínculos, esgarçar identidades e enfraquecer os mecanismos informais de controle social. Acrescente-se a isso o aumento da pauperização da sociedade brasileira, a proletarização da classe média, o desemprego, e o salário mínimo que não atende às necessidades básicas do indivíduo, para se compreender, sem dificuldades, os assustadores índices de violência e criminalidade no Brasil, inclusive em Alagoas.

A Constituição não é regulamentada, direitos sociais são suspensos por falta de recursos para sua implementação, aumentam as possibilidades da corrupção e a dificuldade de controle do Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, pois o Estado, por mais paradoxal que pareça, muitas vezes infringe a legalidade por ele mesmo criada. Cria-se a ilusão de se viver numa democracia tão só porque se dá ao indivíduo o direito de eleger seus representantes, quando, em verdade, está-se delegando incontrolavelmente o poder. É a chamada "democracia delegativa"<sup>222</sup>, que significa: quem vence as eleições governa como quiser.

---

<sup>221</sup> AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: Instrumentos de Consolidação do Estado Democrático de Direito e de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, *in* **Políticas Públicas – Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**, BUCCI, Maria Paula Dallari, Organizadora, São Paulo: Saraiva, 2006, p.243.

<sup>222</sup> AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: Instrumentos de Consolidação do Estado Democrático de Direito e de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, *in* **Políticas Públicas – Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**, BUCCI, Maria Paula Dallari, Organizadora, São Paulo: Saraiva, 2006 p. 244.

O sistema político é capaz de produzir uma legalidade abrangente das diversas gerações de direitos - civis, políticos e sociais. Entretanto, nem se submete a essa legalidade, nem tem força para fazer o Estado presente na implementação eficaz desses direitos. A sociedade, de outro lado, com capacidade para ver suas demandas por direitos transformadas em leis - quando não em normas constitucionais -, não tem suficiente poderio de organização e de conflito para exigir a submissão do governo à legalidade e muito menos para usufruir diretamente desses direitos.

O próprio Estado acaba por se fragmentar, e a sua burocracia, desaparelhada e inapta, fica exposta e favorece os ataques de grupos ao erário, dando ensejo à proliferação de balcões privilegiados de negociatas, corrupção e assalto aos cofres públicos; enfim, ocorre uma acentuada privatização dos investimentos públicos, recrudescendo a acumulação de riquezas de setores privilegiados com o aumento da exclusão social.

A lei - e a própria Constituição -, nesse contexto de impotência, passa a ser vista como empecilho para os interesses das classes dominantes. A legalidade passa a ser instrumento importante das elites quando se trata de defender ou ampliar os seus bens e interesses. A ordem jurídica sofre uma dupla desmoralização institucional: de um lado fica claro que a violação da lei tem um baixo custo para alguns setores (pode-se dizer, sem medo de errar, que no Brasil o crime compensa, principalmente se o criminoso é do colarinho branco); de outro lado, a penetração da lei, quando deve assegurar direitos à maioria, é impotente para atingir de modo homogêneo toda a sociedade. Impunidade e ineficácia são os dois lados da fraqueza institucional da democracia delegativa no Brasil.

Com base em Noberto Bobbio, Konrad Hesse e Lenio Streck, a professora Nicole Mazzoleni Facchini<sup>223</sup> ressalta que o contexto social brasileiro não condiz com o ideário constitucional. Lembra que “em um país em que vários dos direitos constitucionais não se mostram efetivos, afere-se razoável afirmar que a realidade que aqui se vislumbra é apenas um “simulacro de modernidade”.

Principalmente em um país como o Brasil, onde vários direitos constitucionais permanecem como esperançosas promessas da modernidade, impende consignar que “o constitucionalismo não morreu”. Urge reafirmar as noções de Constituição dirigente e de

---

<sup>223</sup> FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Controle Judicial das Políticas Públicas: a Questão da Reserva do Possível, da Legitimação e do Princípio da Separação dos Poderes**, disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>, acessado em 11 de janeiro de 2010.

força normativa da Lei Maior.<sup>224</sup>

A professora e atuante Promotora de Justiça em Alagoas, Alexandra Beurlen, ao tratar do direito humano à alimentação adequada no Brasil, traz reflexões que se aplicam a diversos outros direitos humanos fundamentais, inclusive ao direito da criança e do adolescente à convivência familiar, quando diz que não há articulação entre os órgãos do governo, nem comprometimento, o que não permite “realizar o direito humano à alimentação adequada no Brasil e são problemas que permanecem nos dias atuais, e são extremamente lesivos aos direitos fundamentais do ser humano”.<sup>225</sup>

Evidencia-se, portanto, que os direitos fundamentais, quer de primeira geração, quer de segunda, estes com maior necessidade, precisam, em muitas das vezes, de políticas públicas para sua efetivação, o que não vem sendo realizado adequadamente, ao ponto de mitigar ou até inviabilizar a efetividade de tais direitos, havendo necessidade, inúmeras vezes, de intervenção do Poder Judiciário, o que traz controvérsia na doutrina e na jurisprudência, como se verá adiante.

#### **4.2 Controle judicial das políticas públicas**

Para que se possam reconhecer os direitos fundamentais sociais como verdadeiros direitos, hão de ser cumpridas as obrigações ante todos e o Estado, a fim de que tais direitos sejam efetivados, devendo o Estado, como ensina Andreas Krell<sup>226</sup>, desenvolver e executar políticas de bem-estar no vasto campo das necessidades primárias dos homens que se encontram numa situação de “hipossuficiência, marginalidade, carência. Políticas de emprego, políticas alimentarias, políticas habitacionais, políticas de educação e saúde etc.”. Os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais são fontes de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Embora a conclusão acima seja a razoável a se chegar na abordagem do tema, convém ressaltar que são muitas as controvérsias acerca da possibilidade da intervenção do Judiciário na adoção de políticas públicas visando efetivar direitos fundamentais.

---

<sup>224</sup>FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Controle Judicial das Políticas Públicas: a Questão da Reserva do Possível, da Legitimação e do Princípio da Separação dos Poderes**, disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>, acessado em 11 de janeiro de 2010.

<sup>225</sup>BEURLEN, Alexandra. **Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil**, Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 83 e 84.

<sup>226</sup>KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 23.

A primeira delas se refere ao próprio caráter normativo dos dispositivos constitucionais que tratam de direitos sociais, lembrando Alexandra Beurlen<sup>227</sup> que, no início do século XX, vários autores, dentre os quais o próprio Paulo Bonavides, “negaram o caráter jurídico dessas normas constitucionais, aduzindo que se tratavam de meros programas políticos e valores norteadores do exercício do poder, sem qualquer vínculo de obrigatoriedade”, não permitindo que o Estado pudesse ser compelido nas suas efetivações.

Realmente, por sua natureza e complexidade, alguns direitos sociais são de difícil implementação por parte do Estado, gerando a interminável discussão acerca de ser positiva ou não a opção do legislador constituinte de prever no texto constitucional uma gama razoável de direitos sociais, muitos dos quais sem nenhuma perspectiva de efetivação, como ocorreu com a nossa Constituição de 1988, ou de não se prever os direitos sociais inexecutáveis, para que não se gere um descrédito à própria Constituição, como foi a opção adotada na Lei Fundamental alemã.

Loewestein, citado por Andreas Krell<sup>228</sup>, sustenta que embora a Constituição brasileira seja uma Constituição “nominal”, as promessas nela contidas, ainda que por vezes exageradas, significam “um estímulo aos detentores do poder para a sua realização e uma ‘fonte de esperança’ para os formalmente beneficiados”, enquanto Marcelo Neves, também mencionado pelo professor Krell,<sup>229</sup> afirma que as normas que não possuem um mínimo de possibilidade de efetivação apenas servem de “álibi” para que seja desempenhada uma função meramente ideológica, imunizando “contra outras alternativas” para a solução dos problemas reais da sociedade.

Vale ressaltar que, além da crítica ao simbolismo dos direitos sociais, Marcelo Neves<sup>230</sup> também faz referências aos fatores positivos, o que ele denomina ser a “ambivalência do simbólico”, mencionando que “a força simbólica de atos, textos, declarações e discursos de caráter normativo serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela construção e realização destes.” Enfatiza que, por um lado, a afirmação simbólica de direitos e

---

<sup>227</sup>BEURLLEN, Alexandra. **Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil**, Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 72 e 73.

<sup>228</sup>LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*, 1975, S. 345, *apud* KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27.

<sup>229</sup>NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*, 1994, p. 33 ss., 49ss., 92. *Apud* KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 27 e 28.

<sup>230</sup>NEVES, Marcelo. *A Força Simbólica dos Direitos Humanos*, in **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel, Coordenadores, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.421.

institutos jurídicos, sem nenhum compromisso com o real acesso a eles ou à sua efetivação, pode levar à apatia pública e ao “cinismo das elites”, como também pode conduzir à “mobilização social que contribui para a sua concretização normativa e efetivação”.

Ainda se discute muito na doutrina acerca do caráter programático dos dispositivos constitucionais que tratam dos direitos sociais. Valendo-se, a maioria dos doutrinadores, da concepção trazida por José Afonso da Silva<sup>231</sup>, que classifica as normas constitucionais como: de eficácia plena; de eficácia contida; e de eficácia limitada. Porém autores como o professor Andreas Krell<sup>232</sup> entendem que tal caráter programático não é absoluto e não pode servir como desculpa para a inviabilização de um direito social.

Outra questão a ser abordada é a que diz respeito ao princípio da separação dos poderes.

Como as políticas públicas desempenham importante papel na concretização dos direitos fundamentais, não se discute, já num primeiro plano, não serem mais uma função exclusiva do Estado, uma vez que a atual fase do constitucionalismo proclama uma maior participação da sociedade civil.

Por outro lado, diante de uma violação flagrante a um direito fundamental, seja ele individual ou coletivo, praticada pela ausência ou por uma política pública, imposta por uma maioria a uma minoria, há de se cogitar da legitimidade do Poder Judiciário em intervir para determinar a sua cessação, no caso de ineficiência ou omissão parcial, ou a sua formulação e execução, no caso de omissão total. Desta forma, há de se indagar se poderia o Poder Judiciário, no exercício de suas funções, determinar a formulação, execução ou cessação das atividades desenvolvidas pelo Estado Executivo ou Legislativo.

Não se pode fugir à reflexão de se no desenvolvimento de políticas públicas não estaria o Poder Judiciário usurpando funções dos demais Poderes, já que até bem pouco a doutrina e a jurisprudência pátrias dominantes sempre negaram a possibilidade de se exercer qualquer tipo de controle judicial que afetasse a “separação dos poderes” e a discricionariedade dos atos administrativos, admitindo, somente, o controle legal dos atos vinculados, que, caso contrariassem as normas jurídicas, deveriam ser anulados.

---

<sup>231</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 68 a 74.

<sup>232</sup>KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, *passim*.



O professor Andreas Krell<sup>233</sup> afirma que “a partir da pragmática teoria da separação dos poderes (idealizada por LOCKE e MONTESQUIEU), começou-se a se impor limites às atividades dos órgãos estatais, especificamente da Polícia, tudo em defesa dos direitos individuais”, surgindo a distinção entre “*Governo*, como atividade política e discricionária, livre de apreciação judicial, e a *Administração* propriamente dita”.

Verifica-se, no entanto, com a evolução do constitucionalismo e do próprio Estado de Direito, que esses posicionamentos têm sido revisitados, ganhando um colorido axiológico especial, o que pode ser constatado, por exemplo, com a aceitação da doutrina dos “motivos determinantes dos atos administrativos”, quando se começou a aceitar a possibilidade de análise do mérito do ato administrativo, como lembram Pedro Ivo de Sousa e Alexandre de Castro Coura<sup>234</sup>, mencionando, inclusive, o julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, que teve como Min. Relator Celso de Mello.

Há de se partir, porém, de três premissas, sendo a primeira a que diz respeito a um mínimo de exequibilidade do direito fundamental que se pretende efetivar; a segunda, que se refere ao respeito à discricionariedade de determinados atos da administração; e a terceira, que diz respeito à necessidade, adequação e proporcionalidade na intervenção judicial na implementação ou aprimoramento de uma política pública.

