CLAUDIO JOSÉ AMARAL BAHIA

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA TAREFA DE GARANTIR O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

DOUTORADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2007

CLAUDIO JOSÉ AMARAL BAHIA

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA TAREFA DE GARANTIR O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Tese de Doutorado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Estado (Área de Concentração: Direito Constitucional), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Professor Titular Luiz Alberto David Araujo.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2007

BAHIA, Claudio José Amaral

CA_____ A Responsabilidade do Estado na Tarefa de Garantir o Direito de Convivência Familiar de Crianças e Adolescentes.
Orientador: Professor Titular Luiz Alberto David Araujo. São Paulo/SP, 2007. 539 fls.

Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Pós-Graduação da PUC/SP. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP.

1. Responsabilidade do Estado. **2.** Convivência Familiar e Comunitária. **3.** Criança e Adolescente. Título II.

CDD _____._____

BANCA EXAMINADORA

_____

Nota: _____

_____

Nota: _____

_____

Nota: _____

_____

Nota: _____

_____

Nota: _____

São Paulo, ___ de _____ de 2007.

“Todos vivemos sobre o mesmo céu, mas ninguém tem o mesmo horizonte”.

Konrad Adenauer

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Glauco (in memorian) e Luciana, pelo apoio e amor incondicionais que sempre me deram.

À minha filha, Maria Júlia, na esperança de que seu sagrado direito fundamental de convivência familiar e comunitária seja, um dia, efetivamente respeitado pelo Estado brasileiro.

À Thaís Fayad Misquiati, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Luiz Alberto David Araujo, pela paciência, auxílio, ensinamento, dedicação e compreensão, cujos atributos foram indispensáveis e essenciais, a fim de que este trabalho tenha encontrado seu fim, e, principalmente, pelo fato de, ao longo do meu curto caminho acadêmico, demonstrar, a cada minuto, a inexorável importância da Constituição.

Aos Professores Michel Temer, Paulo Roberto Lauris, Gislaine Semeghini Lauris, Lydia Neves Bastos Telles Nunes, Rui Carvalho Piva, Conrado Rodrigues Segalla, Eliana Franco Neme, Soraya Lunardi, Lucas Pimentel de Oliveira, Daniela Rodrigueiro, José Roberto Anselmo, José Roberto Martins Segalla, Michel de Souza Brandão, Danilo Rothberg e Maria Claudina, Fernando Cavini e Egli Muniz.

Aos amigos Marcelo Augusto de Souza Garms, Ricardo Beneli Dultra e Débora Fayad Misquiati, cujo auxílio se mostrou importante à conclusão do presente trabalho.

As gentis funcionárias das Bibliotecas lotadas na Instituição Toledo de Ensino em Bauru por toda ajuda e apoio prontamente prestados, em especial a Mariza Xavier.

À Instituição Toledo de Ensino, pela imensurável oportunidade de lecionar.

RESUMO

◆ ◆ ◆

Não obstante passados mais de dezoito anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda hoje é uma realidade se deparar com preocupantes situações envolvendo omissões estatais em face dos chamados direitos humanos fundamentais, mais precisamente no que concerne a sua aplicação a segmentos sociais minoritários. Assim, o tema central que se pretenderá trabalhar com o presente arrazoado, a par das dificuldades práticas e consentâneas que lhe são pertinentes, diz respeito à necessidade de concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária afeto a nossas crianças e adolescentes, cujo dogma se encontra expressamente garantido pelo texto constitucional pátrio, mais precisamente no *caput* de seu Art. 227. Nesse mesmo caminho, também será objeto de estudo a responsabilidade estatal nas situações em que não se verifica possível à concretização do referido direito fundamental, por manifesta omissão do ente público em casos tais, de modo que os sujeitos constitucionais prejudicados por tal ato tenham, ao menos, a sua disposição instrumentos de mitigação do dano causado pela inevitável ausência de convivência familiar, o que, sem sombra de dúvidas, estará a prestigiar o vetor basilar da isonomia, insculpido no *caput* do Art. 5º da *Lex Legum*. A inércia e a omissão estatais acima apontadas, acabam sempre por redundar num ilícito efeito, qual seja, o de retirar da criança e do adolescente expurgados da convivência familiar e comunitária a possibilidade de um desenvolvimento afetuoso e digno, abrindo-lhe, assim, o caminho para invocar uma tutela jurídico-constitucional efetiva, visando à correção ou a mitigação da referida e danosa problemática. Destacar-se-á, então, os veículos processuais aptos a decretar a responsabilização do Estado pela omissão quanto ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes no plano concreto, com especial destaque para a ação civil pública, o mandado de injunção e a ação de conhecimento condenatória. Tais instrumentos, a par da existência de outras possibilidades, são idôneos para buscar indenização embasada na teoria de responsabilidade civil denominada de *perda de uma chance*. Dentro desse contexto, o que se busca com a elaboração deste trabalho, sem qualquer pretensão de se esgotar o tema, foi o de colocar em discussão que a convivência familiar e comunitária é um direito fundamental essencial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, não podendo o Estado recuar ou se furtar ao dever de colocar a disposição dos não afortunados, mecanismos e condições que tenham, com eficácia, o condão de minorar os problemas relativos à referida ausência, sob pena de ser responsabilizado pela inconstitucional omissão em seu agir.

RIASSUNTO

◆ ◆ ◆

Nonostante siano passati piú di diciotto anni dalla promulgazione della Costituzione Federale del 1988, ancor oggi é uma realtá trovarsi di fronte a situazioni preoccupanti che involgono omissioni statali in ció che riguarda i cosiddetti diritti umani fondamentali e piú esattamente in ció che riguarda la sua applicazione a segmenti sociali minoritari. Cosí, il tema que si pretende discutere con questa esplanazione, isieme alle difficoltá pratiche che gli sono proprie, dice rispetto alla necessitá della concretizzazione del diritto fodamentale di convivenza familiare e comunitaria che attinge i nostri bambini e adolescenti, il dogma del quale si trova espressamente garantito nel texto costituzionale patrio, piú esattamente nel caput del suo articolo 227. Seguendo il medesimo cammino, sará oggetto di studio anche la responsabilitá dello stato nei casi in cui não si verifica possibile la oncretizzazione del citato diritto fondamentale, per manifesta omissione dell'ente publico in questi casi,di modo che i soggetti costituzionali prejudicati per questo comportamento dello stato abbiano, per lo meno, a sua disposizione strumenti capaci di mitigare il danno causato dalla inevitabile mancanza della convivenza familiare, il che, senza dubbio alcuno, dará enfasi al vettore basilare dell'isonomia, incrostato nel caput dell'articolo 5o della Lex Legum. Línerzia e l'ommissione giá poste in evidenza, finiscono sempre per sfociare in um effetto illecito come quello di ritirare dal bambino e dall'adolescente privati della convivenza familiare e comunitaria la possibilitá di uno sviluppo affettuoso e giiusto , aprindogli ,in questo modo, la via per richiedere uma tuttela giuridico-costituzionale effettiva avendo come scopo la correzione o la mitigazione della sopracitata e dannosa problematica. Allora si metteranno in evidenza i mezzi processuali capaci di decreare la responsabilitá dello Stato a rispetto del diritto fondamentale alla convivenza familiare e comunitaria di bambini e adolescenti nel piano concreto com speciale rilievo per l'azione civile publica, l'ordine di intimazione e l'azione di conoscimento condannatoria. Questi strumenti, insieme ad altre possibilitá che esistono, sono capaci di procurare l'indenizzazione fondamentata nella teoria della responsabilitá civile chiamata *perdita di uma opportunitá* E in questo modo di vedere le cose, ció che si cerca, com la elaborazione di questo lavoro,senza pretendere di esaurire il tema, é collocare in discussione il fatto che la convivenza familiare e comunitária é un diritto fondamentale essenziale per lo sviluppo di bambini e adolescenti, não potendo lo Stato recuare o furtarsi al dovere di mettere a disposizione di quelli che la sorte não ha contemplato, meccanismi e condizioni che abbiano, com efficacia, la capacitá di minimizzare i problemi che concernono la citata assenza, correndo il rischio di essere responsabilizzato per la omissione incostituzionale nel suo modo di agire.

RESUMEN

◆ ◆ ◆

Aunque hayan pasado más de dieciocho años de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, aún hoy es uma realidad depararse com las preocupantes situaciones envolviendo omisiones estatales ante los llamados derechos humanos fundamentales, más precisamente en lo que se refiere a su aplicación hacia los seguimientos sociales minoritarios. Así, el tema central que se pretende trabajar con el presente razonado al par de las dificultades prácticas y adecuadas que son pertinentes, se refiere a la necesidad de concretización del derecho fundamental de convivencia familiar y comunitaria respecto a nuestros niños y adolescentes, en cuyo dogma se encuentra expresamente garantizado por el texto constitucional patrio, más precisamente en el *caput* de su artículo 227. En ese mismo camino, también será objeto de estudio la responsabilidad estatal en las situaciones en las que no se verifica posible la concretización de dicho derecho fundamental, por manifiesta omisión del ente público en casos tales, de modo que los sujetos constitucionales perjudicados por tal acto tengan, al menos, a su disposición herramientas de mitigación del daño causado por la inevitable ausencia de vida familiar, lo que sin cualquier dudas, estará a prestigiar el vector basilar de la isonomia, inculpudo en el *caput* del artículo 5º de la *Lex Legum*.La inercia y la omisión estatales arriba aputadas, acaban siempre por recaer en un ilícito efecto, cual sea, el de quitar del niño y del adolescente echados de la convivencia familiar y comunitaria la posibilidad de un desenvolvimiento afectuoso y digno, abriéndole, de esta forma, el camino para invocar una tutela juridico-constitucional efectiva, con vistas a la corrección o la mitigación de dicha y dañosa problemática. Se destacarán, por lo tanto, los caminos procesales hábiles a decretar la responsabilización del Estado por la omisión cuanto al derecho fundamental a la convivencia familiar y comunitária de los niños y adolescentes en el plano concreto, con especial destaque para la acción civil pública, el mandado de injunción y la acción de conocimiento condenatoria. Tales herramientas, al par de la existencia de otras posibilidades, son idóneas para buscar una indenización basada en la teoria de responsabilidad civil denominada de *pérdida de oportunidad*. En este contexto, lo que se busca con la elaboración de este trabajo, sin cualquier pretensión de agotarse el tema, fue es poner en discusión que la convivencia familiar y comunitaria es un derecho fundamental esencial al desarrollo de los niños y adolescentes, no podiendo el Estado cejar o huír al deber de ponerse a la disposión de los no afortunados, mecanismos y condiciones que tengan con eficacia, la facultad de minorar los problemas relacionados con dicha ausencia , aún con la posible penalización de que sea responsabilizado por la inconstitucional su manera de actuar.

ABSTRACT

◆ ◆ ◆

In spite of eighteen years have passed since the 1988 Federal Constitution promulgation, still today it is a reality someone turns up with preoccupying situations involving state omissions in the face of the called fundamental human rights, more exactly in what concerns their application to minority social segments. So, the main theme we intend to accomplish with the present work informed about the practical and adequated difficulties pertinent to them, is the necessary of concretion of the fundamental right of familiar and community companionship toward our children and teenagers, which dogma is expressed assured at the constitutional text, more precisely in the *caput* of its Art. 227. Following the same way, it will also be object of this study the State responsibility toward the situations that is not possible the concretion of the mentioned fundamental right, because of the public means omission in such cases so that the constitutional subjects injured for such act have, at least, at their disposal, mitigation instruments of the harm caused by the unavoidable absence of familiar companionship, which, without any doubt, will give credit to the isonomy fundamental vector, devised in the *caput* of the Art. 5th of *Lex Legum*. The state inaction and omission mentioned above come always to redound to illicit effect, such as, take off the child and the teenager expurgated from the familiar and community companionship the possibility of a kind and condign development, opening for them a way in order to ask for an effective juridical constitutional tutelage having in mind the correction or the mitigation of the mentioned and damaging problem. It will detach the processual ways capable to determine the State responsibility by the omission toward the fundamental right to the familiar and community companionship of the children and teenagers on a real plan, with special prominence to the public civil action, the injunction mandate and the condemnatory knowledge action. Such instruments, informed about the existence of other possibilities, are apt to search for indemnity based upon the theory of civil responsibility called of loss of a chance. Inside this context, what is intended with this work, without any illusion of exhausting the theme, was to bring to a discussion that the familiar and community companionship is a fundamental right essencial to the children and teenagers development; and the State cannot draw back the obligation to give to the less fortunates, efficient conditions in order to reduce the problems concerning to the mentioned absence, under penalty of being responsible for the inconstitutional omission of its acts.

Created by trial version, http://www.8848soft.com

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	–	antes de Cristo
ADCT	–	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ampl.	–	ampliada
Art.	–	artigo
Arts.	–	artigos
atual.	–	atualizada
Câm.	–	Câmara
CC	–	Código Civil
CF	–	Constituição Federal
CF/88	–	Constituição Federal de 1988
coord.	–	coordenação
CPC	–	Código de Processo Civil
Des.	–	Desembargador
DJ	–	Diário de Justiça
DOU	–	Diário Oficial da União
Dr.	–	Doutor
Dra.	–	Doutora
ed.	–	edição
inc.	–	inciso
j.	–	julgado
LACP	–	Lei sobre a Ação Civil Pública
Min.	–	Ministro
nº	–	número
ONU	–	Organização das Nações Unidas
p.	–	página
Profª.	–	Professora
Profº.	–	Professor
Rel.	–	Relator
rev.	–	revisada
SP	–	São Paulo
ss.	–	seguintes
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
T.	–	Turma
TACivSP	–	Tribunal de Alçada Civil de São Paulo
tirag.	–	tiragem
TJRJ	–	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	–	Tribunal de Justiça de São Paulo
vol.	–	volume

SUMÁRIO

RESUMO ..... **vi**

RIASSUNTO ..... **vii**

RESUMEN ..... **viii**

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS ..... **ix**

1 INTRODUÇÃO **14**

2 A FAMÍLIA COMO FENÔMENO DE IMPORTÂNCIA SÓCIO-JURÍDICA ... **18**

2.1 Conceito e Origem da Célula Familiar **24**
2.2 Evolução Histórica da Família **32**
2.3 A Função Social da Família **37**
2.4 Importância Psicossocial da Família **45**
2.5 A Família como Fenômeno Social de Relevância Jurídica **50**
2.6 A Família como Objeto de Normatização Constitucional **60**

3 A NATUREZA JUSFUNDANTE DA FAMÍLIA **70**

3.1 A Constitucionalização do Direito Privado **71**
3.2 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito de Família **93**

3.2.1 Princípio da proteção da dignidade humana **98**
3.2.2 Princípio da igualdade entre homens e mulheres na condução da entidade familiar **102**
3.2.3 Princípio da afetividade **105**
3.2.4 Princípio da liberdade e do livre planejamento familiar **108**
3.2.5 Princípio da pluralidade familiar **113**

3.3 O *Status* Jusfundante do Direito à Família **118**

3.3.1 Considerações gerais acerca dos direitos fundamentais **118**
3.3.2 Escorço histórico-dimensional **125**
3.3.3 Extensão e limites **131**
3.3.4 A família como direito fundamental **136**

4 AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA **154**

4.1 A Proteção de Crianças e Adolescentes no Plano Jurídico Constitucional Brasileiro Anterior a 1988 ..... **160**

4.2 A Proteção de Crianças e Adolescentes na Constituição Brasileira de 1988... **171**
4.3 Considerações Acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente e sua Repercussão no Plano Jurídico Infraconstitucional **179**
4.4 Princípios Aplicáveis à Proteção de Crianças e Adolescentes **193**

4.4.1 Princípio da proteção integral e da prioridade absoluta **193**
4.4.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente **196**
4.4.3 Princípio do poder familiar **199**
4.4.4 Princípio da não-discriminação ou da igualdade entre todos os filhos .. **204**
4.4.5 Princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento..... **207**

4.5 O Ministério Público e seu Papel Fundamental na Proteção dos Direitos de Crianças e Adolescentes..... **211**
4.6 O Direito Fundamental de Crianças e Adolescentse à Convivência Familiar e Comunitária **218**

4.6.1 A família natural **227**
4.6.2 A possibilidade e as formas de colocação em família substituta **230**

4.6.2.1 Guarda **231**
4.6.2.2 Tutela e curatela **232**
4.6.2.3 Adoção..... **234**
4.6.2.4 A mãe social **242**

4.6.3 Elementos de concreção e complementação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária: direito à vida, à saúde, à educação, ao plano emprego, à cultura, ao esporte e ao lazer..... **245**

4.7 Breves Considerações e Citações Acerca da Proteção de Crianças e Adolescentes no Plano Internacional **258**

4.7.1 América do Sul..... **258**

4.7.1.1 Constituição da Argentina **261**
4.7.1.2 Constituição da Bolívia **262**
4.7.1.3 Constituição da Colômbia **262**
4.7.1.4 Constituição do Equador..... **263**
4.7.1.5 Constituição do Paraguai **264**
4.7.1.6 Constituição do Uruguai..... **264**
4.7.1.7 Constituição da Venezuela..... **265**

4.7.2 Américas Central e do Norte **265**

4.7.2.1 Constituição da Costa Rica **265**
4.7.2.2 Constituição de Cuba **266**
4.7.2.3 Constituição de El Salvador **266**
4.7.2.4 Constituição da Guatemala **266**
4.7.2.5 Constituição de Honduras..... **266**
4.7.2.6 Constituição de Nicarágua **267**

4.7.2.7 Constituição do Panamá **267**
4.7.2.8 Constituição da República Dominicana **268**

4.7.3 Europa **268**

4.7.3.1 Lei Fundamental da República Federal Alemã **268**
4.7.3.2 Lei Constitucional Federal Austríaca **269**
4.7.3.3 Constituição do Reino da Bélgica **269**
4.7.3.4 Lei Fundamental sobre a Forma do Governo Filandês **269**
4.7.3.5 Constituição da República da Grécia **270**
4.7.3.6 Constituição da República da Irlanda **270**
4.7.3.7 Constituição da República da Itália **271**
4.7.3.8 Constituição do Grão-Ducado do Luxemburgo **271**
4.7.3.9 Constituição do Reino dos Países Baixos **271**
4.7.3.10 Portugal **271**

5 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA NÃO-CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA **275**

5.1 O Estado e seu Dever Inafastável de Concretização do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes ... **280**
5.2 O Reflexo Ilícito da Omissão Estatal em Relação ao Dever de Concretização do Direito Fundamental de Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes: A Responsabilidade pela Perda de uma Chance... **306**

5.2.1 Considerações gerais acerca da teoria da perda de uma chance **306**
5.2.2 A aplicação da teoria da responsabilidade por perda de uma chance como corolário do direito fundamental à proteção jurídica efetiva à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: a quebra da isonomia como fator de embasamento à responsabilidade estatal **316**
5.2.3 O dano moral **353**

6 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA JURISDICIONAL COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO E DE REPARAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR **362**

6.1 O Controle de Constitucionalidade **367**
6.2 O Controle Concentrado de Constitucionalidade **371**

6.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade **373**
6.2.2 A ação declaratória de constitucionalidade **384**
6.2.3 A ADIN por omissão **392**
6.2.4 A argüição de descumprimento de preceito fundamental **394**
6.2.5 A ação direta interventiva **402**
6.2.6 A súmula vinculante **408**

6.3 O Controle Difuso **411**

6.4 A Ação Civil Pública, o Mandado de Injunção e a Ação de Conhecimento Condenatória como Meios Processuais Aptos a Decretar a Responsabilização do Estado pela Omissão Quanto ao Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes no Plano Concreto .. **416**

6.4.1 A ação civil pública..... **417**
6.4.2 O mandado de injunção..... **427**
6.4.3 A ação de conhecimento condenatória **443**

7 CONCLUSÕES..... **457**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... **462**

1 INTRODUÇÃO

É inequívoca a assertiva de que, com a promulgação da Lei de Outubro, o Brasil passou a vivenciar uma nova e sólida era no que se refere à positivação do núcleo de direitos que confere e garante a condição digna mínima de humanidade a seus cidadãos, plasmados, assim, com a perspicaz qualificação de *fundamentais*.

Ao menos no papel, foram deixadas para trás as duras marcas do período ditatorial e assumiu-se uma manifesta vertente democrática, visando a uma busca estatal incessante quanto à realização do bem comum, de todos mesmo, sem exceção, diferenciação ou distinção.

Entretanto, e depois de passados mais de dezoito anos de seu advento, uma pergunta não se cala dentro da comunidade jurídica e dentro da própria sociedade brasileira: será mesmo a Constituição efetiva?

Será mesmo garantidora do conteúdo mínimo necessário e inafastável para a consecução de uma vida digna aos membros que formam a aludida comunidade estatal?

Inegável situação, que se amolda aos questionamentos anteriormente feitos, diz respeito ao direito fundamental de convivência familiar e comunitária afeto às nossas crianças e adolescentes, cujo dogma se encontra expressamente garantido pelo texto constitucional pátrio, mais precisamente no *caput* de seu Art. 227.

Tem mesmo a família especial proteção do Estado?

Em se percebendo a fundamentalidade do direito à família, sua ausência ou deficiência acarreta prejuízos ao desenvolvimento digno do indivíduo?

Nossas crianças e adolescentes, por intermédio de políticas públicas sólidas, do reconhecimento efetivo de seus direitos fundamentais sociais, têm

vivenciado, a contento, seu indelével direito de convivência familiar e comunitária ou será que, na prática, a profundidade do dogma se dispersa diante da maliciosa e pernóstica sombra da retórica vazia?

Um direito fundamental concedido pela Constituição Federal não pode, em hipótese alguma, girar *in albis*, ser integralmente despido de efeito prático, sob pena de, em assim sendo, tornar-se mera letra morta, o que se cumpre a todo custo evitar.

Volta-se aqui à preocupação de que o texto constitucional não se torne obra de mera retórica, de promessas vãs, a fim de servir aos propósitos questionáveis de maus políticos, de maus administradores, de maus cidadãos.

O objeto do presente trabalho é, justamente, tentar trilhar os caminhos de respostas em busca da efetividade da Lei de Outubro, valendo-nos da convivência familiar e comunitária como paradigma a ser estudado e dissecado, mostrando-se, também, a influência que a nova ordem basilar inaugurada em 1988 espraiou em todos os setores do Direito, mesmo naqueles que alhures foram classificados de eminentemente *privados*.

Foi-se o tempo em que as normas constitucionais eram tidas como meros vetores, de caráter exortativo aos governantes e governados, cujo cumprimento ficava relegado a conceitos perigosos e duvidosos, como vontade política, oportunidade e conveniência, sem qualquer responsabilidade ou vinculação, nas hipóteses de descumprimento, do agente que obteve a legitimidade popular para gerir a chamada *coisa pública* e os interesses de toda sociedade, visando ao atingimento do chamado bem comum.

O homem é um animal social por natureza, não se podendo afastar a idéia de que o seio familiar realmente se entremostra, na maioria das vezes, como o ponto inicial e até mesmo único de contato da pessoa com o mundo que a cerca, emergindo, daí, a sua indissociável importância para seu respectivo desenvolvimento digno e escorreito.

Em verdade, não há como se falar em direitos de crianças e adolescentes, sem antes perpassar pela importância e pela fundamentalidade da família.

Entrementes, não é de hoje, não obstante, seu inafastável dever, que o aparato estatal não se mostra apto a satisfazer a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos a ele atrelados, incluindo-se, em tal ilícita situação, a questão referente à convivência familiar e comunitária de nossas crianças e adolescentes.

Nesse eito, em não cumprindo o Estado, a contento, com seus deveres e com suas obrigações constitucionais, ou seja, deixando que corra ao largo o direito fundamental à convivência familiar e comunitária de nossas crianças e adolescentes, têm os prejudicados meios de buscar eventual reparação em face de tal omissão pública?

Em outras palavras, até que ponto o não-agir estatal, manifestado pela ausência de concreção do direito fundamental de convivência familiar e comunitária, está a desprestigiar o vetor basilar da isonomia, insculpido no *caput* do Art. 5º da *Lex Legum*, fomentando diferenciações de cidadania que não foram objeto de apreço pelo legislador de 1988?

E qual a participação do Poder Judiciário nesse processo de concretização e de reparação?

É, justamente, esse conjunto de respostas que se busca atingir com a elaboração do presente trabalho, sem qualquer pretensão de se esgotar o tema ou de se apresentar uma solução indeclinável para a problemática.

A principal intenção, antes de tudo, é colocar em discussão a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental essencial ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, cuja concretização guarda total respeito ao postulado constitucional referente à proteção da dignidade humana.

Assim, dentro desse contexto e sob a luz do texto constitucional vigente, analisar-se-á se o Estado pode recuar ou se furtar ao dever de colocar à disposição dos não-afortunados, mecanismos e condições que tenham, com eficácia, o condão de, ao menos, minorar os problemas relativos à referida ausência, ou, se a *perda dessa chance* de desenvolvimento digno se entremostra passível de ser reparada em casos tais.

Importante ponderar que, qualquer que seja a medida adotada, pode-se afirmar, sem margem de erro, que a solução juridicamente adequada ou verdadeiramente suficiente será aquela que, levando em consideração a necessidade de efetivação dos preceitos constitucionais de 1988, permitirá edificar, no plano concreto, de modo conciliador, um direito fundamental intrínseco ao indivíduo e à coletividade como um dever fundamental estatal que lhe é inerente e inafastável.

Assim, a esperança é de que a Constituição seja, realmente, efetiva e que, em face de tal efetividade, parafraseando-se os dizeres do político alemão Konrad Adenauer, todos vivam não só sob o mesmo céu, mas que tenham, também, o mesmo horizonte.

2 A FAMÍLIA COMO FENÔMENO DE MPORTÂNCIA SÓCIO-JURÍDICA

O enfoque central que se pretende apresentar, neste trabalho, a par das dificuldades práticas e consentâneas ao tema, diz respeito à necessidade de responsabilização estatal pela não efetivação do direito fundamental de convivência familiar e comunitária afeto a nossas crianças e adolescentes,[1] mormente daqueles abandonados à própria sorte, independentemente de origem, raça, credo, sexo, orientação sexual, posição econômico-social, idade ou quaisquer outros elementos de diferenciação, o qual se encontra expressamente garantido pelo texto constitucional pátrio, mais precisamente no *caput* de seu Art. 227.

Nesse caminho, necessário se faz, então, estudo sobre o alcance e os limites da referida responsabilidade estatal nas situações em que não se verifica possível à concretização do referido direito fundamental, por manifesta omissão do ente público em casos tais, de modo que os sujeitos constitucionais prejudicados por referidos atos tenham, ao menos, à sua disposição, instrumentos de mitigação do dano causado pela inevitável ausência de convivência familiar e comunitária, o que, sem sombra de dúvidas, estará a prestigiar o vetor basilar da isonomia substancial, insculpido no *caput* do Art 5º da *Lex Legum*.

Verifica-se, cada vez mais, que os estudiosos do direito lançam seus olhares de preocupação para a intermitente ocorrência de fatos omissivos por parte do Estado, no que se refere ao cumprimento de seus deveres inerentes enquanto guardião dos interesses sociais, cuja incidência deixa passar ao largo a necessidade de concretização de direitos consolidados no seio do próprio texto constitucional, mormente no que diz respeito aos princípios e objetivos fundamentais da República.

---

[1] FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 68: "É ínsita à existência da pessoa humana o direito fundamental de realizar sua aspiração de ter uma família, sem uma moldura prévia que obste, no todo ou em parte, a realização desse desejo. A questão que agora se põe é a de dar efetividade a esse interesse, elevado à categoria de direito fundamental".

É inegável a candente gama protetiva oferecida ao cidadão e à sociedade brasileira pelo texto constitucional de 1988, embora não menos verdadeira, seja a assertiva de que existe um enorme e quase indevassável abismo entre aquilo que se encontra positivado e aquilo que realmente acaba sendo aplicado nas comunas de nosso País, fato que demonstra, sem sombra de dúvidas, a necessidade urgente de serem implementadas políticas e condutas que tragam uma maior eficácia aos ditames basilares, especialmente nas circunstâncias que digam respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

Todos os dias somos bombardeados por notícias que nos dão conta da exata dimensão que a violência atingiu em nossa sociedade, tornando-nos reféns de nós mesmos, na exata medida em que não mais se sabe se andar pela rua, visitar um parente, sair para almoçar, não acabará se constituindo no último ato de nossas vidas, não se perdendo de vista que o ápice da insuportabilidade se deu, ainda que de maneira simbólica, com o brutal assinato do menor João Hélio, no Rio de Janeiro.

Após o nefasto ilícito, o Congresso Nacional saiu em desabalada carreira, no afã de aprovar uma série de textos legislativos visando um suposto e imediato combate à violência, o que, diante da pouca análise e reflexão sobre os mesmos, poderá agravar ainda mais a situação, haja vista que infringências de direitos fundamentias *in concreto* não se combatem com infringências de direitos fundamentais *in abstrato*, e o AI-5 é a maior prova disso.

É preciso que se consiga, o mais breve possível, passar do plano retórico para o plano concreto, acerca dos interesses básicos e mínimos para que uma pessoa possa, efetivamente, levar uma vida qualificada pela dignidade. Não se pode mais aceitar, passivamente, a ausência de comida, educação, moradia, luz elétrica, água encanada, esgoto tratado, instalações hospitales adequadas, discriminação e, dentro do âmbito deste trabalho, de convivência familiar e comunitária para nossas crianças e adolescentes.

Nesse sentido, Walter Claudius Rothenburg menciona:

> [...] a atual preocupação com o descumprimento de comandos constitucionais num contexto intervencionista de necessidades

> impostergáveis e, conseqüentemente, de exigências irrenunciáveis, traduz-se em disposições de Constituições modernas (Constituição iuguslava de 1974, Constituição portuguesa de 1976, Constituição espanhola de 1978), cujo influxo foi sentido pela Constituição brasileira de 1988.[2]

Em verdade, o assunto toca a necessidade de que a sociedade de um modo geral e, principalmente, aqueles que ostentam a honrosa condição de representantes eleitos pela vontade popular, tenham em mente a concreção, a despeito da discussão ao derredor de sua força normativa ou não,[3] dos dizeres estampados no Preâmbulo da Lei de Outubro, a saber:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Tais valores, em hipótese alguma, podem ficar apenas no *papel* como meta utópica, sem plano ou prazo para concreção, execução e consumação.

Entrementes, e, embora a assertiva de que o referido texto constitucional seja considerado como um dos mais importantes corpos jurídico-políticos existente no mundo, no que se refere ao asseguramento de direitos aos cidadãos e sua coletividade, a verdade é que, do ponto de vista prático, como dito alhures, vislumbra-se uma grave crise de ineficácia social no que se refere a aplicação e a concretização de seus preceitos, na exata medida em que as garantias nela previstas estão longe de serem amplamente vivificadas no quotidiano brasileiro, a ponto de Paulo Gomes Pimentel Júnior, de maneira arguta, elaborar a seguinte indagação:

---

2 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. reimpr. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 63: "[...] o preâmbulo desempenha ainda uma outra importante função constitucional. Ele exprime, por assim dizer, o título de legitimidade da Constituição, quer quanto à sua origem, quer quanto ao seu conteúdo (legitimidade constitucional material)".

> [...] se a Constituição é uma lei – melhor, é a lei das leis de um país – que dá validade a todo complexo normativo, símbolo de lutas e conquistas, por quem governantes e povo devem-se guiar, por que é que, no complexo normativo jurídico estatal, ocupa o lugar de uma das menos respeitadas? Quais as razões de sua parcial ineficácia social?[4]

Insista-se! É preciso que se dê, o mais rápido possível, uma resposta concreta a tal questionamento, haja vista que, passados mais de dezenove anos de promulgação da Lei de Outubro, devem seus preceitos, na integralidade e na máxima efetividade de seus desdobramentos, saírem dos armários da burocracia e do discurso político para, verdadeiramente, adentrarem pelas portas e janelas afetas aos anseios mínimos e impostergáveis de cada pessoa que vive e faz parte desse País, pois, do contrário e, parafraseando o título de obra famosa da literatura mundial, ficaremos indagando se serão os cidadãos astronautas.

Como sabido e já mencionado em outra oportunidade, a já degradante situação de nossas crianças e adolescentes vem piorando dia após dia, o que, sem sombra de dúvidas, irá acabar por repercutir na esfera de liberdade de todos, pois, sem qualquer laivo de populismo, o infante faminto e sem família de hoje tende a ser o latrocida de amanhã, o que se cumpre a todo custo evitar.

É preciso ponderar, ainda, que não se ignora, de outro lado, que a dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais passa pelo conflito de interesses existente entre os mais diversos setores sociais, bem como em relação à realidade de cada indivíduo, a teor do quanto imortalizado por Rosseau, no *Contrato social*:

> [...] para descobrir as melhores regras de sociedade que convenham às nações, precisar-se-ia de uma inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens e não participasse de nenhuma delas, que não tivesse nenhuma relação com a nossa natureza e a conhecesse a fundo, cuja felicidade fosse independente de nós, e contudo, quisesse dedicar-se a nós que, finalmente, almejando uma glória distante pudesse trabalhar num século e fruí-la em outro. Seriam precisos deuses para dar leis aos homens.[5]

---

4 PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. **Constituição & ineficácia social**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 57-58.

5 Capítulo VIII – Do Legislador.

Todavia, e sob pena de as diretrizes constitucionais normativas não passarem de meros impressos em papel, como de há muito já alertava Ferdinand Lassale,[6] certo é que não se poderá fazer tábula rasa à necessidade de efetivação de políticas públicas que venham tentar, ao menos, minorar a situação de sofreguidão dos cidadãos brasileiros, bem como de nossas crianças e adolescentes, em especial daqueles que, pelos contingentes da vida, se encontram desprovidos da assistência, do suporte e do afeto familiar.[7]

Em casos tais, tem-se que o Estado, por meio de seus representantes, não poderá ficar inerte e nem omisso, sob pena de responsabilização pela não-concreção de direitos fundamentais, a qual, diga-se de passagem, não está mais adstrita, ao menos depois de 1988, a condutas de caráter discricionário, de oportunidade e de conveniência, apresentando, de maneira inequívoca, estrita e inafastável vinculação com aquilo que o legislador constituinte originário houve por bem em determinar como sendo princípios e objetivos fundamentais de nossa República.

Ora, se o tema toca a guarida e o *status* de direito fundamental, é porque se entremostra essencial e indispensável ao correto e digno desenvolvimento da pessoa humana, tangenciando, inclusive, o postulado base de nossa República, qual seja, o da proteção da dignidade humana, encartado, com letra maiúscula, no inc. III, do Art. 1º, da Constituição Federal de 1988.

O hiato deixado no desenvolvimento de nossas crianças e adolescentes, no que se refere à ausência de convivência familiar e comunitária, deve ser preenchido ou, pelo menos, mitigado, com oportunidades claras de aperfeiçoamento educacional, cultural e laboral, de modo que nosso País forje cidadãos capacitados para o desafio da vida em comunidade e com iguais oportunidades de condições em relação àqueles

---

6 LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40.

7 BARROS, S. R. A ideologia do afeto. In: **Revista brasileira de direito de família**, nº 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002, p. 09: "[...] um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam".

que tiveram a felicidade de crescer no seio de uma família bem estruturada, existente e presente.

Neste primeiro capítulo, abordar-se-á a evolução histórica do fenômeno social denominado *família*,[8] bem como sua importância e seus desdobramentos dentro dos campos da sociologia e da psicologia, seus desafios e características no atual momento contemporâneo, não se deixando passar ao largo os importantes questionamentos sobre sua relevância jurídica e sua normatização constitucional.

Indispensável tal análise preliminar, no afã de que, ao depois, se perceba a influência de tais campos na seara jurídica, haja vista que, em a criança e o adolescente se desenvolvendo dentro de uma família estruturada econômica, social, moral e psicologicamente, muitos dos graves e intrincados problemas sociais de nosso País estariam com os dias contados, pois se estaria ajudando a erradicar a pobreza, o analfabetismo, a criminalidade, dentre tantos outros males que afligem nossa sociedade e que, coincidentemente, se encontram entre os objetivos fundamentais de nossa República, a teor do quanto positivado no Art. 3º da Lei de Outubro.

Enfim, e parafraseando Ulysses Guimarães em discurso proferido quando da promulgação da atual Carta Constitucional, cidadão é aquela pessoa que ganha, come, sabe, mora, pode se curar e, fundamentalmente, tem uma família que o acolhe e prepara para o desafio da vida, vida necessariamente em sociedade.[9]

---

[8] FARIAS, C. C. de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito): um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade. In: **Revista brasileira de direito de família**, nº 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./mai. 2004, p. 07: "Ora, sem dúvida, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se mister, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, a biotecnologia e a bioética) e, ainda, a ciência do direito. Tentar compreendê-la de forma sectária, isolando a compreensão em alguma das ciências, é enxergá-la de forma míope, deturpada de sua verdadeira feição".

[9] CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Direito de família. In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.511: "Segundo a doutrina mais avançada em direito de família, a idéia de família é imortal, como a do núcleo básico ao qual nos integramos ao nascer, um ponto de referência central do indivíduo na sociedade, de solidariedade, que lhe dá segurança, transmite-lhe valores e o torna apto a perseguir um projeto para sua realização pessoal e para alcançar a felicidade".

2.1 Conceito e Origem da Célula Familiar

A origem da família remonta à origem do homem e tem suas características e contornos definidos pela nuanças que envolvem e se apresentam num determinado corpo social, de modo que extrair um conceito único de família se entremostra um feito praticamente incompossível de ser realizado.

Entretanto, tal tentativa se entremostra válida na digressão do presente trabalho.

Em consonância com as definições trazidas por André Lalande, a título de exemplo, percebe-se, claramente, a dificuldade de se produzir um conceito único em relação ao fenômeno social denominado de *família*. Vejamos:

> **FAMÍLIA:** *D. Familie; E. Family; F. Famille; I. Famiglia*. Etimologicamente (L. família), o conjunto de servidores (cf. inversamente o emprego da palavra 'casa'). De onde derivam diferentes sentidos: A .Grupo de indivíduos parentes ou aliados que vivem conjuntamente. Distinguiram-se, nesse sentido, vários tipos de família: monogâmica, poligâmica, poliândrica, punaluana, etc. – perpétua, temporária, etc. Ver as observações. B. O conjunto de todos os indivíduos vivos num dado momento que mantém entre si relações definidas de parentesco ou de aliança. C. Sucessão de indivíduos que descendem um dos outros e daqueles a que se uniram por aliança. D. Mais especialmente, e sobretudo nas sociedades contemporâneas, o grupo formado pelo pai, pela mãe e pelos filhos. E. Por analogia, nas ciências biológicas, grupo de gêneros reunidos por características comuns e que se pode considerar como descendentes de um tipo de ancestral único. Termo usado primeiramente em botânica e que mais tarde se estendeu à zoologia, onde se tornou muito usual. Rad. int.: *Famili*.[10]

Não obstante a mudança estrutural e conceitual que a entidade familiar sofreu (e ainda sofre) ao longo do tempo, inegável se mostra, num primeiro momento, que sua origem está intimamente ligada ao surgimento da espécie

---

[10] LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 382-383.

humana e de sua precípua e inexorável necessidade de conviver e de se relacionar com seus semelhantes, de modo a enfrentar, com mais condições e benefícios, as intempéries e dificuldades do quotidiano.

É de se ponderar, também, que a evolução do conceito e das formas de família hoje vivenciadas, na medida do possível, também foram observadas e encampadas pelo Direito,[11] haja vista que este, obrigatoriamente e dentro de suas peculiaridades científicas, há que se apresentar como instrumento dotado de dinamicidade, ou seja, apto a acompanhar todo o circuito evolutivo e transformador que recai, dia após dia, sobre as mais variadas relações sociais.

Prova disso é a constante preocupação jurídico-interpretativa no sentido de outorgar legitimidade jurídica a relações e acontecimentos que antes eram segregados da rede protetiva pela vigência exclusiva de preconceitos, podendo-se citar, como exemplo, a positivação constitucional da união estável e o reconhecimento jurisprudencial das uniões homoafetivas como verdadeiras entidades familiares, merecedoras da mesma atenção e albergue que as tradicionais.[12]

Foi-se o tempo em que o casamento era a única forma de se formar uma *família* do ponto de vista de proteção jurídica.[13]

---

11 FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 294: "Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações)".

12 WINGEN, Max. **A caminho de uma ciência da família?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 98: "A única coisa que se pode responder é que a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar-se na medida em que a sociedade se modifique, como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema. Tendo a família monogâmica melhorado a partir dos começos da civilização e, de uma maneira muito notável, nos tempos modernos, é lícito pelo menos supor que seja capaz de continuar seu aperfeiçoamento até que chegue a igualdade entre os dois sexos. Se, num futuro remoto, a família monogâmica não mais atender às exigências sociais, é impossível predizer a natureza da família que a sucederá".

13 Ibidem, p. 45: "Em razão do significado fundamental das famílias para a realização pessoal do indivíduo, bem como também para a formação da capacidade humana na sociedade, sua amplificação pode valer como contribuição para assegurar a capacidade futura da comunidade".

Desta feita, não mais soçobram como aplicáveis, nos dias de hoje, as palavras vivificadas e proferidas pelo advogado e, na época, deputado à Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Oscar de Macedo Soares, quando, em 1895, comentando o ingresso na ordem jurídica do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, pontificou: "[...] o casamento foi sempre, em todos os tempos e entre todos os povos, considerado instituição da maior importância, merecendo especial solicitude como garantia da família, que é a base da sociedade".[14]

Em continuidade, tem-se que em qualquer época, lugar ou estado de sua evolução (selvagem ou não), o homem sempre é encontrado em necessidade de convivência com outros.

Desde o surgimento do homem sobre a Terra, este se reuniu em grupos sociais, inicialmente pequenos, como famílias, clãs, tribos e, depois, em grupamentos maiores, como aldeias, cidades e, finalmente, Estados.

A razão dessa situação está na existência das duas dimensões sociais do homem – material e espiritual –, as quais fazem com que aflore o desejo e a necessidade de convivência coletiva.

O chamado impulso associativo natural é condizente com a necessidade de origem material e espiritual de convivência, sem exclusão da vontade humana. Isso ocorre porque o homem é o único animal racional e a razão tem como força motriz a vontade. É esta vontade que nos mantém unidos em sociedade.

Diversas correntes procuraram, ao longo da história, explicar e justificar esta necessidade física e espiritual de convivência do homem, já intitulada *impulso associativo natural*.

A doutrina destaca 03 (três) correntes, fundadas em posicionamentos diversos:

---

[14] SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil**: decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, comentado e anotado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livreiro-Editor, 1895, p. 05.

(i) a corrente grega: dentre os pensadores gregos, Platão e Aristóteles divergiram sobre o tema. Para Platão, o homem é essencialmente alma e, originariamente, povoou um mundo denominado *lugar celeste*. Entretanto, em face de uma grande culpa, as almas perderam essa especial condição e passaram a habitar a Terra, assumindo um corpo, como forma de expiação dos pecados. Por esta razão, necessita de mútuo auxílio e esta sociabilidade dura enquanto durar a existência corpórea. Já, Aristóteles, entendia o homem como constituído de corpo e alma. É, portanto, a própria natureza que induz o indivíduo a associar-se com outros indivíduos e a organizar-se em uma sociedade;

(ii) a corrente cristã: partindo das premissas aristotélicas, atribui a existência humana a uma vontade divina e afirma que o ser humano que não pratica a sociabilidade desobedece aos desígnios de Deus. Seu principal expoente foi Santo Tomás de Aquino;

(iii) a corrente contratualista: para esses pensadores, a sociabilidade é o produto de um acordo de vontades, o resultado da celebração de um hipotético contrato firmado entre os homens. Mesmo dentre os contratualistas, encontramos visões antagônicas, assumindo destaque Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau.

Para Hobbes, autor do livro *O leviatã*, o homem é um ser mau e anti-social e a sociedade seria uma forma de limitar este comportamento agressivo. Ao transferir para o Estado o poder e o ônus de administrar a todos, impõe-se a ordem e a segurança. Algumas afirmações suas ficaram consagradas, notadamente a que afirma que *homo homini lupus* (o homem é lobo do próprio homem).