Acerca do mínimo de exequibilidade do direito fundamental, Andreas Krell lembra que:

O discurso constitucional “sempre é um discurso codificador da realização de interesses pragmáticos e da legitimação de pretensões de domínio político. A ‘verdade discursiva’ é a codificação de uma luta por posições constitucionais.” (CANOTILHO). No entanto, é importante que aqueles que aceitam e até apreciam um certo conteúdo utópico de um texto constitucional não se esqueçam de que o seu *poder de integração* depende decisivamente da sua realização na vida diária, o que pressupõe um mínimo de exequibilidade jurídica.<sup>235</sup>

Urge enfatizar que alguns direitos sociais apresentam grande dificuldade de efetivação a curto prazo, como o direito à moradia, por exemplo, que envolve uma exacerbada gama de recursos para sua concretização, o que não implica, necessariamente, que políticas

<sup>233</sup>KRELL, Andreas J. A Recepção das Teorias Alemãs Sobre “Conceitos Jurídicos Indeterminados” e o Controle da Discricionariedade no Brasil, *in* **Interesse Público**, nº 23-2004, Coordenação PASQUALINI, Alexandre, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 23.

<sup>234</sup>SOUZA, Pedro Ivo de & COURA, Alexandre de Castro. **Controle Judicial das Políticas Públicas**, disponível em: [http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro\\_ivo\\_de\\_sousa.pdf](http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf), acessado em 10/2/2010.

<sup>235</sup>KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 29.

públicas nessa área não possam ser exigidas e controladas, no mínimo, através de um programa contínuo de minimização da escassez de moradias.

Dificuldade semelhante à de controle de políticas públicas por parte do Judiciário ocorre no controle do ato administrativo, quando se trata de conceitos jurídicos indeterminados, salientando Andreas Krell que “a invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível”.<sup>236</sup>

Portanto, tanto quanto se discute, ainda, acerca do controle pelo Judiciário do mérito do ato administrativo, principalmente no caso de conceitos indeterminados, exigindo do Poder Judiciário brasileiro um sensível aumento de responsabilidade, “na medida da falta de cidadania de uma expressiva parte da sociedade civil”<sup>237</sup>, pelo mesmo motivo, também se eleva em muito a responsabilidade do Judiciário no controle da execução de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais.

O professor Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>238</sup> sintetiza algumas críticas à judicialização dos Direitos Sociais, dividindo-as em críticas principiológicas, vinculadas à própria legitimidade do Judiciário para atuar na concretização de direitos sociais, e críticas institucionais, que abordam os problemas práticos decorrentes da efetivação das decisões judiciais que determinam a entrega de bens ou serviços.

As críticas principiológicas, segundo o autor, podem se subdividir em:

- CRÍTICAS LIBERAIS: ligadas ao princípio da separação dos poderes; e
- CRÍTICAS DEMOCRÁTICAS: ligadas ao fato de que a concretização de direitos sociais pelo Judiciário seria antidemocrática, pois seus membros não são eleitos pelo povo.

As críticas institucionais, por sua vez, se subdividem em:

- CRÍTICA FINANCEIRA: baseada na impossibilidade financeira do cumprimento das decisões judiciais, pela escassez de recursos;

<sup>236</sup>KRELL, Andreas J. A Recepção das Teorias Alemãs Sobre “Conceitos Jurídicos Indeterminados” e o Controle da Discricionariedade no Brasil, *in Interesse Público*, nº 23-2004, Coordenação PASQUALINI, Alexandre, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 29.

<sup>237</sup>*Ibidem*, p. 49.

<sup>238</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros, *in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, SOUZA NETO, Cláudio Pereira & SARMENTO, Daniel, Coordenadores, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.518 a 534.

- CRÍTICA ADMINISTRATIVA: baseada numa suposta desorganização administrativa do Estado, já que o planejamento geral seria comprometido com a necessidade de atender aos casos individuais determinados pelo Judiciário;

- CRÍTICA TÉCNICA: sustenta que o Judiciário não tem o conhecimento técnico para verificar qual a providência adequada ao atendimento desta ou daquela política pública;

- CRÍTICA ECONÔMICA: vinculada à análise de consequência, afirma que o Judiciário, não tendo uma visão global das consequências econômicas de sua decisão, pode acabar por adotar medidas que não tenham efeitos práticos, onerando o custo do direito; e

- CRÍTICA DA DESIGUALDADE QUANTO AO ACESSO À JUSTIÇA: vinculada ao fato de que, como as pessoas carentes não têm um razoável acesso ao Judiciário, tais medidas acabariam por beneficiar uma camada minoritária da população, que consegue acesso ao Judiciário, deixando de fora boa parte da sociedade, justamente a menos favorecida.

Apesar de todas as críticas lançadas contra a intervenção do Poder Judiciário na execução de políticas públicas que visem efetivar direitos fundamentais, tal controle já se apresenta na doutrina e na jurisprudência dominantes como imprescindível, máxime num país como o Brasil, onde se verifica uma enorme desigualdade social, aliada ao fato de que possuímos uma cultura de corrupção na política e na administração, que faz com que os recursos sejam distribuídos não visando atender aos interesses socialmente mais relevantes, mas aos que tragam maiores dividendos políticos, e os que permitam uma apropriação cada vez maior dos recursos públicos em benefício pessoal dos administradores.

Tal controle judicial, porém, exige critérios que devem ser observados, para que não se transforme uma maior efetivação de direitos fundamentais em uma ditadura do Judiciário, o que seria mais danoso do que uma ditadura do Executivo ou do Legislativo.

Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>239</sup> limita a possibilidade de atuação do Judiciário: que deve “se circunscrever à garantia das condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)”; que tal atuação deve ser restrita aos “hipossuficientes”, que possa ser “universalizada”, ou seja, atender a todos os hipossuficientes; que deva considerar a unidade dos direitos sociais de modo que a realização

---

<sup>239</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros, *in* **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, SOUZA NETO, Cláudio Pereira & SARMENTO, Daniel, Coordenadores, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.534 a 546.

de um não corresponda à inexecução de outro; que deve se dar prioridade à opção técnica oferecida pela Administração; que deve se priorizar a solução mais econômica; que deve ser inversamente proporcional aos investimentos feitos pela Administração na concretização dos direitos sociais, ou seja, quanto mais investimentos, menor deve ser a atuação do Judiciário; que deve se dar prioridade às ações coletivas e se exigir da Administração a prova da impossibilidade de universalização da medida; e deve-se levar em conta a “ampliação do diálogo constitucional”, já que a determinação judicial de implementação de uma medida, com base em uma previsão constitucional, pode mitigar outro direito constitucionalmente previsto, às vezes de maior relevância.

Além das limitações sugeridas pelo autor acima mencionado, o Judiciário deve se valer sempre da regra da intervenção mínima, utilizando como fundamento todos os elementos que preenchem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, valendo-se da intervenção quando a medida for necessária, a única possível, urgente, razoável, adequada e proporcional à efetivação que se pretende.

Portanto, seguindo critérios que não inviabilizem a Administração Pública, pode o Poder Judiciário controlar a execução de políticas públicas que visem efetivar direitos fundamentais.

#### **4.3 Necessidade de políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais relativos às crianças e aos adolescentes**

Podemos afirmar, com os fundamentos estudados no presente trabalho, que o direito da criança e do adolescente à convivência familiar é direito humano fundamental, alicerçado na dignidade da pessoa humana e com a corroboração do princípio constitucional da prioridade absoluta em relação aos direitos da criança e do adolescente; é autoaplicável, sem necessidade de regulamentação infraconstitucional; não pode ser eliminado ou limitado por norma constitucional, muito menos infraconstitucional, cabendo ao Estado, além da sociedade e da própria família, fazer com que tal direito seja plenamente efetivado.

Como mencionamos no início, partimos, neste estudo, da idéia de “quem deve o mais deve o menos”, com o intuito de mostrar que o Poder Judiciário deve intervir na execução de políticas públicas que efetivem direitos sociais, cuja autoaplicabilidade é discutível, como visto, quiçá com relação aos Direitos Fundamentais de primeira geração, como é o caso do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, cuja

autoaplicabilidade está prevista expressamente no texto constitucional.

Já referimos acima que a necessidade de políticas públicas não é prerrogativa exclusiva dos direitos sociais, porquanto alguns direitos fundamentais ligados à personalidade ou liberdades individuais também necessitam de tais políticas para a sua efetivação.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da possibilidade de determinação do Poder Judiciário para que o Município promova política pública para o atendimento de crianças de até seis anos de idade em creche e em pré-escola.<sup>240</sup>

A decisão do STF impõe concluir que, se é possível a atuação do Judiciário na implementação de uma política pública que garanta a efetivação de um Direito Social, ou de segunda geração, com muito mais propriedade, deve-se entender possível a atuação do Terceiro Poder na execução de políticas públicas que garantam a efetivação de direitos fundamentais de primeira geração, no caso em análise, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar.

O direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar é visto sob dois prismas.

O primeiro diz respeito ao direito de convivência dos filhos no caso da dissolução da sociedade afetiva dos pais, ou quando o filho se originou de relacionamento eventual, como já estudado acima, cuja análise é de competência dos juízos de família. Neste caso, as medidas de implementação estão mais ligadas ao próprio Judiciário, que necessita manter em seus quadros psicólogos e assistentes sociais que atuem na avaliação multidisciplinar dos casos em apreciação, elaboração de laudos, reaproximação entre pais e filhos, visitas supervisionadas, entre outras. Parece-nos possível providências do Poder Judiciário, atuando na área judicante, ante o próprio Poder Judiciário, este atuando como administrador, visando implementar tais políticas de modo a garantir as providências acima já estudadas.

O direito de convivência também se apresenta sob o prisma das crianças e adolescentes em situação de risco, quer por terem sido abandonadas pelas famílias naturais, quer porque os pais já tenham falecido, ou mesmo porque se desligaram das famílias e se encontram em situação de rua, que é o que nos interessa mais de perto para o presente capítulo.

---

<sup>240</sup>BRASIL, STF, **Recurso Extraordinário nº 436.996-6, São Paulo Relator: Min. Celso de Mello, Recorrente(s):** Ministério Público do Estado de São Paulo, Recorrido(a/s): Município de Santo André, disponível em: <http://www.stf.gov.br>, acessado em 12 de fevereiro de 2010, às 9h 40.

No caso da efetivação do direito de convivência para as crianças em situação de risco, a necessidade de implementação de políticas públicas se torna evidente, já que se faz necessária a adoção de medidas que visem à colocação de tais menores em famílias substitutas, através da adoção, o que para se concretizar exige a efetivação de várias políticas públicas, que vão desde a retirada das crianças e adolescentes das ruas, manutenção de casas de passagem, manutenção de cadastros, até medidas que fomentam tais adoções, políticas que, como visto, podem e devem ser controladas e, se necessário, determinadas pelo Poder Judiciário.

#### **4.4 As crianças e adolescentes em situação de risco na cidade de Maceió e as políticas públicas para a sua inserção em famílias substitutas, através da adoção**

Para que se possa viabilizar a inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutas, através da adoção, efetivando assim o direito fundamental à convivência familiar, são necessárias várias providências do Poder Público, que vão desde a atuação dos Poderes Legislativos estadual e municipal na edição de textos que visem facilitar tais políticas, incluindo a discussão acerca das respectivas Leis Orçamentárias; passam, principalmente, pela atuação dos Poderes Executivos, na execução das referidas políticas, e, finalmente, pelo Poder Judiciário, tanto no que diz respeito à dotação de estrutura para as Varas da Infância e da Juventude, quanto no controle das atividades dos Legislativos e Executivos municipais e estaduais, visando à efetivação das citadas políticas públicas.

As crianças e adolescentes em situação de risco, que necessitam de políticas que efetivem o direito fundamental à convivência familiar, podem se apresentar como “crianças e adolescentes de rua”: são as crianças e adolescentes que moram efetivamente na rua, que podem se encontrar na situação de desligamento da família natural ou que vivem na rua juntamente com a família; “crianças e adolescentes na rua”: possuem vínculo com a família natural e, embora tenham onde morar, passam parte do tempo na rua; crianças e adolescentes que, embora ainda tenham vínculo familiar, vivem em abrigos e não estão em condições de ser adotadas; e crianças que já não possuem vínculo familiar e se encontram em abrigos, aptas à adoção ou em processo de destituição do poder familiar dos pais biológicos.

Vários são os atores que participam do processo de viabilização de colocação de crianças abandonadas em famílias substitutas, porém sem muita interação entre eles.

Por um lado há várias instituições que atuam com natureza exclusivamente voluntária, porém de forma extremamente amadora, sem nenhum controle efetivo da situação peculiar de cada criança e sem se integrar num procedimento geral para viabilizar as adoções.

Por outro lado, temos algumas instituições mantidas pelo Poder Público, porém sem nenhum interesse político de dotar tais instituições minimamente para cumprir satisfatoriamente suas finalidades.

Não há uma centralização necessária do controle de todas as crianças em situação de risco, de modo que as instituições trabalhem integradas, as crianças sejam incluídas num só cadastro, facilitando o conhecimento por parte dos possíveis adotantes.

No ano de 2009, na cidade de Maceió, cerca de 80 (oitenta) crianças e adolescentes viviam em “situação de rua” e, também aproximadamente, cerca de 200 (duzentos) crianças e adolescentes em situação “na rua”; destes, a maioria pedindo esmolas para ajudar na renda familiar.<sup>241</sup>

Com respeito às crianças e aos adolescentes que se encontram em abrigos na cidade de Maceió, a situação, por abrigo, é a seguinte:<sup>242</sup>

<u>INSTITUIÇÃO</u>	<u>ADMIN.</u>	<u>RECURSOS</u>	<u>SEXO</u>	<u>IDA.</u>	<u>TOT.</u>	<u>P/ADOÇÃO</u>
CASA DE ADOÇÃO RUBENS COLAÇO	MUNIC.	MUNIC.	M e F	0 - 7	25	4
CASA DE PASSAGEM	MUNIC.	MUNIC.	F	+ 7	9	0
PROJETO ACOLHER	MUNIC.	MUNIC.	M	+ 8	23	2
ABRIGO ACOLHER PARA ADOTAR - AMAI	PARTICULAR	DOAÇÃO	M	7 - 17	17	0
LAR DE APOIO À CRIANÇA EM ADOÇÃO – LACA	PARTICULAR	DOAÇÃO	M e F	0 - 7	13	0
LAR BATISTA MARCOLINA MAGALHÃES	IGREJA BATISTA	IGREJA BATISTA	F	2 - 18	17	2

<sup>241</sup>Dados obtidos através do **Projeto Guardião Cidadão**, que trabalha com crianças e adolescentes que vivem da rua.

<sup>242</sup>**INSTITUIÇÃO** = Nome da Entidade; **ADMIN.** = por quem é administrada; **RECUR.** = de onde advêm os recursos para a manutenção; **SEXO** = sexo das crianças e adolescentes aceitos na instituição; **IDA.** = idade das crianças e adolescentes que podem ser aceitos na instituição; **TOT.** = total de crianças e adolescentes abrigados na instituição; **P/ADOÇÃO** = total de crianças que estão abrigadas na instituição e que estão aptas para a adoção.

LAR BATISTA MASCULINO	IGREJA BATISTA	IGREJA BATISTA	M	+ 7	15	0
PROJETO TALITA	PARTICULAR	DOAÇÃO	F	+ 7	12	1
CENTRO SOCIO- EDUCATIVO DEUS PROVERÁ	IGREJA EVANGÉLICA	DOAÇÃO	F	+ 7	14	1
CASA DOM BOSCO	IGREJA CATÓLICA	IGREJA CATÓL.	M	+ 7	19	0
TOTAL					64	10

Como se pode observar pelo quadro acima, das 164 crianças e adolescentes que se encontram hoje em abrigos na cidade de Maceió, menos de 7% (sete por cento), ou seja, 10 menores, estão aptos para adoção, dos quais a maioria tem idades que dificultam consideravelmente a colocação em famílias substitutas, devido ao pouco interesse dos adotantes, o que demonstra que a falta de políticas conjuntas entre Município e Estado, a pouca estrutura da Vara da Infância e da Juventude e a falta de centralização das crianças em condições de serem adotadas estão prejudicando sensivelmente o processo adotivo, e, conseqüentemente, a efetivação do direito fundamental das crianças e dos adolescentes em situação de risco à convivência familiar e comunitária.

A provocação do Judiciário para intervir na implementação e execução de políticas públicas na cidade de Maceió não é novidade, já que o Ministério Público tem ajuizado várias Ações Cíveis Públicas e várias execuções de Termos de Ajustamento de Condutas, muitas com decisões favoráveis por parte do Poder Judiciário.

Como exemplo, podemos citar a Ação Civil Pública referente às políticas necessárias à melhoria das condições de vida dos moradores da Favela Sururu de Capote, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em conjunto com o Ministério Público do Trabalho<sup>243</sup>.

O Dr. Fábio José Bittencourt Araújo, juiz de Direito da 28ª Vara Cível da Capital - Infância e Juventude, afastando as preliminares de: falta de menção de norma violada; impossibilidade jurídica do pedido; falta de interesse processual e de necessidade de

<sup>243</sup>BRASIL, ALAGOAS, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PROC. Nº 4.830/07, Petição Inicial elaborada pelos Promotores de Justiça do Estado de Alagoas: Alexandra Beurlen, Cláudio José Brandão Sá, Luiz Medeiros de A. Filho, Micheline L. Tenório Silveira dos Anjos, Ubirajara Ramos dos Santos, e pela Procuradora do Trabalho Virgínia de Araújo Gonçalves Ferreira.



denúncia da lide da União Federal e do Estado de Alagoas, e com fundamento na Constituição Federal; no ECA; na Declaração Universal dos Direitos Humanos; na Declaração Universal dos Direitos da Criança e no Pacto de São José da Costa Rica, além de jurisprudência do STF, julgou procedente a ação condenando o município de Maceió a cumprir as políticas públicas necessárias ao atendimento das crianças e adolescentes que viviam na comunidade referida, e para tanto determinou o bloqueio de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para, “em caráter de urgência, custear as despesas iniciais com a execução dos pleitos”.<sup>244</sup>

Vale ressaltar que a mencionada sentença se encontra em grau de recurso no Tribunal de Justiça de Alagoas, e em sede de execução provisória foi bloqueada da conta do Município de Maceió a importância de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), que tem sido utilizada diretamente pelo Juízo da Infância e da Juventude para atendimento das políticas públicas determinadas na sentença, o que vem sendo feito com bastante dificuldade, segundo o magistrado, em decorrência da falta de estrutura do Poder Judiciário para administrar tais recursos.

Em que pesem ações como a acima mencionada, não existe no Município de Maceió nenhuma ação específica para efetivar as políticas públicas necessárias para a colocação das crianças e adolescentes em situação de risco em famílias substitutas, através da adoção.

Como pôde ser observado no quadro acima, existem diversas entidades cumprindo a mesma finalidade, enquanto em algumas áreas não existe a participação nem do Poder Público nem da sociedade civil. Muitas crianças são “depositadas” em instituições de abrigo, sem que as famílias permitam a adoção, e não há uma centralização das crianças a serem adotadas, o que dificulta a divulgação e o cadastro das referidas crianças.

Por outro lado, demora-se muito para se requerer, processar e julgar a destituição do poder familiar em relação às crianças que necessitam de adoção, fazendo com que os menores passem muito tempo nos abrigos e, quando se tornam aptos para adoção, já se encontram com idades que não mais interessam aos adotantes. Tal fato se deve, entre outras coisas, pela falta de estrutura da Vara da Infância e da Juventude, que não dispõe de assistentes sociais, psicólogos, serventuários, automóveis e demais estrutura de material e pessoal suficiente que permita uma agilização dos referidos processos.

---

<sup>244</sup>BRASIL, ALAGOAS, **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PROC. Nº 4.830/07**, Sentença prolatada pelo Dr. Fábio José Bittencourt Araújo, Juiz de Direito da 28ª Vara Cível da Capital - Infância e Juventude.

Como - diferentemente do que acontecia na égide da legislação anterior, em que o Juiz podia iniciar o processo de destituição do poder familiar através de portaria -, de acordo com o artigo 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>245</sup>, a perda ou suspensão do poder familiar é de iniciativa do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, deve o Órgão Ministerial, através de Termos de Ajustamento de Condutas, ou mediante Ações Civis Públicas, solicitar as providências necessárias para que sejam ofertadas casas de abrigo a todos os menores em situação de risco, promovendo, com agilidade, as respectivas ações para destituição do poder familiar dos pais que não estão cumprindo satisfatoriamente tal encargo, para que os menores possam ser colocados em famílias substitutas, através da adoção.

Podemos afirmar, pelos fundamentos teóricos acima analisados, que os Poderes Legislativos municipal e estadual podem e devem discutir as Leis Orçamentárias enviadas pelos respectivos Poderes Executivos, exigindo que sejam previstas dotações orçamentárias específicas para a execução de políticas públicas que viabilizem a adoção de crianças e adolescentes em situação de risco. Isso não acontecendo, pode ser enfrentada a inconstitucionalidade das referidas leis através do controle concentrado, como defende Fernando Aith<sup>246</sup>, cujo argumento já foi acima transcrito, o que deve ser suscitado pelo Ministério Público.

Os Executivos, tanto municipal como estadual, devem executar as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes em situação de risco à convivência familiar, através da adoção, mantendo abrigos adequados, diferenciando os abrigos destinados para crianças e adolescentes que não serão adotados, fomentando medidas para que possam retornar ao convívio da família natural, mediante políticas que atendam a família como um todo, dos abrigos para a crianças e adolescentes destinados à adoção, devendo haver separação por sexo após os sete anos de idade, para que possam receber os menores recolhidos por se encontrarem em situação “de rua”, assim como os que se encontra “na rua” em razão de posturas dos pais biológicos que possam ensejar a destituição do poder familiar. Caso tais providências não sejam satisfatoriamente adotadas, cabe a atuação do Poder Judiciário, mediante provocação do Ministério Público, para controle e execução de tais medidas.

---

<sup>245</sup> Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

<sup>246</sup> AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: Instrumentos de Consolidação do Estado Democrático de Direito e de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, *in* **Políticas Públicas – Reflexões Sobre o Conceito Jurídico**, BUCCI, Maria Paula Dallari, Organizadora, São Paulo: Saraiva, 2006, p.243.

Parece-nos claro que a sociedade civil pode participar das políticas públicas, até porque, no caso dos direitos das crianças e dos adolescentes, tal participação é um imperativo constitucional; porém, há de haver um controle do Órgão Público responsável, para que as políticas sejam exercidas de forma coordenada.

O Ministério Público, por sua vez, deve dotar as Promotorias da Infância e da Juventude de condições de pessoal e material adequadas para a realização das fiscalizações necessárias ao cumprimento das políticas públicas referidas, promover as medidas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais mencionados, até mesmo para efetivar com agilidade as ações de destituição do poder familiar nos casos necessários, o que hoje não está acontecendo. Pode o Órgão Ministerial, como gestor de seus próprios recursos, também sofrer a interferência judicial caso não promova a designação das verbas necessárias para que as mencionadas Promotorias possam exercer adequadamente suas finalidades.

Quanto ao Poder Judiciário, por fim, estabelece o artigo 150 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude”.

Como se pode observar, o próprio ECA impõe ao Poder Judiciário, como administrador de seu orçamento, que preveja recursos para dotar as Varas da Infância e da Juventude com condições de atender satisfatoriamente os menores em situação de risco. Quando a Lei menciona “recursos para manutenção de equipe interprofissional”, significa, além de previsão e realização de concursos públicos para assistentes sociais e psicólogos integrarem os quadros do Judiciário, dotar as Varas de condições materiais para realização dos trabalhos inerentes aos respectivos profissionais, como automóveis para fiscalização, visitas, acompanhamento, avaliações etc., o que não vem acontecendo de forma satisfatória, podendo, pelos fundamentos acima, o Poder Judiciário, ao executar a atividade judicante, determinar que o mesmo Judiciário, este exercendo atividade administrativa, adote as medidas necessárias para a implementação da estrutura imposta pela lei.

Portanto, tanto os Poderes Legislativos e Executivos, estadual e municipal, quanto o Ministério Público e o Judiciário, devem adotar políticas que viabilizem a efetivação do Direito Fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, através da colocação em família substituta, caso não sejam efetivadas administrativamente, podem ser implementadas e/ou executadas pelo Poder Judiciário, através de provocação dos órgãos legitimados.

É importante frisar, como já mencionado, que a política pública deve ser executada pelo Poder que é legalmente responsável, sendo a intervenção do Poder Judiciário uma medida excepcional, a ser adotada com ponderação e atendendo aos requisitos de absoluta necessidade, adequação e proporcionalidade, como ensina o professor Andreas Krell:

Dessa forma, há cada vez mais decisões e medidas administrativas que somente podem ser tomadas na base de uma ponderação das condições e circunstâncias concretas e que não são abertas para uma previsão legal mais densa. Nesses casos, a norma legal recua em favor de uma decisão justa na situação individual. Outra consequência dessa reduzida intensidade da *programação normativa* é uma restrição do controle judicial, que sempre está adstrito às leis e ao Direito.

Assim, pode-se afirmar que a independência do administrador frente ao legislador e a sua independência em relação ao controle judicial são “as duas caras da mesma moeda”. O grande problema reside justamente na fixação racional: até onde pode e deve ir o controle judicial dos diferentes atos administrativos<sup>247</sup>.