Para Rousseau, autor do livro *Contrato social* e em franca oposição a Hobbes, o homem é essencialmente bom. Porém, levado a acreditar que a vida em sociedade lhe traria mais benefícios, aceitou transferir poder ao Estado, dominado pelos ricos que estavam interessados nas propriedades. Isso fez com que a sociedade somente servisse para corrompê-lo e torná-lo infeliz.

Para Rousseau, uma vez formada a sociedade, o mecanismo possível para fazê-la eficiente é a adoção do contrato social, responsável pela identificação da vontade coletiva, do interesse comum.

Desta feita, e ainda que de maneira resumida, pode-se constatar que não se admite o ser humano excluído do contexto social.

O homem fora da sociedade é sempre uma abstração, uma exceção, assim como, no escopo do presente trabalho, a ausência de convivência familiar e comunitária para nossas crianças e adolescentes se apresenta de todo inaceitável e inadmissível.

A sociedade pode ser conceituada sob diversos aspectos.

Na visão dos sociólogos, sociedade é uma união durável em vista de um fim comum. Outra definição compreende qualquer agrupamento de pessoas em processo de interação.

Buscando a lição de Celso Ribeiro Bastos, *Curso de teoria do Estado e ciência política*, p. 24, tem-se que "[...] sociedade vem a ser toda forma de coordenação das atividades humanas objetivando um determinado fim e regulada por um conjunto de normas".

A formação da sociedade obedece a algumas leis naturais. Tais regras já estão presentes desde o momento do nascimento do homem, não havendo a necessidade de serem transmitidas pela experiência ou percebidas pela observação. Podem-se destacar algumas destas leis, como o desejo de paz, o sentimento de necessidade, a perpetuação da espécie, etc.

Assim como existem regras que estimulam a formação da sociedade, existem outras que a desestimulam, como a necessidade de auto-afirmação, o gosto pela liderança, a dificuldade em aceitar críticas e oposições.

Apenas pela razão e pela vontade humana, já vistas em linhas anteriores, é que o homem supera as adversidades e permanece unido em coletividade.

A vida social necessita de uma organização, precisa de regras que façam com que a existência coletiva seja harmoniosa ou, ao menos, tolerante, incluindo-se nesse contexto, por óbvio, a família.

Para tanto, existem diversos instrumentos de controle: as normas religiosas, as éticas e, também, as jurídicas.

Noutro giro verbal, e para que seja dotado de efetividade e de eficácia, o Direito deve, na medida do possível, acompanhar os fenômenos evolutivos que o circundam, sob pena de, em assim não agindo, tornar-se obsoleto e sem utilidade, situação essa que não se apresenta diferente em relação à família.

Para Dalmo de Abreu Dallari, faz-se:

> [...] necessário salientar que esta primeira conclusão deverá estar presente em todas as considerações sobre a vida social, sua organização como um centro de poder, sua dinâmica, seus objetivos e, especialmente, nas considerações sobre a posição e o comportamento do indivíduo na sociedade, pois, uma vez que esta é um imperativo natural, não se poderá falar do homem concebendo-o como um ser isolado, devendo-se concebê-lo sempre, necessariamente, como o homem social.[15]

Inegável, assim, que a origem da família se confunde, como visto, com a origem do próprio homem e da própria sociedade.

Como exemplo disso, tem-se que a Bíblia, livro sagrado das confissões religiosas cristãs, aponta, como sendo a primeira família havida no mundo, aquela formada com a criação de Adão e Eva (Livro do Gênesis), para, ao depois e dentro de sua linha doutrinária, outorgar especial e fundamental importância à chamada *Sagrada Família*, composta por José, Maria e o menino Jesus (Evangelhos).

---

[15] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

Isso porque, acaba ela se convertendo em *start*, em início da vida em coletividade,[16] de modo que, inegavelmente, a evolução desta última afeta diretamente a evolução dos mais diversos sistemas sociais espalhados pelo mundo e vice-versa.

Em razão da evolução da sociedade, percebe-se a existência, em regiões mais liberais, como em alguns Estados norte-americanos, a flexibilização das normas afetas aos relacionamentos familiares, enquanto que, noutros lugares, um recrudescimento de tais associações, negando-se, inclusive, a outorga de direito, em termos de igualdade, aos membros que a formam, especialmente no que se refere a mulheres e crianças, não sendo tão raros casos de segregação e castigos físicos públicos.

Prova disso foi o drama vivenciado pelas nigerianas Amina Lawal[17] e Safiya Husaini.[18]

A gravidez fora do casamento – mesmo para mulheres divorciadas – pode ser considerada adultério e punida com a morte em alguns Estados do norte da Nigéria, governados pela Sharia, a lei islâmica.

A pena para fornicação aplica-se às mulheres que nunca foram casadas, consistente no desferimento de cem chibatadas àquela que for considerada culpada.

---

16 PERROT, M. O nó e o ninho. In: **Veja**: 25 anos – reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 2004, p. 81: "Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexos e idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho".

17 Disponível em: <http://www.amnistia-internacional.pt/conteudos/amina/amina3.php>. Acesso em: 12 dez. 2006.

18 Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002/020318_nigeriadb.shtml>. Acesso em: 15 dez. 2006.

Amina Lawal, em Março de 2002, acabou tendo expedida contra si, por um Tribunal Sharia do norte da Nigéria, decisão condenando-a à pena de morte por apedrejamento, sob o pálio de que teria confessado ter tido um filho enquanto divorciada.

De acordo com o novo código penal Sharia, que se aplica apenas a muçulmanos, a gravidez fora do casamento constitui uma prova evidente para que uma mulher seja condenada por adultério.

A decisão foi anulada após uma intensa campanha realizada pela Anistia Internacional e por outras entidades do mundo todo, tendo sido enviados mais de 06 milhões de e-mails, cartas e fac-símiles de vários pontos do globo contrários a referida condenação.

Safiya Husaini também foi condenada à pena de morte por apedrejamento em razão de ter dado à luz um filho fora do casamento, uma vez que ela era também divorciada.

O mais curioso dessa história é que Safiya engravidou de seu ex-marido, sendo certo que seu caso também causou comoção internacional.

Em 25 de março de 2002, o Tribunal da Sharia lhe concedeu decreto de absolvição, sob o fundamento de que a criança foi concebida antes que o adultério se tornasse provado.

Não se perca de vista que o argumento de defesa usado por Husaini, que se encontrava separada do marido há sete anos, consubstanciou-se no fato de que sua filha fora concebida durante o casamento, mas que o embrião ficara *adormecido* durante vários anos no seu útero.

Os exemplos acima, às escâncaras, demonstram a imensa dificuldade vivenciada no dia-a-dia para se entenderem as regras sociais que formam a

família e qual a extensão de sua efetiva proteção nas mais diversas regiões e culturas espelhadas pelo mundo.[19]

Todavia, mesmo com tais dificuldades, paira a certeza de que o grupo familiar é indispensável para o digno desenvolvimento humano,[20] daí a necessidade de que lhe seja outorgada uma efetiva e eficaz proteção.

2.2 Evolução Histórica da Família

Parafraseando-se dispositivo da Constituição da República da Irlanda, pela clareza com que define a questão, tem-se que a família, de fato, se caracteriza como sendo um grupo primário, natural e fundamental da sociedade e como instituição moral com direitos inalienáveis e imprescritíveis, anteriores e superiores a qualquer lei positiva que, ao longo dos tempos, veio recebendo, com maior ou menor intesidade, proteção estatal no que se refere a sua formação e autoridade, sendo reconhecida como base necessária à ordem social e indispensável ao bem-estar de uma nação.

E, inegavelmente, o fator preponderante que diz respeito à caracterização da família e, via de conseqüência, de sua evolução histórica,

---

19 KLEIN, Felipe Pastro. Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo. In: ARONNE, Ricardo (org.). **Estudos de direito civil-constitucional**". São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1999, p. 126: "Analisar o papel da família, mesmo que em determinada época, é tarefa árdua, visto que cada período, cada sociedade ou grupamento humano, tem a família com formas e contornos distintos. Michelle Perrot leciona que a história da família é longa, não-linear, feita de rupturas sucessivas. Acrescenta, também, que toda a sociedade procura acondicionar a forma da família a suas necessidades".

20 COURT, P. M. Família e sociedade contemporâneas. In: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro (orgs.). **Família, sociedade e subjetividades**: uma perspectiva multidisciplinar. São Paulo: Vozes, 2005, p. 13: "É correto dizer que, desde os mais diversos pontos de vista, a situação da família não é boa. No entanto, a família, como sociedade natural, guarda um enorme potencial de desenvolvimento para a história não somente dela mesma, mas também de toda a humanidade. Não será tão fácil desmanchá-la, como muitos ressaltam ou desejam. Apesar da legislação sobre o matrimônio e sua conseqüente dissolução, da equiparação de todos os filhos nascidos dentro e fora do casamento e de outras disposições legais que a debilitam ou a destroem, ademais das cada vez mais freqüentes rupturas e até de questões como a violência intrafamiliar, penso que a família mostrará, em médio e longo prazos, que é uma instituição mais forte que a legislação e também que a confusão produzida pela mudança rápida e vertiginosa do entorno cultural e social na qual está inserida".

diz respeito ao chamado *vínculo afetivo* que une ao integrantes do referido agrupamento social.

Como bem esclarece Maria Berenice Dias:

> [...] vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim, que se considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. Não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.[21]

Essa necessidade de afeição,[22] de união entre as pessoas, conforme já repisado linhas atrás, teve papel preponderante na formação da sociedade. Percebe-se que, por intermédio da constituição de famílias, acabou-se chegando a constituição de cidades, de regiões e de Estados, o que acaba significando, sem sombra de dúvidas, que estudar-se a sua evolução é estudar a evolução da vida em sociedade.

Nesse sentido, Luiz Carlos de Azevedo pondera:

> [...] a família é o elemento constitutivo da cidade; e esta, por sua vez, diz-nos Fustel de Coulanges, representa 'a associação religiosa e política das famílias e das tribos' (*La cite antique*. Paris: Hachette, 1905, p. 151). Mas, assim como sucede com a família romana, a grega há de ser vista, também, sob dois enfoques: o primeiro, mais restrito, larário, reduzido ao marido e pai, à mulher, filhos, agregados, escravos; e o segundo, em sentido mais amplo,

---

21 DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 23.

22 Ibidem, p. 68: "Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade".

> abrangendo todos os membros do mesmo grupo, descendentes de um ancestral comum, longínquo, na maioria das vezes mítico.[23]

Ao analisar o fenômeno *família* na Grécia Antiga, observa Vera Slepoj:

> [...] os Gregos consideravam a organização familiar como um índice de superioridade moral e social do seu povo em relação aos Bárbaros. Na família grega os componentes eram unidos pelo vínculo do culto comum e dos recíprocos deveres sociais. Objectivo e missão da organização familiar era a procriação de prole legítima e a conservação do patrimônio familiar. As relações entre as diferentes famílias era limitada.[24]

No que diz respeito à *família romana*, tem-se que sua estrutura era tipicamente patriarcal.[25]

A palavra *pater* significa mais chefe do que pai, e o *pater* é quem tem o poder: o *pater familias* refere-se ao ascendente mais velho, ainda vivo, que reúne os descendentes sob a sua autoridade, formando a família.

Esse poder se estende não só sobre os descendentes, mas também sobre as mulheres e os escravos. Ele exerce o poder marital (*manus*), sobre as mulheres, o poder sobre os escravos (*dominica potestas*), sobre os filhos (*patria potestas*).

No Direito romano, a família, em princípio, não se originava do casamento, mas, da descendência (*pater familias*), e a esta se agrupavam as mulheres de outras famílias, através do matrimônio.

---

23 AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

24 SLEPOJ, Vera. **As relações de família**. Lisboa: Presença, 2000, p. 78-79.

25 LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Bioética e biodireito**: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23: "A palavra família, como a entendemos hoje, é de origem romana, *famulus*, que significa escravo. O termo se originou, provavelmente, da palavra *osca famel* (*servus*) que quer dizer escravo. O termo família não se referia ao casal e seus filhos, ou ao casal e seus parentes, mas ao conjunto de escravos, servos que trabalhavam para a subsistência e de parentes que se achavam sob a autoridade do *pater* familias. Uma coisa é certa, na noção romana de família, que serviu de paradigma ao mundo ocidental, a família representava um conjunto enorme de pessoas que se encontrava subordinada ao pater famílias".

Sob o aspecto canônico, tem-se que a família foi a matéria que mais a Igreja legislou, em especial, o matrimônio. Para a Igreja o matrimônio é um sacramento. Para o mundo romano, apenas a união do marido e da mulher, a que se comunicam certos efeitos jurídicos. Em razão do casamento: "[...] o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá à sua mulher; e os dois formarão uma só carne. Assim, já não são dois, mas uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus uniu" (Mateus, 19, 5-6). Daí, uma conseqüência fundamental para o casamento no Direito Canônico: a indissolubilidade do matrimônio.

No mundo germânico verifica-se que a família tinha uma estrutura muito simples e não correspondia ao tipo patriarcal, mas ao paternal que se tornou, afinal, o tipo dominante. O matrimônio tinha um conteúdo moral muito elevado, no qual a mulher não tinha posição secundária, era realmente esposa.[26]

Todavia, a forma do matrimônio germânico estava impregnada do sentido da compra: através do matrimônio o marido adquiria o poder sobre a mulher, o qual recebia a denominação de *mundio*, e *mundoaldo* era o seu detentor. Algumas vezes havia também uma doação feita pelo marido à mulher, que se chamava *morgengabe* (o marido o pagava na manhã seguinte das núpcias).

Depois de algumas alterações na cerimônia do casamento, sua celebração passou a realizar-se na presença de um juiz, que representava o Estado – situação importantíssima, porque aí se tem a primeira antecipação histórica do casamento civil.

Os historiadores franceses André Burguière, Christiane Klapisch-Zuber, Martine Segalen e Françoise Zonabend informam:

> [...] o germânico antigo designava pelo plural *hîwon* o conjunto das pessoas que dormiam sob um mesmo tecto, estivessem ou não unidas por laços de parentesco (*Schlafgenossen*). Ora, na sua versão bilíngüe, a lei sálica, o texto mais representativo do direito de franco, precisa serem membros de uma mesma família não só

---

[26] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35: "Várias influências do Direito germânico puderam ser sentidas nessa época. A família germânica era do tipo paternal, ou seja, o pátrio poder é o poder do pai e não o poder do chefe de família, sendo que à esposa era reservada uma posição moralmente elevada".

> todos aqueles que dormem sob o mesmo teto mas também os *hîwiski*, ou seja, os dependentes da casa. A família dos códices tem pois uma vocação de unidade económica, social. O seu significado senhorial afirma-se crescentemente ao longo dos séculos VI a IX, a ponto de ser freqüente as escrituras de transferência de propriedades (*traditiones*) das abadias de Corvey, Fulda ou Saint-Emmeran de Ratisbonne descreverem uma família composta de *familiae*, de famílias de servos dispondo de um *mansus*, *mansum unum cum familia Willing* [...], *mansum unum et hominem latum cum uxore et filis*.[27]

Com relação a família na Europa, tem-se que os autores anteriormente nominados relatam:

> [...] a história da família nos países europeus, entre os séculos XVI e XX, situa-se num contexto demográfico a partir de agora muito bem conhecido graças à investigação sistemática de vários recenseamentos e cadastros disponíveis, e sobretudo aos registros de baptismos, casamentos e sepulturas que se encontram em muitas dioceses de vários países da Europa desde o final do século XV, mas que apenas se começam a generalizar na segunda metade do século XVI, de acordo com as decisões do concílio de Trento, conservando nalguns casos uma duplicação dos registros anteriores da autoridade civil. No entanto a situação varia muito de país para país: entre a Itália, onde existem recenseamentos, cadastros (o catasto florentino, por exemplo) e registros paroquiais consultáveis em muitos casos desde o século XIV, e a Polónia, onde registros de baptismos e casamentos só começam a ser efectuados no final do século XVI e só excepcionalmente foram conservados, há espaço para os historiadores, de há trinta anos para cá, pouco a pouco, pudessem esclarecer o que eram então as estruturas demográficas e concluir que existia, à escala europeia, um regime demográfico antigo. Apreendido, nos casos mais evidentes, a partir do início do século XVI (mas apenas na medida em que as fontes eram anteriormente precárias), esse regime dá progressivamente lugar, no decurso do século XIX, a novas estruturas que são as das populações europeias de hoje.[28]

A evolução da família no Brasil é remarcada por inúmeros atos de discriminação e de preconceito, sendo certo que quem mais sofreu (e ainda sofre) com tais acontecimentos foram as mulheres e as crianças, pois tais elementos

---

27 BURGUIÈRE, André; KLAPISCH-ZUBER, Christiane; SEGALEN, Martine *et al*. **História da família**: tempos medievais: Ocidente e Oriente. Lisboa: Terramar, 1997, p. 26.

28 Ibidem, p. 15.

sociais sempre foram colocados à margem de direitos e de participação no núcleo familiar em que instalados.[29]

Rosana Amara Girardi Fachin:

> [...] a família colonial brasileira reproduz, em boa parte, aquela sociedade: numa sociedade desigual, tende a família a espelhar desigualdades; numa sociedade violenta, as relações familiares podem não destoar desse mesmo traço. E, nessa linha, nas relações coloniais vai se tecendo um arranjo familiar que deixa marcas na história do Direito e da sociedade, em seu tríplice vértice: político, social e econômico. É inegável que 'a História do Brasil, nos três primeiros séculos, está intimamente ligada a da expansão comercial e colonial européia na época moderna'. E nesse contexto se produz o desenho da família.[30]

Assim, depois de muitas idas e vindas, tenta-se, hodiernamente e em face da promulgação da Constituição de 1988, uma retomada visando à reestruturação da família no Brasil, deixando-se assente de dúvidas que todos os membros que a formam possuem os mesmos direitos de proteção e de participação no que se refere à condução de seus destinos.

Reconquista-se a idéia, a partir de 05 de outubro de 1998, de que, em havendo entidades familiares fortes, independentemente de sua origem ou Constituição, chegar-se-á também à formação de um Estado igualmente forte, com menos problemas sociais e menos diferenciação entre seus cidadãos.

2.3 A Função Social da Família

Inegavelmente, tem-se que a família, em regra, representa o primeiro contato do ser humano com a sociabilidade.

---

29 FACHIN, 1999, p. 89: "Fonte de exclusão, as relações familiares começam a renascer para dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, na qual a realização das individualidades frutifica na paixão e amadurece no amor que une e rompe barreiras. É na tentativa de superar esse discrimen histórico e cultural, sem gerar aniquilamentos ou supremacia. A ordem jurídica responde aos novos direitos por diversos modos".

30 FACHIN, 2001, p. 20.

É por intermédio dos laços familiares, mormente com o pai e com a mãe, que a criança inicia desenvolvimento no sentido de vivenciar a vida comunitária para uma melhor satisfação de seus interesses e de suas necessidades, tomando contato, principalmente, com sentimentos indispensáveis como amor, carinho e afeto.

Tal situação fica bem clara desde o momento da concepção, haja vista a importância de acompanhamento de todo o estado pré-natal, e, principalmente, do nascimento, pois, se é verdade que, ao nascer, a criança, por intermédio do choro, consegue externar sua vontade em relação a algo (sono, fome, dor, etc.), não menos verdade é que, sozinha, chegaria rapidamente ao óbito.

É dentro do seio familiar, mesmo que este apresente uma série de problemas inerentes às condições econômicas, educacionais e culturais, que crianças e adolescentes desfrutam das primeiras experiências sobre o que é certo e o que é errado, não apenas no sentido dos valores morais intrínsecos a uma determinada sociedade, via imposição ética e religiosa, mas também sobre o aspecto do que lhe pode ser útil, aproveitável, prazeroso, ruim, incômodo, maléfico, prejudicial e, assim por diante.[31]

Como dito anteriormente, a família, do ponto de vista social, representa, inegavelmente, o primeiro contato do ser humano com seus pares e se apresenta como indelével exemplo da necessidade imperiosa de o indivíduo efetuar um intercâmbio em relação aos demais, seja de modo espontâneo, seja por imposição das situações afetas ao desenvolvimento de uma vida em comunidade.

---

[31] LACAN, J. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Tradução de Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p. 13: “Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos, segundo Shand; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência”.

Inegavelmente pode afirmar-se, com segurança hercúlea que, no momento em que o homem nasce, passa a viver em sociedade e, a partir daí, a teor do seu relacionamento com outros homens, surge, de maneira incontestável, a necessidade de formulação de regras de convivência, a fim de que referida interação se dê, na medida do possível, de modo pacífico e harmônico, como bem nos ilustra a fábula escrita por Daniel Dafoe, denominada *As Aventuras de Robinson Crusoé*.

Enquanto Crusóe viveu isolado e sozinho por vinte e cinco anos na ilha em que naufragou, não verificou a necessidade de que regras fossem estabelecidas para sua estada; porém, tal situação mudou-se radicalmente quando ele passou a conviver com o índio *Sexta-Feira*, como bem se observa da seguinte passagem:

> [...] comecei a considerar que, tendo duas bocas para alimentar em vez de uma, devia preparar mais terra e semear mais quantidade de grão. Escolhi um terreno adequado e comecei a cercá-lo da mesma maneira que o fizera antes. Sexta-Feira não só trabalhou com afinco e dedicação, mas também com muita alegria. Expliquei-lhe a que isso se destinava, ou seja, precisávamos de uma colheita maior para dispormos de mais pão porque éramos dois e precisávamos ter o bastante para alimentar-nos [...].[32]

O homem somente consegue evoluir vivendo em sociedade, da qual a família, inexoravelmente, faz parte intrínseca.

Entretanto, a vida em sociedade (em família), para que atinja referido desiderato, deve ser pautada pela observância de direitos e deveres, sob pena da instauração indesejável e devastadora do caos.

Em suma, depreende-se que, embora os homens sejam iguais, não o são suas idéias, suas premissas, suas necessidades, seus interesses e suas vontades.

---

[32] DAFOE, Daniel. **As aventuras de Robinson Crusoé**. São Paulo: Ática, 2001, p. 43.

Como indivíduo e ser autônomo, o homem procura realizar suas oportunidades conforme seus interesses próprios (e nem sempre o faz por meios honestos ou processos leais); mas, essa satisfação de interesses só lhe é possível em sociedade, quer dizer, em intercâmbio com outros homens, situação que passa, necessariamente, pelo seio familiar.

Repise-se, por oportuno, que o atingimento de tal desiderato passa, indiscutivelmente, pelo direito fundamental e intangível de que as crianças e os adolescentes tenham concretizado o já mencionado postulado constitucional que lhes outorga convivências familiar e comunitária.

Para a socióloga portuguesa Chiara Saraceno, a família corresponde ao:

> [...] espaço ao mesmo tempo físico, relacional e simbólico aparentemente mais conhecido e comum, a ponto de ser usado como metáfora para todas as situações que têm a ver com espontaneidade, com a naturalidade, com o reconhecimento sem necessidade de mediação – 'somos uma família', 'uma linguagem familiar', 'uma pessoa de família' –, a família revela-se como um dos lugares privilegiados da construção social dos acontecimentos e das relações aparentemente mais naturais. De facto, é dentro das relações familiares, tal como são socialmente definidas e regulamentadas, que os próprios acontecimentos da vida individual que mais parecem pertencer à natureza, recebem seu significado e através deste são entregues à experiência individual: o nascer e o morrer, o crescer, o envelhecer, a sexualidade, a procriação.[33]

Ressalte-se que as etapas referidas pela citação trazida à colação no parágrafo anterior encontram-se encampadas pela maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, incluindo-se, em tal rol, o Brasil, como bem demonstram os dispositivos constitucionais afetos ao tema, inclusos ao longo do corpo da Lei de Outubro.

Muitas são as teorias que tentam explicar, do ponto de vista da sociologia, o fenômeno *família*.

---

[33] SARACENO, Chiara. **Sociologia da família**. Lisboa: Editorial Estampa, 1997, p. 12.

Assim, e, valendo-nos do precioso estudo elaborado por Semy Glanz na obra denominada *A família mutante: sociologia e direito comparado*,[34] passamos a explorar o assunto em discussão.

Explica o jurista fluminense que os primeiros estudos sociológicos sobre a família, denominados *teorias antigas*, datam do final do século XIX e princípio do século XX, tendo como principais expoentes Morgan, Engels, Westermarck, Durkheim, Mauss, Bachofen, dentre outros.

Nesse passo, reconhece-se que:

> [...] os primeiros (Morgan, Engels, Bachofen, etc.) perceberam a família como instituição social histórica, de que a estrutura e a função são determinadas pelo grau de desenvolvimento da sociedade global. Para MORGAN, a família não é estática, evoluindo sempre, donde apontar ele a família consangüínea, em que ainda havia promiscuidade sexual entre irmãos e irmãs, não, porém, entre pais e filhos; vem depois a família punaluana (termo que vem de *punalua* = companheiro íntimo), proibindo o sexo entre irmão e irmã; depois a família sindiásmica, em que se fixa a união entre um homem e uma mulher, origem da moderna monogamia, embora admitindo certas exceções.[35]

Continua o referido autor, já abordando o que restou convencionado como *teorias modernas*:

> [...] a partir de 1930, os sociólogos americanos adotaram novos métodos, com novas pesquisas, incluindo psicologia e psicanálise, além das pesquisas antropológicas e propriamente sociológicas. Nos anos 30, desenvolveu-se nos Estados Unidos a pesquisa empírica, o que também ocorreu na Escandinávia e na Inglaterra. Depois funda-se nos EUA o *Journal of Family History*. A família passa a ser estudada com novas disciplinas, como a filosofia, a história e psiquiatria e surgem os historiadores da vida doméstica. Os teóricos da antipsiquiatria também passam a estudar a família, 'renovando assim a teoria de Wilhelm Reich para quem o fascismo e o autoritarismo têm sua fonte na família patriarcal'. Os americanos fundaram a pesquisa estendida a três gerações, para estudar a mudança social e familiar e novos métodos de pesquisa passaram a ser usados.[36]

---

34 GLANZ, Semy. **A família mutante**: sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-50.

35 Ibidem, p. 34.

36 Ibidem, p. 35.

Sob o enfoque sociológico, importante, também, frisar o estudo elaborado por Yvonne Castellan,[37] para quem não se vislumbra a existência, a teor das ciências exatas, de uma fórmula de vida familiar, defendendo, assim, que cada família é única.

Em abono a sua tese, faz um comparativo em relação ao modo de vida e constituição de famílias ao redor do mundo, destacando as situações abaixo transcritas:

Inicia seu trabalho com enfoque às famílias russas, informando que tais agrupamentos pertencem ao ex-mundo socialista, cujas características permeiam a formação de um sistema nuclear, prevalecendo a igualdade de direitos entre homens e mulheres, com liberdade de acesso ao trabalho, *habitat* comum, liberdade na escolha do parceiro, não perdendo de vista a existência, também, na nominada Rússia cristã, com o início no século X, de famílias monogâmicas e aristocráticas, sendo estas eliminadas pelo movimento revolucionário de 1917.

Na atualidade, considera que as fórmulas de origem patriarcal acabaram sendo substituídas pela intimidade conjugal.

No que se refere aos eslavos do sul, pontua a citada autora que tais famílias eram extensas e, nos tempos atuais, denominam-se *zadruga*. Tiveram seu auge na antiga lugoslávia, embora se encontrem em extinção.

Apresenta como característica o sistema patriarcal, uma vez que o agrupamento é chefiado pelo pai ou pelo filho mais velho.

Frise-se que não se vislumbrava liberdade de opção em face dos parceiros, na medida em que as mulheres eram escolhidas pelos interessados e por estes *adjudicadas*, sendo certo que a ternura conjugal não se apresentava como regra.

---

[37] Yvonne Castellan, apud, ibidem, mesma página.

A nominação *família extensa* está intrinsecamente ligada ao fato de que a união de um homem e de uma mulher implicava, concomitantemente, na junção entre as famílias respectivas.

Em continuidade, passa à análise da família na América do Norte, cuja observação tornou-se dificultosa mediante a verificação de uma grande diversidade, em face da diferenciação das regiões e das condições econômicas apresentadas em casos que tais.

Os traços comuns encontrados dizem respeito à liberdade de escolha do companheiro, à facilitação do divórcio, não valorização das crianças, cuja importância está a depender dos sentimentos dos pais, pois há uma concepção de que, a partir dos 03 anos, a criança já é responsável e deve aprender as coisas por si mesma.

No que concerne ao fenômeno familiar na América Latina, a autora francesa inicia seu pensamento afirmando a existência de dois grupos distintos: o primeiro, designado de *modelo ibérico*, e, o segundo, apontado como *tipo índio*, *pobre*.

A primeira situação estaria a identificar castas economicamente superiores, tendo como base a monogamia e o patriarcado, na qual a morada dos filhos se encontrava posicionada próxima à dos genitores, destacando-se que, sob os olhos do padre, o pai era a única e legítima autoridade.

Seguindo os passos evolutivos, conquistados por intermédio do progresso legislativo, tem-se que, modernamente, percebeu-se um movimento de libertação do indivíduo, soltando-se este dos grilhões paternos, tendo-se como exemplo do quanto asseverada, em regra, a liberdade de escolha para o casamento, para o desenvolvimento das atividades laborais que lhe são interessantes, a percepção de salário próprio, o controle de natalidade, o percebimento de herança, dentre outros fatores de relevo.

Em relação ao segundo grupo, necessário se faz salientar, sob o enfoque da autora, que tal espécie familiar tem relação com o proletariado das urbes,

sendo rarefeitos os matrimônios e grande a liberdade sexual das pessoas que fazem parte de referidos agrupamentos.

Tem grande ligação com a miséria em que tais grupos populacionais vivem, situação que, indiscutivelmente, perdura até hoje.

Mister se faz a colocação de um parênteses, visando trazer a problemática para a realidade brasileira: apresenta-se como claro exemplo da dificuldade imposta pelo pobreza, a necessidade de criação de programas assistenciais como o chamado *bolsa-família*, bem como da participação da própria sociedade na tentativa de minorar referida situação, na tentativa de se preencher o amargo vazio ilcitamente deixado pelo Estado.

A inesquecível e saudosa atuação do sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, representa um incomparável exemplo a ser rememorado.

Apresentando grande influência da religião, a família hindu se caracteriza pela centralização fraterna, embora não se verifique mais o regime de propriedade coletiva.

De outro lado, tem-se que na China ainda se sentem os efeitos da lei maoísta de 1950, a qual mudou radicalmente a visão da família, na exata medida em que consolidou a monogamia, tornando defesa, assim, a bigamia, o concubinato, o noivado de crianças, as negociações dotais, bem como acabou por estabelecer o equilíbrio entre homens e mulheres no que se refere ao exercício de direitos e o cumprimento de deveres.

Na chamada *África Negra* tem-se que a família segue as características adotadas pela cultura e religião praticadas numa determinada região, recebendo, assim, influências do islamismo, do ocidente ou até mesmo mantendo origens e tradições de tempos outros.

Um dos fenômenos mais contrastantes no que se refere à formação das entidades familiares se encontra nos países que adotaram o islamismo como

confissão religiosa, o que contribuiu, inegavelmente, para a disseminação da poligamia, da ausência de direitos e do completo desrespeito com a condição humana da mulher, sendo certo que, em algumas regiões, são elas açoitadas ou apedrejadas em público, com total apoio das autoridades públicas constituídas, citando-se, como exemplos disso, os casos vivenciados pelas nigerianas Amina Lawal[38] e Safiya Husaini,[39] apresentados no item 1 deste capítulo.

De acordo com o renomado historiador Philippe Áries, para quem:

> [...] a família tornou-se uma sociedade fechada onde seus membros gostam de permanecer, e que é evocada com prazer, como o fazia o General de Martange em suas cartas no final do século XVIII. Toda a evolução de nossos costumes contemporâneos torna-se incompreensível se desprezamos esse prodigioso crescimento do sentimento de família. Não foi o individualismo que triunfou, foi a família.[40]

À guisa de conclusão deste tópico, tem-se como inconteste a importância da família no que se refere a formação e o desenvolvimento da sociedade, como um todo.

2.4 Importância Psicossocial da Família

Em sendo a família uma unidade de afeto e de desenvolvimento do ser humano, não se pode deixar passar ao largo a influência, os efeitos e a importância da Psicologia em tais situações.[41]

---

38 Disponível em: <http://www.amnistia-internacional.pt/conteudos/amina/amina3.php>. Acesso em: 03 jan. 2007.

39 Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2002/020318_nigeriadb.shtml>. Acesso em: 03 jan. 2007.

40 ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 273-274.

41 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psiconalítica. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 13: “Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. Tanto é assim, uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico. Exatamente por ser uma questão de lugar e de função, que é possível, no Direito, que se faça e que exista o instituto da adoção. Da mesma forma, o pai ou a mãe biológica podem ter dificuldades, ou até mesmo não ocupar o lugar, de pai de mãe, tão necessários (essenciais) à nossa estruturação psíquica e formação como seres humanos”.

Afirma Poster:

> [...] as características mais pessoais e particulares da vida intima do indivíduo permanecem obscuras, somente se tornando sinais significativos quando são remetidas à origem no corpo medicamente significante da família. Logo a família é o segredo do indivíduo.[42]

A importância e a ligação da psicologia com as ciências jurídicas fica clara ao se analisar o conteúdo de uma frase cunhada por Tobias Barreto, na medida em que o citado mestre assevera que "[...] *o direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente*".[43]

Exemplo disso diz respeito à eqüidade, haja vista consistir numa forma de manifestação de justiça que tem o condão de atenuar a rudeza de uma regra jurídica.

Divide-se em eqüidade legal – que seria aquela contida no texto da norma que prevê várias possibilidades de soluções – e eqüidade judicial – na qual o legislador explícita ou implicitamente atribui ao inteiro arbítrio judicial a decisão do caso concreto.

Rui Carvalho Piva, invocando conceito trazido pelo *Dicionário de filosofia* de Nicola Abbagnano, menciona:

> [...] a psicologia é uma disciplina que tem por objeto a alma, a consciência ou os eventos característicos da vida animal e humana, nas várias formas de caracterização de tais eventos, com o fim de determinar sua natureza específica. Prosseguindo na conceituação acima, Nicola Abbagnano esclarece que esses eventos podem ser considerados como puramente mentais (fatos da consciência) ou como eventos objetivamente observáveis (comportamentos), delimitando o campo da psicologia aos fenômenos característicos dos organismos animais, em especial o homem.[44]

---

42 POSTER, M. **Teoria crítica da família**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1979, p. 44.

43 BARRETO, Tobias. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Landy, 2001, p. 38.

44 Rui Carvalho Piva, apud, ABBAGNANO, Nicola. **Introdução ao existencialismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215.

Inegável, também, a importância da psicologia no que diz respeito às suas repercussões e implicações no seio familiar, principalmente em relação aos indivíduos que a compõem, a ponto de o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente determinar, por exemplo, que, nas hipóteses de guarda e adoção, o menor deve ser ouvido e acompanhado por um psicólogo.

No campo do Direito de Família, ganha cada vez mais espaço, nos processos de separação de casais, a possibilidade da chamada mediação familiar, a qual consiste numa técnica parajudicial de resolução de conflitos, por intermédio da qual os interessados solicitam ou aceitam a intervenção confidencial de uma terceira pessoa, imparcial e qualificada, permitindo aos envolvidos encontrar uma solução duradoura e mutuamente aceitável, que contribuirá para a reorganização da vida pessoal e familiar.

Raquel Alcântara de Alencar e Eliedite Mattos Ávila, comentando o programa de mediação familiar organizado e instalado pelo Poder Judiciário em Santa Catarina, asseveram que tem ele por objetivo:

> [...] atender os conflitos familiares relativos à separação, à guarda de filhos, à regulamentação de visitas, à partilha de bens, à investigação de paternidade e outros, de uma forma mais acessível, célere e eficiente. Além disso, tem como intento diminuir os sentimentos de hostilidade e ansiedade entre as partes, que normalmente ocorrem nessas situações. Foi estabelecido através da resolução nº 11/01, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre a instituição do Serviço de Mediação Familiar, publicada em 20 de setembro de 2001. O serviço da mediação encontra-se disponível em alguns Fóruns de justiça e Casas da Cidadania do Estado. Possui uma equipe de atendimento composta por mediadores familiares das áreas de serviço social, psicologia e direito, além de estagiários das respectivas áreas.[45]

A psicóloga paranaense Maria Lúcia Boarini,[46] em artigo denominado *Refletindo sobre a nova e a velha família* (Psicol. Estud., vol. 8, Maringá 2003), revela:

---

[45] Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=242>. Acesso em: 19 fev. 2007.

[46] Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-7372200301&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 fev. 2007.

> [...] dentre os animais existentes e conhecidos sobre a face da Terra, o homem é o mais dependente ao nascer. Nesta situação, necessariamente deve ser alimentado, higienizado, aquecido, afagado, enfim depende de outros para alcançar as mínimas condições para manter-se vivo. Porém, tratando-se da espécie humana, não basta estar vivo. Ao entrar no mundo, o homem se introduz em uma organização social nutrida pelas mais variadas necessidades e simbolismos, o que o coloca em contínua e indefinida dependência do outro. Mais que isso, se comparadas a uma rede rodoviária, as relações humanas não são vias de mão única, pelo contrário, são um complexo de caminhos pavimentados de parcerias, conflitos, paixões, angústias, contradições, embates e daí por diante. Como diria Voltaire (1694-1778): 'O homem entra em guerra, ao entrar no mundo'. É nesta 'guerra' que se consolida a intersecção entre o desenvolvimento do indivíduo, o grupo social e a forma de produção e organização da sociedade.

Continua a psicóloga:

> O primeiro grupo ao qual o ser humano pertence, convencionalmente denominado família, é algo muito velho e, paradoxalmente, muito novo. É um conceito velho se considerarmos que o homem, invariavelmente, em seus primeiros anos de vida, vai necessitar dos cuidados alheios, e qualquer que seja o vínculo (de consangüinidade, de filantropia etc.) que o prende aos adultos circundantes, deve contar com alguém ou com um grupo de pessoas que lhe ofereça os cuidados necessários para sua sobrevivência. É um conceito permanentemente novo, à medida que a família vai se transformando e remodelando-se de acordo com os contornos da sociedade na qual esta inserida.

E finaliza, asseverando:

> Em nossos dias, pelo menos no Brasil, a necessidade tem levado a mulher a se introduzir no mercado de trabalho, o que lhe conferiu importante papel no provimento financeiro da família, não sendo raros os casos em que é a única provedora. Tal fato, por sua vez, vem promovendo o afastamento precoce dos filhos do convívio familiar, e assim o processo de socialização da criança está cada vez mais terceirizado (creches, escolas, natação, inglês, informática.). Neste sentido, constatamos também a necessidade de limitação do número de filhos, tornada possível pelo desenvolvimento de métodos contraceptivos cada vez mais seguros, o que, por sua vez, possibilita a desvinculação entre sexualidade e procriação. Na perspectiva sociológica, temos o prestígio crescente dos valores individualistas, que têm favorecido 'o viver só'. Desta forma não é raro mães e pais solteiros ou separados que assumem a responsabilidade dos cuidados com os filhos. Outrossim, graças aos avanços da medicina em relação à

> longevidade, vivemos uma outra situação raramente encontrada em décadas passadas: os avós (ou mesmo apenas um deles) vivendo só e regularmente (na melhor das hipóteses) recebendo a visita de seus familiares.

Segundo Gustavo Ferraz de Campos Monaco:

> [...] a família (Art. 18 da Convenção sobre os Direitos da Criança), enquanto 'espaço privilegiado de suprimento de necessidades básicas e de mediação entre o indivíduo e o meio', adquire uma importância substancial no que concerne ao desenvolvimento das crianças. Com efeito, quando se fala em desenvolvimento da criança, deve-se ter sempre em mente o desempenho dos papéis familiares pelos demais membros do grupo ao qual ela pertence, bem como as inter-relações da família com a comunidade que a circunda.[47]

Por mais que idéias outras tenham tentado desnaturar a noção de família, a verdade é que tal organismo continua sendo a célula base de toda e qualquer sociedade, isto é, de todo Estado que se intitula e se diz democrático, passando, inclusive, neste período contemporâneo, por um precioso processo de revitalização, restauração e respeito, haja vista que, na maioria dos hodiernos ordenamentos jurídicos mundiais, professa-se um caminho sem volta de constitucionalização do amor e do afeto.

Em consonância com o pensamento de Francesco D'Agostino, apresenta-se:

> [...] *la novità che va enunciata in termini semplici e piani è che la famiglia è comunità di amore e di solidarietá, uma comunità che non trova il suo fondamento ultimo né nella legge che lê dà regolamentazione, né nell'utile che i suoi componenti possono trarre da essa, ma nella capacita (in sé misteriosa, ma indubbiamente tipica dell'uomo) di amare familiarmente e di fondare su questo amore una comunità de vita*.[48]

O modelo tradicional de família cedeu lugar para uma nova família que, muitas vezes, não encontra respaldo no ordenamento jurídico; todavia, não se

---

47 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 161.

48 D'AGOSTINO, Francesco. ***Una filosofia della famiglia***. Milão: Fiufreè, 2003, p. 13.

pode olvidar que ela mantém seu caráter indispensável, isto é, continua ostentando a inafastável qualidade de célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, apenas que, agora, busca seus fundamentos de validade e renovação em valores e princípios diversos diferentes daqueles que embasaram os alicerces família tradicional.

2.5 A Família como Fenômeno Social de Relevância Jurídica

A origem do Direito é comum à origem do Homem, pois, como já dito, destina-se a efetuar a organização das relações humanas, proporcionando as condições necessárias para o equilíbrio da existência dos cidadãos dentro da sociedade.[49]

O Direito, assim, regula, ordena e conforma todos os fatos sociais relevantes, transformando-os em jurídicos.

Por fato jurídico há de se entender todo acontecimento importante para o mundo jurídico, e que, por conseqüência, tem o condão de gerar efeitos relevantes nas mais variadas relações, tais como: (i) fatos naturais: os acontecimentos externos à pessoa e que *normalmente* não se ligam diretamente a elas, na medida em que se encontram além das forças do homem, ou seja, decorrem da natureza das coisas. Dividem-se em: ordinários: aqueles que se verificam mais comumente, como se dá com o nascimento, a morte, etc. extraordinários: dizem respeito a acontecimentos excepcionais, a exemplo do que ocorre com o chamado *caso fortuito*, que se encontra ligado a eventos naturais como tempestades, inundações, etc. (ii) atos humanos: referem-se aos acontecimentos que sempre se encontram diretamente ligados às atitudes

---

[49] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 32: “Nesse diapasão, o homem sente necessidade de regras para ordenar sua convivência. Desse modo, o Direito pertence ao mundo da cultura. O Direito é um dos muitos instrumentos de adaptação criados pelo homem. A cultura abrange tanto a ordem material como a ordem espiritual. Nesse sentido, a pintura, a escultura, a obra literária, a poesia são bens culturais. A atividade valorativa orientada para realizar a ordem, a segurança e a paz social faz surgir o Direito, posicionado na realidade cultural ou mundo da cultura”.

humanas. Dividem-se em: negócio jurídico: correspondem aos atos humanos aos quais a lei outorga legitimidade, ou seja, o objetivo que se almeja alcançar através deles encontra autorizativo no ordenamento jurídico. Ex: Em um contrato de compra e venda, os fins pretendidos pelos contratantes são comprar e vender, objetivos esses que encontram inteiro respaldo na lei – obviamente desde que sejam respeitadas as regras impostas pela legislação –, daí porque se diz que o negócio jurídico caracteriza-se pela possibilidade do alcançamento da vontade através dele veiculada. (iii) atos ilícitos: dizem respeito às atitudes humanas que geram apenas deveres aos respectivos agentes, na medida em que colidem com o ordenamento jurídico, dando origem, conseqüentemente, à responsabilização dos mesmos em razão de erronia de conduta por eles perpetrada. Destaque-se que, diferentemente do negócio jurídico cujo objetivo encontra sustentáculo na lei, o ato ilícito é por esta totalmente rechaçado, razão pela qual a intenção pretendida por meio dele não se mostra possível de ser legitimamente alcançada.