Desde que seguidas as exigências teóricas já analisadas, o controle judicial das políticas públicas para efetivação do direito humano fundamental das crianças e adolescentes em situação de risco, por intermédio da colocação em famílias substitutas, através da adoção, não só é possível, como na cidade de Maceió é hoje extremamente necessário, já que os Poderes que deveriam implementar tais medidas não estão cumprindo adequadamente com seus encargos, fazendo com que várias crianças e adolescentes permaneçam abandonados ou tenham a adoção dificultada.

Vale acrescentar, finalmente, que tal atuação do Judiciário se justifica, também, pelo fundamento das consequências econômicas das decisões judiciais, já que os recursos que necessitam ser bloqueados e direcionados para tais políticas são infinitamente menores do que os recursos que serão despendidos para combater a violência e manter encarcerados os delinquentes em que se tornarão as crianças e adolescentes que não obtiverem, em tempo oportuno, o apoio necessário do Estado para sua inserção em comunidades familiares capazes de lhes proporcionar educação, formação moral e aperfeiçoamento profissional.

#### **4.5. Necessidade de uma uniformização ética nos processos que envolvem adoção por casais homossexuais**

Outra questão também extremamente relevante, que vem dificultando a efetivação do direito à convivência familiar das crianças e adolescentes em situação de risco,

---

<sup>247</sup>KRELL, Andreas Joaquim. **Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental – O controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais – Um Estudo Comparativo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.21.

através da adoção, é o comportamento de significativa parte do judiciário brasileiro que ainda tem entendido que os homossexuais não vivem numa relação moralmente aceitável, o que os leva a concluir que a adoção por tais casais não atende ao melhor interesse dos menores.

As relações pessoais são condicionantes para que se estabeleçam critérios que permitam uma convivência pacífica na comunidade, e a necessidade dessa convivência faz surgir a moral, como conjuntos de regras destinadas a orientar o relacionamento dos indivíduos numa certa organização social.

Etimologicamente, moral, do latim *mos, mores*, significa costume, conjuntos de normas adquiridas pelo homem. Moral é a moral prática, é a prática moral. Os problemas morais, simplesmente morais, são restritos, nunca se referindo à generalidade. O problema moral corresponde à singularidade do caso de uma situação e é sempre um problema prático-moral.

Acerca da moral como normas de conduta, Alf Ross, ensina:

Quando a palavra “moral” é usada como uma designação para as normas de conduta que são aprovadas pelo indivíduo em sua consciência, não é possível falar da “moral” como fenômeno objetivo da mesma maneira que é possível falar do “direito”. Quando no uso corrente da linguagem se fala da “moral” como se fosse um sistema de normas análogo ao “direito”, está se pagando um tributo a uma interpretação metafísica da consciência como revelação de princípios *a priori*, autoevidentes da razão.<sup>248</sup>

A moral vem de fora para dentro do indivíduo, muitas vezes vinculada a opções políticas, vinculando pessoas iguais por motivos diferentes, como lembra Catherine Audard ao apresentar o livro de John Rawls.<sup>249</sup>

No mesmo sentido, a moral pode ser conceituada como o conjunto de regras de conduta consideradas válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada. Esse conjunto de normas, aceito livre e conscientemente, regula o comportamento individual e social das pessoas.

Deste modo, tem-se como moral o conjunto de costumes, normas e regras de conduta estabelecidas em uma sociedade e cuja obediência é imposta aos seus membros, variando de cultura para cultura e se modificando com o tempo, no âmbito de uma mesma sociedade.

---

<sup>248</sup>ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, Bauru, SP: Edipro, 2000, p. 87.

<sup>249</sup>RAWLS, John. **Justiça e Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, P. XXXIV.

Podemos observar, portanto, que a moral é indicadora de normas de conduta, por vezes não jurídicas, e como tais sofrem influência de diversos fatores, variando de acordo não só com o grupo social ao qual se destinam, a exemplo de questões religiosas, políticas, sexuais, entre outras.

A moral vista em sua essência é influenciadora de condutas, com perspectiva de influenciar, inclusive, decisões judiciais. Deve ser vista com cautela, até porque os “ideais morais” nem sempre se confundem com “ideais de justiça”.

Essa contradição é lembrada por John Rawls, quando nos ensina que “A complexidade dos fatos morais em certos tipos de casos seria tal que nos forçaria a reconhecer que nenhuma família de princípios primeiro formuláveis, caracteriza esses fatos de maneira suficientemente precisa para conduzir a uma conclusão certa”.<sup>250</sup>

Etimologicamente o termo ética deriva do grego *ethos*, que significa modo de ser, caráter. Designa a reflexão filosófica sobre a moralidade, isto é, sobre as regras e os códigos morais que norteiam a conduta humana. Sua finalidade é esclarecer e sistematizar as bases do fato moral e determinar as diretrizes e os princípios abstratos da moral. Neste caso, a ética é uma criação consciente e reflexiva de um filósofo sobre a moralidade, que é, por sua vez, criação espontânea e inconsciente de um grupo.

Com isso, o que está na essência da ética são princípios e valores que antecedem a realidade vivida, a partir de uma concreta visão do homem na sua específica natureza no reino animal. Daí a ideia que perpassa a perspectiva do homem como ser social e individual. Por isso mesmo, alcança a plenitude na ordem social, porque a sua natureza necessita de integração na sociedade, ou seja, a natureza individual do homem não pode desenvolver-se sem a presença dos outros homens. Ninguém se basta a si mesmo. Em consequência, a sociedade é a união de seres humanos para uma vida comum, na relação de necessidade - capacidade, em que todos e cada um contribuem para a consecução do ser do indivíduo nos seus fins existenciais.<sup>251</sup>

---

<sup>250</sup>RAWLS, John. **Justiça e Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 127 e 128.

<sup>251</sup>DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Ética do Juiz**, Palestra ministrada no Seminário “Ética e Justiça”, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em outubro de 2002, publicada no site: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acessado em 12/12/2008.

Já João Maurício Adeodato afirma que:

A origem etimológica das palavras é sempre um bom sinal para determinar-lhes o sentido, método que se pode chamar fenomenologia conceitual ou terminológica. A tradição do termo *ética* é milenar. Com a expressão *ethos* os gregos antigos queriam significar aquela dimensão da vida humana sobre que incidem normas, *nomoi*, normas destinadas a fornecer parâmetros para decidir entre opções de conduta futura igualmente possíveis e mutuamente contraditórias. O conceito de ética sofreu profundas modificações desde então e tem quase tantas definições quanto são os autores que o examinam. Sua aplicabilidade prática, porém, permanece fiel ao sentido original de hábito, uso, costume, direito. De uma perspectiva pragmática as normas éticas preenchem a mesma função vital: reduzem a imensa complexidade das relações humanas e ajudam o ser humano a decidir sobre como agir, E é a decisão que neutraliza o conflito.<sup>252</sup>

A ética é mais ampla do que o Direito e tem uma dimensão maior do que a moral, pois uma gama enorme de regras, estabelecidas apenas como deveres, escapam do universo normativo do Direito. A ética enfeixa em si mesmo o Direito e a moral, servindo-lhes de esteio e sustentação. Apesar de não se confundirem, o Direito se justifica enquanto regulamenta as relações humanas fundamentais ao Estado mediante a imposição de sanções. Já a ética não necessita de qualquer órgão ou poder para lhe dar efetividade. Sua exigibilidade não necessita da coerção estatal. A tendência do Estado é ditar normas jurídicas de modo a impor posturas que obedeçam aos padrões morais e éticos vigentes na sociedade em determinada época. O Direito não pode ser aético, menos ainda antiético.

Frequentemente, os termos "ética" e "moral" são empregados como sinônimos, mas entendemos que se reserva a este último apenas o próprio fato moral, enquanto o primeiro designa a reflexão filosófica sobre este.

Miguel Reale faz brilhante reflexão acerca do tema, trazendo a seguinte diferenciação:

Como estávamos dizendo, há o problema do valor da conduta ou do valor da ação, do *bem* a ser realizado, que constitui capítulo do estudo denominado *ética*. Não concordamos com aqueles autores que, como Del Vecchio, bifurcam a ética em dois ramos – a Moral e o Direito – mas não discordamos deles quanto à visão da experiência jurídica como um momento da vida ética. Pensamos que a *ética* pode ser distinta segundo se tenha em vista, prevalecentemente, a *subjetividade* do homem (domínio da moral) ou prevalecentemente, os *valores comunitários* (domínio da moral social e do Direito). Salientamos o emprego do advérbio “prevalecentemente”, porque, dada a natureza binada da pessoa humana, ao mesmo tempo voltada para os valores da subjetividade e da sociedade, a Moral, pode-se se desvincular inteiramente do social. Pelas mesmas razões, como será melhor explicado oportunamente, a Moral Social e o Direito, apesar de darem prevalência às normas objetivas ou heterônomas do agir, nem por isso fazem abstração dos valores da subjetividade.<sup>253</sup>

<sup>252</sup>ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140 e 141.

<sup>253</sup>REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 26 e 27.

Assim, conforme se depreende do que foi dito acima, quando se indaga o que é correto, definir o que é bom, sendo a indagação de caráter amplo e geral, o problema é teórico, ou seja, simplesmente ético. Temos a moral como ação; a ética é a norma, já que ela não cria a moral, sendo, antes, uma abordagem científica da moral. É a ciência do comportamento moral dos homens na sociedade, ou melhor, um enfoque do comportamento humano cientificamente.

Nelson Saldanha, ainda sobre uma diferenciação teórica, pontifica:

Desde logo as noções de “ética” e “moral”. Todos sabem que ética, de *ethos*, é termo de origem grega e no pensamento grego manteve em sua amplitude o lastro etnográfico mas ao mesmo tempo metafísico de sua raiz. E que mora de *mos, mores*, é termo de origem latina, que na Roma antiga permaneceu próximo do sentido originário, mas que no vocabulário moderno adquiriu sentido específico, ligado à idéia de dever e a outros conceitos formais. É um equívoco pensar na ética como “ciência da moral”, como alguns fazem: chega-se a mencioná-la como “teoria do comportamento”. Semelhante concepção esvazia o termo *ética* de seu grosso conteúdo humano e o encaminha a escolasticismos estereis. Somente com a permanência desse conteúdo, e com alusão às raízes etimológicas, entenderemos a ética como realidade, que é por um lado consciência normativa (e axiológica) e por outro experiência situada.<sup>254</sup>

E mais adiante, sacramenta:

Em cada contexto (cultura, sociedade, época) a ética existe como um conjunto de estruturas – inclusive institucionais – e de ideais de comportamento, que se ligam a um ideal do ser humano: o que se chama de ética, em seu sentido historicamente efetivo, é um plano de relações entre aqueles ideais de comportamento e a avaliação efetiva dos comportamentos ocorridos.<sup>255</sup>

Sendo moral o que é vivido, é, então, o que acontece. Já a ética é o que deve ser ou, pelo menos, o que deveria ser (conforme já salientamos, o objeto é o dever-ser). A ética estuda, aconselha e até ordena. A moral é como expressão da coexistência. Tanto a ética como a moral relacionam-se aos valores e às decisões que levam a ações com consequências para nós e para os outros. Podem os valores variar, todavia todos se relacionam com um valor de conteúdo mais importante, estando até mesmo subentendido nos outros: o valor do bom ou o valor do bem.

Os dois vocábulos se referem a qualidades humanas: o modo de ser ou o caráter de cada um, em que se baseiam os costumes ou as normas adquiridas, o que vai pautar o comportamento moral do homem. Podemos dizer que a ética analisa as regras e os princípios morais que são destinados a orientar a ação humana; tem em si uma estrutura capaz de

<sup>254</sup>SALDANHA, Nelson. *Ética e História*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.6.

<sup>255</sup>*Ibidem*, p. 9.



analisar diferentes opções para se ter referência sobre o que é ou não correto em determinado momento.

Para que exista a conduta ética, é necessário que o agente seja consciente, quer dizer, que possua capacidade de discernir entre o bem e o mal (cabe observar agora que agir eticamente é ter condutas de acordo com o bem. Todavia, definir o conteúdo desse bem é problema à parte, pois é uma concepção que se transforma pelos tempos). A consciência moral possui a capacidade de discernir entre um e outro e avaliar, julgando o valor das condutas, e agir conforme os padrões morais. Por isso, é responsável pelas suas ações e emoções, tornando-se também responsável pelas suas consequências

Os valores podem ser entendidos como padrões sociais ou princípios aceitos e mantidos por pessoas, pela sociedade, dentre outros. Assim, cada um adquire uma percepção individual do que lhe é de valor; possuem pesos diferenciados, de modo que, quando comparados, se tornam mais ou menos valiosos. Tornam-se, sob determinado enfoque, subjetivos, uma vez que dependerão do modo de existência de cada pessoa, de suas convicções filosóficas, experiências vividas, ou até de crenças religiosas. Do que foi dito, as pessoas, a sociedade, as classes, cada qual tem seus valores, que devem ser considerados em qualquer situação.

A consciência se manifesta na capacidade de decidir diante de possibilidades variadas, decorrentes de alguma ação que será realizada. No processo de escolha das condutas, avaliam-se os meios em relação aos fins, pesa-se o que será necessário para realizá-las, quais ações a fazer, e que consequências esperar.

Eduardo Rabenhorst, ao criticar o emotivismo ético, leciona:

Isto porque, para tais autores, o predicado “bom” seria indefinível não na medida em que não podemos associar-lhe uma propriedade qualquer, mas simplesmente porque os julgamentos morais não possuiriam um sentido cognitivo, mas apenas um sentido volitivo ou emocional. E é assim que nos chegamos ao terceiro momento da virada que a distinção entre o factual e o normativo conhecerá no quadro da filosofia moral analítica: o “emotivismo ético”.<sup>256</sup>

Não podemos descartar a importância da influência tanto da moral como da ética na construção do Direito, nem podemos ser irresponsáveis ao ponto de colocá-las em um mesmo patamar, máxime como motivação na elaboração da norma no caso concreto, porque não são iguais, como, na essência, também não são iguais ao Direito, sob pena de cristalização

---

<sup>256</sup>RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos Fatos**, João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 37.

da sua própria evolução, como lembra Alf Ross.<sup>257</sup>

Na confusão que se faz entre ética e moral, temos visto ser sustentadas várias limitações e até mesmo inviabilizações na concretude de direitos, na equivocada ideia de que o entendimento do que seja moral para o juiz deve direcionar sua decisão, já que, sendo para ele moral, é também ético, e como tal, é justo.

Por trás dessa moral preconcebida pelo magistrado, tanto podem se encontrar paradigmas extremamente justos, como injustos, até porque a moral nem sempre é do bem; existe, também, a moral do mal, e como já lembrava Juan Manuel Teran<sup>258</sup>, o Direito não é uma regulação moral da vida. O termo moral não se refere a um sentido “estritamente bom” da conduta, pois também há atos “moralmente maus”, ou seja, não coincide a terminologia popular com a terminologia filosófica. Geralmente se diz que a conduta é moral quando é boa, porém “a conduta, do ponto de vista moral, pode ser algumas vezes boa e outras má”. Por isso é correto dizer que, apesar de existirem atos moralmente bons, sem que isso seja necessariamente um pleonismo, pode haver atos moralmente ruins.

Outra questão que deve ser posta à reflexão é a moral da maioria *versus* a moral das minorias e o esquecimento do conteúdo ético.

Quando se busca numa “moral discutível” fundamento para limitação de direitos fundamentais, principalmente os ligados às minorias, temos aí um exemplo claro de que a moral influencia negativamente o julgador, fazendo com que assuma como justa uma conclusão para um grupo, que certamente não seria justa para o grupo no qual está inserido.

Como já dito acima, e agora bem enfatizado, a moral nos impõe algo de fora para dentro, enquanto a ética adota sentido oposto, sendo uma formação construída de dentro para fora.

Seria muito mais razoável buscar a interpretação e aplicação da norma no caso concreto, buscando como fundamento o que seria justo para mim, caso tivesse eu a buscar o direito que se reclama, e não o que seria justo para os que, supostamente, por serem maioria, entendem justo ou injusto para outrem.

Ser moral é, muitas vezes, atender a ditames impostos por um grupo dominante, num determinado lugar e num determinado tempo, enquanto ser ético, ao nosso ver, é atender os outros como gostaríamos que fôssemos atendidos em situação idêntica.

---

<sup>257</sup>ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, Bauru, SP: Edipro, 2000, p. 89.

<sup>258</sup>TERAN, Juan Manuel. **Filosofia Del Derecho**, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1971, p. 65.

Até a maioria que dita as regras de procedimento, quer vinculantes ou não, é, de quando em vez, questionada na sua própria legitimidade, dada a possibilidade de variação dessa mesma maioria, como lembra François Rigaux:

Há maiorias substituintes, e a prática parlamentar ensina que durante a mesma legislatura nem todas as leis são votadas pela mesma maioria. Todavia, esse temperamento de natureza política não basta para prevenir a transgressão de certos direitos fundamentais das minorias. Este é precisamente o objetivo das disposições substanciais de uma Constituição, e estas permaneceriam letra morta se, depois de ter sido cometida, tal violação não pudesse ser reparada.<sup>259</sup>

Expressões como veados, prostitutas, maconheiro, libertinagem, adultério, se apresentam como elementos que possibilitam fundamentar uma verdadeira repressão jurídica às conquistas que estão sendo conseguidas por essas e outras minorias, cuja felicidade, ao que nos parece, também merece proteção do Estado, já que o direito fundamental à felicidade, implicitamente previsto na Carta Magna, se aplica a todos, sem possibilidade alguma de discriminação.

Há quem sustente, ainda, que a moral seguida em determinada decisão nem sequer pode vir a sustentar a moral de uma maioria, já que a liberdade do julgador lhe permitiria invocar sua própria aceitação dessa ou daquela moralidade, ferindo de morte o direito como incessante busca da concepção de justiça, pois as regras morais são consideradas “inibidoras das tendências egocêntricas ou centradas no grupo e visam encorajar simpatias menos limitadas”, como lembra o jusfilósofo John Rawls.<sup>260</sup>

Se, como visto, a moral tem de ser vista com prudência, dadas as suas concepções extremamente variáveis e muitas vezes dissonantes, há de se fazer um trabalho dentro da magistratura em prol de uma uniformização da ética.

Há de se procurar ter a ética como fundamento primeiro de qualquer decisão, num verdadeiro sentido de aplicação da ética, ou da ética-aplicada, a que se refere João Maurício Adeodato:

Dentre as diversas perspectivas da ética, a que interessa mais de perto é a chamada **ética aplicada** ou **ética do discurso prático**. Seus problemas típicos são, por exemplo, a igualdade ou desigualdade racial e sexual dos seres humanos; a relação entre a decisão que busca afastar o conflito e a noção de justiça; direitos humanos e aborto; eutanásia; manipulação genética; e manipulação de energia nuclear.<sup>261</sup> (destaques do original).

<sup>259</sup>RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 32.

<sup>260</sup>RAWLS, John. **Justiça e Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 108.

<sup>261</sup>ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2002, p.140.

A intimidade nas relações atuais entre Ética e Direito conduz a um número elevado de normas éticas inseridas em normas jurídicas positivas. Pode-se citar, por exemplo, o princípio da moralidade, que foi inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal como um dos pilares da administração pública. Porém, além disto, princípios éticos foram inseridos no preâmbulo, onde se destacam a liberdade, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Ademais, princípios éticos perpassam o rol dos direitos fundamentais, insertos naquela norma fundamental.

Porém, não apenas no Direito Constitucional afloram princípios éticos. Também no Direito Civil encontram-se consagrados valores como bons costumes, equidade, indignidade, boa-fé, má-fé etc. No Direito Processual encontram-se consagrados princípios assecratórios da ética no debate forense, como o dever da lealdade e boa-fé, de urbanidade, de verdade etc, os quais, acaso descumpridos, geram consequências processuais, em especial a declaração de litigância de má-fé e a imposição de penalidade correspondente.

A tendência do legislador é de arvorar-se no papel de guardião dos bons costumes, buscando a preservação de uma moral conservadora. É o grande ditador que prescreve como as pessoas devem proceder, impondo condutas afinadas com o moralismo vigente. Limita-se a regulamentar os institutos socialmente aceitáveis e, com isso, acaba refugiando-se em preconceitos. Qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido é tido como inexistente por ausência de referendo legal.

Parece-nos oportuno lembrar que assim como a lógica, a ética deverá ser sempre fundamento do Direito, embora não sejam a mesma coisa, cabendo ao juiz, através de um, concretizar o outro.

Sobre o assunto comenta, o mexicano Juan Manuel Teran,<sup>262</sup> que o Direito está relacionado com dois ramos da filosofia, no que tange à sua fundamentação, que são a lógica e a ética. Com a lógica no sentido de como é o Direito, e com a ética na sua essência, ou no como deve ser o Direito.

---

<sup>262</sup>TERAN, Juan Manuel. **Filosofia Del Derecho**, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1971, p. 178.

Claro que não estamos a defender que existe uma facilidade teórica de se buscar uma ideia de uniformização ética nas decisões judiciais, muito pelo contrário. Temos a exata consciência da dificuldade de sistematizar tal ideia e, principalmente, pô-la em prática, diante da própria complexidade conceitual acima já mencionada.

Porém, o poder do magistrado, principalmente no caso do Brasil, precisa ser controlado efetivamente, e nos parece que, se por um lado, o magistrado sofre a angústia de tão significativo poder, por outro, há necessidade de determinados controles da atuação judicial, e tais controles necessariamente estarão vinculados a preceitos éticos, como assevera François Rigaux:

Sem dúvida, numerosas regras de direito deixam ao magistrado um amplo poder de apreciação: fixar a taxa da pena entre o mínimo e o máximo determinados pelo legislador, determinar o montante das perdas e danos, pronunciar-se sobre os efeitos jurídicos de um contrato anulado ou resolvido, designar a pessoa a quem será atribuída a guarda de uma criança, tomar as medidas conservatórias requeridas pela urgência. O que não quer dizer que essa parte da missão do juiz seja fácil de cumprir ou desprezível. Ela é também a que mais faz apelo à sabedoria, à humanidade, em suma, à ética do magistrado. Por isso ninguém jamais pretendeu que ela oferecesse a ilusória facilidade de uma operação puramente lógica e mecânica.<sup>263</sup>

A busca, portanto, por tal uniformização ética passa por etapas e impõe pressupostos.

Primeiramente precisamos aperfeiçoar os concursos públicos para magistrados, no sentido de que se busquem com mais ênfase os probos do que os estudiosos, já que, embora inegável seja a necessidade de preparação técnica para o exercício da magistratura, tão importantes também o são a probidade e a motivação ética para o exercício do cargo.

Há necessidade, também, de se aperfeiçoar constantemente os magistrados, a fim de que possam ser sempre e sempre questionados acerca do alcance de seus valores e do quanto pode se aprofundar no sentido de se conseguir uma atuação ética mais consciente.

Tampouco se deve afastar o controle administrativo e judicial dos atos do magistrado, primando pela elevação funcional dos que agem dentro da boa conduta e afastando do contexto decisório os que maculam o Estado no exercício de seu mister.

Portanto, a perspectiva de uniformização ética das decisões tem como pressupostos básicos a exata consciência conceitual da ética e a exata consciência da necessidade de ela ser a base de qualquer provimento judicial.

---

<sup>263</sup>RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 71.

Um dos entraves à efetivação do direito de convivência das crianças e adolescentes que estão em situação de risco, através da adoção, é a barreira criada por uma parte considerável do Judiciário para inscrições de casais homossexuais como possíveis adotantes, ou a negativa de adoção por parte destes, com o argumento de que “moralmente” tais adoções não atendem aos melhores interesses dos menores em situação de abandono.

Com o advento da Constituição e a nova roupagem que ganhou o Direito de Família, e toda a mudança de paradigmas que trouxe, surgiu o primeiro e grande obstáculo a ser ultrapassado, qual seja o de se definir quais as entidades familiares constitucionalmente protegidas.

Duas questões objeto de grande discussão doutrinária e divergência jurisprudencial são a natureza jurídica da união homossexual e a possibilidade de adoção por casais homossexuais.

Acerca da natureza jurídica da união homossexual, alguns entendem tratar-se simplesmente de uma união civil de fato, com consequências exclusivamente patrimoniais, na medida em que o direito ao patrimônio é diretamente proporcional à comprovação da contribuição para a sua construção, aplicando-se a súmula 380 do STF. Outros entendem caracterizar-se uma união afetiva, assemelhada à família, porém sem a proteção do Estado, por falta de previsão constitucional. Alguns entendem tratar-se de uma entidade familiar a cujo disciplinamento aplicam-se as regras da união estável. E uma última corrente entende caracterizar-se entidade familiar específica, constitucionalmente protegida.