Como bem salienta Maria Helena Diniz:

> [...] o homem é, ao mesmo tempo, indivíduo e ente social. Embora seja um ser independente, não deixa de fazer parte, por outro lado, de um todo, que é a comunidade humana. Para que as criaturas racionais atinjam seus objetivos, a condição fundamental é de se associarem. Sozinho o homem é incapaz de vencer os obstáculos que o separam de seus objetivos ou fins [...]. O fundamento das normas está na exigência da natureza humana de viver em sociedade, dispondo sobre o comportamento de seus membros. As normas são fenômenos necessários para a estruturação ôntica do homem.[50]

Se o Direito visa regular as relações entre seres humanos, inegável se apresenta a mutabilidade e evolução plenas de seus fenômenos, enquanto as leis da natureza, por exemplo, da física, da matemática, da química, são imutáveis, constituindo uma realidade de há muito definida.[51]

---

[50] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 300.

[51] FREIRE, Homero. Da pretensão ao direito subjetivo. In: **Estudos de direito processual *in memorian* do ministro Costa Manso**, p. 59: “A ciência do direito faz lembrar um soberbo e imenso edifício ainda inacabado, cujos edificadores, interessados no aprimoramento da obra, se afadigam em reexaminar e discutir o plano de construção, demolindo paredes aqui, construindo outras acolá, remodelando, refazendo, no afã de corrigir defeitos e suprir lacunas”.

Como mencionado anteriormente, o burilamento de uma exata definição para o vocábulo *Direito* se apresentou, ao longo dos séculos, como tarefa de extremada dificuldade, não se conseguindo, por via de conseqüência, atingir conceito tal que venha a satisfazer e demonstrar, na sua integralidade, todo seu alcance e imensidão.

Nas sábias palavras proferidas pelo jurista Heinrich Ewald Hörster:

> [...] o facto não é de admirar: um fenômeno tão complexo como o direito, um dos resultados mais importantes – senão o mais importante – da cultura humana, apenas pode ser captado por uma conjugação de ciências e métodos e muito dificilmente pelo jurista só (1992:06).

Não obstante as dificuldades apresentadas, a verdade é que é possível efetuarem-se afirmações sobre o Direito, embora estas, inegavelmente, abracem sua complexidade em aspecto apenas parcial, escolhendo-se, para o presente estudo, o foco relativo a sua função.

Desse intercâmbio, inevitavelmente, surgem tensões, zonas de conflito de interesses, as quais somente são passíveis de solução por intermédio da função e da força ordenadora do Direito.

Entrementes, é preciso que se esclareça que o Direito não realiza tal tarefa de qualquer maneira, de qualquer modo; fá-lo a partir de uma idéia de justiça, que o legitima, que o torna aceito pela comunidade onde aplicado.

Valendo-nos uma vez mais dos ensinamentos de Hörster:

> [...] a função do direito aparece-nos assim como uma necessidade prática: mediante o estabelecimento das suas normas de conduta jurídicas possibilita e assegura o desenvolvimento do homem na sua convivência com os outros e ainda a satisfação dos seus interesses próprios. Essa função tem em vista, portanto, designadamente os aspectos da ordenação da liberdade individual e da criação da segurança ou certeza na convivência social (1992:09).

Todavia, dentro de tal particular, mister se faz alertar que quando a ordenação da liberdade vai longe demais, de modo a atingir duramente a

essência do ser humano, este tende a esquivar-se do cumprimento das normas jurídicas, criando sistemas paralelos de proteção, frise-se, às margens das leis, tais como: (i) regras internas de um presídio; (ii) movimento dos sem-terra; (iii) regras estabelecidas pelo crime organizado em favelas; (iv) cheque pré-datado; (v) concubinato; (vi) adoção à brasileira; (vii) métodos de sonegação fiscal, dentre outros inúmeros exemplos existentes em nosso meio social.

Emerge daí que somente uma ordem jurídica edificada de maneira a equilibrar os valores *liberdade* e *segurança* tende a ser aceita pela sociedade onde aplicada, conseguindo, via de conseqüência, conciliar e ordenar as divergências de interesses diuturnamente verificáveis entre os homens, entre estes e a sociedade, e entre tais e o Estado, bem como os respectivos conflitos conseqüentes de tais relacionamentos.

Sói acrescentar, por oportuno, que, para se atingir o objetivo proclamado alhures, o Direito, obrigatoriamente e dentro de suas peculiares científicas, há que se apresentar como um instrumento dotado de dinamicidade, ou seja, apto a acompanhar, na medida do possível, todo o circuito evolutivo e transformador que recai, dia após dia, sobre as mais variadas relações sociais.

A necessidade de o Direito encontrar-se em constante mutação evolutiva está bem demonstrada nos seguintes provérbios latinos: *Tempora mutantur et nos in illis mutamur* (Os tempos mudam e nós mudamos com eles); *Mutationes facti, jus mutatur* (Mudados os fatos, o direito muda).

Ao se proceder a análise dos adágios latinos acima declinados, entremostra-se fácil extrair a conclusão de que as condições da convivência humana não são, de forma alguma, imutáveis, pois, inegavelmente, sofrem (e continuam sofrendo) alterações por intermédio da influência que é exercida pelas constantes modificações sociais, culturais, econômicas, religiosas, políticas, etc.

Noutro giro verbal, e para que seja dotado de efetividade e de eficácia, o Direito deve, na medida do possível, acompanhar os fenômenos evolutivos que o

circundam, sob pena de, em assim não agindo, tornar-se obsoleto e sem utilidade.

Assim, tem-se que uma constante do Direito é, portanto, a sua constante renovação. Exemplo atual do quanto asseverado, diz respeito à escorreita, recente (14/02/05) e corajosa manifestação exarada pelo ínclito magistrado da Segunda Vara de Famílias e Sucessões de Porto Alegre, Roberto Arriada Lorea, a saber:

> Atribuir tratamento diferenciado aos jurisdicionados homossexuais seria um desrespeito ao princípio da igualdade. Seria um absurdo aceitar que o Poder Judiciário fechasse os olhos não só para as modificações de nossa sociedade, como para a Constituição Federal que rege nossa nação, buscando, na falta de legislação expressa, razão suficiente para julgar injustamente fatos que ocorrem entre 'minorias sociais' e que já são constante discriminadas (cf. Proc. nº 00118148080).

Nesse eito, tem-se que o Direito, em hipótese alguma, pode apresentar distância abissal entre sua positivação e os valores e acontecimentos vivificados no seio social, sob pena de se tornar *letra morta*, sem utilidade e eficácia, como, aliás, ocorreu com o regramento estampado no inc. IV do Art. 219 do Código Civil de 1916, cujo conteúdo estava a considerar erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, apto a ensejar a anulação do matrimônio, o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

Embora seu rechaço da codificação civil somente tenha sido expressamente levado a efeito com a edição da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a verdade é que há muito o dispositivo em comento não galgava eficácia dentro do ordenamento jurídico pátrio, pois não tinha mais ressonância dentro dos valores e das expectativas sociais afetas ao desenrolar do século XX e respectivas conquistas e evoluções do pensamento e da cultura dos cidadãos brasileiros, ainda mais ao se levar em consideração os novos ditames legitimamente impostos pela ordem constitucional inaugurada em 1988.

Partindo-se das linhas conceituais acima mencionadas, pode-se ter a idéia de que qualquer *sistema* se caracteriza pela existência de um conjunto de

elementos e pela conseqüente necessidade de ordenação e de relação destes, formando, assim, um todo unitário e harmônico.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior[52] menciona que todo sistema possui um repertório e uma estrutura. Utilizando-se de seu exemplo, tem-se a apresentação de um conjunto de elementos formado por carteiras, giz, apagador, mesa do professor, quadro-negro, etc.: se tais elementos (repertório) estiverem conjugados e ordenados de modo a constituírem uma sala de aula (estrutura), temos um sistema, do contrário, não!

Os sistemas abertos representam uma decorrência da premissa anterior, caracterizando-se por um processo de intercâmbio infinito com seu ambiente, que correspondem a outros sistemas, e, quando o intercâmbio cessa, o sistema se desintegra, isto é, perde suas fontes de energia. E as funções de um sistema dependem de sua estrutura por serem esses sistemas interdependentes, na medida que suas funções se contraem ou expandem, sua estrutura acompanha.

No que se refere à análise do sistema jurídico, tem-se que Giovani Agostini Saavedra, ao analisar as teorias defendidas por Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann, entende que existem indícios de que, na sociedade moderna, sua atuação se dá nos moldes de um sistema operacionalmente fechado, haja vista que os diferentes estudos afetos à chamada argumentação jurídica estariam a reforçar tal fenômeno, pois atestam que, cada vez mais, o direito se autoproduz, a partir de seu próprio código.[53]

Noutro giro verbal, e acompanhando o pensamento de André Trindade, tem-se que:

---

52 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 33.

53 SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 149.

> [...] o sistema jurídico, sob a ótica da autopoiese, e seguindo os ditames dessa, pode ser considerado como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado. Aberto às influências do meio externo que passam pelo processo de seleção realizado pelo código direito/não direito, juridicizando os elementos do meio que passam a integrar sua estrutura e servem de aparato para a manutenção da sua auto-referencialidade. Fechado no sentido de auto-referencialidade operativa, isso é, o direito se auto-regula através da sua identidade (código binário).[54]

Nesse aspecto, importante se faz mencionar as ressalvas apresentadas por Habermas, no sentido de que:

> [...] os atos de adaptação, exigidos do sistema jurídico por uma sociedade cada vez mais complexa, impõem a adoção de um novo estilo cognitivo, isto é, de uma prática de decisão mais flexível, sensível ao contexto e disposta a aprender [...]. Tudo indica que o conceito de autonomia sistêmica, apesar de sua referência empírica, nada tem a ver com a intuição normativa que ligamos à 'autonomia do direito'. Consideramos que a prática de decisão judicial é independente, porém, somente na medida em que os programas jurídicos do legislador não ferem o núcleo moral do formalismo jurídico e, em segundo lugar, na medida as considerações políticas e morais, que se introduzem inevitavelmente na jurisdição, são fundamentadas, não se limitando a simples racionalizações de interesses juridicamente irrelevantes. Max Weber tinha razão: somente se levarmos em conta a racionalidade que habita no próprio direito, poderemos assegurar a independência do sistema jurídico. No entanto, como direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito.[55]

Sendo o Direito um sistema aberto cognitivamente, cujo meio é a sociedade e com esta está em constante interação, tem-se que os princípios de direito refletem, em última análise, determinados valores e distorções que compõem a complexidade do sistema social informadores de sua estrutura normativa.

Assim, em uma perspectiva global, os princípios refletem os elementos (valores) emitidos pela Sociedade ao Direito, bem como um padrão de relações

---

54 TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 123-124.

55 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, tomo II, p. 226-230.

estabelecidas entre o conteúdo de suas normas internas, a partir da integração deste elemento valorativo emitido pela Sociedade.

Em um sistema aberto, mas operacionalmente fechado, a dinamicidade e a complexidade internas lhe conferem a propriedade de se readaptar em função de uma alteração de alguma relação, ocasionada pela introdução de um elemento externo novo (que até pode ser de cunho moral) ou pela modificação de algum elemento interno (por isso são chamados de sistemas adaptativos ou de organização).

Para haver inferência se determinado ordenamento jurídico caracteriza-se como sistema, mister a indagação no sentido de obter informação se as normas a tal pertencentes guardam relacionamento de coerência entre si, bem como em que condições se entremostra possível essa relação.

Nesse passo, Emanuel Carlos Dantas de Assis deixou assentado:

> As normas jurídicas nunca existem isoladas. Sempre se encontram ao lado de outras, formando todas o que se denomina ordenamento jurídico. Assim, o ordenamento jurídico pode ser visto inicialmente como um conjunto de normas. Tal conjunto, todavia, é especial, uma vez que não é simplesmente a união – ou um amontoado – de normas, uma ao lado das outras, independentes e sem guardarem relações entre si. Pelo contrário: o ordenamento jurídico é um sistema, em que as normas estão relacionadas entre si, e que também possui unidade e completude.[56]

O sistema jurídico, por assim dizer, se caracteriza não só pela reunião de regras e princípios, mas, principalmente, pelo fato de a referida união dar-se de maneira lógica e hierarquizada, tornando possível a compatibilidade existencial de todas as suas normas, de modo que a aplicação de uma não exclua o campo de atuação e eficácia da outra ou, como bem ensina André Ramos Tavares: “Não se pode compreender o Direito como mero somatório de regras avulsas, produto de

---

[56] ASSIS, Emanuel Carlos Dantas de. **Sistema constitucional tributário**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 61.

atos de vontade, ou mera concatenação de formulas verbais articuladas entre si".[57]

A partir do momento em que se tem como inconteste a idéia de que a família necessita de especial proteção do Estado, dúvidas não pairam sobre a necessidade de ser criada uma gama de normas afetas ao atingimento do referido desiderato.

Além do mais, não se pode olvidar que as relações familiares, permeadas que estão pelos sentimentos e paixões humanas, apresentam uma série de intempéries, peculiaridades e particularidades que, efetivamente, estão a demandar uma regulamentação normativa específica e condizente com tais condições.

Desta feita, não se entremostra razoável imaginar que as relações familiares poderiam ser norteadas pelos regramentos condizentes com o campo das obrigações, mais especialmente no que diz respeito às chamadas sociedades civis, cuja dogmática foi por muito tempo aplicada na solução de conflitos envolvendo relacionamentos que até então se chamavam de *concubinato* (hoje *união estável*) e, em alguns casos, infelizmente, tem valia para o deslinde de direitos envolvendo uniões homoafetivas.

Todas essas modificações, atendendo à realidade social brasileira, têm como fundamento, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, enunciado no inc. III do Art. 1º da Constituição Federal de 1988, que foi elevado à condição de superprincípio da República Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado especial proteção à família, independentemente da sua espécie, como também o respeito a cada partícipe dos agrupamentos familiares: cônjuges ou companheiros, filhos, idosos, dentre outros.

---

[57] TAVARES, André Ramos. **Tratado da argüição de preceito fundamental**: lei nº 9.868/99 e lei nº 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 102.

A família, tradicionalmente reconhecida como organismo natural e social, assume formas diversas que nos conduzem a admitir a sua caracterização como *base cultural da sociedade*.

Descortina-se, assim, uma completa reformulação do Direito de Família, não só no Brasil, após a Constituição de 1988, mas em todos os países.

Indiscutivelmente, ao se fazer à opção (correta) de que a família é a base da sociedade, tem-se que todos os acontecimentos nela verificados galgam o patamar de relevância jurídica, fazendo com que seu conjunto protetivo fosse tratado de modo muito especial, como visto, pelo legislador constituinte, outorgando-lhe natureza fundamental, emergindo daí sua inexorável condição de cláusula pétrea, restando, assim, integralmente salva de qualquer possibilidade de diminuição ou exclusão de nosso sistema jurídico, a teor, inclusive, do quanto positivado no § 4º do Art. 60 da CF/88.

Foi-se o tempo em que as normas constitucionais eram tidas como meros vetores, de caráter exortativo aos governantes e governados, cujo cumprimento ficava relegado a conceitos perigosos e duvidosos, como vontade política, oportunidade e conveniência, sem qualquer responsabilidade ou vinculação, nas hipóteses de descumprimento, do agente que obteve a legitimidade popular para gerir a chamada *coisa pública* e os interesses de todo uma sociedade, visando o atingimento do chamado *bem comum*.[58]

Aduz Lenio Luiz Streck, nesse sentido, que:

> [...] a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofo em que convergem as dimensões democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode

[58] LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição constitucional e controle do poder**: é efetiva a Constituição brasileira? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 214: “Na verdade, a Constituição deve ser respeitada pelo Governo e hoje está definitivamente superada a idéia de que ela seria um simples enunciado de princípios políticos, que serviriam apenas como diretivas que o legislador iria aos poucos concretizando, de forma mais ou menos discricionária”.

> denominar de 'essência' do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente. É exatamente por isto que Hans Peter Schneider vai dizer que a Constituição é direito político: do, sobre e para o político.[59]

Em face dos ideais adotados quando da eclosão da Lei de Outubro, a clássica dicotomia distinguindo a existência de disciplinas jurídicas públicas e privadas ficou realmente para trás, sendo muito difícil, hodiernamente, vislumbrar-se algum conteúdo jurídico que, ao menos, indiretamente, não tenha desdobramento e efeitos de natureza coletiva.

A esse processo, nominou-se de constitucionalização do direito privado e, por via de conseqüência, desaguou na constitucionalização de todo o direito de família pátrio, até porque, não se pode deslembrar que o Estado brasileiro outorgou especial proteção ao referido agrupamento social, como facilmente se identifica pelo conteúdo explícito do *caput* Art. 226 da Lei de Outubro.[60]

2.6 A Família como Objeto de Normatização Constitucional

A família sempre foi vista como uma instituição de caráter eminentemente privado, de modo que a intervenção estatal restava, em regra, expressamente proibida.

Entrementes, ao se fazer a opção de colocar a família como base da sociedade, o constituinte pátrio, com acerto, alocou as principais regras protetivas da referida instituição no seio do texto constitucional, de modo que, embora ainda se lhe reconheça um núcleo de atividades intrinsecamente privadas, existe a

---

59 STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em terra *brasilis*. In: **Revista brasileira de direito constitucional**, nº 04. São Paulo: RBDC, jul./dez. 2004, p. 272.

60 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 851: "A família é afirmada como a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

necessidade, dentro de certos limites, da participação do Estado para a sua sedimentação, proteção e concretização.[61]

Por outras palavras, Sumaya Saady Morhy Pereira salienta:

> [...] para compreender a tutela dos direitos fundamentais nas relações familiares, como em qualquer relação entre sujeitos privados, torna-se necessário identificar a nova conformação que esses direitos assumiram a partir do Estado Social de direito, superando a sua concepção originária no Estado Liberal [...]. Somente a partir da superação do modelo liberal de família, no Estado Social de Direito, é que se pode identificar a proteção da família como uma exigência constitucional que se justifica pela necessidade de proteção das pessoas que integram as comunidades familiares. Um Estado que abre mão de qualquer controle sobre a vida familiar, em nome da proteção do espaço privado da família, pode incorrer na perpetuação de opressões e desiguldades, fugindo da postura que lhe é exigida frente aos direitos fundamentais, já que, superada a concepção liberal, como vimos, o Estado passa a ser devedor não apenas de postura negativa (não-intromissão), mas também de postura positiva, titular do dever de proteção integral dos direitos fundamentais.[62]

Ao se trazerem para o texto constitucional questões de relevo como a igualdade entre todos os filhos, independentemente da origem, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, mormente no que diz respeito à condução e à consecução dos destinos de uma determinada entidade familiar, dentre outros, acabou por se proteger tais direitos, com o manto indelével da cláusula pétrea, vez que dizem respeito ao arcabouço de regras jusfudamentais inerentes ao ser humano, daí porque jamais poderão ser retiradas de nosso ordenamento, prestigiando-se, também, o princípio do não-retrocesso.[63]

---

61 FACHIN, 1999, p. 294: “Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público (tendo espaço para um Estado forte quando os desiguais e fracos dele necessitam para seus direitos fundamentais) e do privado (tendo os horizontes abertos para um Estado fraco que permite aos indivíduos e a coletividade a realização pessoal e social de suas aspirações)”.

62 PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 113.

63 DIAS; PEREIRA, 2002, p. 27: “A Constituição Federal de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico. Após a Constituição Federal, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família”.

Outrossim, embora seja inquestionável a importância da referida mudança de contexto jurídico das regras de direito de família, não se pode perder de vista o alerta feito por Fachin e Ruzyk:

> Não basta, por certo, pelo simples desvio do enfoque de modelos codificados para modelos constitucionalizados. O que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita, na porosidade de um sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independente da existência de modelos jurídicos. O modelo é instrumento, e não um fim em si mesmo. Por isso, ele não deve esgotar as possibilidades do jurídico, sob pena de o direito se afastar cada vez mais das demandas impostas pela realidade dos fatos.[64]

Nesse sentido, interessante, também, a ponderação levada a efeito por Paulo Luiz Netto Lobo:

> Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.[65]

Necessário se faz abordagem referente ao caminho evolutivo percorrido pelo Direito de Família dentro do ordenamento jurídico pátrio, no plano constitucional, sendo certo que será procedida à abordagem referente ao caminho evolutivo percorrido pelo Direito de Família dentro do ordenamento jurídico pátrio.

(i) Constituição de 1824: no âmbito da Constituição de 1824, a única referência à família correspondia à *Família Imperial*, que vinha tratada ao longo dos Arts. 105 a 115 da apontada Constituição, sendo certo que, no período constitucional em comentário observava-se uma inegável e inafastável influência

---

64 FACHIN, 1999, p. 102.

65 LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, ano 36, nº 141. Brasília: Nacional, jan./mar. 1999, p. 101.

da religião sobre o tema objeto de estudo, especificamente da *Católica Apostólica Romana* que era a religião oficial do Estado.

Assim, pode-se dizer que a ausência de referência à família no texto constitucional senão apenas à *Família Imperial*, acarretava a relegação do tratamento da questão ao Direito Canônico, estabelecendo, desta feita, praticamente um monopólio da religião nesse particular. Essa é a conclusão que se extrai da leitura dos Arts. 106[66] e 179, inc. V,[67] daquela Constituição.

(ii) Constituição de 1891: buscando dissociar-se da Igreja, numa evidente tentativa de fortificação do Estado, fez-se uma referência indireta à família no bojo da Constituição de 1891 através da alusão ao casamento, que, até então, era a única forma conhecida de família constituída.

É o que se observa da redação atribuída ao § 4º do Art. 72, segundo o qual "[...] a Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

(iii) Constituição de 1934: a Constituição de 1934 preocupou-se mais com o aspecto formal representado pelas regras de celebração do casamento do que com o substancial, evidenciado na proteção propriamente dita da família, na medida em que os Arts. 144 a 146 apenas davam conta da indissolubilidade do casamento e das formalidades de segurança para o seu surgimento, em que pese uma certa reaproximação com as religiões por meio do reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso quando da observação dos expedientes previstos na lei civil.

É o que se vê de parte do Art. 146:

---

66 Art. 106: O Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Câmaras, o seguinte Juramento – Juro manter a Religião Catholica Apostólica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brazileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

67 Art. 179: A inviolabilidade dos Direitos Civil, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: [...] V – ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

> Art. 146: O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem publica ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos effeitos que o casamento civil, desde que perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo de opposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja elle inscripto no Registro Civil.

É a primeira ocasião, também, em que se destina um Capítulo da Constituição – ainda que composto por poucas disposições (Arts. 144 a 147) – para o tratamento da família, e, igualmente, faz-se referência expressa ao reconhecimento de filhos, não obstante a discriminação ainda reinante e que se percebe facilmente só da visualização da existência de dois conceitos de filhos: naturais e legítimos.

Dispunha o Art. 147 da Constituição que "[...] o reconhecimento dos filhos naturaes será isento de quaesquer sellos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguaes aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos".

Por fim, destaque-se que, sem maiores rodeios, fez-se expressa referência ao casamento como única maneira de constituição da família, ao assinalar-se no *caput* do Art. 144 que "[...] a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado".

(iv) Constituição de 1937: de inspiração nazista e fascista, a Constituição de 1937 ainda manteve um Capítulo para o tratamento da família, composto pelos Arts. 124 a 127, convindo assinalar, todavia, que ela inaugurou uma nova etapa de preocupação do Estado com a família, na medida em que mesmo timidamente passou a incluir o próprio Estado como uma espécie de obrigado subsidiário – embora não tão obrigado assim com a educação da prole.

Nessa toada, dispunha o Art. 125 da Constituição: "[...] a educação da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular".

Também se percebe nessa Constituição uma preocupação do Estado com uma política favorável à expansão da população, haja vista que rezava a segunda parte do Art. 124 que "[...] às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos".

(v) Constituição de 1946: de origem democrática, a Constituição de 1946, não obstante tenha continuado a trilhar o caminho do monopólio do casamento como forma de constituição de família (Art. 163 e respectivos parágrafos), abordou no Art. 164: "[...] é obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo às famílias de prole numerosa", pretendendo com isso – ao que tudo indica – trazer um maior e mais efetivo compromisso do Estado com a população no que diz respeito aos meios e recursos necessários ao sadio desenvolvimento da família.

Também foi nessa Constituição que, no pertinente ao direito sucessório, ofereceu-se um tratamento mais benéfico aos nacionais que se encontrassem na condição de herdeiros de estrangeiros, uma vez que o Art. 165 dispôs: "[...] a vocação para suceder em bens de estrangeiro existente no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefícios do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável à lei nacional do *de cujus*".

(vi) Constituição de 1967: de caráter ditatorial, a Constituição de 1967 tratou de maneira conjunta a família, a educação e a cultura, fazendo-o através dos Arts. 166 a 172 que compunham um único título.

Sem alterações dignas de nota no que pertine à família propriamente dita, manteve-se o monopólio do casamento e a previsão de que caberia a lei instituir a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, não se perdendo de vista o importante comentário tecido por Roberto Magalhães:

> [...] estabelecendo a indissolubilidade do vínculo matrimonial, tem-se por mantido o desquite como única forma de dissolução da sociedade conjugal sem rompimento daquele vínculo.

> Conseguintemente, fechou-se, uma vez mais, a via reformista para a implantação do divórcio a vinculo no Brasil.[68]

(vii) Constituição de 1969: de índole indiscutivelmente ditatorial, a Constituição de 1969 – ou apenas Emenda como preferem alguns juristas –, seguiu exatamente o mesmo vezo de sua antecessora; todavia, verdade seja dita, foi no âmbito da sua vigência que surgiu o inegável benefício à sociedade representado pelo divórcio, isso através da Emenda Constitucional nº 09 de 28/06/77.

Assim é que, através do surgimento do direito ao divórcio inaugurou-se uma nova fase no âmbito da família, na qual já não mais se via a família apenas e tão-somente pela ótica do casamento, que, como se disse, por não mais ser indissolúvel, já não mais era tido como única forma de constituição de família.

No Brasil, as regras básicas de proteção da entidade familiar, como se verá, foram bruscamente deslocadas do âmbito privado para se transformarem em verdadeiros e indeléveis dogmas constitucionais, devendo-se fazer coro a Fachin no sentido de que:

> [...] o ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural. Há realmente uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da 'grande-família', na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação.[69]

Dentro do campo do Direito de Família são percebidas e sentidas alterações de grande profundidade, tais como: *numerus apertus* para a consideração, formação e proteção das entidades familiares (§ 3º, Art. 226, CF), igualdade entre os cônjuges (§ 5º, Art. 226, CF), igualdade entre filhos (§ 6º, Art.

---

68 MAGALHÃES, Roberto. **A Constituição Federal de 1967 comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, tomo I, p. 524.

69 FACHIN, 1999, p. 289-290.

227, CF), surgimento de novas entidades familiares, além daquela oriunda do casamento, etc., culminando no que se denominou *constitucionalização do direito civil*, como visto em tópico próprio.

É que, como dito alhures, a Constituição de 1988 alterou bruscamente o ordenamento jurídico pátrio ao trazer para o plano positivo as novas formas de família já reconhecidas pela sociedade, dentre elas, a união estável (§ 3º, Art. 226, CF) e a família monoparental (§ 4º, Art. 226, CF).

Observe-se que a Constituição de 1988 fez constar do próprio texto constitucional a possibilidade de o casamento civil "[...] ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos" (§ 6º, Art. 226, CF), afastando com isso qualquer resistência que ainda eventualmente existisse quanto à probabilidade da dissolução do casamento e do encerramento do seu monopólio injustificável como única forma de constituição de família.

Também foi a partir do vigente ordenamento constitucional que se manifestou preocupação maior com o planejamento familiar, na medida em que, através da expressa referência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, deu-se conta de que tal "[...] é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (§ 7º, Art. 226, CF), e, bem assim, com o afastamento das violências perpetradas no ambiente familiar, já que se fez previsão de que "[...] o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (§ 8º, Art. 226, CF).

Por fim, registre-se que a Constituição de 1988 inaugurou uma etapa de inquestionável fortificação da família, na medida em que assinalou a responsabilidade solidária dela própria, da sociedade e do Estado no que diz respeito aos direitos da criança, do adolescente e do idoso, os quais justamente representam os pontos de tensão para o fortalecimento da própria família tida

como a base da sociedade e detentora de especial proteção do Estado, como pode ser facilmente evidenciado através dos comandos normativos oriundos do *caput* do Art. 226 e dos Arts. 227 a 230 do referido texto magno.

Conforme facilmente se verifica do *caput* do Art. 226 da Constituição, repita-se, a família constitui a célula básica da sociedade e é o alicerce de toda a organização social, daí porque cabe ao Estado destinar-lhe proteção especial.

Nessa linha de princípios, é evidente que o Direito de Família Contemporâneo tem como preocupação central a pessoa humana – e não os bens eventualmente amealhados durante sua composição e vigência, como, aliás, era escopo primaz da codificação anterior –, de modo que, deixando de lado o interesse exclusivamente particular, as normas que versam sobre ele têm natureza jurídica marcadamente pública.[70]

Assim é que, ressalvadas certas peculiaridades nas quais excepcionalmente se vê uma razoável margem de atuação do princípio da autonomia da vontade, como sói acontecer em matéria de regime de bens, as normas decorrentes do Direito de Família são, em sua maioria, cogentes, e, portanto, de ordem pública, não admitindo, por conseguinte, renúncia e disposição por quem quer que seja.

Assim, tal fenômeno (constitucionalização do Direito Civil), como dito anteriormente, ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, pois, a mesma alterou, bruscamente, todo o ordenamento jurídico pátrio, visto que trouxe ao plano positivo a igualdade entre homens e mulheres, reconheceu como entidade familiar a união entre pessoas de sexo diferentes e não casadas, acabou com a distinção existente entre filhos, dentre outros inúmeros casos.

Em verdade, depois da eclosão da Carta Magna de 1988, todo o ordenamento jurídico e toda a atividade normativa ficaram, irrefragavelmente,

---

[70] LOTUFO, Renan (coord). **Direito civil constitucional**: caderno 01. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 09: “[...] com o advento da nossa Constituição de 1988, tivemos um choque de perplexidade no início, quer por sua abrangência, que por passar a disciplinar diretamente matéria que até então era exclusiva do Código Civil”.

condicionados à observação e ao cumprimento aos princípios fundamentais (Art. 1º, CF) e dos objetivos fundamentais (Art. 3º, CF) por ela traçados.[71]

Entretanto, é preciso que se esclareça que o atingimento desse patamar foi demorado, valendo rememorar, por oportuno, que até mesmo no valioso campo dos chamados *direitos individuais* oriundos das Constituições americana e francesa somente foram ganhar força e destaque dentro do mundo jurídico depois do término da Segunda Guerra Mundial, e, por via de conseqüência, a maioria dos textos constitucionais deixou de apresentar conteúdo meramente de estruturação do Estado para galgar maior abrangência e amplitude, não se olvidando que todas essas transformações constitucionais acabaram precipitando a necessidade de alteração de nossa legislação civil (1916), situação essa que veio a definitivamente se concretizar, do ponto de vista jurídico-positivo, com a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

---

[71] FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10-11.

3 A NATUREZA JUSFUNDANTE DA FAMÍLIA

Dentro daquilo que se pretende demonstrar e concluir por intermédio do presente trabalho, mister se faz explanar, ainda que rapidamente, sobre a importância e, principalmente, sobre a supremacia que as normas constitucionais detêm em relação a todas as demais que complementam e formam, juntamente com elas, um determinado sistema jurídico.

Atualmente, o fenômeno de observância constitucional se entremostra tão intenso e indissociável da atuação do intérprete do direito, que o respeito que deve ser devotado aos direitos fundamentais, *ad exemplum*, deixou de ser encarado apenas e tão-somente no aspecto vertical (Estado x particular), adentrando a seara horizontal, ou seja, a relação existente também no âmbito entre particulares,[72] o que, salvo equívoco, demonstra uma imperiosa necessidade de mudança de mentalidade daqueles que se propuseram a seguir a nobre e dificultosa trilha jurídica.

Procurar-se-á demonstrar, também, diante desse inexorável processo de constitucionalização do direito de família, quais os vetores basilares que passaram a informá-lo e integrá-lo, servindo de esteio para sua aplicação do ponto de vista prático, ou seja, na solução dos problemas e conflitos que lhe são inerentes.

Feitas tais constatações e, diante da inegável importância de referido acervo jurídico-protetivo aos cidadãos, passar-se-á a demonstrar que, diante das diretrizes constitucionais encampadas em 1988, a família goza de inegável fundamentalidade na vida dos cidadãos brasileiros, de modo que, o direito em pauta, sempre que possível, deve ser vivificado, fomentado e concretizado, sob pena de, em assim não agindo, permitir-se-á a busca pela responsabilização estatal, por tão grave e nefasta omissão em seu mister de atuação.

---

[72] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 254-255: "[...] transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações particulares quando se trata de situações em que pessoas coletivas (ou excepcionalmente indivíduos) disponham de *poder especial* de caráter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade".

3.1 A Constitucionalização do Direito Privado

Fala-se muito, nos dias de hoje, sobre a ocorrência de um processo jurídico denominado *constitucionalização do direito civil* ou *civilização do direito constitucional*.[73]

Esse fenômeno teve maior incidência, em nosso País, com a promulgação da Constituição de 1988, tendo em vista ter ela alterado bruscamente todo o modo de interpretação e aplicação do corpo normativo de nosso ordenamento jurídico, mormente no que diz respeito ao Direito Civil, uma vez que trouxe ao plano positivo-constitucional a exigência de observância da função social da propriedade, do contrato e dos negócios jurídicos em geral; a igualdade entre homens e mulheres, o alargamento das hipóteses de reconhecimento de entidades familiares além daquela de índole matrimonial, o rechaço da distinção existente entre filhos de origens diferentes, dentre outros inúmeros casos.

E dentro do que já foi visto anteriormente, não se pode deslembrar que a existência de um sistema jurídico uno e não-completo está a demandar, necessariamente, sua complementação e construção no dia-a-dia, com especial respeito e integração principiológica da Constituição Federal, eis seu inegável e inquestionável valor supremo-hierárquico, o qual conforma e ordena todas as normas positivas que são emanadas abaixo de si, como é o caso do Direito Privado e, em especial para o presente estudo, do Direito Civil.[74]

Em verdade, depois da eclosão da Magna Carta de 1988, todo o ordenamento jurídico e toda atividade legislativa ficaram, de maneira irrefragável, condicionados à observação e ao cumprimento dos princípios fundamentais (Art. 1º, CF) e dos objetivos fundamentais (Art. 3º, CF) por ela traçados, não se perdendo de vista, nesse particular, a escorreita advertência traçada por Ana Maria D'Ávila Lopes:

---

[73] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?. In: **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, RT nº 254:13, 2006, p. 108-115.

[74] VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 38: "[...] a noção de ordenamento como sistema é fundamental para o entendimento da chamada constitucionalização do Direito Civil. Não de qualquer sistema, mas daquele sistema unitário, não completo, porém, completável e aberto. Ter o ordenamento brasileiro como um sistema assim, significa que o Direito Civil pode e deve manter-se atual".

> […] a importância dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais perante o poder legislar é inquestionável, na medida em que permite a conservação do princípio da dignidade humana contido em cada direito fundamental, reafirmando-se, assim, que o centro e fim de toda atividade deve ser o ser humano.[75]

Não se pode olvidar, entretanto, que, depois de passados mais de dezoito anos da promulgação da Lei de Outubro, não obstante as vozes intensas e candentes que continuam a soçobrar a supremacia de tal corpo de lei em relação a todos os demais existentes, a verdade é que, no dia-a-dia, se percebe claramente a dificuldade que o *operador do direito* possui em emprestar *efetiva* eficácia aos dogmas basilares de natureza principiológica, em detrimento da suposta segurança jurídica externada pela existência de uma positivação infraconstitucional expressa e específica sobre um determinado tema.[76]

Entrementes, inegável se apresenta a assertiva de que, paulatinamente, como se fosse uma mudança no melhor estilo aluviônico, os caracteres que antes informavam o ordenamento jurídico pátrio, em razão da citada Constituição, foram consubstancial e profundamente alterados, não se vislumbrando mais uma exata e perceptível linha divisória conceitual entre aquilo que se convencionou chamar de *direitos privados ou particulares* e de *direitos públicos ou coletivos*, sendo ela sobrevivente apenas para fins e efeitos didáticos em nossos cursos de Bacharelado.

Essa alteração se deu, principalmente, em razão de o centro do sentido jurídico ter passado a ser, efetivamente, o ser humano e sua devida proteção, até porque não se pode negar a assertiva de que toda relação jurídica se estabelece entre pessoas, os chamados *sujeitos de direito* (ativo e passivo).[77]

---

75 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 198.

76 TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II, p. 25: "Mostra-se de evidência intuitiva o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada no Brasil, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e de regra consuetudinária. O entendimento mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel predominante que o Código Civil desempenhava como referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado".

77 Ibidem, p. 27: "[...] o Direito das Coisas é ramo do Direito Civil que regula as relações jurídicas reais, entendidas estas como as que se estabelecem entre o titular de uma coisa e a sociedade em geral".

Atualmente o significado utilizado para o vocábulo pessoa aponta para assentar o ser humano como o valor-fonte do qual emanam todos os outros valores objetivos, daí porque, sendo ele o destinatário final de toda e qualquer norma, juridicamente a expressão *pessoa* há de ser entendida como a entidade dotada de personalidade à qual o ordenamento jurídico confere direitos e obrigações.[78]

Conforme asseveram os juristas Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

> [...] volta-se o ordenamento não mais para o 'indivíduo', abstratamente considerado, mas para a tutela da pessoa humana nas concretas e diferenciadas relações jurídicas em que se insere, como forma de assegurar os princípios constitucionais da solidariedade social (Art. 3º, inc. III) e da igualdade substancial (Art. 3º, inc. IV). Nessa perspectiva merece proteção especial do ordenamento a criança e o adolescente (Lei nº 8.069/90), o consumidor (Lei nº 8.078/90) e assim por diante.[79]

E isso é tão verdadeiro e real que, hodiernamente, um Estado só pode ser reconhecido, de maneira efetiva, Constitucional e Democrático, se a pessoa – enquanto indivíduo e coletividade – for considerada o fim último de sua atuação, ou seja, o alfa e ômega da proteção e da regulamentação conferida pelo respectivo ordenamento jurídico em questão.[80]

Para Ana Luiza Maia Navares, com apoio nos ensinamentos do mestre italiano Vicenzo Sacalisi:

> [...] a pessoa, que a Constituição eleva a valor de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais

---

78 Ibidem, mesma página.

79 BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado conforme a Constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. I, p. 03.

80 LÓBO, 1999, p. 152: "O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar".

> propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico-real, considerado na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, como tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação).[81]

Assim, irrefragável a assertiva de que a Constituição de 1988, ao erigir a proteção da dignidade da pessoa humana como vetor fundamental da República Federativa do Brasil, acabou por extirpar do complexo jurídico que lhe é inferior hierarquicamente toda e qualquer norma que disponha em sentido contrário ou se mostre apta a produzir efeitos em sentido oposto ao do mandamento basilar.[82]

Nesse ponto, tem-se que o antigo Código Civil sofreu bruscas mudanças na forma de interpretação de seus dispositivos até então vigentes, bem como tantos outros foram tidos por não-recepcionados, tais como aqueles que sufragavam a superioridade do homem sobre a mulher e a possibilidade de discriminação quanto ao exercício de direitos no que se referia à origem da filiação ou prole.

Conclui Tepedino:

> [...] reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da

---

81 NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 189.

82 LÔBO, 1999, p. 25-26: “Enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado Liberal, principalmente no século XIX (no Brasil, até à Constituição social de 1934), os códigos civis desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo. Para Francisco Amaral, que perfilha a tese da descodificação, o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas. Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente”.

> República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseguintemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema.[83]

A supremacia da Constituição e de suas normas, dentro de um determinado sistema jurídico, é inegável, não existindo controvérsias sérias nesse sentido. Desta feita, mister se faz, num breve relato, trazer à tona o processo de surgimento e de criação da *Lex Mater*, bem como o alcance, a eficácia e a aplicabilidade de suas normas.

Primeiramente, há que se destacar que o conceito de poder constituinte[84] nasce com o surgimento das transformações ocorridas quando se observa alteração no comumente denominado pacto social, exprimindo, assim, a vontade política dessa mesma sociedade, a qual se exterioriza através da promulgação de uma Constituição.

O grande idealizador deste conceito foi o abade francês Emmanuel Sieyès que, poucos meses antes da eclosão da Revolução Francesa, publicou panfleto denominado *Que é o terceiro estado?*, cujo documento acabou por representar verdadeiro manifesto das reivindicações burguesas contra os privilégios deferidos ao clero e à nobreza, bem como ao absolutismo que lhes era imposto por tais castas, buscando, fora do ordenamento jurídico da época, que se apresentava injusto, um direito superior, que permitisse ao povo, autoconstituir-se e fomentar a renovação da ordem jurídica malsinada.

---

83 BARBOZA; MORAES; TEPEDINO, 2004, vol. I, p. 13.

84 GUSMÃO, Hugo César de. Poder constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? In: **Revista brasileira de direito constitucional**, vol. 06. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2005, p. 99: “Poder Constituinte é um fenômeno jurídico-político cuja manifestação resulta na criação da Constituição. O caráter bi-dimensional não deve passar desapercebido. É uma categoria de máxima relevância para o direito e para a teoria política, e pode ser analisada sob ambas as perspectivas. Para o Direito Constitucional, sua relevância reside no fato de que dele se deduz a espinha dorsal do constitucionalismo contemporâneo. Elementos tão comuns ao âmbito deste ramo dogmático do Direito, como o princípio da supremacia da Constituição, e a rigidez constitucional, que rege a reforma da Constituição, têm nesta categoria a sua condição de validade”.

A titularidade do legítimo poder constituinte pertence, ou ao menos deveria pertencer, ao povo, que, dentro do sistema vigente hodiernamente, o delega a representantes especialmente eleitos para exercê-lo em seu nome, donde se conclui que quem acaba exteriorizando-o é a denominada Assembléia Nacional Constituinte.[85]

Feitas tais considerações introdutórias, mister se faz tecer comentários acerca do constitucionalismo no Brasil e sua importância diante da promulgação da atual Constituição Federal. Vejamos a seguir.

A história do constitucionalismo brasileiro, em regra, demonstra uma certa prevalência e preferência pela aplicação de textos normativos afetos aos Códigos àqueles concernentes e ínsitos à própria Lei Maior, no que se refere à solução dos conflitos de interesses eventualmente surgidos e colocados à apreciação do Poder Judiciário e da Administração Pública de um modo geral.

Isso, a grosso modo, pode ser debitado em desfavor do regime militar que se instaurou a partir de 1964, pois um de seus escopos foi o de desmantelar, por completo, as chamadas *ciências humanas*, situação essa que, apesar de inúmeros esforços, perdura até os dias de hoje em nosso País, na exata medida em que se percebe que o próprio aluno, não raras vezes, acaba dando mais relevo a matérias outras, do que ao aprendizado do direito constitucional em si.

Mas, mesmo a par de tantas dificuldades, percebe-se, ainda que de modo paulatino, a ocorrência de uma tentativa de mudança em relação a esse panorama de desprezo constitucional, apresentando-se, assim, uma reviravolta dentro da mentalidade jurídica pátria, fenômeno concretizado e catapultado pelas novas e firmes diretrizes apresentadas pela Constituição de 1988, que, como é sabido, espraiarm seus basilares efeitos em todos os ramos da Ciência Positiva

---

[85] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 115: “É necessário compreender, antes de tudo, qual é o objetivo ou o fim da Assembléia representativa de uma nação: não pode ser diferente do que a própria nação se proporia se pudesse se reunir e deliberar no mesmo lugar”.

do Direito, não havendo como dissociar sua imbricação das situações relacionais do dia-a-dia, seja em qual área ou matéria tais se apresentarem.