Encontramo-nos entre os que veem na união homossexual entidade familiar específica, abrigada constitucionalmente, cujo regramento infraconstitucional ainda não existe, havendo necessidade de buscar instrumentos de aplicação do Direito para efetivar as consequências jurídicas de tais relações, dentre os quais a analogia, haja vista a necessidade de aplicação imediata dos direitos relacionados com tais relações, por estarem alicerçados na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.

Porém, tal divergência de entendimento gerou e vem gerando uma série de limitações a direitos fundamentais envolvendo homossexuais.

Em artigo publicado na Revista do Ministério Público de Alagoas, acerca do tema, assim nos posicionamos:

Valorizando-se, como se deve, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de a pessoa poder se relacionar com o que melhor lhe convier, a igualdade, a proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive em função da orientação sexual da pessoa e, considerando que tais fatores devem ser utilizados na interpretação da norma constitucional, haja vista, a necessidade de uma hermenêutica que aponte para a concretude dos direitos fundamentais, como é defendido pela grande maioria dos constitucionalistas contemporâneos e, somando-se a tudo isso o fato de que o *caput* do artigo 226 da CF não especifica quais os tipos de entidades familiares que merecem a proteção do Estado; de que a expressão *também*, do parágrafo 4º do mesmo artigo, é inclusiva, não impondo uma taxatividade, ou seja, não estabelecendo que as entidades expressamente mencionadas no texto constitucional constituem *numerus clausus*; que o parágrafo 8º protege prioritariamente a pessoa e não a família, não havendo nenhuma proibição expressa na Constituição acerca do reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, há de se concluir que a natureza jurídica de tais uniões é verdadeiramente de entidade familiar.<sup>264</sup>

Nesta matéria em particular, tivemos influências extremamente negativas, de “morais” defendidas em inúmeros julgados, encarando as uniões homossexuais como aberrações naturais, em alguns casos; em outros, como opção pela promiscuidade e pela libertinagem, o que até hoje vem travando o avanço dos regramentos jurídicos que estão para ser aprovados, no sentido de garantir proteção jurídica mais efetiva a tais entidades.

Acerca da influência positiva da ética nas decisões judiciais, podemos citar o alcance que se deu aos direitos das famílias constituídas através da união estável, com verdadeira equiparação na maioria dos tribunais, os quais vêm entendendo como invalidadas, por inconstitucionalidade, as leis que estabelecem discriminação entre a união estável e o casamento, numa verdadeira demonstração de prevalência da construção ética sobre a moral de uma maioria.

Outro caso emblemático, que não pode ser esquecido, é a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da utilização de embriões excedentários para produção de células-tronco. Vencendo uma série de “morais” acerca do tema, a Suprema Corte decidiu que tal utilização não ultrapassa o limite ético da ciência, numa demonstração clara da vinculação que deve haver entre ética e Direito, mesmo que se tenha como resultado o afastamento da moral de uma maioria.

É claro que a busca de um fundamento ético, muitas vezes, transforma um problema simples em um problema complexo. Em alguns casos, julgar pelo pensamento da

---

<sup>264</sup>LIRA, Wladimir Paes de. **A Análise da Natureza Jurídica da União Homossexual em um Caso Concreto Através de Provimento Judicial**, Revista do Ministério Público de Alagoas, nº 14, janeiro/junho.2005, Maceió-AL: MPEAL: UFAL/CJUR, 2005, p. 136.

maioria acerca do que venha a ser justo ou injusto não deixa de gerar certa tranquilidade ao julgador.

O contrário, por sua vez, passa a exigir muito mais motivação, já que, em regra, quebra um paradigma, criando uma nova vertente de justiça naquele caso concreto.

Sobre o tema, nunca é demais lembrar as lições de François Rigaux:

A jurisprudência relativa aos efeitos jurídicos do concubinato confirma o caráter ilusório da distinção entre os casos fáceis (*easy cases*) e os casos difíceis (*hard cases*). Até o momento em que a jurisprudência rompe com a negação de qualquer efeito jurídico do concubinato, não há nada mais fácil para o juiz do que reiterar uma solução sólida, tradicional e em perfeita harmonia com os textos e os silêncios do Código Civil. Em compensação, quando os tribunais se deixam abalar pela evolução dos costumes e põem-se a escutar advogados que pleiteiam a favor da mulher vítima do falecimento acidental de seu companheiro, eles próprios transformam um caso fácil em caso difícil, pois é-lhes necessário vencer o peso das interpretações tradicionais e inventar os argumentos aptos a introduzir solução na “coerência” da ordem jurídica global. Uma vez dado esse passo, a repetição dos precedentes reconduz à categoria dos casos supostos fáceis até que uma dificuldade suplementar deva ser vencida, tal como a extensão à concubina adúltera da solução desde então indiscutível no que concerne à concubina simples. A circunstância agravante do adultério justificará que essa situação seja “distinguida” daquela da concubina livre de todo compromisso matrimonial? Ou então a analogia entre as duas situações será suficiente para justificar o passo suplementar da jurisprudência? Um esquema intelectual análogo pode ser aplicado hoje aos efeitos da vida em comum entre pessoas do mesmo sexo.<sup>265</sup>

No que se refere à adoção por casais homossexuais, especificamente, temos verificado enormes barreiras criadas pelo Estado, principalmente o Estado-juiz.

Muitos entendem não ser possível a mencionada adoção por não se tratar de entidade familiar, e que a colocação das crianças em lares homoafetivos desatenderia ao melhor interesse dos menores, como acima já analisado.

Muitos que entendem ser a união homossexual uma entidade familiar, entendem também que não há previsão legal para se conceder tal adoção, fundamentando-se na inexistência de lei que autorize tal adoção, em razão de que a nova Lei de Adoção não contemplou a adoção por homossexuais.

É certo que no Projeto que deu origem à Lei nº 12.010/09 estava prevista a possibilidade de adoção por casais homossexuais, o que foi suprimido quando da votação na Câmara dos Deputados, por pressão, principalmente, da bancada evangélica.

---

<sup>265</sup>RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164.



Porém, da mesma forma que, embora não prevista expressamente na Constituição Federal, a união homossexual é uma entidade familiar, como decorrência natural de tal caracterização, o direito fundamental à filiação passa a ser uma consequência da própria natureza de tal relação.

Visto pelo prisma do casal adotante, constata-se que não há nenhum óbice à concessão da adoção, mesmo não existindo previsão expressa na lei, já que se fundamenta no direito fundamental ao estabelecimento de sua estrutura familiar, corolário a este o direito fundamental à filiação, ambos de eficácia plena, para os quais se faz desnecessária legislação infraconstitucional.

Pelo ângulo do adotando, tal adoção, além de lhe garantir maior proteção jurídica do que a adoção por apenas uma das partes do casal, como em regra acontece, é, na maioria das vezes, a única forma de se integrar numa comunidade familiar, garantir seu direito fundamental à convivência e lhe proporcionar um futuro melhor do que o da marginalidade em que inevitavelmente será inserido, quando, além do abandono dos pais biológicos, sofrerá o abandono do Estado, ao atingir a idade em que sua adoção já não seja mais possível.

Entender que a adoção por casais homossexuais não atende aos melhores interesses da criança é fugir das estatísticas, desconhecer a realidade cruel das crianças em abrigo no nosso país e utilizar-se de argumentos de moral pessoal para inviabilizar a concretização de direitos fundamentais.

Portanto, não só nos deparamos com a necessidade de se buscar uma trilha ética para as decisões judiciais, no plano conceitual, como precisamos efetivar, na prática, tal vinculação, para que o Estado-juiz possa mudar a realidade quando necessário, porém com credibilidade.

## CONCLUSÃO

A criança e o adolescente já não podem mais ser vistos como meros objetos do direito, de modo que seus direitos permaneçam atrelados à satisfação dos direitos dos adultos.

Ser sujeito de direitos significa ter proteção jurídica própria e específica, e no caso das crianças e dos adolescentes, com prioridade sobre os direitos dos outros sujeitos, como determina nossa Constituição.

Dentre os direitos desses sujeitos prioritários, está o direito à convivência familiar, que apesar de extremamente descumprido e da importância que possui na formação dos seres humanos em desenvolvimento, não tem recebido a importância que merece, nem por parte da doutrina nem por parte do Estado.

Como visto, embora várias expressões sejam utilizadas pela doutrina para designação de direitos humanos, todas com fundamentos extremamente relevantes, nos parece mais adequado o termo direitos humanos, vinculados conceitualmente aos direitos de todos os homens, pela condição de homem, previstos, de forma mais abrangente, num plano supra-legal, ou vinculados ao direito natural, para o qual não há necessidade de qualquer regulamentação estatal ou supraestatal, ou, numa perspectiva menos abrangente, os direitos consagrados nos textos internacionais, independentemente de terem sido absorvidos ou não na normatividade interna dos Estados.

Os direitos fundamentais, por sua vez, do ponto de vista conceitual, para a maioria dos doutrinadores da atualidade, são os direitos vinculados à pessoa humana como tal, previstos expressa ou implicitamente no texto da Constituição do Estado, independentemente de haver ou não previsão em texto internacional, o que permite deduzir que nem todo direito humano é necessariamente um direito fundamental, assim como nem todo direito fundamental é necessariamente direito humano, do ponto de vista conceitual.

Tais assertivas foram importantes ao serem analisadas, porque serviram de base para a perspectiva terminológica e conceitual que defendemos, da existência de uma gama de direitos que são ao mesmo tempo humanos e fundamentais, sendo, portanto, direitos humanos fundamentais, sem que tal expressão traga consigo qualquer equívoco. Tais direitos são aqueles previstos como direitos humanos quer pela sua ligação ao direito natural – supra-legalidade –, quer pela sua previsão em tratados internacionais – *lato sensu* – e direitos fundamentais em função da sua incorporação à legislação interna do Estado, quer através da

Constituição (decorrente do constituinte originário), das Emendas Constitucionais, ou mediante a legislação infraconstitucional.

Pudemos observar, dentro desse contexto, que o direito da criança e do adolescente à convivência familiar, além de previsto em tratados internacionais (declaração e convenção dos direitos da criança), está previsto na Constituição Federal, artigo 227, e na legislação infraconstitucional, no ECA, arts. 4º e 19, sendo, portanto, um direito humano fundamental.

Vimos que o direito de convivência, como hoje conceituado e legislativamente estabelecido, decorreu de uma evolução do denominado “direito de visitas”, que embora tenha expressão mantida no Código Civil, possui interpretação radicalmente diversa do que entendia pelo antigo direito de visitar o filho, que tinha exatamente esta dimensão, qual seja a de o pai ou mãe não guardião visitar os filhos em horários preestabelecidos.

O direito de visitas passa a ter o conteúdo de direito humano fundamental, como visto, e passa a ser muito mais dever do que direito dos pais, dever de convivência, de modo a garantir sua efetividade, como sua natureza impõe.

A dedução, ao nosso ver inafastável, de que o direito de convivência é um direito humano fundamental, aliada à vinculação que o este possui à dignidade da pessoa humana, alicerce maior do sistema jurídico brasileiro, e com o *plus* constitucional de terem os direitos das crianças e dos adolescentes prioridade absoluta na sua efetivação, é imprescindível para que se criem mecanismos de direito material e de direito processual, assim como políticas públicas em todas as áreas, a fim de garantir a plena efetivação de tal direito, indispensável à formação das pessoas em desenvolvimento.

Embora tenhamos ressaltado a importância do multiculturalismo como forma de preservar a diversidade cultural, fundamental para a identidade étnica e para formação da própria natureza humana, procuramos demonstrar que nem todo multiculturalismo é positivo ou emancipatório, e a defesa, cada vez mais intransigente, do relativismo cultural tem fomentado uma série de descumprimentos de direitos humanos básicos, principalmente os relativos às crianças e aos adolescentes.

Fizemos um paralelo entre as doutrinas de Richard Rorty e Boaventura Souza Santos para demonstrar as questões conceituais ligadas ao multiculturalismo, assim como as críticas e dificuldades de compatibilização entre as diversas culturas, apresentando, ambos os autores, soluções aceitáveis para a convivência entre os indivíduos de culturas diversas.

Tomamos o feminismo como paradigma, pois as lutas feministas já perduram por mais de um século, e encontramos nelas diversas semelhanças com a lutas sociais que precisam ser travadas para a garantia dos direitos humanos ligados às crianças e aos adolescentes. Procuramos demonstrar que o Direito não é só masculino, ele também é adulto, ou seja, não é produzido, apenas, por uma maioria masculina, para atender, em regra, a uma minoria masculina, sendo também produzido por uma unanimidade adulta, para atender primeiramente aos interesses adultos.