Enfim, o Direito Constitucional[86] ganhou novo fôlego e nova roupagem, servindo, inegável e realmente, de parâmetro hierárquico e conformador dos demais ramos jurídicos existentes.

Desta feita, e utilizando-se dos argumentos acima apresentados, verifica-se, com solar clareza, que o Direito Constitucional representa a principal vertente da ordem jurídica de um Estado, inserido como tal dentro do Direito Público (coletividade), desdobrando seus efeitos para a estruturação do Poder, cedendo-lhe os contornos de atuação e os limites de sua atividade, valendo ressaltar, nas precisas palavras de André Ramos Tavares, que tal ramo do Direito tem sido "[...] desde o final do século XX, o berço natural de positivação dos direitos humanos".[87]

Irreprochável, assim, sua magnitude e sua importância dentro do seio social.

Cumpre esclarecer, também, que toda a regulamentação afeta ao Direito Constitucional se encontrará positivada, como mencionado no pórtico deste capítulo, num corpo legislativo denominado *Constituição*.

O termo *constituição* encontra nascedouro no Direito Romano, mais precisamente da expressão *constitutiones principum*, o qual se relacionava, apenas e tão-somente, a meros atos normativos proferidos pelo Imperador e que ostentavam condição de lei, não guardando, assim, qualquer similitude com a definição hoje utilizada.

---

86 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 02: "[...] o Direito Constitucional é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza".

87 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

Para que se possa ter uma correta visão do moderno conceito de constituição, mister se faz revolver ao passado e buscar nas raízes históricas da Antiguidade, os fecundos ensinamentos proferidos pelo filósofo grego Aristóteles, que, em sua até hoje festejada obra denominada *A política*, já deixava assentada a existência de leis que tinham por escopo a organização e a formação do próprio poder, as quais, por evidente, se diferenciavam de outras de natureza comezinha.

Vale lembrar que tão sábio pensamento somente veio a ser reconhecido e valorizado com o advento do Liberalismo, no século XVIII, mais precisamente pela Europa Ocidental, cujo fito era delimitar o poder, asseverando a existência de leis que lhe seriam prístinas e superiores, passando, a partir deste momento, a ser o termo *constituição* utilizado para designar o primeiro documento jurídico do Estado, *id est*, o corpo de regras que definia a organização fundamental desse mesmo Estado, visando garantir os direitos do homem e o desenvolvimento sustentável da sociedade.

Surgia a primeira polêmica em relação à conceituação do que seria Constituição e as dificuldades que os operadores do direito teriam para concatená-la de maneira escorreita.

Nesse particular, vale trazer à baila o pensamento do ilustre jurista Konrad Hesse:

> [...] essa questão não pode resolver-se recorrendo a um conceito de Constituição consolidado ou, quando menos, majoritariamente admitido. Pois a teoria atual do Direito Constitucional, por mais que se encontrem amplas coincidências, não tem chegado a aclarar o conceito e a qualidade da Constituição ao ponto de se alcançar o consenso de uma opinião dominante. A compreensão, em cada caso, implícito do Estado e das Constituições atuais e, com freqüência, algo mais pressuposto do que algo explicitamente fundamentado.[88]

Em sentido amplo, o vocábulo *constituição* foge totalmente ao campo jurídico, significando a estrutura particular de qualquer coisa.

---

88 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 04.

Através da referida conceituação, todo e qualquer ente tem a sua própria *constituição*, podendo ser citado o exemplo do insigne Michel Temer, quando menciona a possibilidade de examinar-se uma poltrona e descrever a sua estrutura, o seu ser, indicando-se, dessa maneira, os componentes da aludida peça, os quais, somados, constituem a unidade.[89]

A conceituação em sentido material, apesar de com ele manter uma certa relação, ainda refoge ao ordenamento jurídico, pois contempla o universo do ser, e não do dever-ser, do qual o Direito faz parte.[90]

Em verdade, reporta-se à somatória das variantes políticas, econômicas, ideológicas, dentre outras, que consubstanciam a realidade social de um determinado ente Estatal, apresentando a sua peculiar maneira de ser.

Em sentido substancial, já se percebe um maior conteúdo normativo do termo *constituição*, passando este a representar um conjunto de regras ou princípios que têm por pálio a fomentação da estrutura do Estado, a organização dos seus órgãos supremos, bem como a definição de suas respectivas competências.

Em outras palavras, a palavra *constituição* passa a exalar o odor de complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, hábeis a gizar as vigas mestras de um determinado ordenamento jurídico, estudando-se as relações jurídicas mínimas para a existência de um Estado e, principalmente, para

---

89 TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

90 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 06: "'Norma' é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida, ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constituiu o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do ato. Por isso, não é correto dizer, como muitas vezes se diz, que o dever de um indivíduo fazer algo nada mais significa senão que um outro indivíduo quer algo – o que equivaleria a dizer que o enunciado de um dever-ser se deixa reconduzir ao enunciado de um ser".

imantar as garantias e os direitos intrínsecos e inerentes à condição humana dos componentes que o formam.

O sentido formal traz em seu bojo característica diametralmente oposta àquela externada pelo substancial, definindo *constituição* como sendo a reunião de normas legislativas diferentes daquelas de natureza não basilar, em razão de as primeiras serem confeccionadas diante de um processo legislativo mais dificultoso, formal, árduo e solene, somando-se a tais dificuldades a criação de um órgão com função especial de elaborá-la (Assembléia Constituinte).

O objetivo da Constituição formal é apenas e tão-somente a existência de um texto regularmente aprovado pela força soberana do Estado e que lhe confere a estrutura e declina os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

Modernamente, e adotando a conceituação estabelecida por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, pode-se definir Constituição como:

> [...] a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.[91]

Como bem se observa em razão das argumentações até agora levantadas, tem-se que a Constituição não é – e nem poderia ser – uma lei qualquer, daí porque afirmar-se, com toda certeza, que tal jamais poderá ser revogada, mas apenas alterada, uma vez que, como dito anteriormente, se apresenta como legislação hierarquicamente superior: é a lei fundamental, nuclear e básica de uma sociedade politicamente organizada.[92]

---

91 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 03.

92 NALINI, José Renato. **Constituição e Estado democrático**. Coordenação Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997, p. 37: "[...] o princípio da supremacia constitucional significa encontrar-se a Constituição no vértice do sistema normativo. Ela é o fundamento de validade de todas as demais normas, pois estabelece em seu corpo a forma pela qual a normatividade infraconstitucional será produzida. Todas as demais leis e atos normativos são hierarquicamente inferiores à Constituição. E se com ela incompatíveis, não têm lugar no sistema jurídico, por não haver possibilidade de coexistência entre a Constituição e norma inconstitucional".

O princípio da supremacia da Constituição é decorrência lógica de sua própria origem, haja vista que deriva do chamado Poder Constituinte Originário, o qual apresenta natureza quase absoluta,[93] além de seu inegável caráter de rigidez, sobrepondo-se, assim, em relação às demais espécies normativas existentes, sendo, portando, de observância obrigatória.

Em prossecução, pode-se afirmar que, em razão do denominado *princípio da supremacia da Constituição*, definido este como "[...] a particular relação de superioridade e subordinação em que se encontram as normas dentro de um ordenamento jurídico determinado",[94] as normas constitucionais possuem grau hierárquico mais elevado que as demais, sendo, por lógico, o ápice de todo o conjunto jurídico vigente.

Qualquer regramento normativo criado ao arrepio e à inobservância dos preceitos basilares ali existentes será inconstitucional e, por via de conseqüência, alijado do respectivo sistema.[95]

No que concerne à importância de explicar a preponderância das normas constitucionais sobre as demais, é preciso acentuar, também, e nos precisos dizeres de André Ramos Tavares:

---

93 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Constituição e inconstitucionalidade. 3ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1996. tomo II, p. 86: "Daqui não decorrer, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é um poder soberano absoluto – tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição – e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido –aqui trata ele da legitimidade, conforme José Eduardo Faria. O poder constituinte está sujeitos a limites".

94 SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 39.

95 NINO, Carlos Santiago. ***Fundamentos de derecho constitucional: analisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional***. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 25: "*Decir que una norma es válida, en este sentido, quiere decir que la norma debe ser aplicada y observada, que tiene fuerza obligatoria, que sirve de razón para justificar una acción o decisión. Veamos, entonces, hasta qué punto la Constitucion concebida como práctica social de reconocimiento es relevante para fundamentar la validez de las demás normas del sistema jurídico. Este punto es sumamente importante porque encierra la respuesta más generalizada entre juristas, jueces y filósofos acerca de la relevancia de la Constitución para el razonamiento práctico. Por ejemplo, el juez Marshall en el famoso caso norteamericano 'Marbury v. Madison', que estableció el control judicial de constitucionalidad, sostenía que la Constitución no es sólo la ley suprema sino que sirve también para establecer cuáles otras leyes son obligatorias para los jueces*".

> [...] a disposição hierárquica cumpre a importante função de conferir coerência e coesão ao ordenamento estatal. A Constituição é o patamar último de determinado ordenamento positivo, com o que a importância em seu cumprimento se exige com mais intensidade do que aquela normalmente exigida para os demais textos normativos.[96]

Está mais do que na hora de o aplicador do Direito fazer valer, no plano concreto, a inegável superioridade hierárquica da Constituição,[97] de modo que seus atos, condutas e interpretações estejam, o mais próximo possível, das diretrizes encampadas pela República a partir de 05 de outubro de 1988.[98]

Passando-se, agora, a examinar a aplicabilidade das normas constitucionais e, mais detalhadamente as condições concretas dessa aplicação, surgem questionamentos acerca da sua aptidão, por si só, para a produção de todos os efeitos almejados pelo legislador constituinte ou, ao reverso, se para o alcance do referido desiderato, necessária se faz a regulamentação infraconstitucional, com capacidade de clarificar e impor seu verdadeiro sentido, circunstância essa que importa, sobremaneira, para o desenvolvimento da temática proposta neste trabalho.

Em apertada síntese, excetuando-se as normas de aplicabilidade direta e eficácia imediata e aquelas de aplicabilidade plena e eficácia restringível, inegável se coloca a necessidade de elaboração de uma legislação infraconstitucional

---

96 TAVARES, 2001, p. 72.

97 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76: "[...] as normas constitucionais limitam os poderes públicos, que só podem agir como e quando elas determinam, e mais, disciplinam como e por quem vão ser elaboradas as demais normas. Esses limites que restringem a ação dos poderes estatais garantem o Estado de Direito, atuando, principalmente, no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim, qualquer norma, seja de direito público, seja de direito privado, deve estar adequada às normas constitucionais e isto no sentido de não poder contrariá-las, sob pena de ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário".

98 ZOLLINGER, Márcia. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006, p. 47: "Ressalte-se, por fim, que também na seara procedimental e organizatória da dimensão jurídico-objetiva apresenta-se o problema acerca da possibilidade de inferir-se direitos subjetivos individuais a partir dos deveres do Estado de estruturar organizações e procedimentos para a proteção de direitos fundamentais. No que diz respeito ao dever do juiz de promover uma interpretação e aplicação das normas procedimentais de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais, não há dificuldades em afirmar uma correspondente subjetivização que pode ser enfeixada na forma geral de um direito à proteção jurídica efetiva".

ulterior,[99] a fim de que sejam corretamente regulamentados os mecanismos de real efetivação e alcance dos demais tipos normativos basilares (normas constitucionais de eficácia limitada ou não bastantes em si).[100]

Noutro giro verbal, pode-se afirmar que nesta categoria:

> [...] incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.[101]

Em relação a tais normas, faz-se imperioso destacar sua eficácia direta e plena enquanto o legislador ordinário não confeccionar a competente normação restritiva, seu poder e capacidade de lidar com os interesses contidos em si mesmas.

Outrossim, as normas constitucionais de eficácia contida admitem, não quanto à sua aplicabilidade, mas quanto ao cerceamento de sua aplicação e eficácia, a edição de legislação reguladora ou explicativa. Nas palavras de José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia contida também "[...] incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias".[102]

Ao contrário daquelas de eficácia contível, a quase totalidade das normas de eficácia limitada não traz, *de per si*, poder normativo que autorize sua

---

99 **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 224: "[...] incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais, para essa aplicabilidade, são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos".

100 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. 3. tirag. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 81-82: "[...] a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se admitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida".

101 Ididem, p. 82.

102 Ibidem, mesma página.

aplicação imediata. Por conseguinte, a consecução da referida complementação capaz de avalizar sua aplicação foi deixada para o legislador ordinário.

Em relação às normas aqui em apreço, deve-se ater àquelas de princípio institutivo, as quais tiveram a estrutura e atribuições delineadas pelo legislador constituinte (órgãos, entidades ou institutos), mas que são submetidas ao legislador infraconstitucional, mediante a edição de lei própria, a estruturação definitiva.

Entrementes, embora se verifique, como visto, a necessidade de que o legislador infraconstitucional deva proceder à regulamentação de um determinado direito apresentado pela Constituição, a verdade é que sua omissão acarretará ao destinatário o seu pleno exercício, como se dá, nos dias atuais, com o direito de greve do servidor público e a reforma agrária.

Fica patente, assim, que, embora o texto constitucional não tenha feito referência expressa como o fez a Constituição Portuguesa, a verdade é que nosso sistema jurídico contempla o chamado *direito de resistência*, ou seja, o cidadão tem o direito de resistir a normas manifestamente incompatíveis com a Carta Política, bem como tem o direito de resistir em face da omissão da concretização de seus paradigmas e de suas diretrizes.

Todavia, já está bastante sedimentada a assertiva de que toda e qualquer norma constitucional é dotada de eficácia, pois, não seria lógico, do ponto de vista jurídico, que a Lei Suprema de uma sociedade politicamente organizada contivesse regramentos e princípios não dotados de juridicidade, circunstância essa que leva à conclusão de que até mesmo as chamadas normas constitucionais programáticas – não obstante na maioria das vezes apenas indicarem um esquema de atuação para os órgãos públicos existentes – possuem caráter preceptivo como quaisquer outras.[103]

---

[103] CANOTILHO, 1999, p. 1.162: "[...] existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõem uma actividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição".

Assim, no que diz respeito às normas programáticas oriundas da Constituição, sua importância e relevância repousam na indicação do caminho a ser seguido e de que forma pretende-se atingi-lo, voltando-se para a ordem jurídico-política nacional e, em especial, a justiça social, situação essa que não lhe retira o caráter imperativo e obrigatório de suas observâncias.[104]

Nesse diapasão, e ao comentar a questão atinente à problemática da eficácia das normas constitucionais programáticas, Luís Roberto Barroso pondera:

> De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua não observância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-se prescrições desprovidas de sanção, mero ideário jurídico.[105]

Percebe-se, para logo, que as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são as que: "[...] não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado".[106]

---

104 FERRARI, 2001, p. 188: "Quando se fala em normas que impõe fins, tarefas, programas, que impõem uma atividade, tais normas vinculam positivamente a todos os órgãos do Poder Público, tanto o Legislativo como o Executivo e o Judiciário, que devem considerá-las como 'diretivas materiais permanentes', representando um limite positivo e negativo de atuação o que pode dar ensejo à caracterização de uma inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariem, mas é importante registrar que a consagração dos direitos sociais crias barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos. Assim, enquanto os direitos individuais 'interditam ao Estado o amesquinhamento do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono indivíduos menos favorecidos pela fortuna'. O Estado, nessa nova realidade, de simples árbitro da paz, da ordem e da segurança, passa a buscar o bem-estar coletivo dentro de uma nova visão de Estado, mediante a estatuição do salário mínimo, do direito de greve, da repressão do abuso do poder econômico, da previdência social e onde a propriedade privada, a livre iniciativa, a ação econômica dos empreendedores passam a ter que observar um objetivo comum".

105 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 72.

106 SILVA, 1999, p. 82-83.

Em continuidade, é consabido que a norma jurídica[107] é o imperativo autorizante de conteúdo sancionatório, possuindo as seguintes características: utilidade, brevidade, clareza, precisão, honestidade, justiça e possibilidade.

A natureza jurídica da norma advém da autoridade competente para a sua edição, desde que regular e integralmente obedecidos os trâmites legislativos necessários para a sua constitucionalidade e legalidade.

A finalidade da norma jurídica é atingir a ordenação social, baseando-se, para tanto, nas diretrizes constitucionais relativas à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza, dentre outras.

Todavia, é sabido que não basta apenas a edição de normas jurídicas para que toda a sorte de conflitos sociais seja resolvida.

Existem ocasiões em que o juiz não encontra, na legislação escrita, norma jurídica correspondente ao problema concreto que lhe foi submetido, e, mesmo assim, não poderá deixar de resolver o conflito de interesses colocado em suas mãos, devendo, então, utilizar-se do quanto positivado no Art. 4º da LICC: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito" e no Art. 126 do CPC: "O juiz não se exime de sentenciar ou de despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito".

A omissão mencionada no artigo de regência, em verdade, significa que a lei, fruto do pensamento e da atividade humanas, poderá apresentar alguma lacuna, alguma imperfeição, situação, aliás, inevitável em qualquer ordenamento jurídico, pois, não há como o legislador, por mais competente e dedicado que

---

[107] Cf. MUSSO, Enrico Spagna. ***Diritto costituzionale***. Roma: LTEE, 2005, p. 37: "*In realtà, per tale metodo, la norma risulta quale un iceberg del quale per valutare esattamente la parte emergente occorre necessariamente analizzare anche la parte sottostante; e, pertanto, in via d'integrazione rispetto ai canoni tradizionali, l'interpretazione deve riguardare non il solo disposto normativo emergente ed i suoi legami «orizzontalli» com l'ordinamento giuridico di cui fa parte, ma l'intero dato sociale di cui la norma stessa è espressione*".

seja, prever todas as hipóteses referentes às relações entre as pessoas, entre os indivíduos e, conseqüentemente, aos conflitos de interesses que de tais podem advir.

No silêncio, na omissão, deve o juiz, como já dito, valer-se dos mecanismos oferecidos pelo referido Art. 4º da LICC e, também, pelo Art. 126 da lei de ritos civis.

Navegando-se nessas águas, o juiz, sempre que possível, tenta adequar uma norma geral e abstrata a um caso específico e concreto, sendo certo que, dentro de um silogismo, a norma funciona como premissa maior e a hipótese *sub judice*, como premissa menor, decorrendo da conjugação de tais fatores, inevitavelmente, uma solução.

Assim, se a regra prescreve que alcança a maioridade civil aquele que completa 18 (dezoito) anos, e, no caso concreto, demonstra-se que o autor da ação já atingiu referido lapso temporal, a conclusão que nasce é a de que ele é maior de idade, podendo realizar todos os atos concernentes a esse fator.

Entrementes, existem situações em que a norma jurídica não possui a clareza necessária, trazendo, inclusive, expressões de difícil conceituação ou de natureza muito ampla e de caráter inegavelmente subjetivo, tais como: *bem comum*, *negligência*, *boa-fé*, *preceito fundamental*, *dignidade*, etc., sendo imprescindível a busca do conteúdo exato do texto legal pelo intérprete, a fim de que não haja prejuízo na concretização e na aplicação de um determinado direito previsto e albergado no texto constitucional.

Nas referidas circunstâncias, necessário se faz um esforço maior do intérprete do direito, devendo ele realizar operações que visem imprimir um conteúdo lógico para a aplicação do direito posto. Tais operações fazem parte daquilo que se convencionou denominar de interpretação.

De acordo com a definição apresentada pelo Minidicionário Houaiss, tem-se que o ato de interpretação diz respeito à determinação do significado de algo,

determinação esta exarada a partir de um ponto de vista ou um entendimento ou julgamento pessoal.[108]

Todavia, no âmbito jurídico, o vocábulo, segundo Pedro Nunes, assume aspecto mais científico e apurado, representando o método pelo qual o hermeneuta (intérprete) procura apreender o pensamento do legislador, expresso na norma *sub examine*, e, em seguida, explica a sua verdadeira inteligência, o seu justo e conveniente sentido técnico-jurídico.[109]

O texto constitucional não foge dessa imperiosa necessidade interpretativa.

Registre-se a advertência de Jorge Miranda:

> [...] há sempre que interpretar a Constituição como há sempre que interpretar a lei. Só através dessa tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ele qual for. Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma. Não é possível a aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação.[110]

A interpretação das normas da Constituição exige do operador do Direito uma sensibilidade capaz de levá-lo à essência dos dogmas e compreender as disposições fundamentais contidas em seu bojo, atentando para o próprio sentido que o constituinte atribuiu às palavras do Texto Maior, sem deixar de lado as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos, buscando, ao final, sua aplicação ao caso concreto, a fim de que, com efetividade, seja solucionada, satisfatoriamente, a controvérsia outrora surgida.

Para a corrente interpretativista, os juízes, ao procederem à interpretação da Constituição, devem limitá-la à captação do sentido dos preceitos e dogmas

---

108 Cf. p. 255, notas 1, 1.1 e 2.

109 NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. São Paulo: Forense, 2001, tomo II, p. 743.

110 MIRANDA, 2002, p. 448.

nela inseridos, ou, quando muito, naqueles claramente implícitos, uma vez que ela se assenta no postulado do princípio democrático, através do qual tem-se que a decisão judicial não pode e não deve substituir a decisão político-legislativa da maioria democrática.[111]

No que se refere à chamada interpretação literal, tem-se:

> [...] essa teoria propõe que aos termos de uma lei se atribua aquilo que melhor chamaríamos de seu significado contextual, isto é, só significado que lhes atribuiríamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções do autor.[112]

Já, quanto à nominada interpretação sistemática, verifica-se a necessidade de um modelo de interpretação operativa dentro do contexto funcional do direito que proporciona, também, fatores relevantes sobre a aplicação de regras.

Por fim, no que diz respeito à interpretação histórica, levam-se em conta os momentos que antecederam e forjaram a criação de um determinado modelo jurídico ou de um determinado texto normativo.

Apesar de a questão relativa ao denominado *método justo de interpretação* ser uma das mais controvertidas e espinhosas dentro do juspublicismo, tem-se que, nos dias de hoje, a interpretação das normas constitucionais caracteriza-se como um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com fulcro em critérios ou premissas diferentes, mas, geralmente, que se complementam.[113]

---

111 Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71: "Enunciar o Direito democraticamente reclama o prévio de sua produção mediante um processo (legislativo) democraticamente estruturado, o que exige organização política (democraticamente) adequada. Aplicar o Direito, por seu turno, impõe não só a organização política (democrática) adequada da função jurisdicional, mas igualmente o processo jurisdicional (democrático) adequado".

112 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

113 Sob esse aspecto, importante a demonstração alcançada na monografia elaborada por Soraya Regina Gasparetto Lunardi, intitulada **A interpretação legislativa e o mito da neutralidade na jurisprudência**, no sentido de que o STF, ao proferir voto nos autos de processo que analisava a competência para o processo e julgamento de queixa-crime contra Ministro de Estado que, tendo deixado o cargo, se tornou Governador de Estado-membro, se valeu, ao mesmo tempo, de vários métodos interpretativos, o que caracteriza a dificuldade de adoção de modelo único para a solução de conflitos.

Todavia, não há como se esquivar de importante mecanismo hermenêutico, denominado de *interpretação conforme a Constituição*, o qual acaba se constituindo num instrumento de fundamental relevância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais.[114]

De acordo com o referido princípio, percebe-se que o intérprete, ao deparar-se com normas de caráter polissêmico, deverá priorizar interpretação que outorgue sentido à norma, em conformidade com os princípios e as regras emanadas de uma determinada Constituição.

Sobre o chamado método de interpretação conforme a Constituição,[115] interessante trazer à baila a esclarecedora manifestação do constitucionalista gaúcho Paulo Bonavides, para quem:

> A aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada 'conforme a Constituição'. Deriva outrossim do emprego de tal método a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor.[116]

Justifica-se a interpretação conforme a Constituição pela inegável e precípua necessidade de implantação da justiça constitucional por intermédio da *Lex Legum*,[117] servindo, inclusive, para preencher eventuais lacunas que existam

---

114 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 573.

115 Impende ressaltar que o tema em questão já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Representação nº 1.417-7/DF.

116 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 474.

117 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes da Justiça, 1998, p. 123-124: "A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação do direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução do direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito considerado como simples reprodução".

no ordenamento jurídico,[118] cuja caracterização pode dar-se pela analogia, pela redução ou, ainda, por derivação das premissas normativas constantes da própria Constituição.[119]

Em suma, e como decorrência da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, havendo possibilidade de múltiplas interpretações de um determinado dispositivo, deve-se escolher aquela que mantenha harmonia com a Carta Magna, ainda que não seja a que com mais evidência resulte da leitura do texto.

O princípio da interpretação conforme tem como desdobramento, além da eleição de uma linha interpretativa, a exclusão expressa de outras possíveis que conduzam a resultado antagônico àquele estampado na Constituição.

Inocêncio Mártires Coelho, com a propriedade que lhe é peculiar, assevera que a interpretação conforme:

> [...] ao recomendar – nisso se resume o princípio – que os aplicadores da constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho interpretativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pudessem invalidar os atos legislativos.[120]

---

118 TREMPS, Pablo Perez, *La justicia constitucional en la actualidad: especial referencia a América Latina*. In: **Revista brasileira de direito constitucional**, vol 01. Madri: DTC, jan./jun. 2003, p. 31: "*Como es sabido, la justicia constitucional, en especial en su diseño kelseniano, surge ante una situación de crisis de la idea de constitución, como un mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales, y muy significativamente los derechos fundamentales*".

119 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275: "[...] ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal".

120 COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2ª ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 137-138.

Fica nítida, assim, dentro de certos limites, a importância de o operador do Direito valer-se do princípio da interpretação conforme a Constituição, quando da análise de textos infraconstitucionais, no afã de que seja mantida a coesão e a unidade do sistema, fomentando-se, cada vez mais, a segurança jurídica que deve nortear as soluções de conflitos envolvendo os jurisdicionados e, por via reflexa, todos os cidadãos.

Valendo-se do quanto exposto nos parágrafos antecedentes e transportando a temática para o objeto de estudo deste trabalho, não se pode afastar a assertiva de que é preciso repensar o Direito Civil à luz inexorável e indelével dos ditames basilares impostos pelo constituinte de 1988, sob pena de, em assim não agindo, estar-se, injustamente, divorciando-se dos novos valores sociais e relegando o ser humano, a pessoa, a um segundo e desprezível plano, o que se cumpre a todo custo evitar.[121-122]

Nesse sentido, como conclusão exposta em palestra realizada no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional realizado em Curitiba no ano de 2004, Fachin salienta com o brilhantismo de sempre:

> [...] da morte por asfixia se salvou o Direito Civil contemporâneo ao abrir-se para além do neo-exegese. Do Direito formal chegou-se à legalidade constitucional. Nada obstante, de modo diferente dos civilistas tradicionais, o Direito Civil brasileiro contemporâneo tomou como norma vinculante os princípios constitucionais. Foi à fonte do novo constitucionalismo. O inverso também impende ser verdadeiro, para evitar que o Código Civil seja citado como sinônimo de Direito Civil, ou para os menos avisados que tomam o

---

121 Ibidem, p. 46: “Dada a supremacia da Constituição, deve-se dizer, desde logo, que o novo Código Civil há de ser aplicado à luz das regras e princípios da lei maior, rejeitando-se o que nele se mostrar incompatível com as normas constitucionais ou não comportar leituras de adequação, no amplo espectro do que, modernamente, tem sido entendido como interpretação conformadora. Noutras palavras, atentos às velhas regras de bom aviso – preceitos que traduzem o senso comum dos juristas no âmbito do controle de constitucionalidade – devem os nossos operadores jurídicos partir da idéia de que esse Código, no todo, como em suas partes, não agride nem pretendeu agredir a Constituição; em caso de dúvida, decidir pela constitucionalidade de seus preceitos; e, afinal, tendo de escolher entre distintas interpretações, optar por aquela que além de se mostrar compatível com a Constituição, realize melhor ou mais intensamente as decisões do legislador constitucional”.

122 Ibidem, p. 54: “[...] não se pode, pois, entender o Direito Civil – em suas vigas fundamentais: o contrato, a propriedade e a família – sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional. Um se prende ao outro como corpo e alma [...]”.

> pretérito como presente, e ao fazerem caricatura do passado estão se projetando no objeto do que perdeu sentido. É preciso ir mais longe. Navegar outros mares e captar o 'direito vivente', evitando construir o futuro com a sombra do que passou.[123]

Em resumo, escorreita a lição propagada por Paulo Luiz Netto Lobo:

> [...] na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre).[124]

Vale deixar registrado, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.324-7/DF, reconheceu, por unanimidade, que no pedido contido no bojo de ação que visa o controle abstrato de constitucionalidade pode ser formulado exigência no sentido de que determinado dispositivo de lei infraconstitucional venha a, obrigatoriamente, sofrer interpretação conforme.

3.2 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito de Família

Princípios constitucionais são os valores da sociedade em um determinado momento e contexto, transpostos para o texto maior, revelando, por conseguinte, as decisões políticas fundamentais com forte carga ideológica.

Nesse particular, é inconcebível a existência de princípios neutros.

---

123 Palestra de Luiz Edson Fachin no VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional. O texto reproduz em síntese as idéias expostas no 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 04 à 07/10/2004. Foi mantida a estrutura da exposição oral, sem adaptação às fontes e a outros recursos mais afetos à sistematização escrita, conforme explica nota de rodapé inserta no *site* <http://200.160.20.172/revista_on_line/artigo%2022.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2007.

124 Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 19 fev. 2007.

Em outras palavras, a ideologia deve espelhar a realidade social vivenciada pela população que, como adrede mencionado, irá caracterizar e enriquecer os princípios.

Incontroverso se apresenta que os princípios constitucionais funcionam como verdadeiras e indispensáveis diretrizes do sistema jurídico, conferindo-lhe, portanto, estrutura e coesão, até porque, como bem deixou assentado de há muito Vicente Ráo, sua ignorância "[...] quando não induz a erro, leva à criação de rábulas em lugar de juristas".[125]

Pela importância que lhe cabe, vale rememorar, nesta oportunidade, a profícua lição propagada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

> [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.[126]

Antes de propriamente iniciar o estudo dos princípios constitucionais afetos ao Direito de Família, é preciso que seja sucintamente demonstrado o árduo caminho evolutivo decorrido desde seus primórdios como meros axiomas jurídicos até serem considerados elementos que: "[...] encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica em novos conceitos de sua relevância".[127]

A primeira teoria sobre a existência ou não de juridicidade em relação aos princípios foi formulada pelos chamados jusnaturalistas, segundo a qual aqueles seriam simples ideais inspiradores de justiça, servindo mais como conselhos do que como

---

125 RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48.

126 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 772.

127 BONAVIDES, 2001, p. 263.

normas imperativas e eficazes. Não se pode olvidar, ainda, que tal relutância se baseou, para alguns, na questão relativa à amplitude de seu conteúdo e na ausência de sanção.

Em outras palavras, "[...] eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito".[128]

Em um segundo momento, na fase juspositivista, os princípios passaram à condição de fonte normativa subsidiária da lei, somente sendo utilizados em casos de omissão ou lacuna, num verdadeiro papel de elemento integrador do sistema jurídico e tendo presença constante na legislação codificada.

Entretanto, considerar o princípio apenas como um derivado e subsidiário da lei – situação esta registrada de maneira expressa no Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual trata da questão relativa à integração das normas jurídicas – acabou tornando precária sua força normativa, pois, como já dito, sua vazão somente ocorria diante da ausência de outro meio legal para o deslinde de uma determinada controvérsia, ou, nos dizeres de Paulo Bonavides, "[...] o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica".[129]

A terceira e última fase, conhecida como pós-positivismo e inaugurada nas últimas décadas do século passado, operou o passamento dos princípios da alçada *jusprivativa* (códigos) para a seara *juspública*, os quais tomaram assento nos mais diversos textos constitucionais e foram reconhecidos como espécie do gênero norma, situação esta que lhes conferiu o papel de viga-mestra necessária e responsável pela formação e pelo atingimento da finalidade do próprio ordenamento.

De fato:

---

128 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tirag. (com acréscimo) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

129 BONAVIDES, 2001, p. 236.

> [...] é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural com a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.[130]

Nessa esteira de silogismo, os princípios constitucionais são aqueles fundamentais do Estado de Direito,[131] agora alçapremados à categoria superior do ordenamento jurídico, merecendo especial destaque em decorrência da presença cada vez maior de constituições rígidas.

Noutro giro verbal, temos que: "[...] as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais".[132]

Por derradeiro, também deve-se deitar especial atenção à escorreita orientação expendida pelo festejado constitucionalista Eros Roberto Grau, segundo:

> [...] a importância dos princípios 'positivados' ou positivos – abandono, como se vê, o uso da expressão 'princípios jurídicos que constituem regras jurídicas' – e dos princípios gerais do direito é extrema. Tamanha que, da inserção deles no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso, no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios.[133]

Nesse mesmo diapasão, sintetiza, por sua vez, o não menos ilustre Celso Bastos: "[...] os princípios constitucionais são metas que podem e devem entrar a qualquer momento no discurso legitimador do Direito".[134]

---

130 Ibidem, p. 237.

131 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 28.

132 BONAVIDES, 2001, p. 237.

133 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80.

134 BASTOS, Celso. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 136.

Conforme destacado anteriormente, os princípios possuem, assim como as regras, inegável força normativa, diferenciando-se destas últimas, dentre outros, pelo alto grau de generalidade, pela natureza, pela formalidade, pela incidência, pela função e pela diferenciação global. Nesse sentido, importante, também, conferir o pensamento de Willis Santiago Guerra Filho.[135]

Realmente:

> [...] tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.[136]

Para o mestre luso Canotilho,[137] a classificação dos princípios se espraia nas seguintes espécies ou categorias, a saber: *princípios jurídicos fundamentais*, aqueles que antes de serem princípios específicos do Direito Constitucional, princípios gerais de Direito; *princípios constitucionais impositivos*, aqueles que, como a própria nomenclatura explicita, impõem ao Estado, em destaque ao legislador, a efetivação de fins e a consecução de tarefas; e, *princípios-garantia*, aqueles mais específicos e com maior poder

---

135 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 55: "Uma constatação que se faz absolutamente necessária, no que toca a natureza diversa de regras e princípios, dá-se quando ocorre um choque entre suas disposições. Assim, caso sejam duas regras que dispõe diferentemente sobre uma mesma situação ocorre um excesso normativo, uma antinomia jurídica, que deve ser afastada com base em critérios que, em geral, são fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, para que se mantenha sua unidade e coerência. Essa, aliás, são exigências que se pode fazer decorrer da própria isonomia, com seu imperativo de que se regule igualmente situações idênticas. Já com os princípios tudo se passa de modo diferente, pois eles, na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, considerados da forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou 'compatibilizáveis') uns com os outros. Contudo, ao procurarmos solucionar um caso, logo se percebe que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro (s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos circunstancial e pontualmente, em sua eficácia".

136 ALEXY, Robert. ***Teoria de los derechos fundamentales***. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993, p. 525.

137 CANOTILHO, 1999, p. 1.122.

normativo, situação essa que chega a aproximá-los das regras, exemplo: o da inocência, o do juiz natural, etc.[138]

Os princípios constitucionais devem ser interpretados conforme a concepção sistêmica do ordenamento jurídico em que inseridos, de maneira concatenada, enquanto mandamentos nucleares, ordenando-se sistematicamente, a fim de que sejam devidamente estabelecidas as operações de concordância prática entre eles.

Essas breves considerações são de suma importância para a conclusão a que se pretende chegar com a elaboração do presente trabalho.

3.2.1 Princípio da proteção da dignidade humana

Neste momento, a fim de se dar início à abordagem do tema a ser desenvolvido neste subitem, mister se faz volver à origem histórica do princípio constitucional que diz respeito à dignidade humana, e, para tanto, passa-se a discorrer acerca dos conceitos de dignidade e de pessoa.

O primeiro termo tem seu nascedouro no antigo vocábulo latino *dignitas*, significando, dentre outros, respeitabilidade, consideração, estima. Já aqueloutro, também de origem latina, advém da expressão *per-sonare*, referente às máscaras teatrais utilizadas para a difusão da voz dos atores, passando, ao depois, a servir a designação da própria personagem representada.[139]

---

138 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, passim. Luís Roberto Barroso, atentando-se para o grau de importância e sua respectiva abrangência, diferenciou os princípios constitucionais da seguinte maneira: *princípios fundamentais*, são aqueles atinentes a estrutura do Estado, ex.: o princípio republicano, o do Estado democrático de direito, o presidencialista etc; *princípios constitucionais gerais*, são aqueles onde denota-se equivalência com os princípios-garantia tratados por Canotilho, ex.: o da legalidade, o da isonomia, o do juiz natural etc; *princípios setoriais ou especiais*, são aqueles que formam um conjunto determinado e restrito a certo tema, capítulo ou título da Constituição, podendo ser um delineamento dos princípios gerais – ex.: legalidade tributária ou legalidade penal –, ou, são autônomos, relativos à Administração pública (exemplo: o da legalidade administrativa, o da moralidade etc), relativos à organização dos Poderes (ex.: o da publicidade e da motivação das decisões judiciais e administrativas, o da subordinação das Forças Armadas ao poder civil etc), dentre outros.

139 ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 109-111.

Assim, e mantendo nosso pensamento no tempo pretérito, tem-se que a conceituação de dignidade e de pessoa, tais como aquelas conhecidas hodiernamente, não se faziam presentes, sendo certo que para a filosofia grega o homem não passava de um animal político ou social, tendo sua vida vinculada à própria vida do Estado.

Os conceitos *sub studio* somente começaram a galgar paragens mais férteis com o advento do Cristianismo, cujo pensamento baseado na fraternidade compeliu a humanidade a uma mudança de mentalidade e de valores, objetivando o atingimento da igualdade entre todos os homens e a abolição da escravatura – empreitada esta iniciada ainda no final do Império Romano, com a proibição de crueldades aos escravos imposta pelo Imperador Constantino, referendada, tempos depois, pelo triunfo dos movimentos abolicionistas do século XIX e do principiar do século XX.

Naquela ocasião, o conceito de pessoa sofreu uma profunda transformação e passou a designar um ente humano capaz de adquirir direitos e contrair obrigações, focado em si mesmo, e não mais na vida do Estado, ressaltando, dessa maneira, a própria dignidade da pessoa através da afirmação de direitos específicos do indivíduo diante do Estado.

Nestes tempos modernos, a tendência traçada nos ordenamentos jurídicos está alicerçada no reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Esse posicionamento, impulsionado após as Grandes Guerras que assolaram a Europa no século passado, em especial no tocante à barbárie nazi-fascista, repousa na eleição da dignidade da pessoa humana como o valor básico, central e precípuo do Estado Democrático de Direito, haja vista que de nada adiantaria falar-se em democracia[140] e em direito diante da ausência de instrumentos que viessem proteger e consagrar a célula *mater* da sociedade.

O postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva,

---

[140] MORAIS, José Luiz Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 106: “A democracia como vir-a-ser cotidiano precisa estabelecer vínculos fortes com a vida; é um estado de compromisso daqueles que participam deste processo. Presupõe a concentração, num mesmo plano, de uma comunidade normativamente regulada, estabelecida, a partir de um modelo de ação comunicativa onde nenhum dos seus membros esteja à mercê de um processo de violência institucionalizado nacisisticamente, sequer de uma racionalidade onipotente, dominada por alguns”.

unanimidade entre os autores, muito embora se deva, de logo, ressaltar que as múltiplas opiniões se apresentam harmônicas e complementares.

Para o jurista espanhol Jesús González Pérez, "[...] *la dignidad de la persona es, pues, el rango de la persona como tal*",[141] reconhecendo na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

Convém apresentar, também, a escorreita ilação formulada por Luiz Antônio Rizzatto Nunes, para quem:

> [...] está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.[142]

A interferência constitucional do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana acaba irradiando dentro da ordem jurídica brasileira efeitos nos seguintes pontos: a) reverência à igualdade entre os homens (Art. 5º, inc. I, CF); b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; c) garantia de um patamar existencial mínimo; e, d) impossibilidade de a orientação sexual do indivíduo ser vista como critério de discriminação.

Parece ser incontroversa a assertiva de que o Direito, enquanto meio regulamentador do comportamento humano, deve sempre, sob pena da completa e irrestrita perda de sua eficácia, acompanhar a evolução do meio social em que inserido, possuindo, assim, um caráter manifestamente dinâmico, pois, dinâmica,

---

141 PÉREZ, Jesús González. ***La dignidad de la persona***. Madri: Civitas, 1986, p. 24.

142 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50-51.

frise-se, é a modificação dos conceitos, dogmas, condutas, posturas e anseios adotados pelos mais diversos tipos de sociedades existentes.

Nesta quadra, e como já salientado anteriormente, tem-se que hodiernamente a pessoa humana foi elevada a elemento indispensável e inseparável da concepção e da fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, na medida em que se percebeu que de nada adiantaria a consagração pelo ente estatal de direitos e garantias, de isonomia, de liberdade, etc., se não conseguir ele prover a existência digna do indivíduo que o forma, e tanto isso é verdade que a quase totalidade dos textos basilares proclamados pelos demais países observa, de maneira positiva, a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, não se olvidando, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio elevou a questão a princípio fundamental da República, disso resultando que a mesma foi corretamente alçapremada à condição de "[...] primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais".[143]

Em assim sendo, tudo o que mais existe em nível de direitos e garantias fundamentais se entremostra como real e secundário desdobramento da efetivação, no mundo concreto, do princípio fundamental da dignidade humana, valendo salientar, por oportuno, que:

> [...] toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.[144]

Ao que parece, então, atualmente tem-se que todos aqueles que se debruçam sobre o Direito não podem mais nortear seus pensamentos e caminhos sem antes analisar se a proposição em questão está de acordo com o postulado da dignidade da pessoa humana, o qual que se transformou na pedra de toque de todo o sistema jurídico-constitucional brasileiro, não podendo, assim, ser desrespeitado por quem quer que seja, mormente pelo Poder Público que tem a obrigação precípua de zelar e fazer cumprir os ditames da Constituição Federal em vigência.

---

143 Ibidem, p. 45.

144 SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999, p. 92.

Isso vale, inequívoca e especialmente, também para o Direito de Família.

3.2.2 Princípio da igualdade entre homens e mulheres na condução da entidade familiar

A confirmação e a ratificação da dignidade da pessoa humana, como demonstrado, impende em observar-se o homem como o centro do universo jurídico, de modo que a irradiação de seus efeitos pela ordem jurídica não há de se verificar, a princípio, de modo diverso a quem quer que seja, independente de sua condição social, sexual, racional, racial, familiar, etc.

Nessa trilha de silogismo, denotam-se duas importantes conseqüências: a de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto – e principalmente – em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei), devendo-se ressaltar que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim, a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada, como bem alinhavou Celso Antônio Bandeira de Mello,[145] em excelente monografia, corroborado pelos doutos ensinamentos proferidos por Carmem Lúcia Antunes Rocha.[146]

Em segundo lugar, emerge a consideração da pessoa humana como um conceito dotado de universalidade, não se podendo admitir, então, qualquer diferenciação de direitos entre nacionais e estrangeiros, salvo quanto àqueles vinculados ao exercício da cidadania, devendo-se entender o *caput* do Art. 5º da Lei Maior, de sorte que a titularidade dos direitos que apresenta se volte a todos aqueles que se encontrem vinculados à ordem jurídica brasileira, deles não se podendo privar o alienígena só pelo fato de não residir em terras nacionais.

Aliás, nesse ponto, merece transcrição a opinião abalizada dos juristas Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, para os quais:

---

145 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 49.

146 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Ler, 1990, p. 39-40.

> [...] os direitos fundamentais têm um forte sentido de proteção do ser humano, e mesmo o próprio *caput* do Art. 5º faz advertência de que essa proteção realiza-se 'sem distinção de qualquer natureza'. Logo, a interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não deixa dúvidas de que os direitos fundamentais destinam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil. Assim, um turista (estrangeiro não residente) que seja vítima de uma arbitrariedade policial, por evidente, poderá utilizar-se do *habeas corpus* para proteger o seu direito de locomoção.[147]

Ainda, sobre o mesmo aspecto, deve ser posta em destaque a ressalva de que os direitos incutidos no Art. 5º da *Lex Mater* que demandam a característica de ser cidadão, *verbi gratia*, a propositura de ação popular, somente poderão ser exercidos pelos brasileiros.

No tocante à falta de diferenciação de direitos entre nacionais e estrangeiros, observada a ressalva lançada, está a merecer destaque a decisão prolatada em 30 de setembro de 1995 pelo Tribunal Constitucional Espanhol, em que o referido órgão judicial entendeu que os direitos pertencentes à pessoa, enquanto tal, não abrangem somente os espanhóis, mas, igualmente, os estrangeiros e que tais direitos, como frisado na anterior deliberação de 23 de novembro de 1984, são aqueles imprescindíveis à garantia da dignidade da pessoa humana.

O princípio em tela, por óbvio, acabou produzindo seus efeitos no campo do Direito de Família, haja vista ter revogado toda a regulamentação que norteava referida instituição quando da promulgação e égide do Código Civil de 1916, ao estabelecer a igualdade entre os cônjuges e companheiros, a igualdade de direitos e qualificações dos filhos independentemente da natureza da filiação (Art. 227, § 6º, CF/88), dentre outras novidades, sendo certo, aliás, que, para muitos doutrinadores de escol, esta última é considerada a principal e radical modificação havida.

Dessa forma, não mais se permite a interpretação de normas relativas à filiação que possam revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos

---

147 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 87.

filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais que outrora infelizmente existiram.

É preciso que se diga que a isonomia em discussão, a par da ampliação do rol de entidades familiares contemplado pelo texto constitucional, está a determinar, não obstante as diferenciações de origem e formação de cada uma delas, que a proteção conferida pelo Estado seja deferida de modo exatamente idêntico.

Com isso, está a se dizer que não existe, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, qualquer possibilidade de hierarquização entre as espécies de entidades familiares exemplificativamente existentes, ou seja, não é defeso interpretar-se o Art. 226 da Constituição Federal e seus respectivos parágrafos no sentido de se concretizar a existência de famílias de várias classes ou castas, sobrepujantes umas às outras.

Porém, necessário se faz o alerta proferido por Rosana Amara Girardi Fachin:

> [...] esta realidade revela uma radical alteração de percurso diante do padrão estabelecido pelo legislador de 1916, que tomou como modelo os casamentos formalizados, muito embora as raízes históricas do Brasil Colônia indicassem, já naquela época, a presença de uma pluralidade de uniões fáticas. O reconhecimento dos novos papéis e funções dentro da família, ora marcado, ao menos no texto constitucional, pelo princípio da igualdade, requer mecanismo de atuação para sua efetiva implementação, especialmente do Poder Judiciário.[148]

A igualdade trouxe para dentro do seio familiar uma reafirmação e uma reformulação da necessidade do respeito e da assistência mútua entre homens e mulheres enquanto membros de suas respectivas entidades familiares, haja vista não existir a preponderância do pensamento de um sobre outro tanto no que se refere à administração da célula em si, dos bens patrimoniais que a compõem,

---

148 FACHIN, 2001, p. 138.

quanto ao exercício do poder familiar (poder parental) quando da existência de prole comum.

Assim, sem sombra de dúvidas, tem-se que tanto no pormenor referente à condução dos destinos da família quanto na particularidade representada pela condição de filho, o princípio da igualdade traz a regra segundo a qual não mais se admitem discriminações, de maneira que o casal é quem decidirá em conjunto pelos caminhos a serem trilhados pela família, e a condição de filho, por si só, impede o tratamento diferenciado com justificativa na sua origem.

No que tange ao tema específico de estudo, afirma a advogada gaúcha Mônica Guazzelli Estrougo:

> […] deve-se reconhecer que a consolidação da igualdade como direito fundamental constitui verdadeira conquista do Direito [...]. Na família, o advento da igualdade foi causa determinante para o avanço das relações familiares, tanto entre os cônjuges ou companheiros, quanto entre pais e filhos.[149]

Aliás, não se pode deslembrar que a concretização da igualdade é preponderante para o escorreito desenvolvimento de qualquer organização social, quanto mais para a célula base dela própria.

3.2.3 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade diz respeito à demonstração de que a constituição de toda e qualquer entidade familiar tem como razão única e precípua a afeição havida entre os indivíduos, de forma que a inexistência de tal sentimento sempre habilita e conduz ao encerramento da união, pois, evidentemente, sem comunhão de vida representada por respeito e carinho mútuos não há família.

---

149 ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: MADALENO, Rolf Hassen; WELTER, Belmiro Pedro (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 321.

Em suma, a *affectio* é a *ratio* única de todas as entidades familiares e também das relações de filiação.

De acordo com Silvana Maria Carbonera:

> [...] a partir do momento em que o sujeito passou a ocupar uma posição central, era esperado que novos elementos ingressassem na esfera jurídica. E foi o que se observou em relação ao afeto. A vontade de estar e permanecer junto a outra pessoa revelou-se um elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, assim como em sua dissolução. As pessoas passaram a se preocupar mais com o que sentiam do que com adequação de seus atos ao modelo jurídico.[150]

Chegou-se à conclusão, de maneira inexorável, de que a união entre pessoas, com o escopo de formar uma entidade familiar (qualquer que seja sua denominação) e de conquistar objetivos em comum, está intrinsecamente ligada à questão do sentimento de afeição, de amor que liga tais agentes, merecendo ele ser, então, jurisdicizado.

Aliás, é através do importante papel do afeto que se chegou à conclusão de que o casamento, *ad exemplum*, não poderia manter-se indissolúvel e inquebrantável, haja vista que, do ponto de vista da aplicação da razoabilidade jurídica, não mais se verificava espaço para a existência de uma imposição de índole constitucional que estava a exigir a manutenção de uma sociedade familiar cujo amor e afeto ruíram há tempos, impingindo eternamente àqueles agentes a pecha do fracasso e a impossibilidade de lhes permitir um novo recomeço, oxalá mais feliz que o anterior.[151]

Não se pode perder de vista, como bem lembra Diogo Leite de Campos, que "[...] a lei quer que os cônjuges estejam sempre em condições de pôr termo a uma relação conjugal inviável".[152]

---

150 CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações familiares. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2000, p. 297.

151 OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 239: "A efetividade é instrumento ou de manutenção da união familiar ou de seu esfacelamento diante da constatação, pelos membros da família, de que entres eles já não mais existe força suficiente para manter unidos os laços da união".

152 CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 285.

Nesse sentido, a precisa lição de Luiz Edson Fachin:

> […] uma história construída a quatro mãos tende ao sentido da permanência. Todavia a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado. Chega-se, assim, por diversas vias, ao fim da sociedade conjugal. Dissolve-se o casamento. A sentença executa os efeitos da dissolução. Término do projeto parental. Um pouso, não raro, marcado pelos solavancos da turbulência.[153]

Embora, inafastável seja a altercação no sentido de que a lei não tenha, por óbvio, força suficiente para criar um sentimento, pode elegê-lo como amálgama, como alicerce para determinado instituto, ainda mais dentro do Direito de Família, no qual as relações são extremamente permeadas por feixes emocionais, afetivos e amorosos, enfim, passionais, normatizando, então, seus fundamentos.[154]

Nessa esteira de pensamento, Sérgio Gischkow Pereira pondera, com a perspicácia de sempre, que não será:

> [...] logo no direito de família que deixará o valor jurídico do amor de merecer especial apreço. O significado, o sentido, a razão de ser, o valor de uma união entre duas ou mais pessoas é posto e subsiste em função da afeição que as vincula. Corolários desta asserção consistem em repelir o despotismo masculino; em vislumbrar na família um grupo fundado na mútua afeição, mais do que pela autoridade marital ou de quem quer que seja; em reduzir os fatores organizacionais e hierárquicos na estrutura familiar; em fomentar a liberdade e a igualdade nas interações familiares.[155]

Os fundamentos da afetividade estão assegurados em vários dispositivos do texto constitucional, podendo-se citar, a título exemplificativo, os Arts. 226, § 4º (a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família

---

153 FACHIN, 1999, p. 169.

154 BARROS, Sérgio Resende. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005, p. 889: “Em suma: a realização da personalidade humana segundo os padrões da dignidade já alcançados na atualidade histórica da civilização é o princípio e o fim da tutela constitucional do afeto”.

155 PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 26.

constitucionalmente protegida), 227, *caput* (o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente), § 5º (a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos), § 6º (todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem), dentre outros.

José Sebastião de Oliveira sintetiza a questão, aduzindo:

> [...] a afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores, determinou, com a mesma intensidade e obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (Art. 229, CF). Foi mais longe: demonstrando os valores humanitários de nossos dias, estabeleceu como dever de todas as espécies de família o amparo aos idosos (não só aos parentes, mas a qualquer idoso), assegurando sua integração na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a uma vida sadia (Art. 230, *caput*, CF).[156]

Assim, e respeitando os caracteres subjetivos que são ínsitos a família, houve por bem o legislador, acertadamente, em transformá-los em diretrizes legislativas para sua melhor proteção.

3.2.4 Princípio da liberdade e do livre planejamento familiar

A liberdade é um eterno conquistar, ampliada na mesma medida em que cresce o domínio do homem sobre a natureza e as relações sociais desenvolvidas com outros homens, almejando, por fim, a própria expansão da personalidade do indivíduo.[157]

Na Declaração de 1789, conceituou-se o termo como:

---

156 OLIVEIRA, 2002, p. 238.

157 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 234.

> [...] poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar, aditando que A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade.

Entretanto, a conceituação apresentada pelo jurista José Afonso da Silva mostra-se mais consentânea com os objetivos deste compilado, ao deixar expresso que a "[...] liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal".[158]

Em prosseguimento e pela propriedade da lição, útil transcrever o conceito proposto pelo citado constitucionalista:

> Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à idéia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. E aqui, aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política. Assim, por exemplo, deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade etc. Desse modo, também, na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um.[159]

Em epítome, a liberdade, na medida em que se amplia, é um autêntico estado de propiciar ao homem completa efetivação da sua personalidade, necessariamente transpondo os mais diversos obstáculos que se interpõem em seu caminho.

Inegavelmente, a liberdade é um dos parâmetros principiológicos do direito de família, na exata medida em que existe uma considerável margem de

---

158 Ibidem, p. 236.
159 Ibidem, mesma página.

discricionariade no que se refere à formação da referida entidade, mormente no que diz respeito à escolha dos parceiros, da forma de constituição da prole, do regime patrimonial, etc.

O direito de liberdade também espraia efeitos no campo protetivo do direito à privacidade e à intimidade, pertencentes e inerentes ao indivíduo, sendo decorrência lógica da implementação do princípio constitucional da proteção da dignidade humana, eis que tanto a vida privada por envolver todos os relacionamentos da pessoa, inclusive seus objetivos, suas aspirações e seus desejos, quanto à intimidade em razão de circundar as relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, fazem parte de sua estrutura.[160]

Sob esse aspecto e tendo ligação com a temática ora desenvolvida, interessante o caso concreto narrado por Amitai Etzioni.[161]

Nos Estados Unidos, por volta de 1990 – tendo em vista o crime sexual a que fora submetida a criança Megan Kanka, de New Jersey – o clamor popular levou diversos Estados a promulgarem leis, nominadas *Megan's Laws*, que obrigavam as pessoas que haviam cometido abusos sexuais e, frise-se, já cumprido suas penas, a se registrarem perante as autoridades locais.

---

160 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 103-104: "[...] a vida social do indivíduo se divide em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e o segredo dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade. Entretanto, como se disse, no território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pai e filho, irmãos, namorados etc., que são peculiarizadas exatamente pela interpessoalidade. Assim, havendo mais de uma pessoa envolvida, existe, por evidente, espaço para a violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais – a chamada 'tirania da vida privada' – que ganha importância o conceito de intimidade. A privacidade resguarda o indivíduo da publicidade. Entretanto, qual seria a proteção jurídica individual em face de abusos cometidos dentro da esfera privada? Exatamente o direito de intimidade. Em resumo, a conclusão que se extrai do texto constitucional é que a vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita. Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria aposto um ainda mais constrito e impenetrável, o da intimidade. Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao da privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como, por exemplo, o pai que devassa o diário da filha adolescente ou viola o sigilo das suas comunicações".

161 ETZIONI, Amitai. ***The limits of privacy***. New York: Basic Books, 1999, p. 43-74.

Posteriormente, em 1994, o Congresso encorajou o restante dos Estados a promulgarem leis no mesmo sentido.

Assim, em algumas localidades a polícia notifica a comunidade de que o novo vizinho já cometeu alguma espécie de abuso, em outras é tornado público o endereço do ofensor sexual e, ainda, outras requerem amostras de sangue, cabelo ou saliva para criar um banco de dados de DNA, para ser utilizado em futuras investigações de casos dessa jaez.

Poucos crimes aterrorizam mais os pais do que o abuso sexual de seus filhos, contudo, vozes foram levantadas no sentido de defenderem os direitos básicos dos ofensores sexuais, clamando que, sob o prisma constitucional, a obrigação delineada em tais diplomas legais acarreta uma dupla punição pelo mesmo delito: eis que o registro e a notificação à comunidade constituem ambas formas de punição, em especial para aqueles criminosos que estavam cumprindo sua pena ou que já a haviam cumprido; ofendem o devido processo legal: não oportunizando ao acusado a possibilidade sequer de ser ouvido quando deixa de se registrar e tampouco existe uma notificação prévia; e, por fim, os críticos argumentam que tais leis impõem uma pena cruel e desumana.

Para as Cortes americanas, o fim precípuo das *Megan's Laws* é proteger a comunidade ao invés de constituir punição adicional ou desproporcional ao crime praticado, embora tenham aceitado que no caso de descumprimento dos ditames da legislação específica os acusados deveriam ser previamente notificados e ouvidos judicialmente.

Aqui, à evidência, a balança do Direito deverá sopesar sobre um de seus pratos o bem comum da coletividade e a proteção de suas crianças e, de outro, os direitos inalienáveis à privacidade e à dignidade dos ofensores sexuais que já adimpliram seu débito para com a sociedade que, ao que nos parece, necessitam mais de ajuda do que uma punição adicional.

Em continuidade, como corolário e desdobramento do princípio da liberdade, encontra-se o vetor referente ao livre planejamento familiar.

De acordo com a norma insculpida no § 6º do Art. 226 da Constituição Federal, tem-se que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No plano infraconstitucional, foi editada e promulgada a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, prevendo e reafirmando o planejamento familiar como sendo um direito de todo cidadão, e não apenas do casal.

Assim, pode-se definir planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem, ou pelo casal, [162] não se perdendo de

---

[162] PAGNAN, Rogério. Justiça de SP aceita feto como autor de ação: O Órgão Especial do TJ (Tribunal de Justiça) de São Paulo reconheceu o direito de um feto de entrar com uma ação judicial para garantir o atendimento médico da mãe. Nem o TJ-SP nem o STJ (Superior Tribunal de Justiça) têm conhecimento de casos semelhantes. A decisão pioneira ocorreu em três agravos de instrumento movidos pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de presas grávidas da Cadeia Pública de São Bernardo do Campo que necessitavam de exames de pré-natal adequados. Outros cinco aguardam julgamento. A defensoria recorreu ao TJ após o juiz de primeira instância de São Bernardo negar o recebimento da ação com o feto figurando como autor, o chamado pólo ativo. A ação, segundo o magistrado, deveria ser apresentada no nome dos pais. 'Eleito o nascituro para integrar o pólo ativo da ação, não poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segunda a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos', diz trecho do acórdão relatado pelo desembargador José Cardinale, em que também participaram os desembargadores Canguçu de Almeida (presidente) e Sidnei Beneti. A decisão, segundo especialistas ouvidos pela Folha, abre um precedente importante, pois estende ao feto os mesmos direitos de uma criança. 'O que o desembargador fez foi criar um mecanismo que estende ao titular de direito, o nascituro, devidamente representado pela mãe, seus direitos garantidos judicialmente', disse o presidente da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) de São Paulo, Luiz Flávio Borges D'Urso. Ainda conforme os especialistas, essa decisão burla o entendimento da área cível, que considera a pessoa como personalidade jurídica após o nascimento com vida, usando a própria Constituição. Para o responsável pelas ações, o defensor Marcelo Carneiro Novaes, a precedência criada com a decisão do tribunal é o fato mais comemorado neste momento, já que os autores da ação já nasceram e não puderam se beneficiar do entendimento do TJ. Novaes utilizou os fetos nas ações porque preferiu usar o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), no Juizado da Criança e do Adolescente, já que ele tem definições claras de proteção à criança, a principal beneficiada com o pré-natal bem-feito. Ele disse que poderia tentar o atendimento às presas pelo âmbito administrativo ou na área cível, mas as chances seriam menores. 'As chances de vitórias com o ECA seriam melhores porque existe o princípio da proteção legal'. Segundo Novaes, em pesquisa feita pela Defensoria foi encontrado no Brasil apenas um caso anterior em que a Justiça considerou o feto como pólo ativo, mas em uma ação de verificação de paternidade. O caso também foi julgado pelo TJ. Fonte: **Folha Online**. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/PORTAL.wwv_media.show?p_id=1184506&p_settingssetid=11257&p_settingssiteid=0&p_siteid=118&p_type=basetext&p_textid=1184507>. Acesso em: 12 nov. 2005.

vista que ao Estado cabe a promoção de ações preventivas e educativas para esse planejamento, e a garantia do acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Para Lydia Neves Bastos Telles Nunes:

> [...] com tranqüilidade, pode-se afirmar que o planejamento familiar, como previsto, por primeiro no texto constitucional e repetido agora na nova Lei Civil, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, deve ser exercido, conscientemente, objetivando melhorar a qualidade de vida do cidadão brasileiro, buscando o bem-estar e educação para os filhos. Portanto, as medidas a serem tomadas são as destinadas a evitar a gravidez indesejada, ou 'fora de época', e estabelecer o 'tamanho' da família de acordo com as possibilidades financeiras do casal.[163]

Todavia, não se pode perder de vista que o planejamento familiar e a paternidade somente terão condições de serem exercidas de forma efetivamente responsável, quando o Estado compreender, realmente, a extensão e a importância da convivência familiar e comunitária apresentado no bojo dos direitos constitucionais fundamentais.

3.2.5 Princípio da pluralidade familiar

O chamado princípio da pluralidade familiar se encontra devidamente encartado nos §§ 3º e 4º do Art. 226 da Constituição Federal, na exata medida em que referidos dispositivos basilares quebraram a primazia e o monopólio de que sempre desfrutou o casamento como única forma de formação de família, surgindo, assim, entidades familiares derivadas da união estável e da monoparentalidade.

Foi justamente em razão dessa quebra de *exclusividade familiar* que hoje se reconhece a possibilidade de formação de entidades da mesma natureza

---

163 NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Regimes matrimoniais de bens**. Leme: J. H. Mizuno, 2005, p. 33.

formadas por pessoas do mesmo sexo, as chamadas *uniões homoafetivas*, mesmo não havendo normatização específica que regulamente tal assunto.

Ocorre, porém, que o operador do direito não se pode furtar à análise de caso concreto pelo simples fato de não-existência de uma lei que regulamente uma situação específica, uma vez que o sistema jurídico lhe outorga totais e irrestritas condições para que a omissão legislativa não venha a prejudicar o cidadão, o jurisdicionado.

Deve ele, então, interpretar e integrar as normas constitucionais e infraconstitucionais já existentes, a fim apresentar à problemática uma solução justa e adequada, mesmo porque, como bem salienta Rui Geraldo Camargo Viana:

> [...] o devenir jurídico da família parece caminhar para a disciplina dos fatos correntes; questiona-se o direito familial moralista, com regras orientadoras e pedagógicas, devendo tender o legislador, em matéria de relações privadas, para uma absoluta neutralidade, limitando-se o Direito a conformar-se aos fatos revelados pelos costumes, daí que não pode fechar seus olhos, o legislador, à realidade que se mostra e clama pelo acesso à legalidade.[164]

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, toda a atividade estatal, seja ela legislativa, administrativa ou judiciária está adstrita e vinculada à obediência máxima e irrestrita ao já por vezes mencionado princípio basilar da proteção da dignidade da pessoa humana,[165] sendo certo que, nesse diapasão, difícil se sustenta a defesa de que um homossexual não estaria juridicamente apto a constituir uma família ou a receber a proteção estatal sobre seu envolvimento afetivo com outrem, pois o rol apresentado pelo Art. 226 da *Lex Major* jamais poderá ser considerado taxativo, mas sim, exemplificativo, não nos sendo possível, *permissa venia*, concordar com a afirmação levada a cabo, nesse particular, por Débora Vanessa Caús

---

164 VIANA, Rui Geraldo Camargo (org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

165 ZOLLINGER, 2006, p. 61: “Os direitos fundamentais acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, positivadas na Constituição, retiram-se da esfera de livre disponibilidade dos poderes públicos, vinculando-os positiva e negativamente”.

Brandão, para quem "[...] acredita-se carecer de fundamento jurídico a afirmação que diz que se pode considerar as parcerias homossexuais como uma entidade familiar".[166]

Com todo o respeito que deve ser devotado ao entendimento esposado pela nobre jurista, a verdade é que, ao se seguir o delineamento traçado pelo princípio fundamental da dignidade humana, não há como conceber a ausência ou a carência de fundamento jurídico para o legítimo amparo das denominadas parcerias homoafetivas enquanto reais entidades familiares, na medida em que o suporte jurídico para tanto se encontra positivado no próprio Texto Constitucional vigente – norma de inegável supremacia hierárquica, ponto de partida e de obediência para todos os demais regramentos jurídicos existentes e por existirem.

Ademais, não se pode olvidar que, pela importância que lhe cabe em decorrência da dignidade humana, o tão propagado princípio da isonomia (direito fundamental, e, portanto, norma constitucional de eficácia plena) também empresta suporte de constitucionalidade, legitimidade e legalidade ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares, tendo em vista que, conforme já declinado, a orientação sexual, por si só, não pode e jamais poderá ser considerada e utilizada como fator de descrímen entre cidadãos heterossexuais e homossexuais.

Valendo-se da moderna roupagem que deve ser emprestada à *família*, considerando esta como um legítimo espaço de preservação e tutela da dignidade da pessoa humana, não parece ser possível o não-reconhecimento da parceria homossexual formada pela junção de valores, pensamentos e afetividade como entidade familiar, pois seria aceitar a nefasta idéia da existência de cidadãos brasileiros de primeira e de segunda escala, o que se cumpre a todo custo evitar.

Imperativo salientar também:

---

166 Ibidem, p. 87.

> *El derecho, como és lógico, no puede cerrar los ojos a la existência de determinados hechos sociales que reclaman uma tutela jurídica, bien porque responden a uma legítima demanda, producto de um cambio de mentalidad que há consolidado determinados comportamientos; bien porque su no regulación contribuye a la persistência de situaciones que aparecen como injustas em la percepción de la sociedad. Pero en ambos os casos, el Legislador debe ser muy cuidadoso a la hora de tomar posiciones cuando hay debates doctrinales abiertos, evitando que la positivación normativa esté demasiado condicionada por presupuestos ideológicos o políticos*.[167]

A título de confirmação da importância do princípio da pluralidade familiar, pode-se citar a existência das famílias *anaparental* e *eudemonista*, defendidas por Maria Berenice Dias[168] e as chamadas *famílias simultâneas*, cujo fenômeno e conseqüências jurídicas foram brillantemente explanadas por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.[169]

Aliás, sobre a questão da proteção jurídica das famílias simultâneas, interessante trazer à colação recente julgamento proferido no âmbito da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na exata medida em que restou ali assentado e reconhecido pelo Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, a possibilidade de se manter uma união estável paralela ao casamento e daí se extraírem conseqüências jurídico-protetivas.[170]

Importante, também, transcrever texto da lavra de Luiz Edson Fachin,[171] constante do acervo de artigos do *site* do Instituto Brasileiro de Direito de Família, na medida em que ali se apresenta a discussão do reconhecimento do vínculo familiar fundado na amizade, demonstrando-se, uma vez mais, a impossibilidade de se considerar referido fenômeno como conceito fechado ou *numerus clausus*.

Vejamos:

---

167 FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. ***Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales****: propuestas de regulación en España*. Madri: SPEd, 1999, p. 18.

168 DIAS; PEREIRA, 2002, p. 37-49.

169 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovcki. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, passim.

170 Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/versao_impressao.html>. Acesso em: 11 jan. 2007.

171 Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=59>. Acesso em: 13 jan. 2007.

> A família constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocução normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade. É uma arena na qual tudo está sempre para ser dito, o que reconstrói, no presente, os limites do passado sob as vestes da modernidade, e projeta para o futuro as interrogações próprias do destino que se quer ver prometido. Eles foram felizes para sempre era o dístico que encimava o brasão dos enlaces. Mais tarde apreende-se que seja infinito enquanto dure. E nos dias correntes assume-se que viveram felizes por um certo tempo. Sustenta-se uma concepção plural e aberta de família que, de algum modo, conforte, agasalhe e dê abrigo durante o trânsito da jornada de cada um e de todos coletivamente. Nela se ambiciona todo o desfrute possível sem perder a percepção poética da própria existência. Anda-se, pois, no equilíbrio da corda bamba do impossível. A esperança é a alavanca que nos sustenta contra as adversidades. Não será precisamente de códigos que esse porvir reclama e sim da superação dos algoritmos que querem, preventivamente, explicar e conter a vida. Superar uma percepção fundamentalista da família na estrutura que simplifica o bem e o mal. A família é mais que essa dualidade, é ambivalente, é complexa e sem polarizações. Uma das propostas é edificar a família da amizade como vínculo. Propomos a família cidadã pela ternura e pelo afeto. Abrir espaço para o reconhecimento da inclusão na cidadania da amizade, que é, quem sabe, o que mais nos resta no tempo da intolerância. Quiçá na família se veja o que Cícero viu na amizade: Quem olha para um amigo verdadeiro vê nele, por assim dizer, uma imagem (exempla) de si mesmo. É por isso que os amigos, ainda que ausentes, estão presentes; ainda que pobres, têm abundância, ainda que fracos, são fortes e, o que é mais difícil de dizer, ainda que mortos, estão vivos.

Em Portugal, atentando-se para os fenômenos que envolvem o chamado *contrato de gestão* e sua dificuldade de aceitação nos dias atuais, Guilherme Freire Falcão de Oliveira afirma:

> Não sigo a máxima extrema de que ‘só não é natural o que não se pode fazer’, e não espero que a gestação para outrem se venha a tornar um sucesso generalizado. Mas não será muito surpreendente que a razão humana vá reconhecendo, aqui ou acolá, algumas vantagens na utilização do processo, para depois uma tolerância insuspeitada acabar por admiti-lo, num ou noutro caso. Para já, a gestação para outrem é considerada um fenómeno perturbante demais para ser bem aceite. Assim – e por enquanto – não é legítimo emendar esse velho emblema da nossa cultura afectiva – ‘Mãe há só uma!’.[172]

---

172 OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe só há duas**: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 98-99.

Em resumo, o que fica claro em relação ao tema ora em discussão, diz respeito ao fato de que, em face da natureza, da essência da própria família, incompossível se mostra, validamente, que referido grupo social venha a ser enclausurado por definições estatais limitadoras, taxativas e estáticas, valendo destacar, uma vez mais, que não foi esse, por óvio, o objetivo do legislador constituinte quando da confecção da atual Carta Política.

3.3 O *Status* Jusfundante do Direito à Família

3.3.1 Considerações gerais acerca dos direitos fundamentais

Como é consabido, antes do advento da Constituição de 1988 e do conseqüente surgimento, nos dizeres de Carlos Ayres de Britto,[173] do Estado de Justiça ou Estado Holístico, haja vista a inequívoca incidência do aumento da sedimentação dos postulados basilares e do processo de dogmatização de temas e assuntos que, até então, eram claramente relegados aos textos normativos infraconstitucionais, o Brasil experimentou, por décadas, os dissabores de um período ditatorial e absolutista, remarcado pela constante ofensa aos valores mais caros aos cidadãos brasileiros.

Prova do quanto acima salientado está sobejamente materializada nos doze artigos que acabaram compondo o funesto Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, que, dentre outros achaques, positivava: (i) a possibilidade de o Presidente da Republica, ao seu talante e alvedrio, decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras dos Vereadores, recebendo, por via de conseqüência, imediata autorização para legislar em todas as matérias cuja competência dantes pertenciam, legitimamente às citadas Casas de Leis; (ii) o alargamento das hipóteses de decretação de intervenção nos Estados e Municípios; (iii) a possibilidade de suspensão, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, dos direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos, bem como proceder à cassação de mandatos eletivos federais, estaduais e municipais; (iv) a impossibilidade de acesso ao Judiciário nos casos de aplicação de medidas de

---

[173] BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 210.

segurança pelo Ministro de Estado da Justiça; (v) suspensão das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade; (vi) a suspensão da garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; e, (vii) a exclusão de qualquer apreciação judicial dos atos praticados de acordo com o AI5 e seus respectivos complementos e efeitos.

Comentando os anos de chumbo, e traçando contornos característicos gerais afetos a períodos ditatoriais, o sociólogo Luciano Martins afirma:

> [...] é pela utilização da força que o regime autoritário, primeiro, se constitui pela ocupação do poder e, em seguida, o mantém pelo uso do arbítrio e da repressão. Despossuindo, em decorrência, os indivíduos em sociedade de sua capacidade de escolha e de sua capacidade de ação política. Isto se realiza, concretamente, na medida em que essas duas capacidades do indivíduo – que integram o domínio de sua liberdade – são circunscritas ao âmbito de esferas arbitrariamente traçadas pelo poder autoritário e na medida em que a transgressão dessas esferas é punida pela repressão.[174]

No que se refere aos direitos fundamentais, inegavelmente a Constituição Federal de 1988 foi o primeiro diploma supremo que os tratou com a devida dignidade e relevância, circunstância essa que já se verifica, inclusive, pela colocação topográfica galgada na Lei de Outubro, aparecendo logo após do Preâmbulo e dos Princípios Fundamentais.

Percebem-se mudanças também no que se refere à nomenclatura adotada, bem como na grande vazão que foi concedida à positivação dos direitos fundamentais sociais, os quais, dantes, se encontravam relegados ao Capítulo da ordem econômica.[175]

---

174 MARTINS, Luciano. **A geração AI-5 e maio de 68**: duas manifestações intransitivas. Rio de Janeiro: Argumento, 2004, p. 29.

175 SILVA, Gustavo Just da Costa. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 129-130: "A linguagem utilizada pelo constituinte mostra-se perfeitamente justificada quando se compreende que a dualidade básica entre direitos *individuais* e *sociais* nada tem a ver com a titularidade, remetendo na verdade à vinculação de uns e de outros a diferentes estágios da formação do *ethos* constitucional. A consagração positiva dos direitos de liberdade – e por isso é que podem ser chamados de individuais – cunhou, mais caracteristicamente do que qualquer outro elemento estrutural das constituições liberais, o Estado moderno com a marca da ética individualista. E era a fixação de uma relação entre o Estado e o *indivíduo* – e primordialmente ao estabelecimento de um *status* de autonomia deste perante aquele – que deveria servir, em última análise, a própria constituição, conforme a concebeu o liberalismo político".

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior[176] dividem os direitos e garantias fundamentais, em consonância com a Constituição Federal de 1988, apresentando-os em Capítulos, a saber: I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II – Dos Direitos Sociais; III – Da Nacionalidade; IV – Dos Direitos Políticos e V – Dos partidos Políticos, salientando-se que a expressão *direitos e garantias fundamentais* é gênero, enquanto que os temas capitulados são espécies deste.

Há que se ressaltar, ainda, que, além da amplitude que fora concedida ao tema pelos inúmeros incisos dos Arts. 5º e 7º, as mais significativas e importantes mudanças encontram-se registradas nos §§ 1º e 2º do citado Art. 5º – que concedem aplicação e eficácia imediata aos direitos fundamentais, deixando claro que tais estão espraiados por todo o bojo constitucional, não se encontrando, portanto, enclausurados nessa ou naquela parte específica[177] – e no § 4º do Art. 60 – cujo dispositivo outorgou indelével proteção, na exata medida em que petrificou os direitos e garantias fundamentais, tornando-os incompossíveis de serem reptados ou alterados pela prática de Emenda.

Navegando-se nessas águas, importante trazer à lume a preciosa ponderação levada a efeito por Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que:

> [...] sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de conseqüência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma proteção da dignidade da pessoa.[178]

Inegável, assim, o *status* jurídico próprio e diferenciado concedido pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais, como, aliás, de há muito

---

176 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 78.

177 PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 92: "Pode-se, então, afirmar que o sistema de direitos fundamentais não está enclausurado, nem vendado, que o sistema de direitos fundamentais está aberto e respira novos ares, e isso não por mero capricho, mas porque seria ilusório imaginar que o rol elencado pudesse prever todos os direitos a merecer proteção constitucional".

178 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 87.

se almejava nesse País,[179] direitos fundamentais estes que, modernamente, se apresentam positivados pela necessidade de efetivação das necessidades humanas como seu elemento mais determinante.[180]

Cumpre esclarecer que, por opção didático-doutrinária, no pertinente à classificação das diversas normas constitucionais existentes, o presente trabalho houve por bem adotar a sistemática utilizada pelo abalizado jurista luso J. J. Gomes Canotilho, para quem, pedagogicamente, as referidas espécies normativas se bifurcam em regras jurídico-organizatórias e regras jurídico-materiais.[181]

As regras jurídico-organizatórias, aquelas que basicamente disciplinam a regulamentação do Estado, subdividem-se em *normas constitucionais de competência*, *normas constitucionais de criação de órgãos*, e *normas constitucionais de procedimento*.

Em contrapartida, as denominadas regras jurídico-materiais apresentam-se como aquelas afetas aos limites e às ações estatais relacionadas aos cidadãos, abrangendo, outrossim, as *normas constitucionais de direitos*

---

179 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163-164: "Percebemos (compreendemos) a Constituição 'como' Constituição quando a confrontamos com a sociedade para qual é dirigida; compreendemos a Constituição 'como' Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), damo-nos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional); compreendemos a Constituição 'como' Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais-sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm; compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da inexpressiva maioria de seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social); [...]. Isto significa dizer que uma 'baixa compreensão' acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma 'baixa aplicação', com efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais-sociais. As condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam (sempre e inexoravelmente) a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social".

180 TRINDADE, 2007, p. 136: "A adoção das necessidades humanas como elemento deterninante dos Direitos Fundamentais propicia uma maior segurança ao próprio sistema de controle social. Esse fato deriva da manutenção do ser em seu meio como elemento centralizador das relações sociais. As necessidades humanas são imutáveis. O que muda são as formas como essas necessidades são expressas no meio social".

181 CANOTILHO, 1999, p. 1.093-1.099.

fundamentais, *normas constitucionais de garantias institucionais*, *normas constitucionais determinadoras de fins e tarefas do Estado* e *normas constitucionais impositivas*.

Feitas tais considerações introdutórias, passa-se à análise mais detalhada das chamadas regras jurídico-materiais, quais sejam, aquelas relativas aos *direitos fundamentais*, tendo em vista que seu conteúdo normativo se entremostra inteiramente aplicável ao tema principal em discussão.

Assim, é de primordial importância definir que tais normas compreendem todos os preceitos referentes à constituição, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, interpretando-se estes como sendo os "[...] princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico",[182] servindo, ainda, de reserva para "[...] designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".[183-184]

Neste contexto, cabe alinhavar também que, em razão da magnitude e da importância que devem ser obrigatoriamente emprestadas aos regramentos constitucionais existentes – mormente aqueles de especial relevância para o sistema jurídico, sejam eles explícitos ou não – a Carta de 1988 houve por bem dogmatizar inovação relativa ao controle concentrado de constitucionalidade, positivando no § 1º de seu Art. 102 a possibilidade de aforamento da nominada argüição de descumprimento de preceito fundamental.[185]

---

182 SILVA, 1996, p. 176-177.

183 Ibidem, p. 176-177.

184 Ibidem, p. 177: "No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais".

185 TAVARES, 2001, p. 122: "[...] traduz-se, mais precisamente, na somatória entre, de uma parte, parcela dos próprios princípios constitucionais (já que nem todos eles são preceitos fundamentais), bem como, de outra parte, das regras cardeais de um sistema constitucional, constituídas essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos".

De acordo com a definição apresentada no *Dicionário de tecnologia jurídica* elaborado por Pedro Nunes,[186] tem-se que direito fundamental é todo aquele do qual os demais nascem ou derivam.

Pela definição acima apresentada, conclui-se, *ab initio*, que os direitos fundamentais gozam de um caráter de indispensabilidade, de essencialidade dentro do sistema jurídico, uma vez que, sem eles, os demais sequer existiriam ou, ao menos, não teriam sentido ou, gozariam de eficácia, em existindo, haja vista que dizem respeito ao mínimo essencial de proteção para se possa qualificar, verdadeiramente, de digna, a vida do cidadão brasileiro.

Além das características normalmente afetas aos direitos fundamentais, tais como inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, Carlos Weis[187] aponta, em acréscimo, os seguintes atributos: (i) inerência; (ii) universalidade; (iii) indivisibilidade e interdependência; e, (iv) transnacionalidade.

Aponta-se para a existência de duas dimensões em relação ao direito fundamental: uma de natureza subjetiva e outra, objetiva, sendo que a primeira está sopesada num ponto de vista individualista, referentes aos atributos vitais do indivíduo, tais como a própria liberdade, suas relações sociais e a forma de participação política, dentre outros.

Outrossim, se, como visto, de um lado os direitos fundamentais se imbricam numa relação vertical (indivíduo/Estado),[188] de outro, pertencem e são

---

186 NUNES, 2001, tomo I, p. 502.

187 WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109-122.

188 ANDRADE, 2001, p. 146: “A atribuição dos direitos fundamentais pressupõe agora também o valor da solidariedade, isto é, da responsabilidade comunitáriados indivíduos: descobre-se a dimensão participativa, incluindo no âmbito dos direitos as actuações individuais de caráter político; acentua-se a dimensão social, ao ligar a garantia do gozo dos direitos por todos à necessidade de uma intervenção colectiva reguladora e prestadora que crie as condições gerais do seu exercício efectivo […] não se trata somente de negar o caráter absoluto e incondicional dos direitos individuais, possibilitando o seu condicionamento e até a sua restrição para salvaguarda de interesses da comunidade ou dos direitos dos outros. A objetivação dos direitos vai além da possibilidade de compressão que resulta do seu enquadramento social, atinge-os na sua interioridade, já que a dimensão objectiva também pode contribuir para definir (delimitar) à partida a extensão e o alcance do conteúdo que, por interpretação dos preceitos constitucionais, lhes deve ser atribuído”.

afetos a toda sociedade e aos valores e princípios que a norteiam, constituindo-se, assim, em elementos essenciais da ordem político-jurídico geral.

No que pertine à questão da nomenclatura, tem-se que, para fazer referência aos direitos relativos à pessoa, têm sido usadas, indistintamente, as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais.[189]

Embora doutrinadores de escol coloquem em segundo plano a questão afeta à denominação dos direitos em estudo, certo é que a expressão *direitos fundamentais* acaba por refletir, de maneira mais precisa, a positivação dos direitos humanos, tanto é assim que a doutrina contemporânea vem dando preferência ao seu uso, quando deseja fazer alusão àqueles direitos positivados numa Constituição de determinado Estado.[190]

Afinal, se é certo que a expressão *direitos fundamentais* não tem o cunho histórico e jusnaturalista da expressão *direitos humanos*, também é evidente que essa não contém o sentido mais interno e positivado daquela. Ou seja, a depender da ótica de observação, deve prevalecer o emprego de uma ou outra.[191]

Todavia, não obstante a nomenclatura que venha a ser utilizada para tal designação, dúvidas não existem em relação a fato de que, todo Estado que se diz constitucional e democrático, tem o precípuo dever de efetivar e concretizar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sob pena de ser responsabilizado por tão grave omissão em relação a sua função basilar.

---

189 CANOTILHO, 1999, p. 369: “As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista – universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.

190 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 108: “Primeiro, pela sua abrangência [...] o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana [...] também é a mais recomendável por razões pragmáticas: é a utilizada pelo nosso ordenamento jurídico positivo (Título II da CF)”.

191 CANOTILHO, 1999, p. 369: “As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista – universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.

3.3.2 Escorço histórico-dimensional

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as fontes e os precedentes dos direitos fundamentais remontam à Antiguidade clássica que criou a idéia de direitos ofertados pelos deuses.[192]

Para Jorge Miranda, Luiz Alberto David de Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, o cristianismo é o marco inicial, na medida em que essa doutrina religiosa elevava o homem à situação de semelhança a Deus e, por conseguinte, a um novo patamar de dignidade.[193]

Fábio Konder Comparato aponta que, após o abandono das mitologias, é com os pensadores dos séculos VII a II a.C. que se desenvolvem os fundamentos para a afirmação da existência de direitos universais da pessoa humana: "[...] é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças".[194]

Frente a essas ideologias, o Código de Hamurabi (1690 a.C.), a Lei das Doze Tábuas,[195] os forais e as cartas de franquia são os primeiros registros de direitos fundamentais em documentos escritos, em que pesem estes últimos tratarem mais propriamente de direitos de comunidades locais ou de corporações.[196]

---

192 A propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho chega a citar a **Antígona** ,de Sófocles e **De legibus**, de Cícero. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 09.

193 MIRANDA, 1996, tomo II, p. 17 e ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 80.

194 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 08-11.

195 Segundo Alexandre de Mores, a Lei das Doze Tábuas pode ser considerada como a origem dos textos escritos a consagrar direitos de liberdade, propriedade e direitos próprios dos cidadãos. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998, p. 25.

196 FERREIRA FILHO, 2000, p. 11: "Em toda a Europa encontram-se exemplos, não do registro de direitos do Homem, mas de direitos das comunidades locais, ou de corporações, por meio de forais ou cartas de franquia. Nestes, eu os senhores feudais, mormente os reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo – direitos fundamentais, sem dúvida – para que, por todo o sempre, fossem conhecidos e respeitados".

A tais documentos e com maior repercussão, se sucedeu a Magna Carta de 1215, tida como elemento essencial, não apenas da origem dos direitos fundamentais, mas também de todo o constitucionalismo.

A propósito desse marco histórico de sumo relevo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona:

> Se essa Carta, por um lado, não se preocupa com os direitos do Homem, mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da imemorial '*law of the land*', por outro, ela consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia. Tal reconhecimento de direitos importa numa clara limitação de poder, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos.[197]

Canotilho, de outro lado, esclarece que a Magna Carta não tratava do estabelecimento escrito dos direitos fundamentais:

> [...] mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face de seu suserano. A finalidade da 'Magna Carta' era, pois, o estabelecimento de um modus vivendi entre o rei e os barões, e consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade testamentais consagrados nas cartas de franquia.[198]

Todavia, considera-se, em termos gerais, o principal representante deste momento o cristianismo, que serviu de vigoroso meio divulgador dos ideais de igualdade, pregando a congregação entre os homens, independentemente de origem, raça e sexo.

Vale mencionar, em continuidade, que os séculos XVII e XVIII foram marcados pela ascensão das teorias contratualistas, defendidas, entre outros, por John Locke, caracterizadas pelo pensamento de que os soberanos deveriam exercer sua autoridade com submissão ao direito natural, havendo, conseqüentemente, a primazia do indivíduo sobre o Estado.

---

197 Ibidem, p. 11-12.

198 CANOTILHO, 1999, p. 358.

José Carlos Vieira de Andrade[199] assevera que, após este período, o fortalecimento dos direitos fundamentais deu-se através das revoluções liberais, citando, como exemplos, a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a Constituição americana, respectivamente em 1776 e 1787.