A luta social pela efetivação dos direitos humanos vinculados às crianças e aos adolescentes será necessária enquanto forem necessárias as normas que pretendem protegê-los, não em função da situação peculiar de ser humano em desenvolvimento, mas em função de que eles também devem ser tratados como seres humanos, com iguais direitos que os adultos.

Quando analisamos a dificuldade de efetivação do direito da criança e do adolescente à convivência familiar dentro do seio da família, podemos constatar que vários são os motivos que contribuem para a tal inefetividade, porém o maior deles é a pouca preocupação do Estado com tal efetivação.

Se o pai ou a mãe que se encontra com a guarda do filho cria empecilho para a convivência deste com o pai/mãe não guardião, o Estado tem atuado com certa presteza, até porque esta sempre foi a modalidade de dificuldade de convivência discutida no Judiciário, através da ação de regulamentação de visitas.

Para esse caso, especificamente, o Estado sempre mobilizou a sua máquina a fim de efetivar a convivência, já que se tinha a visão de estar se efetivando o direito do pai a visitar o filho, e não o contrário; e para tanto, primeiro se contava com a força policial, e hoje, com o auxílio de equipes interdisciplinares, o que não afasta a punição para o guardião e a utilização, em casos extremos, da polícia judiciária.

O mesmo ocorre quando o filho se nega a conviver com o pai, só que neste caso se utiliza com muito mais cuidado o auxílio de profissionais capacitados, como assistentes sociais e psicólogos.

O grande problema surge quando a convivência não se efetiva em decorrência da desídia da pessoa que detém a guarda ou do pai/mãe não guardião, que possui o dever de conviver com os filhos.

A doutrina tem apresentado soluções diversas para estes casos.

Alguns entendem que nada há por fazer, já que a convivência está ligada ao afeto, e o afeto não pode ser imposto judicialmente, passando a ser uma verdadeira faculdade do pai/mãe não guardião conviver ou não com os filhos.

Outros entendem que, embora não se possa obrigar um pai ou uma mãe a conviver com o filho, em razão da questão afetiva atrelada à convivência, o descumprimento do dever de convivência pode acarretar indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo.

Defendemos que o afeto que impõe o dever de convivência não é o afeto-amor, afeto-carinho, que o senso comum enseja. É o afeto responsabilidade, afeto-ação, que possui valor jurídico, e, por via de consequência, pode ser exigido pelo Estado.

Antes de se pensar em compensar o abandono afetivo mediante de indenização por dano moral, cabe ao Estado envidar todos os esforços para que o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar seja efetivado.

Da mesma forma como comumente se mobiliza para atender aos interesses do pai não guardião em conviver com o filho, deve o Estado se mobilizar para efetivar o direito do filho em conviver com o pai, cabendo, ao nosso ver, como foi demonstrado, a possibilidade de condenação do pai em conviver com o filho, ou a execução de acordo em que se estabelece o regime de convivência.

Não queremos promover a irresponsabilidade teórica de que os juízes devem sair condenando indiscriminadamente os pais não guardiões a conviver obrigatoriamente com os filhos. Trata-se de um novo olhar acerca da responsabilidade parental, que permita, utilizando-se de todos os recursos disponíveis no Estado, máxime as equipes multidisciplinares, uma efetivação do direito de convivência dos filhos.

Nossa experiência mostra que muitos pais, após a separação, deixam de conviver com os filhos por não saberem que devem, e alguns, nem sequer que podem, e isso tem passado despercebido pelo Judiciário, de modo que só se garante o direito de “visitas” do pai, mas não se ousa garantir, através da coerção própria da norma jurídica, o direito de convivência dos filhos, desaguando sempre numa indenização por abandono material, sem que se tenha o cuidado de tentar promover tal convivência.

Precisamos mudar o foco de atuação do Estado, fomentando mecanismos para que os filhos, que responsabilidade nenhuma tiveram na separação dos pais, possam pleitear que o pai ou a mãe não guardião continue convivendo com ele, e que tal pedido possa ser acatado e efetivado, nem que seja através de execução de obrigação de fazer, com desdobramento em obrigação de pagar.

Não se pode mais aceitar que diante de direito humano fundamental de tamanha relevância, o Estado simplesmente aceite a postura imediatista e egoísta do pai que declara não querer conviver com o filho, ou da mãe que não permite que o filho conviva com o pai, pois a convivência, como acima já mencionado, não se prende, exclusivamente, ao elemento subjetivo da afetividade, mas, antes disso, está atrelada à responsabilidade parental, princípio também constitucional.

Entendemos, por fim, ser necessário que antes de trocarmos abandono por dinheiro, tentemos evitar por todos os meios o abandono moral e social dos filhos.

Além de as sanções civis serem pouco utilizadas para a efetivação do direito fundamental em análise, tivemos a oportunidade de verificar que as sanções penais nem sequer são observadas na nossa realidade.

Não defendemos, como já referido, que os pais abandonantes sejam eleitos os “inimigos da vez” do Estado, nem que sejam indiscriminadamente privados de liberdade para superlotar ainda mais os presídios, mas entendemos que, através de penas substitutivas (como a de prestação de serviços em casas de abrigos e de recuperação de drogados), se poderá ajudar na conscientização do papel dos pais na criação dos filhos que geram, minimizando os problemas de crianças e adolescentes em situação de risco e, como consequência, preservando a dignidade destes e contribuindo para a minimização do envolvimento desses jovens em crimes graves, o que vem acontecendo cada vez mais precocemente.

Finalmente, acerca das crianças abandonadas em caráter definitivo pelas famílias biológicas, que se encontram, por essa razão, em situação de risco, aguardando uma adoção para que lhes seja garantido o direito fundamental à convivência familiar, pudemos observar um verdadeiro descaso por parte do Estado.

Ao analisarmos a efetivação do direito da criança e do adolescente em situação de risco à convivência familiar, na cidade de Maceió, constatamos, através de levantamentos feitos junto às instituições de abrigo, ao Ministério Público e ao Juízo da Infância e da Juventude, que as políticas adotadas pelo Município não se revelam satisfatórias para atender

à demanda dos menores em situação de risco, e que não há, praticamente, nenhuma atuação do Estado nessa área, o que dificulta uma integração das políticas que necessitam envolver mais de um município.

Constatamos, portanto, que além de possível, se faz extremamente necessária a atuação do Poder Judiciário, mediante provocação de qualquer legitimado, no controle e na execução das políticas públicas que visem efetivar a adoção dos menores em situação de risco, quer junto aos Legislativos, Executivos, Ministério Público e ao próprio Judiciário, e com isso efetivar o direitos daqueles à convivência familiar. Dessa forma serão minimizados os problemas que futuramente serão causados pelos menores que, por desídia do Poder Público, migrarão para a marginalidade, aumentando o índice de violência e onerando ainda mais a máquina necessária à manutenção da segurança pública no Estado de Alagoas, já reconhecidamente de quase completa inoperância.

Claro que a atuação do Judiciário no controle de tais políticas públicas prescinde de requisitos como a comprovada inércia do Poder responsável pela política, a incontestada necessidade, a ponderação acerca da medida, a adequação e a proporcionalidade, sob pena de a atuação do Poder Judiciário inviabilizar o controle financeiro dos demais poderes, com o risco, inclusive, de obstar políticas centralizadas e mais eficientes, ou até mesmo, comprometer a efetivação de outros direitos fundamentais, igualmente importantes.

Por fim, observamos que muitos juízes têm inviabilizado adoções por casais homossexuais, mantendo as crianças e adolescentes em abrigos e em situações de risco, sob argumentos de moral extremamente pessoal, razão pela qual fizemos uma pequena distinção entre moral e ética, para defendermos a necessidade de uma uniformização ética nas decisões judiciais, principalmente no sentido de afastar fundamentos de “moral” pessoal ou vinculada à moral de grupos específicos, máxime quando tais fundamentos servem para justificar decisões que mitigam ou inviabilizam direitos fundamentais, como é o caso do direito fundamental da criança e do adolescente em situação de risco à convivência familiar.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo & FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**, disponível no site: <http://www.dhnet.org.br>, acessado em 27 de julho de 2009, às 9:00 horas.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à Brasileira e a Verdade do Registro Civil, *in* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e Dignidade Humana/Anais do V congresso Brasileiro de Direito da Família**, Belo Horizonte: IOB Thomson, 2006.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou retrocessos? *In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 1, , Porto Alegre: Magister,, dez/jan 2008.
- ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos – do Mundo Antigo ao Brasil de Todos**, Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**, São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARBOSA, Águida Arruda. Por que estatuto das famílias? *In* DIAS, Maria Berenice (coord.). **Direito das Famílias: Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASSET, Lidia N. Makianich de. Derecho de Visitas – Régimen jurídico del Derecho y Deber de Adecuada Comunicación entre Padres e Hijos, Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1997.
- BENDER, Louise. **From Gender Difference to Feminist Solidarity: Using Carol Gilligan an an Ethic of Care in Law, in Sourcebook on Feminist Jurisprudence**, Londres: Cavendish, 1997, p. 204 e 205, *apud* KOHEN, Beatriz. El Género en La Justicia de Familia – Miradas e Protagonistas, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. **Fragmento sobre el Gobierno**, Trad. E introd. de Julián Larros Ramos, Madrid: ed. Aguilar, 1973, *apud* HART, H. L. A **Utilitarismo y Derechos Naturales**, Anuário de Derechos Humanos, n. 01, Madrid: Instituto de Derechos humanos, Universidad Complusense, 1982.
- BEURLLEN, Alexandra. **Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil**, Curitiba: Juruá Editora, 2009.



BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Crisis de la Democracia**, Barcelona: Ariel, 1985.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSCHI, Fábio Bauab. **Direito de Visitas**, São Paulo: Saraiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL, ALAGOAS, **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PROC. Nº 4.830/07**, Petição Inicial elaborada pelos Promotores de Justiça do Estado de Alagoas: Alexandra Beurlen, Cláudio José Brandão Sá, Luiz Medeiros de A. Filho, Micheline L. Tenório Silveira dos Anjos, Ubirajara Ramos dos Santos, e a Procuradora do Trabalho Virgínia de Araújo Gonçalves Ferreira.

BRASIL, ALAGOAS, **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PROC. Nº 4.830/07**, Sentença prolatada pelo Dr. Fábio José Bittencourt Araújo, Juiz de Direito da 28ª Vara Cível da Capital - Infância e Juventude.

BRASIL, STF, **Recurso Extraordinário nº 436.996-6, São Paulo Relator: Min. Celso de Mello**, Recorrente(s): Ministério Público do Estado de São Paulo, Recorrido(a/s): Município de Santo André, disponível em: <http://www.stf.gov.br>, acessado em 12 de fevereiro de 2010, às 9:40 h.

BRASIL, STF, HC nº 69.303 – MG, Relator Ministro Marco Aurélio, *in* RTJ 144/233.

BRASIL, STF – HC nº 99369/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU: 09.06.2009. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br); acesso: 01.10.2010.

BRASIL, STF – AI nº 588373/SE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU 04.04.2008, Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br); acesso em: 01.10.2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O Conceito de Políticas Públicas em Direito**, *in* Políticas Públicas – Reflexões Sobre o Conceito Jurídico, Organização BUCCI, Maria Paula Dallari, São Paulo: Saraiva, 2006.

BURT, Robert A., Desarrollo Constitucional de Derechos de, Sobre y para Menores, *in* **Derecho, Infancia y Familia**, compiladora Mary Beloff, Barcelona: Gedisa Editorial, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 2003.

CARDINA, Miguel. **Feminismo, um Nome ainda Novo**, disponível em [HTTP//www.feminismoemdebate.com.br](http://www.feminismoemdebate.com.br), acessado em 20 de julho de 2010, às 13:45 h.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO JÚNIOR, Odilair. **Tutela Específica dos Deveres de Fazer e não Fazer**, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/7110>, acessado em 05/01/2011.

CATÃO, Adrualdo. **Uma visão Pragmatista das teorias do reconhecimento: Advertências Contra o Autoritarismo, a Intolerância e o Relativismo Cultural**, Recife: Caderno da Ruy Antunes, nº 1, Nov. 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª ed. 519f. V1. Campinas –SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2002.

CLOTET, Joaquim. **Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina**, in Direitos Humanos e Bioética, org. George Sarmento, Maceió: Edufal, 2002.

COBRA, Rubens Queiroz. **Feminismo**, disponível em <HTTP://www.feminismoemdebate.com.br>, acessado em 20 de julho de 2010, às 15:45 h.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil, v. 5**, São Paulo: Saraiva, 2006.