E, malgrado as Declarações de Direitos terem exercido papel de forte relevo na história dos direitos humanos, é o constitucionalismo que se alça ao patamar de terceira grande pedra angular dessa origem e evolução.

O constitucionalismo é tido como o movimento para a inclusão de um rol mínimo de direitos nas Constituições escritas.

As Constituições Francesas de 1791 e 1793, a Constituição Espanhola de 1812, bem como a Constituição Portuguesa de 1822, foram os primeiros resultados concretos desse movimento. Nada obstante, foi a Constituição Belga de 1831 que exerceu papel inaugural no cenário europeu sob a ótica de reservar Capítulo próprio aos direitos fundamentais.

Não se perdendo de vista a advertência de Bobbio, no sentido de que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, "[...] são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas",[200] a doutrina constitucional apresenta as seguintes fases afetas aos direitos fundamentais,[201] a saber:

---

199 ANDRADE, 2001, p. 43: "Os direitos fundamentais triunfaram nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. Apareceram, por isso, fundamentalmente, como liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida social. São liberdades sem mais, puras autonomias sem condicionamentos de fim ou de função, responsabilidades privadas num espaço auto-determinado [...]. O liberalismo pressupõe o indivíduo como ponto de partida. Por isso, explica contratualmente a sociedade e o Estado [...]".

200 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 05.

201 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 310: "A classificação geracional tem o mérito de nos mostrar em forma simples e didática um resumo da história dos direitos, mas peça se for tomada a fundo e a sério feito compartimentalização estanque, misturando estruturas e funcionalidades em uma mesma categoria".

a) primeira dimensão: corresponde aos chamados direitos individuais (indispensáveis à pessoa humana), constituindo-se como limites impostos à atuação do Estado, ou, melhor dizendo, como prestação negativa, um não fazer por parte do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem, perfeitamente, às demais denominações de *liberdades públicas*, *direitos individuais*, *direitos civis e políticos* e, até mesmo, de *direitos subjetivos públicos*.

Interessante também saber que supostamente o primeiro direito fundamental surgido foi, segundo Kriele, o de proteção contra prisão arbitrária (*habeas corpus*) e, já, segundo Jellinek, o de liberdade religiosa.[202]

Em suma, são direitos de cunho negativo, que representam um dever de abstenção do Estado e, por conseguinte, um direito de resistência do homem diante daquele.

b) segunda dimensão: a segunda dimensão dos direitos fundamentais se aporta no reconhecimento dos direitos sociais, visando, assim, ao oferecimento de meios materiais indispensáveis à efetivação e à concretização dos direitos individuais.

São, na essência, resultantes da necessidade superveniente de os indivíduos não apenas se protegerem contra o Estado, mas também de passarem a deter uma lista de prestações exigíveis do próprio Estado, até mesmo para que pudessem exercitar os direitos de liberdades públicas.

Por outras palavras, significam uma prestação positiva, um fazer do Estado em prol daqueles que se encontram desfavorecidos e desguarnecidos pela ordem econômica e social, podendo-se citar como marco constitucional de surgimento dos direitos de segunda dimensão as pioneiras experiências mexicana (em 1917) e alemã (em 1919), inserindo-se no que se entende por constitucionalismo social.

---

[202] TAVARES, 2002, p. 369 e nota de rodapé nº 43.

Nesse particular, importante se faz transcrever o escorreito raciocínio talhado por José Luiz Quadros de Magalhães:

> [...] os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será através da educação que se chegará à participação consciente da população, o que implica também necessariamente ao direito individual à livre formação de consciência e à liberdade de expressão e informação. Os direitos econômicos, da mesma forma colaboram para o desenvolvimento e a efetivação de participação popular através de uma democracia econômica.[203]

c) terceira dimensão: são direitos de terceira dimensão[204] os denominados direitos difusos e coletivos, como os direitos do consumidor, das crianças e dos adolescentes, o direito ambiental, percebendo-se, então, uma preocupação em relação aos direitos de pessoas coletivamente consideradas.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão surgem após a Segunda Guerra Mundial[205] e, conjuntamente aos de primeira e segunda dimensões, completam o triplo ideário da Revolução Francesa.

Compreendem os denominados direitos de solidariedade ou fraternidade e, embora pouco consenso exista sobre a respectiva natureza jurídica e sua extensão, englobam o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade.

Segundo André Ramos Tavares, direitos de terceira dimensão são os denominados direitos coletivos[206] e, na mesma linha, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

---

203 MAGALHÃES, José Luiz Quadro de (coord.). **Pacto federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 44.

204 CANOTILHO, 1999, p. 362: "[...] Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidary rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão ineliminável dos direitos econômicos, sociais e culturais".

205 Karel Vasak foi o primeiro a abordar essa espécie de direitos fundamentais, conforme relata Manoel Gonçalves Ferreira Filho. FERREIRA FILHO, 2000, p. 58 e nota de rodapé nº 03.

206 TAVARES, 2002, p. 371.

> A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar reservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior não acreditam que os direitos coletivos, tal como definidos pelo Código de Defesa do Consumidor, correspondam a uma só determinada dimensão de direitos fundamentais, visto que são assim denominados por distinta espécie de classificação. Propugnam, sim, que tal dimensão parte da ótica "[...] do ser humano relacional, em conjunção com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas".[207]

Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho pondera crítica sobre a compreensão desses direitos no seguinte sentido:

> [...] em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de solidary rights, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão ineliminável dos direitos econômicos, sociais e culturais.[208]

Cumpre ressaltar, ainda, que alguns autores acrescentam o direito à autodeterminação dos povos e o direito à comunicação dentre o rol dos direitos fundamentais de terceira geração.

Muitos desses direitos de terceira dimensão estão mais especificados em documentos internacionais, sendo possível apontar previsão expressa na Constituição vigente apenas do direito de comunicação, no Art. 5º, incs. XIV e XXXIII, bem como do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, no Art. 225. Já como garantia desse último, também possível enumerar a ação civil pública, no Art. 129, inc. III e a ação popular no Art. 5º, inc. LXXIII.

---

207 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 116.
208 CANOTILHO, 1999, p. 362.

André Ramos Tavares pondera:

> [...] tem-se falado, recentemente, em direitos humanos de quarta dimensão, entre os quais se compreenderiam os direitos das minorias, cuja proteção é de enorme importância na verificação do nível democrático de um país. Paulo Bonavides apresenta essa dimensão dos direitos humanos como composta pelo direito à democracia, o direito ao pluralismo e o direito à informação.[209]

José Adércio Leite Sampaio,[210] dentre outros doutrinadores, já aponta para a existência de uma quinta dimensão, cumprindo esclarecer que, para o desenvolvimento do tema afeto ao presente trabalho serão utilizadas as três primeiras e clássicas divisões dos direitos humanos fundamentais, não se adentrando, assim, em discussões sobre a existência ou a pertinência das demais.

3.3.3 Extensão e limites

Conforme salienta Luis Aguiar de Luque:

> [...] *el concepto de limites es inherente al concepto de derecho y que, en el conjunto del sistema juridico, las diferentes situaciones de derecho deben necesariamente limitarse reciprocamente, a fin de que puedan coexistir en una comunidad civil bien ordenada*.[211]

Tomando por base a lição acima apontada, tem-se que, mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, uma vez que tais são, no comum das

---

209 TAVARES, 2002, p. 371-372.

210 SAMPAIO, 2004, p. 302: "Como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração de direitos humanos com múltiplas interpretações. Tehrarian (1997 a e b) diz sobre 'direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados', mas que tratam do cuidado, da compaixão e amor por todas as formas de vida [...]. Para Marzoki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de respostas À dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado 'animal' do homem [...]. Essa visão de complementariedade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem".

211 LUQUE, Luis Aguiar de. *Los limites de los derechos fundamentales*. In: ***Revista del centro de estudios constitucionales***, nº 14. Madri: DTC, jan./abr. 1993, p. 14.

vezes, veiculados por normas (princípios e regras), existirá a necessidade, em situações específicas, de se impor limitação ao seu exercício, de modo que se garanta, inclusive, a sua própria efetividade, por mais paradoxal que seja.[212]

Aliás, do ponto de vista histórico, necessário se faz uma digressão no sentido de lembrar a possibilidade de se estabelecerem limites ao exercício dos direitos tidos como fundamentais, não apenas para se permitir a coexistência entre eles, mas também para proteger as estruturas sociais e a ordem pública, como bem demonstra a redação emprestada ao Art. 4º da Declaração de Direitos de 1789, a saber: "O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos".

Em tempos mais atuais, *ad exemplum*, tem-se a positivação do Art. 18, 2 e 3, da Constituição portuguesa. Observe-se:

> Art. 18: [...]
> 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
> 3. A lei restritiva de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Consoante as ponderações de Gomes Canotilho e Vital Moreira, só se pode falar em restrições ao exercício de um direito, depois de estar delineado o

---

212 ECHEVARRIA, Juan Jose Solozabal. *La teoria de los derechos fundamentales*. In: **Revista de estudios politicos (nueva epoca)**, nº. 71, jan./mar. 1991, p. 98: "*En primer lugar, del caracter universal o general de los derechos fundamentales, cuyo disfrute simultaneo es imposible sin la ordenación, de indudable alcance restrictivo, de su ejercicio. La titularidad universal de los derechos fundamentales implica ya, evidentemente, una primera limitación de los mismos, en la medida en que tales derechos reconocidos a todos han de poder ser ejercido simultaneamente también por todos. La limitación de los derechos fundamentales puede derivarse, en segundo lugar, de la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues, como veremos, los conflictos que surjan entre ellos no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos*".

correlato conteúdo essencial, isto é, o conteúdo essencial restringe a liberdade de conformação do próprio legislador.[213]

Sob o mesmo aspecto, Gilmar Ferreira Mendes ressalta a controvérsia entre as teorias interna e externa, na medida em que, ao se adotar a primeira delas, eventuais limitações veiculadas pela própria Constituição deverão ser tidas, na verdade, como a própria definição do direito.[214]

Partindo desse pressuposto, a identificação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais variará, então, conforme o ordenamento constitucional analisado e a teoria doutrinária adotada.

Diante deste quadro de garantia, os direitos fundamentais carecem de uma ampla proteção e aplicação, não se devendo cogitar sua limitação, senão em casos e situações de extrema necessidade e excepcionalidade.

Um limite imposto a um direito fundamental é considerado, neste prisma, uma negação a uma garantia fundamental, inviabilizando o exercício de uma possibilidade assegurada.

Para que tal postura possa ser validamente adotada, Villaverde Menéndez[215] elenca quais seriam os três elementos que definem tecnicamente um limite a um direito fundamental. Para ele, tais elementos seriam seu caráter externo, sua projeção sobre o objeto do direito fundamental e a necessidade que a própria Constituição concede ao poder público para limitar direitos fundamentais.

Importante, porém, a ressalva feita por Gilmar Ferreira Mendes a respeito da limitação dos direitos fundamentais:

---

213 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. vol. I, p. 149 e ss.

214 MENDES, 2004, p. 28 e nota de rodapé nº 115.

215 CORRAL, Benito Aláez; FREIJEDO, Francisco J. Bastida; LINERA, Miguel Angel Presno *et al*. ***Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978***. Porto Alegre: Tecnos, 2004, p. 120.

> Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites', que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.[216]

A noção de conteúdo essencial, a par das peculiaridades de cada ordenamento, pode ser analisada sob duas diferentes teorias apontadas por Alexy.[217]

A teoria objetiva propugna que a proteção dos direitos fundamentais se verifica sobre o instituto, e não sobre a figura singular de cada indivíduo em especial.

De outro lado, o caráter dos direitos fundamentais como direitos individuais atua em prestígio para haver, ao menos, coexistência de uma teoria subjetiva.[218] Essa teoria veda a supressão de direito subjetivo determinado e pode ser subdividida em teoria absoluta e teoria relativa.

Segundo a teoria subjetiva absoluta, existe um núcleo de cada direito fundamental que, em nenhuma hipótese, pode ser afetado. Já, conforme a teoria subjetiva relativa,[219] o conteúdo essencial é aquele resultante de uma ponderação, de sorte que as restrições propostas pela aplicação do princípio da proporcionalidade não lesionam o conteúdo essencial a não ser na hipótese particular de não deixarem nada de direito fundamental.

Enfim, cabe inferir que a importância de opção por uma das teorias se demonstra irretorquível pelas distintas conseqüências jurídicas a se extrair: (i) caso se adote a teoria relativa, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais

---

216 MENDES, 2004, p. 41.
217 ALEXY, 1993, p. 287 e ss.
218 Ibidem, p. 288 e nota de rodapé nº 45.
219 Ibidem, mesma página e nota de rodapé nº 46.

não será predeterminado para todos os casos de modo definitivo, mas sim em função dos interesses em presença no caso concreto; (ii) de outro lado, se empregada aludida teoria absoluta, o conteúdo essencial será pensado com independência da casuística, ou seja, com validade uniforme frente a qualquer direito ou interesse em conflito.

Em relação a esta essencialidade, Ana Maria D'Avila Lopes afirma:

> [...] a garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade limitadora dos direitos fundamentais, isto é, como o 'limite dos limites'. O conteúdo essencial atua como uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser 'invadido' por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional. Por isso é que a garantia do conteúdo essencial é o limite dos limites, indicando um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais.[220]

Suas idéias não diferem, em essência, das propostas formuladas por Menéndez,[221] que discorreu sobre este conflito, a quem ele apresenta como sendo uma situação enganosa, uma vez que, para ele, este conflito de direitos não passa de uma falsa aparência.

A proposta para a resolução deste aparente conflito de direitos está na aplicação do princípio da proporcionalidade, aliada de primeira hora da aplicação da ponderação de bens, mencionada por Gilmar Ferreira Mendes em sua obra *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*.[222]

Daniel Sarmento:

---

220 LOPES, 2001, p. 194.

221 CORRAL; FREIJEDO; LINERA, 2004, p. 124: "[...] *el limite al derecho fundamental preterido em el aparente conflicto no emana del resultado de uma previa ponderación de bienes, sino que precede a toda ponderación, porque para resolver la colisión, primero hay que delimitar el derecho fundamental y aplicarle sus limites, fijando así el âmbito de su protección. Como se vê, es uma cuestión de interpretación (delimitacion/limitación) de los derechos fundamentales y especialmente de interpretación/aplicación de sus limites y no de ponderación de los valores que encarnam*".

222 MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 285.

> Conforme a doutrina mais autorizada, o princípio da proporcionalidade é passível de divisão em três subprincípios: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados pelo legislador; (b) da necessidade, que impõe ao legislador que, entre vários meios aptos ao atingimento de determinados fins, opte sempre pelo menos gravoso; (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários. Assim, para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins, e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.[223]

Não obstante todas as ponderações feitas no transcorrer deste tópico, conclusão inexorável que se apresenta é o fato de que "[...] nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição".[224]

3.3.4 A família como direito fundamental

A família como *locus* especial de afeto, guarida e carinho, torna-se (e sempre foi) palco inegável, em condições ideais, para o desenvolvimento de todo e qualquer ser humano (independente de raça, credo, origem), fazendo parte, assim, de um atributo intrínseco do próprio homem, galgando fundamentalidade na sua existência.

Devida a importância com que foram tratados, tem-se que os direitos fundamentais podem ser considerados elementos de identidade e de continuidade do próprio texto constitucional, conforme, aliás, salienta Gilmar Ferreira Mendes, na obra denominada *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*.

---

223 SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 57.

224 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 120 e nota de rodapé nº 225.

O citado constitucionalista pondera que não cabe somente ao legislador a precípua, necessária e indispensável tarefa de realização dos direitos fundamentais, haja vista que, como não poderia deixar de ser, os demais órgãos estatais, com poder normatizante extra ou judicial, também têm referido dever entre suas atribuições.

Noutro giro verbal, e confirmando o escorreito pensamento transcrito no parágrafo anterior, necessário fazer coro às palavras de Ana Maria D'Ávila Lopes, para quem:

> [...] a obrigação de respeitar os direitos fundamentais significa a proibição de violar os interesses dos particulares. Esta obrigação de garantir os direitos fundamentais consiste no dever dos órgãos estatais de eliminar todo perigo e de destruir qualquer obstáculo que possa ameaçar a realização dos interesses protegidos por esses direitos.[225]

Diante de tal quadro, embora não fique apenas adstrito a tal, denota-se, com solar clareza, que uma das precípuas finalidades dos direitos fundamentais é o de outorgar eficaz e real concreção ao postulado estrutural da República Federativa do Brasil, a saber: a proteção da dignidade da pessoa humana.

Em continuidade, e usando-se uma vez mais as lições de Gilmar Ferreira Mendes,[226] podem-se citar as seguintes funções em relação aos direitos fundamentais: (i) defesa, (ii) proteção de institutos jurídicos, (iii) garantia positiva do exercício de liberdades, e, (iv) concretizador dos direitos às pretensões positivas.

No que diz respeito à primeira função – direitos de defesa –, há que se ponderar que tal desiderato confere ao cidadão proteção em relação a atos estatais que venham ou acabem, injusta e ilegitimamente, interferindo em sua liberdade.

---

225 LOPES, 2001, p. 107.

226 MENDES, 2004, p. 03 e ss.

O malferimento dessa seara protetiva confere, imediatamente, ao lesado a possibilidade de buscar pretensões de abstenção, de revogação, de anulação, de consideração e de proteção.

Ao se proceder a análise dos direitos fundamentais sob o aspecto de normas de proteção de institutos jurídicos, verifica-se a existência, imposto pela Constituição Federal, de um plexo normativo atinente a caracterizar e proteger situações como a propriedade, a herança, o casamento e, indispensavelmente, a família, não se perdendo de vista que, em casos que tais:

> [...] a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico dever constitucional de legislar (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos 'conformadores' e concretizadores de alguns direitos.[227]

Num terceiro enfoque, têm-se os direitos fundamentais como instrumentos garantidores, positivamente, do exercício das liberdades pelo cidadão, o que significa, em síntese, a obrigação estatal em envidar todos os esforços necessários para colocar à disposição desse mesmo cidadão, as ferramentas de natureza jurídica e material, incluindo-se em tal a edição de atos de índole legislativa, se preciso for.

Nas palavras de Gilmar Mendes, tem-se:

> [...] os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um Capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, verifica-se que mesmo em outras partes do texto constitucional encontra-se uma variada gama de direitos a prestações. Nesse contexto, limitando-nos, aqui, aos direitos fundamentais, basta uma breve referência aos exemplos do Art. 17, § 3º, da Constituição Federal (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do Art. 5º, inc. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita).[228]

---

227 Ibidem, p. 05 e ss.

228 Ibidem, p. 09 e ss.

O início da solução deste aparente problema está na identificação da extensão dos efeitos dos direitos fundamentais, narrada, com clareza, por Jorge Novais:

> Na medida em que consubstanciam uma ordem objectiva ou sistema de valores que resultam de uma decisão constitucional, as normas de direitos fundamentais tem uma força conformadora, potencialmente expansiva a toda a ordem jurídica, que dirige ao poder político, à Administração, ao legislador e ao poder judicial impulsos e directvas de actuação [...]. Os direitos fundamentais relevam aqui, não apenas enquanto máximas de interpretação de todo o direito processual em conformidade à Constituição, mas também constituindo, eles próprios, garantias constitucionais com uma dimensão procedimental intrínseca que pode assumir relevo especial em alguns deles – seja porque sua concretização é essencialmente dependente do procedimento, ameaçada pelo procedimento ou mesmo constituída pelo procedimento (como no caso dos direitos fundamentais enquanto direitos processuais, ou seja enquanto garantias instrumentais ou processuais de reforço ou realização de outros direitos fundamentais materiais) –, mas que está presente em todos os direitos fundamentais, na medida em que para todos eles seja possível sustentar uma pretensão de efectiva tutela jurídica que não pode, no Estado de Direito de nossos dias, prescindir de um procedimento.[229]

A preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana começou a ganhar espaço com o surgimento do Cristianismo, e construiu, através dos tempos, a importância que hoje desfruta no seio do ordenamento jurídico mundial vigente, devendo-se ressaltar, por oportuno, que uma das primeiras tentativas de se elevar o ser humano à dogma constitucional surgiu com a eclosão da Constituição da República italiana de 27 de dezembro de 1947, eis que no intróito do seu Art. 3º, dentro do âmbito dos Princípios Fundamentais, restou consignado que "[...] todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei".

Todavia, a doutrina atribui o pioneirismo de tal iniciativa como sendo pertencente à Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, responsável por solenizar, no seu Art. 1.1., a seguinte altercação: "*A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la*". É

---

229 NOVAIS, Jorge. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 80.

inegável que a afirmação acima encontrou sua fonte de inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, sem deslembrar o respeito aos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, propugnados pelos revolucionários franceses através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Compactuando com a mesma linha de raciocínio, correspondente aos princípios fundamentais, a Carta Magna Portuguesa promulgada em 1976 estabeleceu logo no seu Art. 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. De igual modo, a Constituição Espanhola em seu Art. 10.1, cuja eclosão se deu depois da esmorecida do regime franquista, assim expressa: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”.

Curiosamente, na França, país sempre na vanguarda da proteção dos direitos individuais, o princípio em estudo não vem disciplinado no Texto Constitucional de 1958, sendo que sua aplicação decorre do exercício de hermenêutica desenvolvido pelo Conselho Constitucional, o qual, desde 1994, vem defendendo que a dignidade da pessoa humana constitui princípio constitucional.

A extirpação do regime comunista do leste europeu trouxe profundas mudanças nas constituições dos países que outrora se filiaram a essa forma de governo totalitária, passando, então, a cultuar e a cultivar entre as suas diretrizes a dignidade do ser humano, como bem demonstram a Constituição da República da Croácia, de 22 de dezembro de 1990 (Art. 25); o Preâmbulo da Constituição da Bulgária, de 12 de julho de 1991; a Constituição da Romênia, de 08 de dezembro de 1991 (Art. 1º); a Lei Constitucional da República da Letônia, de 10 de dezembro de 1991 (Art. 1º); Constituição da República Eslovena, de 23 de dezembro de 1991 (Art. 21); a Constituição da República da Estônia, de 28 de

junho de 1992 (Art. 10º); a Constituição da República da Lituânia, de 25 de outubro de 1992 (Art. 21); a Constituição da República Eslovaca, de 1º de setembro de 1992 (Art. 12); o Preâmbulo da Constituição da República Tcheca, de 16 de dezembro de 1992, e a Constituição da Federação da Rússia, de 12 de dezembro de 1993 (Art. 21).[230]

Mister se faz salientar que, mesmo em países que legitimam a execução de um condenado como forma de aplicação das sanções estatais criminais exigidas pela sociedade (pena de morte), a dignidade da pessoa humana está presente. A Suprema Corte Norte-Americana, por exemplo, considerou atentatório a essa mesma dignidade alguns tipos de execução, devendo, nesse particular, ser destacado o Caso Campbell v. Wood, no qual o referido órgão constitucional:

> [...] reconheceu que a morte por enforcamento constitui prática atentatória à dignidade da pessoa humana, notadamente, pelo fato de infligir – ao menos em relação aos outros meios utilizados (injeção letal e eletrocutamento) – sofrimento desnecessário ao sentenciado, já que constatada a possibilidade maior de uma postergação do estado de inconsciência e morte, com risco de asfixia lenta e até mesmo de decapitação parcial ou total, verificada em diversos casos.[231]

Não comungando com o entendimento que legitima a execução de indivíduos como forma de atuação repressiva estatal, Ingo Wolfgang Sarlet diz, sabiamente, que:

> [...] não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física do indivíduo, do que decorrem a proibição da pena de morte, da tortura, das penas de cunho corporal, utilização da pessoa humana para experiências científicas, estabelecimento de normas para os transplantes de órgãos.[232]

A verdade é que o princípio da dignidade da pessoa humana irradia seus efeitos nas mais diversas situações e ocasiões em que o homem está presente, como no contexto em estudo.

---

230 Exemplificação extraída de artigo subscrito por Edílson Pereira Nobre Júnior.
231 SARLET, 2001, p. 56-57.
232 Ibidem, p. 59 e nota de rodapé nº 82.

Impertinente seria olvidar a evidência de que "[...] todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana [...]", e bem assim que "[...] os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana".[233]

Dignidade humana que, por ser o valor-fonte de nossa Constituição Federal,[234] um superprincípio constitucional,[235] ou um verdadeiro axioma da civilização ocidental,[236] não poderia deixar de alcançar todos os setores da ordem jurídica, como quer Maria Celina Bodin de Moraes.

Objetiva-se com isso, enfatizar que a dignidade humana, antes de se espraiar por todas as demais normas constitucionais – e mesmo pelas demais normas do ordenamento jurídico, alcança os direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos individuais, ora especificamente estudados.

Não se tentará, aqui, esboçar um estudo sobre o conceito material de normas de direitos fundamentais, como sinaliza Ingo Sarlet,[237] mesmo porque não é esse o propósito do trabalho.

Por outro lado, há de ficar bem claro que, no constitucionalismo brasileiro, a dignidade da pessoa humana configura pressuposto indissociável ao estudo dos direitos e garantias individuais e, pelo menos, parte do núcleo essencial desses direitos imune a restrições.

---

233 SARLET, 2001, p. 83-84. Mister se atentar para a circunstância que reforça nossa separação entre individuais e fundamentais: o autor do texto ora utilizado, sem mencionar explicitamente a que direitos se refere, enaltece que – por conta do princípio da dignidade da pessoa humana – "pelo menos os direitos e garantias fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade, excepcionando-se, à evidência, aqueles direitos cuja titularidade depende de circunstâncias específicas e que, de regra, nem mesmo todos os nacionais de um determinado Estado podem exercer, como ocorre especialmente com os direitos políticos ou mesmo com os direitos dos trabalhadores" (SARLET, 2001, p. 98). É de se ver, assim, que o autor parece aderir, nesse ponto, à primazia da proteção aos direitos individuais, separando-os dos políticos e sociais.

234 Ibidem, p. 82.

235 ROCHA, 1990, p. 10.

236 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103-104.

237 SARLET, 2001, p. 101.

De certo, alguns doutrinadores chegam a identificar o conteúdo da dignidade da pessoa humana com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, razão pela qual a menção destacada desse princípio já se justificaria.

Em sentido contrário, é também bem verdade que a doutrina majoritária aponta para a existência de alguns direitos fundamentais com núcleo essencial desprovido de conteúdo em dignidade e para os riscos de uma identidade absoluta resultar em esvaziamento dessa garantia contra reformas legislativas e interpretações judiciais restritivas.[238]

Mesmo assim, veja-se que Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta a importância desse princípio fundamental em termos de complementação e, quando possível, também de composição do correlato conteúdo com o núcleo essencial dos direitos fundamentais:

> O conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições.[239]

Portanto, é evidente que a dignidade da pessoa humana exerce papel de suma relevância na análise concreta da extensão dos direitos fundamentais individuais, seja porque haveria identidade absoluta com o respectivo conteúdo essencial de cada qual, seja porque configuraria, pelo menos, elemento complementar e parte integrante desse mesmo conteúdo.

Em suma, tem-se que a dignidade humana confere unidade de sentido à Constituição e ao sistema de direitos fundamentais.

---

238 Ibidem, p. 119-120 e nota de rodapé nº 227.

239 Ibidem, p. 120-121. Confira, ainda, nota de rodapé nº 229, na qual cita o entendimento de H. Scholler (**O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha**) e de Daniel Sarmento (**A ponderação de interesses na Constituição sobre a desproporcionalidade de uma restrição a direitos fundamentais**) – que mesmo sendo adequada e necessária – implicar ofensa à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, inegável, também, sua importância no que diz respeito ao fomento, ao fortalecimento e à concretização da personalidade dos indivíduos que a constituem, mormente das crianças e dos adolescentes que dela fazem parte, emergindo daí a opção de o legislador constituinte outorgar-lhes, com *status* jusfundamental, o direito de convivência familiar e comunitária.

A fundamentalidade da família passa, assim, pela consecução e pelo desenvolvimento dos direitos da personalidade de seus membros.

Nesse compasso, é possível se fazer a separação dos diversos direitos subjetivos pertencentes ao homem em duas grandes matizes, a saber: aqueles que são destacáveis da pessoa de seu titular (propriedade, crédito, etc.) e aqueles que não podem ser separados do ser humano, estando a ele ligados de maneira perpétua e permanente (vida, liberdade física e intelectual, nome, corpo, imagem, honra), sendo estes últimos chamados direitos da personalidade.[240]

Em consonância com o pensamento de Karl Larenz, tem-se que:

> [...] o conceito de direito da personalidade não foi obtido na Jurisprudência recente prescindindo das distinções de diferentes direitos da personalidade e tendo fixado o que é comum a todos, mas através da elaboração do específico conteúdo de sentido de um tal direito e da sua função ao serviço de valores humanos.[241]

Consagrando as determinações contidas na Constituição Federal, tem-se que o novel Código Civil, inovando em relação à codificação civil pretérita, trouxe Capítulo específico consagrado aos direitos da personalidade, deixando, de lado,

---

240 CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos de personalidade, figuras próximas e figuras longínquas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: s.e., 2006, vol. I, tomo I, p. 183: "Em suma: continuamos a pensar que os direitos da personalidade são a manifestação privatística de direitos fundamentais, e que estes não são apenas a sua versão publicística, mas, ao invés, de entre todos, os Direitos fundamentais, em geral – independentemente de atinências aparentemente mais publicísticas ou privatísticas. O facto de vincularem entidades públicas e privadas (Art. 18º, nº 01 da Constituição da República Portuguesa) parece-nos cabalmente esclarecer que não se limitam ao direito público, ou às relações em que um dos sujeitos seja público. Também valem nas relações totalmente *inter pares*, *inter cives*. Além disso, há direitos fundamentais de pessoas colectivas e organizações".

241 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 687.

a característica predominantemente patrimonial de outrora, dando fiel cumprimento ao postulado fundamental de dignificação do homem.

Decorrência congênita da recognição jurídica da dignidade da pessoa humana é a proteção dos direitos da personalidade, vez que estes, conforme nos ensina Elimar Szaniawski, representam o *conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana*,[242] tornando-se, assim, o conteúdo mínimo imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa, tendo relação com a vida, família, saúde, integridade física, honra, liberdades física e psicológica, nome, imagem e reserva sobre a privacidade e intimidade.

Nesse passo, pode-se conceituar os direitos da personalidade como sendo aqueles direitos que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

Os direitos da personalidade se caracterizam pela natureza extrapatrimonial, embora seu maltrato possa implicar reflexos econômicos; são absolutos, com eficácia *erga omnes*, pois o seu respeito é imposto a todos (Estado e particulares); são irrenunciáveis, não podendo o titular dele abdicar; intransmissíveis, restando inválida a sua cessão a outrem, mediante ato gratuito ou oneroso; são imprescritíveis, uma vez que o transcurso do tempo, sem o seu uso pelo titular, não lhe acarreta a extinção.

De tais características, duas delas guardam íntima vinculação ao tema sob enfoque, a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade, uma vez que impedem que a vontade do titular possa legitimar o desrespeito à condição humana do indivíduo, ou seja, não há como fazer ou obrigar a pessoa vir a renunciar ao seu intrínseco direito de convivência familiar e comunitária.

Isso não significa que tornem, de todo, irrelevante o consentimento nessa seara; apenas limitam a liberdade de sua manifestação quando contrária à ordem pública.

---

242 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 35

De nenhuma valia se afigura o consenso capaz de importar na supressão do bem da vida, mas é admissível, observados certos parâmetros, uma limitação voluntária do direito à integridade física, a exemplo do que se vê no consentimento para intervenções médicas (dispensável em casos de estado de necessidade), submissão à operação plástica de cunho estético, participação em jogos esportivos violentos, etc.

Vale acrescentar, também, que a observância das conseqüências jurídicas decorrentes dos direitos de personalidade é imprescindível ao respeito da dignidade do ser humano, porquanto a sua idealização, com ênfase para a jurisprudência alemã, formada depois da segunda conflagração mundial, teve em mira evitar que o indivíduo fosse submetido a qualquer sorte de menosprezo, quer pelo Estado ou pelos demais indivíduos.

Desta maneira, indissociável se mostra o direito fundamental à família como o desenvolvimento dos não menos fundamentais direitos da personalidade.

Obtempera, com muita propriedade, Pietro Perlingieri, destacando seu caráter manifestamente fundamental e indissociável da condição humana:

> [...] a família como formação social, como 'sociedade natural', é garantida pela Constituição (Art. 29, § 1º) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa (Art. 2º, Const.). A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e a promoção daqueles que a ela pertencem.[243]

Embora comentando diretrizes positivadas na Constituição da Itália, a verdade é que as afirmações lançadas no parágrafo anterior se amoldam como luva aos princípios basilares estampados na Lei de Outubro, até porque, de um

---

[243] PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito do civil**: introdução ao direito civil constitucional. São Paulo: Renovar, 2005, p. 243-244.

modo geral, tais assertivas se mostram irretocáveis em qualquer parte do mundo.

De fato, não há como se negar que é por intermédio da família que o ser humano busca e atinge a satisfação de suas necessidades básicas, mormente aquelas afetas à própria sobrevivência e à formação de seu caráter, que o legislador constituinte, em 1988, lhe reservou especial atenção constitucional.[244]

É preciso que se diga, também, que os comentos em destaque, diante da importância do tema *família* ultrapassam, em muito, a questão jurídica, haja vista que dizem respeito à própria essência de criação e de desenvolvimento do ser humano.

A família, dentro de seus padrões normais de amor e respeito, é fonte eterna de elementos indispensáveis às citadas criação e desenvolvimento do ser que nasce, tais como, carinho, segurança, amparo, aconselhamento.

Dentro do contexto atual, não se pode negar que a família ostenta a importantíssima e inafastável função de servir de esteio à promoção da dignidade da pessoa humana,[245] emergindo daí que a necessidade de se tutelar constitucionalmente referido grupamento social consiste no fato de que serve ela de instrumento, como dito anteriormente, de desenvolvimento, estruturação e sustento dos personagens que a formam.[246]

---

244 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 182: "Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o lócus onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde para os laços sociais".

245 GARCIA, Maria. O direito à família. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 463: "O direito à família não somente adentra ao rol dos direitos humanos, senão que se revela instrumento da realização de todos os direitos enumerados no Art. 227 da Constituição e os demais deles decorrentes circundantes da dignidade da pessoa, princípio fundamental do Estado (Art. 1º, inc. III)".

246 PEREIRA, 2007, p. 523: "A exata compreensão da tutela constitucional da família e a justificativa da intervenção do Estado na comunidade familiar não podem se satisfazer tão-somente com a afirmação da necessidade de tutela da pessoa sem que se enfrente o problema de delinear qual o papel global da pessoa na família, isto é, o problema de definir de que forma a pessoa se apresenta na família sendo titular de direitos – principalmente do direito à sua própria realização pessoal – e simultaneamente co-responsável (solidariamente) pela construção de um 'lugar-comunidade' onde também se respeite o desenvolvimento da personalidade dos outros integrantes da mesma comunidade, tornando efetivamente possível a vontade espontânea de plena comunhão de sentimentos, de vida e de história".

Assim, é a própria Constituição Federal quem determina e concebe a família como sendo um direito fundamental[247] inerente e afeto a todo e qualquer ser humano, haja vista ter consagrado, expressamente, ser ela a base da sociedade, galgando especial proteção do Estado.

Isso é tão verdadeiro e real, conforme já havia apontado Rui Carvalho Piva[248] e além do quanto positivado em seu Capítulo VII, que o tema envolvendo o vocábulo *família* aparece inúmeras vezes durante o bojo do texto constitucional, mais especificamente em 24 (vinte e quatro) oportunidades.

A fundamentalidade do direito de ser ter uma família ganha espaço nas três dimensões mais consagradas e utilizadas em estudos que tais.[249]

Isso porque, no que diz respeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão, tem-se sua caracterização pela não intervenção estatal em determinados aspectos do indivíduo e da sociedade que ele compõem, ficando caracterizado pela palavra *liberdade*.

Nesse eito, pode-se citar, como exemplo, a liberdade que é conferida às pessoas de escolherem aquel'outras para a formação de uma determinada

---

247 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: GROENINGA, Giselle Câmara; CUNHA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 156: "O Direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico das exclusões, é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de Cidadania".

248 PIVA, Rui Carvalho. **A legitimidade ativa da família na tutela de interesses difusos**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003, p. 142 e ss.

249 Disponívem em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?textID=85>. Acesso em: 12 mar. 2007: "Quando se pensa em direitos humanos fundamentais, o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar a vida humana sem pensar a família. Uma implica a outra, necessariamente, e por isso que o direito à vida implica o direito à família, fundando-o como o mais fundamental dos direitos familiais. Outros direitos humanos fundamentais também se ligam à família. A liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à família e se realizam mais efetivamente no lar [...]. Por fim, não há esquecer que, por ser direito da humanidade, o direito à família e com ele os direitos humanos da família são verdadeiros direitos difusos, que não podem ser negados a nenhum sujeito humano. Não comportam, nem suportam discriminação".

entidade familiar, a liberdade de planejar o número de membros que referida entidade terá, dentre outras situações.

No que se refere aos direitos fundamentais de segunda dimensão, caracterizados estes pela palavra igualdade, em seu sentido substancial, tem-se que a concessão de direitos sociais interligados, umbilicalmente, à família, são: saúde, educação, moradia, etc.

A terceira dimensão está lastreada na tutela de interesses coletivos[250] (supraindividuais, transindividuais ou metaindividuais),[251] cuja atuação se desdobra em três espécies, a saber: (i) interesses difusos; (ii) interesses coletivos *strictu sensu*; e, (iii) interesses individuais homogêneos.

A propósito de tão importante ligação com os direitos humanos de terceira dimensão, tem-se a firme proposta defendida por Rui Carvalho Piva, em tese de doutoramento, no sentido de que a entidade familiar possui, pela relevância e característica que lhe são peculiares, legitimidade para propor ação civil pública, defendendo-se, assim, de atos, comissivos ou omissivos, que entenda contrários aos seus direitos e interesses difusos.[252]

A evidência mostra ser a família quem oferece o melhor quadro emocional e moral para uma criança ou jovem adquirir um padrão de referência, uma forma de agir e interpretar os acontecimentos que lhes cercam, tomando, assim, decisões corretas e pertinentes com o seu normal desenvolvimento e com o atingimento de uma qualidade de vida digna.[253]

---

250 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65: Para o autor são aqueles que "[...] depassam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva".

251 Existem, atualmente, 04 propostas de codificação da tutela coletiva: uma da Professora Ada, Código Modelo para Ibero-América, Projeto da UERJ e da Estácio de Sá, e um de Antônio Gidi. Nos quatro projetos já há consagração do controle jurisdicional (embora projetos, são fontes de estudo do direito coletivo).

252 PIVA, 2003, p. 249: "[...] a legitimidade da família para a defesa de interesses difusos representará uma nova aliança familiar, uma aproximação solidária capaz de identificar naquela que tomar a iniciativa, por exemplo, de propor uma ação civil pública, uma aliada que não compartilha da vergonhosa pouca efetividade de direitos difusos constitucionalmente assegurados".

253 LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002, p. 144: "A qualidade de vida é uma categoria suficientemente ampla para abranger todos os direitos fundamentais da terceira geração já identificados e, quiçá, muito dos que nem sequer ainda foram plenamente caracterizados".

Embora a família, sozinha, não tenha como garantir o resultado mencionado no parágrafo anterior, sem sombra de dúvidas, serve de esteio e conforto para o encaminhamento das escolhas que a vida impõe a toda e qualquer pessoa, principalmente em relação àquelas que se encontram em estágio de formação ou, em outras palavras, confere a pessoa a chance de optar, com qualidade, por aquilo que entenda ser mais pertinente à sua vida.

Se é verdade que a família por si só e dependente de suas características não está apta a garantir, integralmente, qualidade de vida aos elementos que lhe integram, não menos verdade é o fato de que o indivíduo suprimido de tal convivência, por mais que seja escorreito, não a atingirá, em hipótese alguma.[254]

De acordo com João Baptista Herkenhoff:

> Vemos a família como a depositária da vida. A família serve à vida, quando gera e educa, numa atmosfera de segurança e amor. A família serve à vida, quando gera na alma, trazendo ao convívio do amor o filho adotivo. A família serve à vida, quando se amplia no acolhimento de pais, avós, parentes, agregados. A família serve à vida, mas, mesmo assim, há partilha e comunhão, na doação recíproca entre os cônjuges e na abertura para o mundo. Não é o vínculo formalmente legal ou sacramental que estabelece a família. A família é estabelecida pelo amor.[255]

Solapar-se da criança e do adolescente seu direito fundamental de convivência familiar e comunitária, sem que lhe seja estabelecido um contraponto para mitigação da referida problemática, acarreta, como dito, a perda de uma chance, a qual é passível de ser tutelada e, ao menos, mitigada no campo jurisdicional.

Isso porque, como direito fundamental que é, devem ser outorgadas, pelo Estado, todas as condições mínimas para que os cidadãos tenham plenas

---

254 FACHIN, 2001, p. 144: “Aí se evidenciam os desafios que reclamam um novo olhar para o Direito de Família, voltado para a efetividade material dos direitos fundamentais, assentados na dimensão pessoal, superando a conotação patrimonializada das relações familiares”.

255 HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex, 2000, p. 80.

condições de vivificar referido grupamento social, devendo ser ele responsabilizado em caso de omissão ou deficiência de atuação, como será mais bem detalhado no último capítulo deste trabalho.

A proteção efetiva do direito fundamental material exige determinado procedimento que o garanta e o concretize, sob pena de se tornar letra morta dentro do ordenamento jurídico vigente, o que se cumpre a todo custo evitar.

Deveras, de nada adiantaria o texto constitucional garantir a todo cidadão brasileiro o direito de ir e vir dentro do território nacional, senão tivesse disponibilizado, com o mesmo *status* jurídico-fundamental, uma garantia à sua concretização, qual seja, o *habeas corpus*.[256]

Trazendo a discussão acima para o campo da família, tem-se de que nada adiantaria resguardar o livre planejamento familiar, senão fosse garantida, aos membros de uma determinada entidade familiar que optaram por ter filhos, assistência pré e pós-natal gratuitos, na rede pública hospitalar.

É o que Sergio Rezende de Barros denomina de direitos fundamentais propriamente ditos e direitos fundamentais operacionais.[257]

---

256 CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 122: "[...] o sistema brasileiro estabeleceu, clara e induvidosamente, o controle jurisdicional da prisão, assegurando plena garantia ao indivíduo, como, aliás, recomendam os Organismos Internacionais, que defendem o respeito aos direitos humanos para todos, indistintamente".

257 Disponível em: <http:// www.srbarros.com.br/artigos.php?textID=85>. Acesso em: 03 fev. 2007: "Há quem separe direitos humanos de direitos fundamentais. Mas não é de ser aceito esse entendimento de que os direitos humanos e os direitos fundamentais constituem dois institutos jurídicos distintos. Essa separação retira humanidade do fundamental e fundamentalidade do humano, ao passo que na realidade do mundo jurídico o que se verifica é que, contrariando essa dissociação doutrinária, os direitos humanos se associam, ora como direitos mais fundamentais, ora como direitos mais operacionais, colocando em ação um só e mesmo instituto para atender a uma só e mesma finalidade: realizar o ser humano em todos os indivíduos humanos, nas condições de dignidade próprias de cada época da história da sua civilização. Em verdade, não só realizar, mas também garantir a humanidade assim realizada. Para essa finalidade maior se faz presente nos diversos ramos do Direito – e, também, no direito de família – o desdobramento dos direitos humanos em fundamentais e operacionais. O que leva a perguntar qual é no direito de família o direito humano fundamental de todos os outros. A resposta é uma só: é o próprio **direito à família**".

Fica claro, assim, que, para cada direito fundamental material, deve existir um correspondente direito fundamental procedimental, isto é, o cidadão que é lesado ou se encontra na iminência de ser lesado num direito fundamental que lhe é ínsito, tem direito a procedimentos judiciais que venham a concretizar, efetivamente, a reparação da referida lesão ou a sustação imediata daquela, afastando-se, por via de conseqüência, eventual e inconstitucional déficit de proteção.

Em outras palavras, tem o jurisdicionado, direito fundamental à proteção jurídica efetiva, cuja proteção deverá ser balizada diante da observação de dois inafastáveis parâmetros, a saber: (i) proibição da insuficiência; e, (ii) proibição do excesso.

Nesse passo, e fazendo coro a Sumaya Saady Morthy Pereira, tem-se que:

> [...] diante da realidade sócio-econômica da esmagadora maioria da população brasileira é inconcebível qualquer interpretação das normas constitucionais de proteção à família que exima o Estado de seus deveres de garantia e promoção dos direitos fundamentais, afastando-o de seus objetivos fundamentais, enunciados no Art. 3º da Constituição Federal, dentre eles o de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.[258]

Concluindo, em sendo a família um direito fundamental do indivíduo, caso os princípios, regras e situações que dela derivam acabem, ainda que por via reflexa, atingindo, também, um grau (variante) de fundamentalidade, devem assim mesmo ser tratados, protegidos e efetivados.

Noutro giro verbal, se a família tem *status* jusfundamental, tem-se que, em desdobramento, o direito à convivência familiar afeta a crianças e adolescentes ostenta a mesma natureza jusfundante, sob pena de, em assim não se compreendendo, descaracterizar, por completo, a referida fundamentalidade do

---

[258] PEREIRA, 2007, p. 542.

grupo social em estudo, o que, nem de longe, foi a motivação que norteou a positivação do Capítulo VII da Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988.

4 AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O direito à família, como visto, é um direito de natureza jusfundamental e, como tal, diz respeito à própria essência do ser humano, não podendo, ou ao menos, não devendo dele ser dissociado.

Nesse passo, não se pode privar nossas crianças e adolescentes de que desfrutem a convivência familiar e, quando tal não se mostra efetivamente possível, devem ser disponibilizados meios que venham a mitigar a problemática, de modo que novas famílias surjam no futuro.

Infelizmente o que se vê no *mundo dos fatos* é algo completamente divorciado do objetivo protecional desejado pelo legislador constituinte, na medida em que se percebe o atroz aumento de atos infracionais cometidos por menores, da prostituição e do trabalho infantis, da evasão escolar, da desnutrição, dos abandonos moral e intelectual, dentre outros inúmeros males que os assolam e solapam as oportunidades de desenvolvimento digno, os quais, indiscutivelmente, acabam voltando-se contra a própria sociedade que os gerou.

Embora, em tese, gozem de prioridade absoluta, o que se observa, muitas das vezes, é o descaso do Estado para com nossas crianças e adolescentes, principalmente na sua qualidade de administrador, de gestor e de executor da coisa pública, na exata medida em que prestigia suas áreas de atuação mais preocupado com o pleito eleitoral que se avizinha do que com os efeitos sociais que poderão ser realmente experimentados pelos cidadãos brasileiros.

O problema de efetivação da proteção e da prioridade dos direitos da criança e do adolescente remonta de há muito no Brasil, como bem nos ilustra Vera Jofily:

> [...] a criança brasileira pode ter sido objeto da caridade cristã dos reis de Portugal projetada no dever de assistência aos menores abandonados, ao que se imagina, desde o apossamento da Colônia. Contudo agravou-se esta situação de abandono, porquanto no século XVII a Metrópole deixara à Colônia a responsabilidade de prover a salvação daqueles inocentes. Desde então teve início o aniquilamento da criança brasileira, a despeito dos alertas, das declarações de autoridades constituídas, das campanhas, das orações, de tudo o mais que deve ter sido dito e escrito sobre a premente necessidade de se assistir ao menor.[259]

E, ao se aniquilar a criança brasileira, se está, também, aniquilando o texto constitucional e, principalmente, o futuro de nosso País, pois, como bem salienta Ricardo Nery Falbo:

> [...] inúmeras investigações antropológicas e sociológicas, orientadas pelo método funcionalista, demonstram o caráter universal da família como instituição voltada para satisfazer necessidades de cuidado e de educação em relação ao universo infanto-juvenil. A satisfação destas necessidades garante a sobrevivência física e material de seus sujeitos e a formação social de seus hábitos e comportamentos. Assim, a família, como grupo social composto de partes inter-relacionadas e interdependentes, preenche, de modo a garantir a vida social do grupo, a função de socializar e de manter sua prole até a fase adulta [...].[260]

As crianças e adolescentes, pelo fato de ainda não apresentarem desenvolvimento suficiente para efetuar(em) participação exclusiva e livre dentro da sociedade, necessitam de especiais e particulares instrumentos de proteção dos seus direitos e interesses, cujo ponto de equilíbrio passa, necessariamente, pela participação na vida familiar e comunitária ou, ao menos, de que lhe sejam disponibilizados, quando tal não se mostra possível do ponto de vista prático, mecanismos de mitigação em relação a tal desiderato, a fim de que se tornem adultos aptos e proveitosos ao convívio social.

Dentro do panorama brasileiro, verifica-se a existência de uma rede normativa avançada e especializada no que se refere à positivação de tais direitos

---

259 JOFILY, Vera. **Patrimônio primordial**: extinção da criança rejeitada no Brasil – reversão do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11.

260 FALBO, Ricardo Nery. **Natureza do conhecimento jurídico**: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 96.

e na proteção de tais interesses, destacando-se, à luz do texto constitucional, a edição do chamado *Estatuto da Criança e do Adolescente*, cujo diploma, do ponto de vista técnico, é considerado um dos mais avançados do mundo, trazendo, inclusive, uma série de diretrizes visando sua efetivação, as quais, infelizmente, não vêm sendo aplicadas a contento pelo Estado brasileiro.

Não de pode deixar correr ao largo, também, a importância do Ministério Público na aplicação, manutenção e concretização dos direitos pertencentes às nossas crianças e adolescentes, haja vista que, por força constitucional, referida instituição desfruta papel preponderante e inafastável no cumprimento e no atingimento do referido objetivo.

Para que se chegue a um melhor e maior nível de concretização do direito fundamental dos infantes às convivências familiar e comunitária, impostergável se faz a participação fiscalizatória do Ministério Público, o mesmo se dizendo da necessidade de sua atuação como órgão independente e autônomo, a buscar a implementação das políticas públicas necessárias, bem como a responsabilização dos agentes públicos e políticos, pelos meios administrativos e processuais próprios, quando a conduta por estes apresentada se divorcia dos princípios e objetivos fundamentais de nossa República.

De outro vértice, é cediço que o tema em comento (crianças e adolescentes), não se restringe apenas à seara brasileira, sendo uma preocupação de âmbito internacional, mostrando-se relevante, para o correto desenvolvimento deste trabalho, também se levar a efeito uma breve explanação em relação aos mecanismos de proteção colocados à disposição dos interessados em tal cenário.

Em continuidade, tem-se que a Constituição Federal de 1998 foi clara e específica em determinar, no *caput* de seu Art. 227, que 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.

Para Cenise Monte Vicente, do Departamento de Psicologia e Educação da USP – Campus de Ribeirão de Preto;

> [...] o bebê, ao ser concebido, já pertence a uma rede familiar, que compreende o pai e a mãe e seus respectivos grupos familiares. Ao pertencer a estes grupos, também já está estabelecido quem são os outros e o universo de escolhas amorosas e interdições às quais estará sujeito, de acordo com a cultura onde ele está inserido. Cada criança recebe um nome próprio e um sobrenome que indicam esta pertinência. Sua constituição enquanto ser social e enquanto indivíduo, ao ser nomeado, inclui imediata e intrinsecamente uma família, toda a rede de parentesco ao qual estará vinculado.[261]

Em verdade, ao tratar-se de temas tão importantes como aqueles elencados no dispositivo constitucional de regência, necessário se faz que, no plano concreto, verifique-se o que o Direito Alemão nominou de *Wirkung der Grundrechte im Privatrecht*, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais dentro do direito privado.

Nesse eito, não há dúvidas de que o instituto da adoção se amolda perfeitamente como instrumento de fomento, concretização e eficácia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, na exata medida em que acaba por propiciar convivências familiar e comunitária a quem, pelos infortúnios da vida, não as detinha até então.

Entretanto, se de um lado o instituto da adoção se mostra como formidável instrumento de concretização à convivência familiar e comunitária dos infantes desafortunados, tem-se que, de outro vértice, o Estado não pode impor referido procedimento ao cidadão, por motivos que nos parecem óbvios e, inclusive, por força do próprio vetor constitucional do livre planejamento familiar.

---

[261] VICENTE, Cenise Monte. **O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47-48.

Assim, necessário se faz, também, e, a par do dever de fomentação do referido instituto, que outras medidas sejam adotadas pelo Estado de modo a, pelo menos, minimizar os nefastos efeitos sentidos pelas crianças e adolescentes que se encontram despidos da oportunidade de desfrutar o afeto familiar e o comunitário, circunstância essa que, na prática, se entremostra muito rarefeita e desprovida de efetividade.

Indispensável se faz a correta destinação e aplicação dos recursos públicos específicos, a fim de que tais crianças e adolescentes tenham, efetivamente, assegurados o direito à educação e ao trabalho, de modo que atinjam um digno patamar de inserção social, podendo, no futuro, formar a família que, outrora, não tiveram e possam colaborar, proficuamente, com a comunidade em que vivem.

De acordo com o Art. 3º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:

> Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Para que se compreenda corretamente a compostura do tema em debate, necessário se faz estabelecer os parâmetros que envolvem a definição legal do que, juridicamente, significa ser criança e adolescente para fins de proteção estatal.

Nesse sentido, irretocável a descrição do pensamento de Noemi Friske Momberger:

> Para proteger os interesses das crianças e adolescentes é necessário que se atente para diversas fases físicas e psíquicas pelas quais passam as crianças e adolescentes, para que as medidas de proteção sejam adequadas e de acordo com os estágios de desenvolvimento em que as crianças e adolescentes se encontram. O assunto relativo à idade foi observado na legislação, pois o ECA, Art. 2º, assim define: são consideradas crianças as pessoas até 12 anos de idade incompletos, e

> adolescente aquelas pessoas entre 12 e 18 anos de idade. Esta classificação é devida às diversas fases de desenvolvimento físico e mental das crianças e dos adolescentes.[262]

As diretrizes constitucionais e infraconstitucionais envolvendo crianças e adolescentes sempre são enfrentadas de modo a proteger e preservar seus interesses, tendo em conta que tais pessoas devem, realmente, ser encaradas como o diamante bruto a ser lapidado para o prosseguimento do desenvolvimento do Estado em que vivem.

Noutro giro verbal, deixar correr ao largo a proteção legal dos interesses da criança e do adolescente é proscrever e acelerar o fim de um País que se julga constitucional e democrático e que tem esperanças de um amanhã melhor para seus cidadãos.[263]

É fingir que a dimensão subjetiva da dignidade humana não existe e que os direitos fundamentais apenas dizem respeito a sonhos e ideais, cujo alcance se espera um dia atingir, mas, sem qualquer vinculação ou obrigação estatal verdadeiras.

É tornar letra morta a Constituição, bem como a prescrição, nela inspirada, trazida pelo Art. 4º do ECA: "É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", não se perdendo de vista que, de acordo com o Art. 7º do referido diploma de lei: "A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas sociais

---

262 MOMBERGERR, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002, p. 44-45.

263 Segundo a lição do insigne jurista Paulo Lúcio Nogueira, quanto à matéria em evidência, tem-se que: "Como direitos fundamentais de qualquer pessoa hão que se colocar em evidência os direitos à vida e a saúde, pois, como diz o ditado, 'a vida é realmente o único bem que a pessoa tem', já que os demais virão por acréscimo. Mas, é de se ter presente também que a vida sem saúde constitui um grande sacrifício para a pessoa. Assim, nada mais justo do que a vida e a saúde serem considerados direitos fundamentais da criança e do adolescente, que estão em fase de desenvolvimento e que merecem proteção especial da família, da comunidade e do Poder Público, devendo este criar programas assistenciais que permitam o nascimento e o desenvolvimento harmonioso, em condições dignas de existência, assegurando à gestante, à parturiente e à nutriz ou mulher que amamenta todas as condições necessárias". NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente**. 4ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 233.

públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

O que se busca, em resumo, é que a Constituição seja efetivamente efetiva (a redundância aqui se faz necessária), pois, atualmente, de certeza basilar mesmo, somente o fato de Brasília ser a capital do Brasil (Art. 18, § 1º) e do Colégio Pedro II, com sede na cidade do Rio de Janeiro, ter sido mantido na órbita federal (Art. 242, § 2º), salvo raras exceções, pois, na precisa lição de Clèmerson Melin Clève:

> [...] o Estado é uma realidade instrumental [...]. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.[264]

Nesse passo, ao se efetivarem os direitos e os interesses de crianças e adolescentes, estar-se-ão efetivando e fortificando suas respectivas entidades familiares, o que, por sua vez, dentro de um benéfico círculo vicioso, retornará em força e segurança para tais infantes, numa ciranda protetiva que irradiará, com toda certeza, efeitos sadios para toda a sociedade brasileira.[265]

4.1 A Proteção de Crianças e Adolescentes no Plano Jurídico Constitucional Brasileiro Anterior a 1988

É sabido que muitas foram as lutas travadas e as dificuldades superadas para que, ao menos do ponto de vista da positivação jurídica, se reconhecessem, com a dignidade merecida, os direitos de crianças e adolescentes.

---

[264] CLÈVE, Clèmerson Melin. **O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais**, apud, SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 388.

[265] LUCARELLI, Maria Virginia Galvão Paiva. Repensando o direito de família, à luz dos direitos constitucionais fundamentais. In: SILVA, Roberto B. Dias da. **Direito constitucional**: temas atuais – homenagem à professora Leda Pereira da Mota). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140: "Aplicar às relações familiares, quaisquer que sejam elas, os direitos fundamentais constitui-se em um direito/dever do legislador pátrio, bem como do intérprete da lei. Incorporar esses novos paradigmas significa romper com a dogmática vigente, de cunho moralista e patriarcal, buscando uma nova realidade, calcada no afeto e na subjetividade".

Enfim, para que os sujeitos de direito em questão fossem, efetivamente, reconhecidos como pessoas dignas de respeito e merecedoras de ampla e específica proteção jurídico-constitucional, muito se suportou, se engoliu, se machucou e se silenciou.

Todavia, como bem assevera Andréa Rodrigues Amin:

> [...] vivemos um momento sem igual no plano do direito infanto-juvenil. Crianças e adolescentes são sujeitos de direito, beneficiários da doutrina da proteção integral. Mas não podemos olvidar que o presente é produto da soma de erros e acertos vividos no passado. Conhecer o passado é um importante instrumento para entendermos melhor o presente e construirmos o futuro.[266]

Desta feita, necessárias se fazem breves digressões e incursões sobre a evolução e o desenvolvimento da normatização protetiva afeta às crianças e adolescentes, primeiramente dentro de um panorama geral, para, posteriormente, traçar-se o caminho seguido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Vejamos.

Na chamada Idade Antiga, dando-se destaque para Roma, tem-se que crianças e adolescentes não desfrutavam o exercício de direitos, sendo tratados como propriedade paterna, haja vista que o pai dispunha da possibilidade de decidir entre a vida e a morte de sua prole.

Já, na Grécia, especialmente em Esparta, os pais transferiam para o Estado a criação de seus filhos, a fim de que eles se tornassem guerreiros, ideal máxima daquela imortal sociedade.

Na antiguidade, a condenação à morte de crianças doentes, deficientes ou com má-formação era prática corriqueira e comum.

---

266 AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 03.

Em relação à Idade Média, vale destacar que, com o avanço do cristianismo, começou a se vislumbrar o deferimento de direitos a crianças e adolescentes, desde que, evidentemente, tais tivessem nascido sob o manto matrimonial, eis que, do contrário, continuavam relegados à margem do Direito, situação essa que, aliás, perdurou por muito tempo, espraiando seus nefastos efeitos na ordem jurídica brasileira, inclusive.

Após o advento das duas grandes guerras mundiais, o cenário internacional voltou o olhar, definitivamente, para a necessidade de regras firmes e aplicáveis a todos os ordenamentos jurídicos democráticos no que pertine ao tema da proteção dos direitos humanos, cuja normatização obviamente, contemplou, os interesses de crianças e adolescentes.

No Brasil, o plano evolutivo da conquista da proteção integral e da prioridade absoluta foi marcado por diversas lutas, como bem se verifica pelos acontecimentos abaixo narrados.

Selma Regina Aragão e Angelo Luis de Sousa Vargas, citando lição de Lima, mencionam:

> [...] a criança, no Brasil, sempre foi relegada a um segundo plano pelas elites brasileiras. Em 1693, o então Governador Antonio Paes de Sande, da Bahia, alertou El-Rei para o problema das crianças abandonadas (‘desvalidas’ ou ‘expostas’, segundo expressão da época). A Carta Régia de 12 de dezembro de 1693 ordenou que as crianças fossem alimentadas pelos bens do Conselho do Reino. A ordem não foi cumprida: a Câmara alegou falta de recursos.[267]

Na primeira Constituição Brasileira, qual seja, a de 1824, tem-se que a única *família* ali efetivamente retratada e que mereceu especial atenção do legislador constituinte foi a *família imperial*, mais precisamente no que se refere ao conjunto normativo compreendido entre os Arts. 105 a 115 do aludido texto basilar, destacando-se que a temática envolvia, em primazia, regras para a

---

[267] ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. **O estatuto da criança e do adolescente em face do novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 03.

proteção e a determinação do sucessor do trono, valendo, a título exemplificativo, mencionar o conteúdo do Art. 109, a saber: “A Assembléa assignará tambem alimentos Principe Imperial, e aos demais Principes, desde que nascerem. Os alimentos dados aos Principes cessarão somente, quando elles sahirem para f’óra do Império”.

Saliente-se, a título de informação, que, no plano infraconstitucional, vigiam as chamadas Ordenações do Reino, de modo que era permitido ao pai, para garantir a educação do filho, castigá-lo, não se considerando ilícito ou antijurídico o fato de o infante falecer em decorrência do exercício do referido *direito* paterno.

Interessante, também, as disposições penais envolvendo a idade para a aplicação de sanções aos menores, contidas nas Ordenações Filipinas,[268] no Código Criminal do Império de 1830[269] e no Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 (Código Penal dos Estados Unidos do Brasil).[270]

Nos dizeres de João Batista Costa Saraiva:

> Enquanto no Brasil vigorava o Código Penal de 1830 e travava-se a luta abolicionista, tomava força nos Estados Unidos, onde mais tarde veio germinar a idéia de um Direito de Menores, o movimento feminista. Todas estas manifestações estão inseridas

---

268 “TÍTULO CXXXV: **Quando os menores serão punidos por os delictos, que fizerem**. Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-ha a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se fôr de idade de dezasete annos até vinte, ficará em arbitrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em este caso olhará o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circunstâncias delle, e a pessôa do menor; e se o achar em tanta malicia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, postoque seja de morte natural. E parecendo-lhe que não a merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido. E quando o delinqüente fôr menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbitrio do Julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito Commum”.

269 Art. 10: Tambem não se julgaráõ criminosos: § 1º – Os menores de quatorze annos
Art. 13: Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obrárão com discernimento, deveráõ ser recolhidos ás casas de correcção, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda a idade de dezesete annos.

270 Art. 27: Não são criminosos: § 1º – Os menores de nove annos completos; §2º – Os maiores de nove e os menores de 14, que obrarem sem discernimento; [...].

> no contexto de afirmação dos direitos humanos, onde também se situa o direito da infância.[271]

Tomada por muitos como um dos pontos de partida no que se refere à positivação de direitos da infância, não obstante sua manifesta perversidade aos olhos atuais, tem-se a edição, em 1871, da conhecida *Lei do Ventre Livre* (Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871), cujo diploma declarava de condição livre os filhos de mulher escrava que nascessem sob a égide da referida lei, libertava os escravos da nação e outros, estabelecendo providências sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos.

De igual forma à anterior, a Constituição Republicana de 1891 também se furtou a trazer em seu bojo dispositivos que regulassem os direitos das crianças e dos adolescentes de modo específico, razão pela qual sua eventual proteção era relegada ao critério geral estampado em seu Art. 72.

No intuito de contextualizar o início do período republicano brasileiro no que se refere ao direito de crianças e adolescentes, com o momento vivenciado no mundo, invoca-se uma vez mais o magistério de João Batista Costa Saraiva:

> De importância tão grande quanto a marcha das mulheres operárias [...], como marco do Direito da Mulher, foi, para o Direito da Criança, o chamado Caso Marie Anne. O episódio, informado na história como precedente histórico pelos direitos da infância nos Tribunais no mundo, remonta ao ano de 1896, final da última década do século XIX. A menina de nove anos sofria intensos maus-tratos impostos pelos pais, fato que chegou ao conhecimento público na Nova Iorque daquela época. Como para o Direito Civil do século XIX, como vimos, não havia distinção entre uma criança e um cachorro, ao menos do ponto de vista da responsabilidade civil, o certo é que os pais julgavam-se donos dos filhos e que poderia educá-los como lhes aprouvesse. O castigo físico – até hoje utilizado por alguns – era visto como método educativo e sendo as crianças – como os animais – propriedade de seus donos, no caso os pais, poderiam ser educadas da forma que entendessem. A situação se tornou de tal modo insuportável que o caso chegou aos Tribunais. Quem entrou em juízo para defender os direitos de Marie Anne e afastá-la de

---

271 SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 29.

> seus agressores? A Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque. Poderia não existir uma entidade preocupada com os direitos da criança, mas já existiam uma entidade protetora dos animais. Argumentou a entidade que se aquela criança fosse um cachorro, um gato ou um cavalo, que estivesse submetida àquele tratamento, teria ela legitimidade para agir e então, com maior razão, tratando-se de um ser humano. Instalou-se uma nova era no Direito. A criança que, no início do século XIX era tratada como 'coisa', passou a reclamar ao menos condição de objeto da proteção do Estado. Estava nascendo o Direito de Menores. Este caso, quando foi registrado o primeiro processo judicial efetivo tendo como causa maus-tratos causados a uma menina de nove anos de idade pelos seus próprios pais, originou, de membros daquela sociedade protetora dos animais, o surgimento da primeira liga de proteção à infância, Save the Children of World, que se tornou um organismo internacional. Já em 1899, ao apagar das luzes do século XIX, instalava-se no Estado Americano de Illinois o Primeiro Tribunal de Menores do mundo.[272]

Voltando-se os olhos para o Brasil, durante referido período, faz-se relevante mencionar a edição da Lei nº 2.992/15, a qual modificou os Arts. 266, 277 e 278 do Código Penal (decreto do governo provisório 847, de 11/10/90), tratando da corrupção de menores, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor.

Importante mencionar, também, que, durante o governo do Presidente Arthur Bernardes, foi editado o Decreto nº 12.272, de 20 de dezembro de 1923, cujo diploma inaugurou a regulamentação, em nosso ordenamento, da assistência e proteção dos menores abandonados e delinqüentes.

Por intermédio do Decreto nº 16.273, também de 20 de dezembro de 1923, foi criado no Brasil o primeiro juízo de menores, no Rio de Janeiro (à época Distrito Federal), embora, em nível mundial, tem-se que o prístino Tribunal de Menores surgiu, em 1899, nos Estados Unidos, cujos passos foram seguidos por inúmeros outros países, a saber: Inglaterra (1905), Alemanha (1908) Portugal e Hungria (1911), França (1912), Argentina (1921), Japão (1922), Espanha (1924), México (1927) e Chile (1928).[273]

---

[272] Ibidem, p. 33-34.

[273] Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id186.htm>. Acesso em: 12 dez. 2006.

No governo de Washington Luís procedeu-se à consolidação das leis de proteção e assistência aos menores, editando-se, assim, o Decreto nº 17.943-A e, por intermédio do referido diploma legislativo, foi criado o primeiro Código de Menores do Brasil, mais conhecido pela alcunha de *Código Mello Mattos*.

Inaugurando uma nota etapa na ordem jurídica pátria, a Constituição de 1934 apresenta título específico sobre a família e a educação, explicitando no *caput* de seu Art. 144 que a família se encontrava sob especial proteção estatal, a despeito do fato de o referido grupamento social formar-se apenas e tão-somente quando da realização do ato matrimonial, que era indissolúvel.

Importante destacar, também, que trazia a isenção de custas ou emolumentos no que se refere ao ato de reconhecimento dos até então chamados *filhos naturais*, mencionando, inclusive, que, em razão dos impostos afetos a eventual herança, sua fixação se daria de igual modo aos *filhos legítimos* (Art. 147). Eclodia, timidamente, o embrião da igualdade entre todos os filhos, cujo nascimento, efetivamente, só se daria no longínquo 05 de outubro de 1988.

Por fim, cumpre salientar que, em seu Art. 149, restou estabelecido que a educação era um direito de todos, devendo ser promovida pela família e pelo Estado, visando ao atingimento de eficientes fatores da vida moral e econômica do próprio País, além de buscar o desenvolvimento de um espírito brasileiro e uma consciência de solidariedade humana.

A chamada *Constituição Polaca*, uma vez que claramente inspirada nos idéias nazi-fascistas vigentes à época, manteve a apresentação de tópico próprio para a família, delineando estar ela sob a especial proteção do Estado, trazendo importante disposição no sentido de que a educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Mister rememorar, também, o conteúdo de seu Art. 127:

> [...] infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas à assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e creia ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.

Em seu Art. 129, ficam ainda mais explícitas as preocupações e as responsabilidades estatais pela concretização da proteção dos direitos inerentes à infância e à juventude, mormente no que diz respeito à educação, haja vista que imputa "[...] a Nação, aos Estados e aos Municípios assegurar, pela fundação de instituições pública de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais".

Em tal período, mister destacar a promulgação do atual Código Penal Brasileiro, estabelecendo a maioridade penal aos 18 anos completos, bem como do Decreto-Lei nº 3.799, de 05 de novembro de 1941, que transformou o antigo Instituto Sete de Setembro no Serviço de Assistência do Menor (SAM), outorgando condições de atendimento aos menos afortunados, cujos dispositivos, posteriormente, foram redesenhados pelo Decreto-Lei nº 6.865/44.

Juntamente com a de 1988, tem-se que a Constituição de 1946 é considerada uma das mais democráticas que o Brasil já apresentou, sendo certo que em seu corpo foi mantida a especial proteção estatal à família (Art. 163).

Por força de seu Art. 164, determinou-se que: "[...] é obrigatória, em todo território nacional, à assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo das famílias de prole numerosa", não se olvidando, ainda, que em seu Art. 166 estabeleceu-se que "[...] a educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana".

Aliás, é preciso que se diga que a preocupação com a necessidade de educação a crianças e adolescentes era tão clara que o legislador constituinte

impôs às pessoas jurídicas de direito público interno a responsabilidade de aplicação anual, nunca menos de vinte por cento da renda aferida com a arrecadação dos impostos, no afã de que fosse levada a efeito a manutenção e o desenvolvimento do ensino (Art. 169).

Digno de nota, do ponto de vista infraconstitucional, fazer-se menção à edição da Lei nº 259/48, que autorizava a abertura, pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores, de crédito especial para atender ao pagamento de despesas com a internação de menores.

Em continuidade, tem-s e a Lei nº 282/48, que reorganizou o Departamento Nacional da Criança do Ministério da Educação e Saúde, bem como a Lei nº 2.252/54, que dispôs sobre a corrupção de menores, tendo caráter de legislação complementar ao código penal.

No âmbito assistencial e de proteção, relevante, também, a edição da Lei nº 3.771/60, que autorizou o Poder Executivo a abrir, pelo Ministério da Saúde, crédito especial de Cr$ 20.000.000,00 (vinte milhoes de cruzeiros), como auxílio à associação de assistência à criança defeituosa e da Lei nº 4.404/64, que dispôs sobre a nacionalidade de menor estrangeiro residente no país filho de pais estrangeiros naturalizados brasileiros e aqui domiciliados.

Durante o governo de Castello Branco, em razão das severas críticas que estava recebendo, o Serviço de Assistência do Menor acabou sendo substituído, por intermédio da Lei nº 4.513/64, pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, mais conhecida como FUNABEM (tendo como órgão executor regional a FEBEM), devendo a nova entidade pautar sua atuação de acordo com as diretrizes lançadas na PNBEM (Política Nacional do Bem-Estar do Menor).

Em 1965, surgem as Leis nº 4.655/65, que dispôs sobre a legitimidade adotiva, a adoção judicial de menor e a nº 4.884/65, que concedeu à Fundação Nacional do Bem-estar do Menor (FUNABEM) o auxílio de Cr$ 6.000.000.000,00 (seis bilhoes de cruzeiros), autorizando a abertura de crédito especial para atender a essa finalidade.

No ano seguinte, tem-se a edição da Lei nº 5.145/66, que dispôs sobre a naturalização dos filhos menores nascidos antes da naturalização dos pais, modificando os Arts. 3º, 4º e 8º da Lei nº 818, de 18/09/49 e revogando a Lei nº 4.404, de 14/09/64.

De modo mais frio e formalista, a Constituição de 1967, outorgada à luz turva e densa dos esquecíveis anos de chumbo, manteve a família sob a proteção dos Poderes Públicos, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência (Art. 167) e a educação como direito de todos (Art. 168).

Nesse passo, surge a Lei nº 5.258/67, que dispôs sobre medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de infrações penais. Já, a Lei nº 5.267/67 acabou por proibir a exibição de *trailers* de filme impróprios para crianças, nos espetáculos para menores.

Por intermédio da Lei nº 5.274/67, criou-se o salário-mínimo de menores, devendo-se destacar, pela importância que desfruta até os dias de hoje, a eclosão da Lei nº 5.478/68, a qual dispôs sobre ação de alimentos.

A Lei nº 5.507/68 veio estabelecer prioridade para matrícula nos estabelecimentos de ensino público de curso médio e dispôs sobre a concessão de bolsas de estudo para os filhos de ex-combatentes e órfãos menores carentes de recursos.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, reformou-se o texto basilar anterior, sendo por muitos considerado, em razão de tal fato, verdadeira Constituição.

A despeito de tal discussão, a verdade é que, em seu Art. 175, manteve-se a especial proteção estatal à família, sendo que, no Art. 176, consignou-se que a educação era direito de todos, mas inspirada no *princípio da unidade nacional*, reforçando seu conteúdo manifestamente militaresco e absolutista.

Em 21 de outubro de 1969 foi aprovado Decreto-Lei nº 1.004, por intermédio do qual se apresentava à sociedade brasileira um novo Código Penal,

cuja previsão de vigência inicialmente se daria, por força de seu Art. 407, no dia 1º de janeiro de 1970.

Nesse novo *codex* criminal, a questão da inimputabilidade penal vinha centrada dentro de um sistema biopsicológico, haja vista que o menor entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos responderia penalmente, se ficasse demonstrado que tinha desenvolvimento psicológico suficiente para compreender a ilicitude de seu ato, tendo a pena diminuída de um terço até metade daquela estabelecida originalmente.[274]

O curioso é que o aludido diploma de lei não chegou a entrar em vigor, tendo em vista que, por diversas vezes, sua *vacatio legis* foi prorrogada para, ao depois, acabar sendo revogado pelo Poder Legislativo.

Digno de nota, ainda, o Decreto-lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar), tendo em vista que, em seu Art. 50, fixava a imputabilidade aos 16 (dezesseis) anos, cujo dispositivo somente deixou de ter vigência e eficácia quando da promulgação da Lei de Outubro, uma vez que não logrou ser recepcionado diante da redação emprestada ao Art. 228 do referido texto constitucional.

Ressalte-se que, com a edição da Lei nº 5.582/70, foi alterado o Art. 16 do Decreto-Lei nº 3.200, de 19/04/41, que dispunha sobre a organização e proteção da família, sendo certo que, no concernente a Lei nº 5.675/71, deu-se nova redação ao Art. 77, do Decreto nº 5.083, de 01/12/26, que instituiu o Código de Menores.

Já, a Lei nº 6.037/74 estendeu às Fundações Nacional e Estaduais do Bem-Estar do Menor, a isenção de que tratava a Lei nº 3.577, de 04/07/59 (desobrigação da taxa de contribuição de previdência dos institutos e caixas de aposentadoria), enquanto a Lei nº 6.086/74 dispôs, novamente, sobre o salário-mínimo dos menores.

---

[274] Art. 33: O menor de dezoito anos é inimputável salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acôrdo com êste entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade. (Menores).
Art. 34: Os menores de dezesseis anos, bem como os menores de dezoito e maiores de dezesseis inimputáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial.

Nesse período, o que se pode mencionar como digno de nota foi a eclosão da Emenda Constitucional nº 09, de 28 de junho de 1977, por intermédio da qual, finalmente, se quebrou a indissolubilidade do casamento, permitindo-se, assim, a legitimidade dos institutos da separação e do divórcio, os quais foram regulamentados pela Lei nº 6.515/77.

Diploma legislativo antecessor do atual Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, instituiu o Código de Menores, manifestamente inspirada na chamada *doutrina da situação irregular*, a qual pugnava que o infante era objeto da norma jurídica a partir do momento em que se convertia em estado de patologia social, referindo-se, basicamente, à situação de punição da delinqüência juvenil e não, concomitantemente, ao menos, de sua correção e inserção comunitária.

Por fim, deve ser ressaltado o advento das Leis n^{os} 7.209/84, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, mantendo, por política criminal, a inimputabilidade aos menores de 18 (dezoito) anos e 7.644/87, que dispôs sobre a regulamentação da atividade de mãe social, encontrando-se ainda em vigência, embora não desfrutando a eficácia e efetividade merecidas.

A partir de 05 de outubro de 1988, os direitos de crianças e adolescentes, no Brasil, sofreriam uma radical e intensa transformação; deixar-se-ia de lado a obtusa doutrina da situação irregular para adotar-se a escorreita tese da proteção integral, ingressando-se, assim, num caminho sem volta, no que diz respeito a fixação e à proteção (ao menos positiva) dos direitos fundamentais de nossos infantes.

4.2 A Proteção de Crianças e Adolescentes na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição Federal demonstrando, como visto, a importância do tema em enfoque, houve por bem dedicar o Capítulo VII de seu Título VIII à família, à

criança, ao adolescente e ao idoso, oferecendo-lhes preciosos e fundamentais dispositivos. A seu turno, tem-se que o Art. 24, inc. XV, da Constituição Federal estabelece, concorrentemente, ser da União Federal, dos Estados e do Distrito Federal, a competência para legislar sobre proteção à infância e à juventude.

Abre a positivação sobre a infância e juventude, consagrando-lhes o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, deixando indene de dúvidas que crianças e adolescentes gozam de prioridade absoluta e proteção integral, restando vedada qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo dever da família, do Estado e da sociedade a concretização e o respeito do referido postulado constitucional (Art. 227, *caput*).

O § 1º do referido dispositivo basilar incumbe ao Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, permitindo a participação, em tal mister, de entidades não governamentais, devendo se fiar, também, nos seguintes preceitos: (i) aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; e, (ii) criação de programas de prevenção e atendimento especializado aos portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

A Constituição Federal estabelece, ainda, uma série de aspectos que devem ser obrigatoriamente observados, uma vez que dizem respeito ao direito de proteção especial que devem desfrutar pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (Art. 227, § 3º e incisos.).

Assim, atinge-se a idade mínima para admissão em atividades laborais, em composição com os preceitos compreendidos no Art. 7º, inc. XXXIII, aos 14 (quatorze) anos, garantindo-se-lhes os direitos trabalhistas e previdenciários daí decorrentes, e não se poderá obstar o acesso à escola por parte do trabalhador adolescente.

É garantido, à criança e ao adolescente, o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, além da obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.

Garante-se a criação de programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes, bem como o estímulo do Poder Público, por intermédio da assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, a recepção, sob a forma de guarda de criança ou adolescente órfão ou abandonado, sendo certo que, nos moldes do § 4º do Art. 227, a lei punirá o abuso, a violência e a exploração sexual dirigida contra os infantes.

O instituto da adoção ganha especial destaque no § 5º do Art. 227, na exata medida em que deve ser ela assistida pelo Poder Público, abrindo-se a possibilidade, dentro dos casos e condições previamente estabelecidos, de sua efetivação por parte de estrangeiros.

Entrementes, o ponto de maior relevo apresentado pelo texto constitucional de 1988 refere-se à inserção, no § 6º de seu Art. 227, do já mencionado *princípio da igualdade entre todos os filhos*, cujo postulado foi repetido pelo Art. 1.596 do CC, a saber: “[...] os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A filiação é a maior acepção de parentesco existente, na medida em que, tanto do ponto de vista legal quanto do ponto de vista afetivo, traduz a máxima proximidade entre duas pessoas, pouco importando se essa ligação tem caráter biológico, civil ou social.

A seu turno, saliente-se que, tecnicamente, a expressão *genitores* indica filiação biológica, enquanto que *pais* refere-se à filiação socioafetiva, até mesmo em adesão à máxima de que pais são os que criam e não necessariamente os que geram.

Nesse eito, interessante o magistério de Leila Donizetti:

> [...] a noção de família mudou nos últimos anos em razão das diversas transformações ocorridas na sociedade. O modelo patriarcal existente no início do século XX, calcado na funcionalização do matrimônio, deu lugar às famílias plurais formadas por pai ou mãe e seus filhos, por tios e sobrinhos, por avós e netos, por casais homossexuais, e assim por diante, numa diversidade tal que evidencia o verdadeiro papel da família, qual seja: o de amparar moral, psíquico e economicamente os membros que a compõem [...]. O critério afetivo, portanto, adquire relevância para a identificação da filiação, uma vez que a paternidade biológica não consegue substituir a convivência necessária para a construção permanente dos laços afetivos. A filiação, vista nesse enfoque, passa a assumir nova feição diferenciada daquela oriunda do critério jurídico e/ou biológico. A filiação chamada sociológica, que responde pelo critério afetivo, é marcada por um conjunto de atos de afeição e solidariedade que demonstram claramente a existência de um vínculo de filiação entre filho-pai-mãe.[275]

Há quem sustente – e com toda razão –, que a previsão da imprescritibilidade da *Ação Negatória de Paternidade* acaba por colidir com a tão conhecida teoria da *filiação sócio-afetiva* – ou como preferem alguns, *desbiologização da paternidade* –, na medida em que a permissão indiscriminada de, a qualquer tempo, poder se lançar mão da aludida ação, desmerece, por completo, toda uma série de acontecimentos fáticos vivenciados pelos sujeitos envolvidos na questão, causando, assim, insegurança jurídica.

Nessa esteira de silogismo não parece adequada a alteração legislativa em comentário, que – não obstante tenha vindo consolidar o pensamento dos tribunais – fez tábula rasa do conceito sociológico de filiação, que se preocupa mais com o aspecto humano do que técnico da questão em estudo, pois inequivocamente a relação filial está mais ligada por atitudes do que propriamente por genética.[276]

---

275 DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

276 MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. In: **Revista brasileira de direito de família**, nº 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50-79: "[...] ser pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem-estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção da sua individualidade e de seu caráter. Aquele se dispõe a assumir, espontaneamente, a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento. Será que, posteriormente, seria justo, sem a análise de outras circunstâncias, desconsiderar um vínculo dessa grandeza por uma simples divergência genética?".

De acordo com o §7º do Art. 227 da Constituição Federal, o atendimento dos direitos da criança e do adolescente deverá levar em consideração as formas de arrecadação e a organização das ações governamentais na área da assistência social previstas em seu Art. 204. Isso porque, a assistência social trazida pela Lei de Outubro tem por objetivos, dentre outros, o de proteger à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, bem como o amparo aos infantes carentes.

O Art. 229 da *Lex Mater* apresenta direitos e deveres fundamentais afetos ao *status* jurídico de filho, eis que, se de um lado coloca a obrigação dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores, de outro, determina que os filhos maiores ajudem e amparem seus pais na velhice, carência ou enfermidade.

No plano infraconstitucional, devem ser destacados os seguintes diplomas legislativos, dentre outros promulgados:

A Lei nº 7.644, de 18 de dezembro de 1987, cujo diploma veio a regulamentar a atividade da chamada *mãe social* nas instituições sem finalidade lucrativa ou de utilidade pública de assistência ao menor abandonado que funcionam no sistema de casas-lares.

A Lei nº 7.853/89 tratou sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), bem como instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinando a atuação do Ministério Público, definindo crimes, além de outras providências.

De relevo também, a edição do Decreto nº 99.710/90, cujo diploma veio a ratificar a Convenção Internacional de Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989, dispondo que todas as ações relativas a infantes levadas a efeito por instituições públicas ou privadas deverão considerar, sempre, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A Lei nº 8.069/00 dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando, assim, as determinações constitucionais afetas, principalmente, aos Arts. 227 e 228, cuja análise será realizada em tópico próprio.

Em continuidade, tem-se a edição da Lei nº 8.242/91, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

Inspirada na legislação cubana e da ex-União Soviética, institui-se no Brasil, por intermédio da Lei nº 8.560/92 a chamada *averiguação oficiosa da paternidade*, disciplinando o *caput* de seu Art. 2º que, na ocasião do registro de menor apenas com maternidade definida, o oficial do Registro Civil deve remeter certidão ao juiz dando conta "[...] do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação".

Tal procedimento é uma tentativa extrajudicial prevista pela lei para que a pessoa indicada como pai reconheça espontaneamente a paternidade, evitando-se, assim, maiores constrangimentos e dissabores tanto a ele quanto ao próprio menor.

Segue daí que o juiz determinará a notificação do suposto pai, independentemente do seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída (§ 1º), ocasião em que a diligência poderá ser efetivada em segredo de justiça (§ 2º).

Na hipótese de o averiguado confirmar expressamente a paternidade que lhe foi atribuída, será lavrado termo de reconhecimento especificamente para esse fim, realizando-se o competente registro (§ 3º), não sendo demais destacar:

> [...] se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade (§ 4º) e que a iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade (§ 5º).

A Lei nº 8.642/93 dispôs sobre a instituição do Programa Nacional de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente (PRONAICA), enquanto que o Decreto nº 1.056/94, regulamentou a forma de atuação dos órgãos do Poder Executivo em face do referido PRONAICA.

As condutas que caracterizam crimes de tortura, estabelecendo dosimetria de pena variável entre 02 (dois) a 08 (oito) anos de reclusão foram definidas pela Lei nº 9.455/97, salientando, no inc. II do § 4º de seu Art. 1º, que referida punição será aumentada de um sexto até um terço, quando o ilícito penal for desferido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos.

De seu turno, a Lei nº 9.533/97 autorizou o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

Com a promulgação da Lei nº 9.970/00, instituiu-se o dia 18 de maio como sendo o dia nacional de combate ao abuso e à exploração sexual de crianças e adolescentes, , enquanto que, por intermédio do Decreto nº 3.597/00, foi promulgada, no Brasil, a Convenção nº 182 e a Recomendação nº 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999.

A Lei nº 10.097/2000, alterando a CLT, regulamentou a aprendizagem, admitindo, entre outros, que organizações não governamentais possam profissionalizar o adolescente, além das instituições do Sistema "S" (Senai,Senac, Senar, Senart).[277]

Em 2001, dá-se destaque às Leis n^{os} 10.219, que criou o programa nacional de renda mínima vinculada à educação (bolsa escola) e 10.288, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre o *jus postulandi*, a assistência judiciária e a representação dos menores no foro trabalhista.

No ano de 2002, via edição da Lei nº 10.421/02, estendeu-se à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alterando-se, assim, a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, bem como a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

---

[277] Por determinação constitucional (Emenda nº 20/98), alterando o inc. XXXIII do Art. 7º proibiu o trabalho noturno,perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos.

Necessário citar a eclosão da Lei nº 10.741/03, mais conhecida como *Estatuto do Idoso*, prestigiando-se, assim, o postulado basilar inserto no Art. 230 da Lei de Outubro, além do diploma nº 11.104/05, que dispôs sobre a obrigatoriedade de instalação de brinquedotecas nas unidades de saúde que ofereçam atendimento pediátrico em regime de internação.