COLE, Michael e COLE, Sheila R. **O desenvolvimento da criança e do adolescente**. 4ª ed. Tradução Magda França Lopes. Artmed: Porto Alegre, 2003.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade Responsável**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ, Luis M. **La Constitución como Ordem de Valores – Problemas Jurídicos e Políticos**, Granada, 2005.

CUSSIÁNOVICH, Alejandro. & MÁRQUEZ, Ana Maria. **Participação das crianças e adolescentes como protagonistas**. Tradução de Sergio Cataldi., Rio de Janeiro: Educar, 2002.

DEACES, José A. Alem. **Derecho de la Niñez y la Adolescencia em El Nuevo Código – Ley 17.823 – Cuestiones de Fondo y de Forma em Torno a la Miniridad**, Montevideo: Editorial I B de F, 2005.

DEWEY, John. **A common Faith**, New Haven, Connecticut: Yale University Pres, 1934, p. 25, *apud* RORTY, Richard. **Verdade e progresso**, 1ª Barueri, SP: Ed. Manole, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – Execução, v. 5, 3ª edição**, Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Ética do Juiz**, Palestra ministrada no Seminário “ética e Justiça”, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em outubro de 2002, publicada no site: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acessado em 12/12/2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**, Volume XVIII, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito à convivência Familiar e Comunitária**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Controle Judicial das Políticas Públicas: a Questão da Reserva do Possível, da Legitimação e do Princípio da Separação dos Poderes**, disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>, acessado em 11 de janeiro de 2010.

FERNÁNDEZ, Eusébio. **El Problema del Fundamento de los Derechos Humanos**, Anuário de Derechos Humanos, n. 03, Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**, Tradução Fauzi Hassan Choukr, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Rosa Maria Fischer. **Menino da Rua: Valores e Expectativas de Menores Abandonados em São Paulo**, São Paulo: CEDEC, 1979, p. 49, *apud* RODRIGUES, Gutemberg Alexandrino. *Os Filhos do Mundo – A Face Oculta da Menoridade (1964 – 1979)*, São Paulo: IBCCRIM, 2001.

FIORIN, José Luiz. **Paixões, afetos, emoções e sentimentos**. Disponível em: [seer.fclar.unesp.br/casa/article/view/541/462](http://seer.fclar.unesp.br/casa/article/view/541/462). Acesso em: 21/09/2010.

FRASER, Nancy. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista, *in Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*, Org. SOUZA, Jessé, Brasília: UNB, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Família no Direito Penal**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. VI. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: Um Novo Modelo de Responsabilidade Parental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na Execução Direta das Obrigações de Fazer e não Fazer, disponível em <http://www.mundojurídico.adv.br>, acessado em 06/01/2011.

- HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**, *apud*, OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção**, Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade**, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, H. L. A **Utilitarismo y Derechos Naturales**, Anuário de Derechos Humanos, n. 01, Madrid: Instituto de Derechos humanos, Universidad Complusense, 1982.
- HONETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: ed. 34, 2003.
- HORTA, Ana. **Relativismo Cultural**, disponível em <http://www.notapositiva.com.br>, acessado em 14 de julho de 2010, às 8:30 h.
- HORTON, Paul. **Sociologia**, São Paulo: McGraw-Hill Brasil, 2003.
- JACKOBS, Günter & MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**, Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- KOHEN, Beatriz. **El Género en La Justicia de Familia – Miradas e Protagonistas**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- KRELL, Andreas Joaquim. A Recepção das Teorias Alemãs Sobre “Conceitos Jurídicos Indeterminados” e o Controle da Discricionariedade no Brasil, *in* **Interesse Público**, nº 23-2004, Coordenação PASQUALINI, Alexandre, Porto Alegre: Notadez, 2004.
- KRELL, Andreas Joaquim. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental – O controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais – Um Estudo Comparativo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- KRELL, Andreas Joaquim. **Desenvolvimento Sustentável às Avesas nas Praias de Maceió-AL: A liberação de espigões pelo Novo Código de Urbanismo e Edificações**, Maceió: Edufal, 2008.
- KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil – Princípios Éticos e Jurídicos**, Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado, Vol. 5 – Direito de Família**, são Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites Constitucionais do Legislador e do Juiz na Incriminação e Descriminalização de Condutas – A imposição dos Princípios Constitucionais Penais**, Tese de Doutorado defendida e aprovada na Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Pernambuco, no *prelo*.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos Fundamentais dos Contribuintes – Limitações ao Poder de Tributar**, Recife: Nossa Livraria, 2005.

LINS, Regina Navarro. **Tempos do amor: trajetórias da intimidade**. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=Frp3Hz7DbRA>. Acesso em: 27/09/2010.

LINS JÚNIOR, George Sarmento. **Direitos Humanos e Bioética**, apresentação, Maceió: Edufal, 2002.

LINS JÚNIOR, George Sarmento. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional**, in Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió: EDUFAL, 2008.

LIRA, Wladimir Paes de. **A Análise da Natureza Jurídica da União Homossexual em um Caso Concreto Através de Provimento Judicial**, Revista do Ministério Público de Alagoas, nº 14, janeiro/junho.2005, Maceio-AL: MPEAL: UFAL/CJUR, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família, in **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Nova Principiologia do Direito de Família e suas Repercussões, in **Direito de família e das sucessões: temas atuais**, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, SIMÃO, José Fernando (Org.). São Paulo: Método, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**, São Paulo: Saraiva, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. Verfassungslehre, 1975, S. 345, *apud* KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MACEDO JÚNIOR, Gerôncio Ferreira.. **Considerações Críticas Acerca do Infanticídio Indígena no Marco dos Direitos Humanos**, disponível em <http://www.antropologiaemdebate/artigos.com.br>, acessado em 21/07/2010, às 10:30 h.

MADALENO. Rolf. **Direito de Família em Pauta**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. 2ª ed. 220f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MAX, Karl. **A Questão Judaica**. Rio de Janeiro: Achiamé, s/d.

MELO, Cláudio Ary. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILL, Stuart. **A Sujeição das Mulheres**, Tradução Debóra Ginza, São Paulo: Editora Escala, 2006.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da Criança no Cenário Internacional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTILLA, Agustín & LORENZO Paloma. **Derecho de Familia Islámico – Problemas de Adaptación AL Derecho Español**, Madrid: Editorial Colex, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NANDY, Ashis. **Traditions, Tyranny and Utopias**, Oxford: Oxford University Press, 1987, p. XVI, *apud* RORTY, Richard. **Verdade e progresso**, 1ª , Barueri, SP: Ed. Manole, 2005.

NERY, Maria da Pena. **Vínculo e Afetividade: Caminhos das relações humanas**. São Paulo: Ágora, 2003.

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos Mágicos do Sul (do Sul): Lutas Contra-hegemônicas dos Povos Indígenas no Brasil, *in* Reconhecer para Libertar, Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural, org. SANTOS, Boaventura de Souza, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

NEVES, Marcelo. A Constituição Simbólica, 1994, p. 33 ss., 49ss., 92. *Apud* KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos, *in* **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel, Coordenadores, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

NOVAES, Maria Helena. A Convivência entre as Gerações e o Contexto Socio-cultural, *in* **A Ética da Convivência e sua Efetividade no Cotidiano dos tribunais.**, PEREIRA, Rodrigo da Cunha e PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o Direito impor amor? *In* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, JÚNIOR, Marcos Ehrhardt e OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo**, Salvador: JusPodivm, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **Constituição e Direitos Humanos Fundamentais – Exigibilidade e Proteção**, Brasília: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008.

PEDROSA, Delia Susana & BOUZA, José María. (SAP) Síndrome de Alienación Parental – Processo de Obstrução del Vínculo entre los Hijos y Uno de sus Progenitores, Buenos Aires: García Alonso, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições do Direito Civil: Direito de Família**. v. V. 16ª ed. rev. e atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais – Uma contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente – Uma Proposta Interdisciplinar**, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PIOVESAN, Fátia. **Temas de Direitos Humanos**, São Paulo: Ed. Max Limonada, 1998.

POCAR, Valério & RONFANI, Paola. **La Famiglia e il Diritto**, Roma: Editori Laterza, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo IV, São Paulo: RT, 1967.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**, Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos Fatos**, João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

RADBRUCH, Gustav.. **Filosofia do Direito – Cinco Minutos de Filosofia**, Coimbra: Almedina, 1945.

RAMOS, Marcel Figueiredo. **Direito Penal do Inimigo. Violação ao Princípio da Ampla Defesa Negativa?** Disponível em Jus navegandi.com.br, acessado em 10/03/2010, às 19:30 h.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**, São Paulo: Saraiva, 1989.

REIS, Marcus Vinícius. **Multiculturalismo e Direitos Humanos**, disponível em www.jusnavegandi.com.br, acessado em 23 de junho de 2010, às 9:30 h.

RIEFF, David. Letter From Bosnia, New Yorker, 23 de novembro de 1992, p. 82-95, *apud* RORTY, Richard. **Verdade e progresso**, 1ª Barueri, SP: Ed. Manole, 2005.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**, São Paulo: Martins fontes, 2000.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das Leis Penais – Teoria e Prática**, Tradução de Luiz Regis Prado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROBERTI, Maura. A intervenção Mínima como princípio no Direito Penal Brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. P. 10, *apud* NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Princípio da intervenção mínima**, disponível em <http://www.jusvigilantibus.com.br>, acessado em 15/03/2010 às 12:50 h.

RORTY, Richard. **Verdade e progresso**, 1ª Barueri, SP: Ed. Manole, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, Bauru, SP: Edipro, 2000.

ROSSETI, Maria Eugenia & FERRONI, Delia Mateo de. **Lineamentos Básicos Del Derecho de Manores – Para la Protección Integral y Tutela Jurídica de los Derechos em la Niñez**, Santa Fé: Editorial Libreria Cívica, 2007.

SALDANHA, Nelson. **Ética e História**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Boaventura Souza. & NUNES, João Arriscado, **Para Ampliar o Cânone do Reconhecimento**, *in* Reconhecer para Libertar, Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural, org. SANTOS, Boaventura de Souza, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família**, Coimbra: Livraria Almeda, 1999.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da Indiferença à proteção Integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal Juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves Notas sobre a Contribuição dos Princípios para a Renovação da Jurisprudência Brasileira, *in*, **Direito Civil Contemporâneo**, TEPEDINO, Gustavo, Coordenador, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCALA, Jorge. **Gênero y Derechos Humanos**, Buenos Aires: Vórtice, 2004.

SCHLÜTER, Wilfried. **Código Civil Alemão – Direito de Família**, Tradução de Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SIMITIS, S. Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen, *apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade**, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.



SOUZA, Pedro Ivo de & COURA, Alexandre de Castro. **Controle Judicial das Políticas Públicas**, disponível em: [http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro\\_ivo\\_de\\_sousa.pdf](http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf), acessado em 10/02/2010.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros, *in* **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, SOUZA NETO, Cláudio Pereira & SARMENTO, Daniel, Coordenadores, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes & KRETZMANN, Carolina Giordani. **Antropologia, multiculturalismo e Direito: O reconhecimento da identidade das comunidades tradicionais no Brasil**. In: COLAÇO, Thais Luzia. Elementos de Antropologia Jurídica. São José: Conceito Editorial, 2008.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)**. 2ª ed. 508f. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado & RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como Efeito da Socioafetividade nas Famílias Recompuestas, *in* **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 10, jun/jul 2009, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Ed., 2001.

TERAN, Juan Manuel. **Filosofia Del Derecho**, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1971.

TRINDADE, José. **Etnocentrismo, multiculturalismo e Relativismo Cultural – a Guetização das Minorias**, disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>, acessado em 12 de julho de 2010, às 22:00 h.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família**, Tomo VI, quinta edição, São Paulo: Atlas, 2005.

VOLPI, Mário. **A proteção integral como contraposição à exclusão social de crianças e adolescentes**. Prefácio ao livro **Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas**, de João Batista da Costa Saraiva (São Paulo, Saraiva, 2002).

VUOLO, Rubén M. Lo, De Los Niños Asistenciales AL Ingreso Ciudadano para La Niñez: De La Ley 10.903 a La Ley 26.061, *in* **Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, Compilador Emílio Garcia Méndez, Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008.

WINNICOTT, Donald W. **Tudo Começa em Casa**, tradução de Paulo Sandler, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 125, *apud* FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito à convivência Familiar e Comunitária**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

YARSHEL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade**, São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Buscando o Inimigo: De Satã ao Direito Penal *Cool*, in **Criminologia e Subjetividade**, Editores João de Almeida e João Luiz da Silva Almeida, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.