A Lei nº 11.114/05, que alterou os Arts. 6º, 30, 32 e 87, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com o objetivo de tornar obrigatório o início do ensino fundamental aos seis anos de idade e a 11.259/05, que acrescentou dispositivo à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), para determinar investigação imediata em caso de desaparecimento de criança ou adolescente, também merecem registro.

Por fim, em 2006, tem-se a edição das Leis nº 11.265/06, que regulamentou a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e também a de produtos de puericultura correlatos e a 11.340/06,[278] que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do Art. 226 da Constituição Federal, da convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; dispondo, também, sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de alterar os Códigos de Penal e de Processo Penal e a lei de execução penal.

---

[278] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11: "Tão logo editada a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, ela passou a ser conhecida como Lei Maria da Penha, embora em seu texto – e nem poderia ser diferente – não seja feita qualquer alusão a tal denominação. O motivo que levou a lei a ser 'batizada' com esse nome, pelo qual, irreversivelmente, passará a ser conhecida, remonta ao ano de 1983. No dia 29 de maio desse ano, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por um tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Em razão desse tiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e a quarta vértebras, suportou lesões que a deixaram paraplégica".

4.3 Considerações Acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente e sua Repercussão no Plano Jurídico Infraconstitucional

Invocando os novos tempos trazidos pela Lei de Outubro, salienta Andréa Rodrigues Amin:

> [...] o novo perfil social almejado pelo legislador constitucional não poderia deixar intocado o sistema jurídico da criança e do adolescente, restrito aos 'menores' em abandono ou estado de delinqüência. E, de fato, não o fez. A intensa mobilização de organizações populares nacionais e de atores da área da infância e juventude, acrescida da pressão de organismos internacionais, como o UNICEF, foram essenciais para que o legislador constitucional se tornasse sensível a uma causa já reconhecida como primordial em diversos documentos internacionais como a Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948); a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras Mínimas de Beijing (Res. nº 40/33 da Assembléia-Geral, de 29/11/85). A nova ordem rompeu, assim, com o já consolidado modelo de situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral.[279]

Some-se ao quanto asseverado acima, a valiosa informação trazida por Karyna Batista Sposato:

> [...] a partir de 1985, no bojo da convenção constituinte, o movimento de luta pelos direitos da infância reuniu 250 mil assinaturas e articulou-se em torno de duas emendas à Constituição. Seu resultado foi a introdução de princípios básicos de proteção e garantia de direitos da criança e do adolescente no texto constitucional de 1988. As reivindicações da Campanha Criança e Constituinte traduziam em exata medida a necessidade de substituição do paradigma tutelar pelo garantista, com incidência em todas as políticas de atenção à infância e à juventude, inclusive para os infratores. Tal introdução correspondia ao consenso na comunidade internacional acerca da necessidade de políticas especiais para a infância e adolescência e ao que posteriormente se constituiu nos princípios inaugurados

[279] AMIN, 2000, p. 09.

> pela Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.[280]

Diante de tantas pressões, inegável se fazia uma verdadeira revolução na sistemática normativa afeta aos menores, tornando-a mais protetiva, eficaz e abrangente, ou seja, a serviço e à disposição de todas as crianças e adolescentes de nosso País.

Noutro giro verbal, urgia alterar o enfoque da legislação menorista, deixando-se de lado a principiologia da doutrina da situação irregular para assumir a moderna e avançada situação de prioridade absoluta e de proteção integral,[281] situação essa que foi devidamente alcançada com o advento do texto constitucional de 1988, mais precisamente no que diz respeito aos seus Arts. 227 e 228.

É nesse contexto que vem à luz a Lei nº 8.069, de 13 de setembro de 1990, alcunhada de *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ratificando a necessidade de concretização e outorga de direitos fundamentais gerais, bem como aqueles inerentes às condições dos infantes que se encontram sob a sua égide, converte-se em verdadeiro microssistema jurídico, emergindo daí sua inegável e indispensável importância para o atingimento dos ideais constitucionais proclamados em 05 de outubro de 1988.

Diz-se no parágrafo anterior sobre a necessidade de concretização e outorga não só dos direitos fundamentais gerais, mas também daqueles de índole especial, isto é, correspondentes às peculiares condições de desenvolvimento em que se encontram crianças e adolescentes de um modo geral.

---

280 SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55-56.

281 Ibidem, p. 51: “O que significa ‘proteção integral’? Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte. Mas tem também outro sentido do ponto de vista estritamente legal: é que toda a matéria passará a ficar subordinada aos dispositivos do Estatuto, como de resto se deduz do último de seus artigos, o de nº 267”.

Nos dizeres de João Batista Costa Saraiva:

> O ECA se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente, com a idéia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres, na medida em que na doutrina da situação irregular se constatava que para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado era absolutamente indiferente.[282]

Nesse diapasão, e embora exista inegável direito à divulgação de informações que se apresentem relevantes à correta explanação dos fatos para a sociedade, é necessário ponderar valores quando a questão envolve notícias referentes a crianças e adolescentes, a fim de que tais não acabem expostos de maneira danosa, ainda mais quando se trata de apuração de ato infracional supostamente por eles cometidos, pois, como salienta Ana Lúcia Menezes Vieira:

> [...] a exposição do adolescente infrator à opinião pública, além de prejudicar sua reintegração social, pode ocasionar, de maneira irreversível, um grave prejuízo à sua imagem, intimidade e formação da personalidade. Imprescindível, portanto, que na apuração do ato infracional atribuído ao adolescente seja ele protegido contra a interferência da imprensa.[283]

Nesse sentido, tem-se a positivação da regra insculpida no Art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente.[284]

O artigo de referência diz respeito à salvaguarda de eventual difamação que venha a manchar, para sempre, sua honra, proibindo termos, atos, despachos, decisões, acórdãos, relatórios, votos ou quaisquer manifestações judiciais, policiais ou administrativas que acabem mencionando ou contendo

---

282 SARAIVA, 2005, p. 73.

283 VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 253.

284 Art. 143: É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único – Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

referência a crianças e adolescentes, mesmo que tal fato se dê para esclarecer que não foram eles os autores do ilícito em profusão.

Entrementes, os meios de comunicação não são impedidos de tornar pública a notícia de eventual ato infracional supostamente praticado por um menor, desde que, evidentemente, se cerquem das cautelas jurídicas elencadas no parágrafo único do dispositivo de regência.

Quando se verifica o descumprimento das recomendações, ou seja, se percebe a prática de atos consistentes em divulgar fatos ou documentos pertinentes a atos infracionais sem que exista a necessária autorização para tanto ou fotografias e ilustrações referentes ao caso, tem-se a imediata incidência da norma repressiva estampada no Art. do 247 do ECA.[285]

Mesmo com tais diretrizes e reprimendas:

> [...] não raramente a mídia comete ilegalidades identificando, de alguma forma, o menor. Ao transmitir imagem dos adolescentes envolvidos em atos ilícitos – não obstante o faça maquiada com tarjas pretas nos olhos e utilize-se dos mais variados recursos tecnológicos para dificultar a identificação deles – publica as iniciais do nome, apelidos, endereços dos pais, elementos que, indiretamente, levam à identificação do infrator. Aqueles meios dissimulatórios, por conseguinte, nem sempre são eficazes para evitar a exposição pública do menor envolvido em atos ilícitos, pois outros dados, de uma forma ou de outra, acabam burlando a proibição legal.[286]

Essa situação somente poderá ser resolvida diante de uma atuação firme dos meios de comunicação, no sentido de que assumam parcela da responsabilidade que

---

[285] Art. 247: Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou ao adolescente a que se atribua ato infracional: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. § 1º – Incorre na mesma pena quem exibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente. § 2º – Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.

[286] VIEIRA, 2005, p. 256.

lhes é ínsita, diante da função constitucional e social que desempenham perante todos ou, como bem adverte Guilherme Döring Cunha Pereira:

> [...] do ponto de vista ético, o fim da imprensa é o de ser instrumento do aperfeiçoamento humano, aliás fim comum de toda a organização e de toda a atividade verdadeiramente humanas, mas fim que deva ser atingido de modo específico e adequado a cada organização e na cada atividade [...]. É patente a influência profundamente positiva na sociedade que pode derivar de um adequado cumprimento da sua atividade material específica. Dar satisfação às necessidades fundamentais de informação, formação, entretenimento etc., não de um determinado indivíduo, mas de toda uma coletividade, é, em si mesmo, e independentemente de qualquer ulterior esforço, uma contribuição decisiva para o bem comum.[287]

Nesse caminho, caem muito a propósito os sábios comentos proferidos por Ester Kosovski, da Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

> Rios de tinta já foram consumidos e ainda o serão, questionando e avaliando o poder, a influência, a interferência da mídia na era da eletrônica e da instantaneidade – e portanto a sua responsabilidade social. O papel da imprensa (termo usado no sentido lato) numa democracia e sua relação com a violência e a criminalidade constituem temas para inúmeros seminários, debates, palestras, pesquisas, com as mais diversas conclusões que, em comum, constatam a sua força e importância crescente no mundo contemporâneo. As notícias recebidas através da mídia eletrônica no exato momento em que acontecem (a transmissão da CPI da corrupção, por exemplo) despertam emoções e sentimentos variados e são apresentadas, selecionadas e comentadas *a posteriori* pelos jornais e periódicos, cada um à sua feição, sendo consumidos por público mais reduzido, servindo de fonte permanente de referência futura. A mobilização, o impacto, a solidariedade ou até pânico que uma imagem forte pode causar (crianças esquálidas e famélicas; uma ave encharcada de óleo no mar; as vítimas da guerra fraticida na Bósnia; o aperto de mão de Arafat e Rabin; a fragilidade esperançosa de Betinho) são exemplos marcantes, emblemáticos, como as imagens da chacina da Candelária, dos presos do Carandiru, dos Ianomâmis, da favela do Acari, logo substituídas por outras na eterna tentativa, sempre renovada, de superar o seu próprio impacto. É desta força que advém a responsabilidade para com a sociedade (‘responsa’: ‘resposta’), o que inclui respeito para com a cidadania. A responsabilidade não pode ser delegada, segundo os cânones da administração; delega-se autoridade – a responsabilidade é

---

287 PEREIRA, Guilherme Döring Cunha Pereira. **Liberdade e responsabilidade dos neios de comunicação**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33 e 36.

> compartilhada. E acaba a mídia sendo responsabilizada por tudo.[288]

Outra situação digna de nota e devidamente retratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, diz respeito ao seu Art. 27, por intermédio do qual se assegura o direito personalíssimo de reconhecimento do estado de filiação, o qual pode ocorrer de três maneiras: (i) voluntária; (ii) administrativa; e, (iii) compulsória ou judicial, não se perdendo de vista a necessidade, nesse particular, de interação da legislação específica com aquela afeta ao novel Código Civil, a fim de que se busque a concreção da máxima eficiência no que se refere à proteção de tais direitos e interesses.

A ordenamento jurídico elenca hipóteses nas quais há presunção de filiação, sendo tais hodiernamente encaradas como de natureza *iuris tantum*.

Referidas presunções encontram-se estabelecidas pelos Arts. 1.597 e 1.598 do Código Civil: (i) 180 dias após a convivência conjugal: disciplina o inc. I do Art. 1.597 que, nos nascimentos ocorridos 180 dias após a convivência conjugal, há presunção de filiação decorrente do casamento; (ii) 300 dias da dissolução da sociedade conjugal: destaca o inc. II do Art. 1.597 que, nos nascimentos ocorridos dentro do lapso temporal que vai até 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal, seja esta última decorrente da separação, nulidade ou anulação do casamento, mantém-se a presunção de filiação decorrente do casamento; (iii) Novas núpcias: dispõe o Art. 1.598 do Código Civil que o nascimento de filho da mulher que contraiu novas núpcias anteriormente ao esvaimento dos 300 dias a que alude o inc. II do dispositivo legal acima mencionado, faz surgir a presunção de que a filiação pertence ao primeiro marido, ou, ocorrendo o nascimento após tal lapso temporal e desde que já decorrido o prazo descrito no inc. I do aludido dispositivo legal, a presunção recairá no segundo marido. Destaque-se que não faz qualquer sentido a restrição contida no Art. 1.598 relativamente à referência única feita ao caso de falecimento, pois as

---

[288] KOSOVSKI, Éster. **Ética na comunicação**. São Paulo: Àtica, 2000, p. 25.

presunções *iuris tantum* estabelecidas na lei haverão de existir também nas hipóteses de nulidade e anulação do casamento quando não tiver sido observada a regra inserta no inc. II do Art. 1.523 do mesmo *codex*; (iv) Fecundação artificial homóloga: diz respeito às fecundações que se valem de material genético apenas do casal, sendo certo que o inc. III do Art. 1.597 determina a presunção de filiação daquele que se originou do apontado tipo de fecundação mesmo que o nascimento se dê após o falecimento do marido; e, (v) Fecundação artificial heteróloga: diz respeito à utilização de material genético de pessoa – ou pessoas (duas – homem e mulher) – estranha ao casal. Saliente-se que o inc. V do Art. 1.597 parece considerar apenas a hipótese da utilização de material genético masculino de terceiro, daí porque condiciona a presunção à autorização do marido da consorte inseminada. Todavia, à luz do princípio constitucional da igualdade não se pode divisar diferenças *in casu*, uma vez que espelham situações iguais, disso resultando, conseqüentemente, a total possibilidade de utilização também de material genético feminino de terceiro mediante a autorização da esposa.

A discussão outrora estabelecida quanto à possibilidade do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento já havia deixado de ter a sua importância quando da superveniência da Constituição Federal de 1988, que, pretendendo afastar da pessoa dos filhos os prejuízos que a eles sempre eram debitados por conta de condutas que não lhes eram imputáveis, equiparou em direitos todos os filhos independentemente de suas origens, conforme bem se vê da regra contida no § 6º do Art. 227 da Lei Maior.

Nessa linha de princípios, o legislador infraconstitucional cuidou de movimentar-se no sentido de estabelecer certos critérios para o reconhecimento da filiação fora do casamento, o que culminou no surgimento do *caput* Art. 26 do ECA (Lei nº 8.069/90), segundo o qual "[...] os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento particular, qualquer que seja a origem da filiação", e, posteriormente, da Lei nº 8.560/92 com dispositivo similar, qual seja, o representado pelo seu Art. 2º.

Seguindo esse mesmo diapasão, a novel legislação civil também autorizou no bojo do seu Art. 1.607 a possibilidade de reconhecimento da filiação mesmo fora do casamento, cujos critérios, obviamente, continuam a ser os mesmos estabelecidos na citada Lei nº 8.560/92, nunca sendo demais assinalar que a maior preocupação do legislador sempre foi a paternidade,[289] já que, no comum das vezes, a maternidade resta bem definida.

Desse modo, a regra expressa no Art. 1.607 do Código Civil é endereçada ao reconhecimento voluntário da paternidade fora do casamento de filhos que possuam a maternidade definida de mães que não se encontram sujeitas à incidência das regras constantes do Art. 1.597 do mesmo *codex*, sob pena de inoportuno e inseguro afastamento das presunções ali estabelecidas.

Outrossim, impende alinhavar que afora a advertência acima formulada acerca da exegese oriunda do Art. 1.597, nas demais hipóteses, isto é, onde não se comportem as presunções oriundas da lei, mesmo havendo casamento em curso o reconhecimento voluntário da paternidade ainda indefinida poderá ser alcançado. Por fim, nunca é demais assinalar que o reconhecimento voluntário da maternidade também se mostra possível, desde que, obviamente, no registro pertinente inexista a indicação de genitora daquele que se pretende reconhecer.

No que concerne ao reconhecimento compulsório, tem-se a possibilidade de manejo da ação de filiação, mais conhecida como *Ação de Investigação de Paternidade*, na qual o filho postula a admissão da paternidade que ainda resta duvidosa em seu registro de nascimento por conta dessa ausência da indicação do nome do genitor, ou mesmo a desconstituição desse vínculo ali apontado por não ser ele verdadeiro.

Destaque-se que, mais adequada se mostra a utilização do termo *Ação de Reconhecimento de Filiação*, uma vez que também é possível a perseguição

---

289 CICU, Antonio. ***La filiación***. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 16: "*Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos comprobación. Y a veces, aun comprobada, no siempre el derecho reconoce la cualidad de padre o de hijo*".

da precisa definição da maternidade pelo filho assim interessado, como se daria com as hipóteses de troca de bebês em maternidade.

A ação de reconhecimento de filiação é imprescritível, não apenas em decorrência da máxima de que as ações declaratórias não prescrevem porque relacionadas apenas à declaração, mas sim e principalmente em decorrência da sua condição de ação de estado ligada aos direitos da personalidade. Destaca-se, outrossim, que o próprio legislador se incumbiu de indicar a imprescritibilidade da mesma ao assinalar no Art. 27 da Lei nº 8.069/90: "[...] o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça" e no *caput* do Art. 1.606 do Código Civil que "[...] a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz".

De acordo com a exegese oriunda dos dispositivos legais acima transcritos a *Ação de Reconhecimento de Filiação* é personalíssima, de modo que apenas ao filho é dada a sua postulação e não propriamente aos demais herdeiros deste. Segue daí que, a rigor, o falecimento do filho implica na impossibilidade da dedução do pleito, já que a lei somente a ele legitima a adoção da aludida providência.

Em que pese o encaixe da *Ação de Reconhecimento de Filiação* como personalíssima, que a rigor demandaria a sua extinção mesmo após a sua iniciação pelo respectivo legitimado, a verdade é que, reconhecendo o inegável interesse dos herdeiros do titular da legitimação – que podem ser tanto de caráter material (sucessório) quanto moral –, o legislador houve por bem legitimar os aludidos sucessores apenas e tão-somente após o passamento do filho caso ele morra menor ou incapaz (Art. 1.606, *caput*, CC).

Em continuidade, importante frisar o conteúdo do Art. 148, parágrafo único, alínea '*g*', cujo dispositivo determina a competência concorrente da Justiça da Infância e Juventude para conhecer a ação de alimentos quando se tratar de criança e adolescente que se enquadrem nas hipóteses do Art. 98 do ECA.

Vale lembrar que a ação de alimentos poderá ser proposta contra os parentes da criança ou adolescente por iniciativa do MP (Art. 201, inc. III, ECA) ou do *curador especial* (parágrafo único do Art. 142 do ECA ou Art. 9º do CPC) sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, bem como no que se refere aos chamados "interesses individuais indisponíveis", há legitimidade do MP (Art. 201, inc. III, ECA), sem prejuízo de sua atuação *custus legis* quando a ação for da iniciativa do Curador Especial exercido pela Defensoria Pública ou por Curador Dativo.

Relativamente ao conceito de alimentos, tem-se que duas definições podem ser formuladas: uma restrita e outra ampla.

Pela primeira, correspondem os alimentos às prestações mensais destinadas a suprir as necessidades vitais a que estão obrigadas determinadas pessoas em relação a outras que não conseguem provê-las com as suas próprias forças. Já, a segunda, traz apenas o acréscimo de que tais prestações não se destinam apenas a servir às necessidades vitais, mas também a manter a condição social e moral das pessoas que a eles têm direito.

Sobre o tema, assinala Carlos Roberto Gonçalves:

> [...] o vocábulo 'alimentos' tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentado.[290]

Esses também, desde há muito, são os preciosos ensinamentos do saudoso Orlando Gomes:

---

290 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. VI, p. 440.

> Alimentos são prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa aquilo que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão-sòmente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.[291]

Como se pôde visualizar a partir do próprio conceito, não é outro o fim dos alimentos senão o de fornecer às pessoas a que têm direito o recurso indispensável à subsistência de suas necessidades vitais, ou, também aqueles que possam assegurar, com dignidade, a manutenção do padrão de vida a que pertençam.

Assim, a finalidade dos alimentos é assistencial, ou seja, de socorro àqueles que não têm condições de prover as suas próprias necessidades.

Tanto isso é verdadeiro e real, que Silvio Rodrigues argumenta:

> [...] quando se fala em alimentos fala-se no direito de exigi-los e na obrigação de prestá-los, marcando, desse modo, o caráter assistencial do instituto. Em Roma chamavam-no officium pietatis, idéia que aproxima a obrigação alimentar da noção de caridade. É óbvio, entretanto, que, desde o instante em que o legislador deu ação ao alimentário para exigir o socorro, surgiu para o alimentante uma obrigação de caráter estritamente jurídico, e não apenas moral.[292]

Em que pese à particularidade de que o Direito de Família como um todo em certas passagens pareça dar guarida a questões de conteúdo meramente patrimonial, quando, por exemplo, trata do regime de bens e da administração de bens de menores, não há dúvida de que há prevalecimento das regras de ordem pública, de caráter, portanto, extrapatrimonial.

Todavia, se é verdade que há priorização das normas cogentes, não menos verdade é que há certa margem de disposição quanto à questão patrimonial imbricada no bojo do Direito de Família.

---

291 GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 323.

292 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. VI, p. 419.

Como nem poderia deixar de ser, assim também o é no âmbito dos alimentos, pois ao mesmo passo que se observam regramentos nos quais a questão patrimonial é de somenos importância – haja vista a priorização do direito pessoal –, vêem-se igualmente preocupações nitidamente voltadas para direito patrimonial, daí a razão de a doutrina atribuir aos alimentos uma natureza jurídica mista, isto é, tanto com conteúdo patrimonial quanto com finalidade pessoal.

Carlos Roberto Gonçalves assim se manifesta sobre o ponto em discussão:

> O estado tem interesse direto no cumprimento das normas que impõem a obrigação legal de alimentos, pois a inobservância ao seu comando aumenta o número de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência, ser por ele amparadas. Daí a razão por que as aludidas normas são consideradas de ordem pública, inderrogáveis por convenção entre os particulares e impostas por meio de violenta sanção, como a pena de prisão a que está sujeito o infrator [...]. No tocante à natureza jurídica do direito à prestação de alimentos, embora alguns autores o considerem direito pessoal extrapatrimonial, e outros, simplesmente direito patrimonial, prepondera o entendimento daqueles que, como Orlando Gomes, atribuem-lhe natureza mista, qualificando-o como um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal.[293]

Relativamente ao compromisso com o pagamento e ao direito ao recebimento de alimentos, importa considerá-los sob dois fundamentos jurídicos diferentes: dever de sustento e obrigação alimentar.

Há dever de sustento quando se toma como ponto de partida o núcleo familiar, balizado, portanto, por aquilo que se intitula célula familiar, formada em regra pelos pais e filhos, seja tal círculo decorrente ou não do casamento, já que a união estável também a caracteriza, assim como a família monoparental, que é aquela tradicionalmente formada por apenas um dos pais juntamente com os filhos, de forma que tal dever alcança pais e filhos, cônjuges e companheiros.

Segue daí que o dever de sustento decorre do dever familiar (ligado por uma célula familiar), razão pela qual ele traz inclusive uma característica de

---

293 GONÇALVES, 2005, vol. VI, p. 441-442.

temporariedade, tendo em vista que entre pais e filhos ele existirá apenas e tão-somente enquanto durar o poder familiar, e entre cônjuges e companheiros enquanto houver a vinculação jurídica que os une, qual seja, o casamento e o companheirismo, respectivamente.

Por assim ser, é no âmbito do dever de sustento que se pode pensar em manutenção do *status* social, pois, de acordo com o que já se teve oportunidade de destacar, a questão envolta ao derredor da conservação do padrão de vida cinge-se ao núcleo familiar por excelência, afastando, desta feita, em regra os demais parentes que não fazem parte da célula familiar.

Alinhave-se, conforme dito, que os cônjuges e os companheiros têm uns para com os outros dever de sustento, uma vez que são os responsáveis pela condução da vida do núcleo familiar enquanto portadores de direitos e deveres em igualdade de condições, responsabilidade essa que cessa entre eles – mas continua em relação aos filhos – a partir da ocasião em que não houver mais vinculação familiar que os una, disso resultando, conseqüentemente, na perfeita possibilidade de renúncia dos alimentos tanto no momento da separação judicial quanto na oportunidade da extinção judicial da união estável, de acordo com o que será estudado em tópico mais à frente.

Ao derradeiro, destaque-se que é o dever de sustento que dá direito ao alimentante de perseguir alimentos civis ou côngruos.

Diversamente do que ocorre com o dever de sustento, fala-se em obrigação alimentar não com supedâneo em dever familiar, mas sim com espeque no princípio da solidariedade familiar.

Assim, há obrigação familiar entre pais e filhos maiores ou emancipados; entre ascendentes e descendentes sem limitação de graus e entre os primeiros colaterais (colaterais em segundo grau – irmãos), observadas as regras estatuídas nos Arts. 1.697 e 1.698 do Código Civil.

Se a obrigação alimentar não decorre do dever de sustento, mas sim e tão-somente da solidariedade familiar, é evidente que, baseando-se nela, o

alimentando poderá postular apenas os alimentos naturais ou necessários, isto é, aqueles indispensáveis a sua sobrevivência na sociedade da qual faz parte.[294]

Pelo quanto narrado, denota-se, com solar clareza, a existência de uma tutela jurisdicional diferenciada quando o assunto diz respeito aos direitos e interesses de crianças e adolescentes.

Tanto isso é verdade, que os incs. III e IV do Art. 201 da Lei nº 8.069/90 permitem, ao Ministério Público, efetuar a defesa de interesses individuais de crianças e adolescentes, circunstância essa que foi definitivamente confirmada com o advento das Leis n^{os} 8.560/92 (investigação de paternidade) e 9.394/96 (diretrizes e bases da educação).

Nesse sentido, interessante o esclarecimento levado a efeito por Sérgio Shimura:

> Sobreveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que, além de tratar da tutela de seus interesses difusos e coletivos, expressamente autorizou o Ministério Público a zelar por interesses puramente individuais (Art. 201, incs. III e IV), em atendimento aos princípios da prioridade absoluta e da proteção

---

294 GOMES, 1968, p. 325: “Cumpre estabelecer uma distinção de capital importância para a delimitação do assunto, distinção indispensável à exata fixação do conceito de obrigação alimentar. Não se deve, realmente, confundir tal obrigação com certos deveres familiares, de sustento, assistência e socorro, como os que tem o marido em relação à mulher e os pais para com os filhos menores – deveres que devem ser cumpridos incondicionalmente. A obrigação alimentar ‘stricto sensu’ tem pressupostos que a diferenciam nitidamente de tais deveres. Como se verá mais largamente linhas adiante, a obrigação alimentar, ao contrário dêsses deveres familiares, é recíproca, depende das possibilidades do devedor e sòmente se torna exigível se o credor potencial estiver inequìvocamente necessitado. Não obstante, o dever de sustento que incumbe ao marido toma a feição de obrigação alimentar, embora irregular, quando a sociedade conjugal se dissolve pelo desquite, ocorrendo a mesma desfiguração em relação aos filhos do casal desavindo. No rigor dos princípios, não se configura nesses casos uma obrigação alimentar pròpriamente dita, mas, para certos efeitos, os deveres de sustento, assistência e socorro adquirem o mesmo caráter. Por obrigação alimentar deve entender-se, em suma, a que é imposta pela lei a certas pessoas ligadas pelo vínculo de família, que estejam em determinadas condições, consistindo na prestação do necessário ao sustento de quem o necessita, sem que o direito correspondente seja correlato a um dever inerente ao estado de cônjuge ou de pai. O fundamento da obrigação alimentar encontra-se no princípio da solidariedade familiar. Embora se tenha fortalecido ùltimamente a convicção de que incumbe ao Estado aparar aquêles que, não podendo prover à própria subsistência, por enfermidade ou por outro motivo justo necessitam de ajuda e amparo, persiste a consciência de que devem ser chamados a cumpri-la, se não a satisfazem espontâneamente, aquêles que pertencem ao mesmo grupo familiar”.

> integral, considerando a qualidade do direito e não a quantidade de pessoas envolvidas (Art. 227, CF; Arts. 1º a 4º, ECA).[295]

Assim, fica claro que, além das situações que envolvem a necessidade de perquirição e atingimento de tutela coletiva, visando à defesa de direitos metaindividuais dos infantes, abriu-se a importante possibilidade, embora excepcional, de o Ministério Público promover a concretização da chamada *tutela sócio-individual*.

Por fim, destaque-se a existência da tutela sócio-educativa que, nas palavras de Paulo Afonso Garrido de Paula, diz respeito "[...] à apreciação da pretensão sócio-educativa do Estado, deduzida em razão da prática de ato infracional, conduta descrita na lei penal como crime ou contravenção".[296]

4.4 Princípios Aplicáveis à Proteção de Crianças e Adolescentes

4.4.1 Princípio da proteção integral e da prioridade absoluta

Como visto acima, tem-se que, com o advento da Constituição de 1988, houve a substituição da doutrina da situação irregular pela doutrina da prioridade absoluta e proteção integral de crianças e adolescentes, circunstância essa que foi amplamente referendada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Explica o doutrinador Roberto João Elias: "[...] pode-se definir a proteção integral como sendo o fornecimento, à criança e ao adolescente, de

---

295 SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

296 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91.

toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade".[297]

Como sabido, a Constituição Federal (Art. 227, *caput*), e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 1º) adotaram o princípio da proteção integral, também denominado como doutrina da proteção integral.

Com efeito, o texto constitucional atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de 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 (CF, Art. 227, *caput*).

A doutrina da proteção integral, inovadora e substitutiva da doutrina da situação irregular, está prevista nas legislações aplicáveis à criança e ao adolescente, sendo de relevo o dispostos nos Arts. 227 a 229 da Constituição Federal.

Referida doutrina foi expressamente abraçada pelo Art. 1º da Lei nº 8.069/90, com a seguinte redação: "Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente".

Na obra *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, de Jurandir Norberto Marçura, Munir Cury e Paulo Afonso Garrido de Paulo encontram-se os seguintes comentários ao artigo retromencionado:

> O Estatuto perfilha a doutrina da proteção integral, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as

---

297 ELIAS, **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 02.

> crianças e adolescentes, decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20/11/89, e assinada pelo Governo brasileiro em 26/01/90, cujo texto foi aprovado pelo Decreto-Legislativo nº 29, de 14/09/90, e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 99.710, de 21/11/90.[298]

Tal doutrina impõe tratamento protetivo às crianças e aos adolescentes, incumbência não só da família, mas também da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, devendo assegurar-lhes, "[...] com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes 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" (Art. 4º, do ECA).

Nota-se, pelo disposto nos Arts. 3º, 4º e 5º, o alcance do princípio ou doutrina da proteção integral, ou, por outras palavras, a sua dimensão, a gama de direitos especificamente tutelados em prol da criança e do adolescente, não se limitando a proteção ao direito à vida, mas a todos os direitos e aspectos considerados indispensáveis ao desenvolvimento da criança e do adolescente, daí a denominação proteção integral.

Pode-se afirmar que os princípios em referência constituem a base de sustentação de todo o micro-sistema normativo da Infância e Juventude, funcionamento como princípios de gerenciamento ou de gestão dos direitos e deveres que são ínsitos às pessoas que se encontram em tais situações.

Conseqüentemente, os princípios em estudo não podem ser ignorados na interpretação das normas jurídicas e nos julgamentos das causas da seara da Infância e Juventude, sob pena de aniquilamento dos dispositivos acima expostos, que lhes conferem existência jurídica e, via de conseqüência, malferimento direto ao texto constitucional.

---

298 CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULO, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 13.

Necessária a transcrição da lição da professora Ana Maria Moreira Marchesan:

> Discorrendo sobre o tema, o insigne MAURO CAPPELLETTI, após acentuar a possibilidade de o Judiciário atuar para coibir incorreções praticadas pelos membros dos outros poderes, afirma a relevância da atuação desse poder para colaborar com a identificação do interesse público e garantia de que esse seja realmente alcançado. Partindo-se da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não seja passível de apreciação pelo Poder Judiciário, resta concluir que também a discricionariedade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional [...]. O fato de o princípio da PRIORIDADE ABSOLUTA encontrar assento constitucional denota seu sentido norteador, verdadeira super-norma a orientar a execução e a aplicação das leis, bem como a feitura de diplomas de inferior hierarquia, tudo dentro da mais estrita legalidade. Na discussão sobre a implementação dos bens-interesses previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente JAMAIS pode ser denegada qualquer pretensão deduzida em juízo sob o argumento de que o administrador público tem o discricionário 'poder' de eleger prioridades e estabelecer oportunidades, já que a Constituição Federal, em seu Art. 227, ampliada pelo Art. 4º do ECA, não estabelece qualquer hierarquia entre os direitos ali reconhecidos como prioritários.[299]

Assim, em se levando em consideração a importância dos princípios descritos neste tópico, bem como a extensão de seus núcleos materiais, denota-se a obrigatoriedade estatal no que se refere à concretização e ao asseguramento do direito fundamental de convivência familiar e comunitária afeto às nossas crianças e adolescentes.

4.4.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Em matéria de infância e juventude, como não poderia deixar de ser, tem-se que o fim último a ser almejado e buscado, diz respeito, justamente, a proteção

---

299 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, nº 44. Rio Grande do Sul: FESMP/RS, 2001, p. 220.

dos próprios infantes, disponibilizando-lhes o direito que lhes pertence de acordo com seus interesses e não de terceiros.

Assinala Rodrigo da Cunha Pereira que:

> [...] o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente tem sua raízes na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, através da qual ela despojou-se de sua função econômica para ser um núcleo de companheirismo e afetividade, 'locus do amor, sonho, afeto e companheirismo'. A família, enquanto instituição, perdeu seu valor intrínseco. A falsa paz doméstica não tinha mais que ser preservada. A família passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e da dignidade de todos os seus membros. Diante desta quadro, o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais – ou de alguém que exerça a função materna e paterna – para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia.[300]

Uma das claras diretrizes que deriva, diretamente, do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, diz respeito à chamada *paternidade responsável*, por intermédio da qual o legislador colocou à disposição dos interessados diversas espécies de presunções de filiação, bem como mecanismos processuais de atingimento do vínculo parental que lhes foram injustamente subtraídos ou negados por quem de direito.

Exemplo disso diz respeito à denominada *averiguação oficiosa da paternidade*, processo de natureza administrativa trazido à tona pela eclosão da Lei nº 8.560/92, cujo diploma, em menor intensidade, tentou acompanhar sistemática similar vigente em Cuba.

Disciplina o *caput* Art. 2º da Lei nº 8.560/92 que, na ocasião do registro de menor apenas com maternidade definida, isto é, no qual o registro é efetivado pela mãe não casada sem a presença do pai, o oficial do Registro Civil deve remeter certidão ao juiz dando conta "[...] do registro e o nome e prenome,

---

300 PEREIRA, 2006, p. 126-127.

profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação".

Tal procedimento é uma tentativa extrajudicial prevista pela lei para que a pessoa indicada como pai reconheça espontaneamente a paternidade, evitando-se, assim, maiores constrangimentos e dissabores tanto a ele quanto ao próprio menor.

Segue daí que o juiz determinará a notificação do suposto pai independentemente do seu estado civil para que ele se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída (§ 1º), ocasião em que, se for o caso, a diligência será efetivada em segredo de justiça (§ 2º), com o providenciamento do competente registro ou caso o suposto pai confirme expressamente a paternidade em termo de reconhecimento que será lavrado especificamente para esse fim (§ 3º), nunca sendo demais destacar: "[...] se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade" (§ 4º) e que "[...] a iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade" (§ 5º).

Outro elemento corolário do princípio em estudo encontra-se positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando disciplina os regramentos inerentes ao instituto da adoção, mais precisamente em seus Arts. 43 e 45, § 2º, a saber: "[...] a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos"; e, "em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será necessário também o seu consentimento".

Sob a ótica constitucional, Luis Roberto Barroso assevera:

> O princípio do melhor interesse da criança tem suas origens na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, ainda em 1959. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San

> José da Costa Rica, de 1969), ratificada pelo Brasil em 1992 (Decreto nº 678/92), faz referência ao dever da família, da sociedade e do Estado de dar proteção especial à criança e do adolescente. A Convenção Internacional de Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99710/90, dispõe que todas as ações relativas a crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas deverão considerar, 'primordialmente, o melhor interesse da criança'. O antigo Código de Menores já veiculava a idéia do melhor interesse através da chamada 'regra de ouro' do Direito Menorista (Art. 5º daquela lei), segundo a qual o superior interesse do menor sobrelevaria qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado [...]. De toda sorte, a Constituição oferece parâmetros: o melhor interesse do menor consistirá na solução que mais eficientemente realize seus direitos fundamentais, nos quais estão incluídos, educação, cultura, profissionalização e convivência familiar.[301]

Desta feita, e de acordo com o quanto estabelecido quando da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da ONU, de 1989 (cujo tratado passou a integrar o direito interno brasileiro por força de sua promulgação mediante o Decreto n. 99.710 de 1990), tem-se que o princípio em tela, como não poderia deixar de ser, determina absoluta obediência àquilo que melhor interessa e se compraz com os direitos da criança e do adolescente.

4.4.3 Princípio do poder familiar

Tratado na Constituição Federal de 1988 na primeira parte do *caput* de seu Art. 229 e ao longo dos Arts. 1.630 a 1.638 do Código Civil, e, bem assim, em meio aos Arts. 21 a 24 e 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o hoje conhecido poder familiar representa instituto de fundamental importância para o adequado desenvolvimento da família.

Traçando a origem e o histórico do instituto em questão, pondera Sílvio de Salvo Venosa:

---

[301] BARROSO, 1996, p. 23-25.

> [...] em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o pater familias é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado. De fato, sua autoridade não tinha limites e, com freqüência, os textos referem-se ao direito de vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos, embora a história não noticie que chegasse a este extremo.[302]

Percebe-se, assim, uma grande oscilação do instituto desde a sua origem até os presentes dias, isso porque o que antes representava um inegável direito do respectivo titular agora passa a ser dever inerente à denominada paternidade responsável (Art. 226, § 7º, CF), até por conta dos imperativos constitucionais estampados no *caput* do Art. 227 e no Art. 229 da Constituição Federal.

Conceituando o poder familiar, assinala Caio Mário da Silva Pereira que o mesmo trata-se do "[...] complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estrita colaboração, e em igualdade de condições".[303]

Não diverge do conceito em tela a doutrina costarricense, pois Geraldo Trejos, nos idos de 1977, proclamava: "[...] *la autoridad parental se otorga a los padres para que protejan al hijo menor en su salud, su seguridad, y su moralidad. Por ello, su ejercicio confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo*".[304]

Não obstante a precisão e abrangência inquestionáveis dos conceitos acima mencionados, a verdade é que diante da própria evolução do instituto em referência parece ser mais apropriado apenas inverter-se a ordem estabelecida pelos insignes juristas relativamente às expressões *direitos* e

---

302 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, vol. VI, p. 334-335.

303 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 421.

304 TREJOS, Geraldo. ***Introduccion al derecho de familia costarricense***. San José da Costa Rica: Juricentro S.A., 1977, p. 129.

deveres, de molde a trazer a referência feita a essa última antes da alusão àqueloutra, acrescentando-se, outrossim, a peculiaridade de que o aludido complexo perdura apenas e tão-somente enquanto houver menoridade do filho (Art. 1.630, CC e Art. 2º, ECA).

Assim, ter-se-ia que o poder familiar seria o complexo de deveres e direitos em relação aos filhos menores e aos seus respectivos bens, exercidos conjuntamente pelos pais em igualdade de condições.

Ora, presentemente já não mais se discute que o poder familiar reclama muito mais compromissos dos seus respectivos titulares do que lhes outorgam direitos, tanto que é comum dirigir-se a estes últimos como sendo apenas e tão-somente co-respectivos necessários ao adimplemento dos deveres ínsitos à paternidade responsável.

Tanto assim o é que, inclusive, malgrado a evolução da terminologia de *pátrio poder* para *poder familiar*, há quem saliente – e com toda razão – que melhor teria andado o legislador se tivesse deixado de lado a expressão *poder* para substituí-la por *autoridade*, haja vista que esta última mais se amolda à legitimidade de que se precisa para ascender sobre os indivíduos cuja condução da vida pretende-se levar adiante com correção e dignidade.[305]

E exatamente por essa razão que Paulo Luiz Netto Lobo esclarece:

> [...] o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem. É, como diz Pietro Perlingieri, 'um verdadeiro ofício, uma situação direito-dever; como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los'.[306]

---

[305] COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 141-143.

[306] Ibidem, p. 144.

É irrenunciável o poder familiar porque em hipótese alguma se permite que os responsáveis livrem-se dos encargos a ele correspondentes segundo os seus exclusivos arbítrios.

A indivisibilidade do poder familiar vem caracterizada pelo pormenor de que seu exercício pressupõe unidade de desígnios, ou seja, reclama o compromisso dos responsáveis pela condução da vida do menor, daí porque até nas situações que envolvam casais que não coabitam há de se ter em mente a necessidade de que devem eles adimplir para com os encargos decorrentes da paternidade responsável, fazendo-se, portanto, sempre presentes na vida do menor cuja vida deve ser conduzida dentro da mais absoluta e eficaz participação compromissada dos respectivos pais.

Entrevistos nos dispositivos legais representados pela primeira parte do Art. 229 da Constituição Federal, pelo inc. I do Art. 1.634 do Código Civil e pelo Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tais atributos dizem respeito ao compromisso que os pais têm de conduzir os filhos a uma adequada formação, disso resultando, conseqüentemente, na necessidade de direção da criação e da educação dos mesmos de maneira a oportunizar-lhes acesso às informações indispensáveis a uma sadia qualidade de vida, cujo alcançamento indubitavelmente demanda o fornecimento dos víveres relacionados ao desenvolvimento físico e principalmente psicológico do menor.

A seu turno, convém registrar que, do ponto de vista técnico, há de se estabelecerem diferenças de significados entre as expressões *criação* e *educação*, pois enquanto a primeira se refere ao que se costuma dizer no jargão popular *berço* – isto é, as orientações recebidas em casa dos pais acerca do modo adequado de comportar-se perante a família e a sociedade como um todo – a segunda diz respeito à educação oficial que recebe fiscalização direta do Estado e que tem como objetivo fundamental o preparo das pessoas para o exercício da cidadania, e, bem assim, a qualificação para o trabalho, nos exatos termos do que preconiza a regra explicitada no Art. 205 da Constituição Federal.

Nesse diapasão, aliás, bem se vê que o próprio legislador constituinte preferiu desmembrar certos conceitos em outros mais novos e mais específicos vislumbrando a destinação de melhores cuidados às crianças e aos adolescentes, daí porque ponderou no *caput* do Art. 227 da Constituição Federal que:

> Art. 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.

Bem sintetizando a questão em estudo, ensina J. M. de Carvalho Santos que:

> Pessoas absolutamente incapazes. Essas não têm intervenção nos atos jurídicos, não tomam parte direta no negócio, sendo substituídas por seus representantes. Será nulo o ato se houver a intervenção direta daqueles [...]. Pessoas relativamente incapazes. Essas intervêm no ato jurídico, assistidas ou autorizadas, porém, pelos seus pais ou tutores. Não são representadas, como se diz neste artigo, mas apenas assistidas ou autorizadas.[307]

Nessa altura, implica destacar que, no âmbito da representação, apenas os pais manifestam vontade, embora o façam em nome dos filhos, enquanto que, na assistência, os filhos também manifestam vontade direta, possuindo, portanto, relativa legitimação das suas manifestações perante terceiros. Essa é a razão, *ad exemplum*, que afasta a necessidade da assinatura do menor de 16 anos de idade nos negócios jurídicos que sejam realizados em seu nome pelos seus respectivos pais, e exige-a naqueloutros nos quais ele já conte com no mínimo 16 anos completos. Na primeira hipótese, dá-se a representação, na segunda, identifica-se a assistência (Art. 1.634, inc. V, CC).

---

[307] SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**: parte geral. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1982, vol. II, p. 281-282.

4.4.4 Princípio da não-discriminação ou da igualdade entre todos os filhos

Considerado por muitos doutrinadores como sendo a mais radical e importante inovação constitucional dentro do Direito de Família, tem-se que a positivação do princípio da não-discriminação da filiação se encontra alicerçada no § 6º do Art. 227, cujo regramento basilar dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Já, Clóvis Beviláqua assinalava:

> O Código Civil de 1916 estabelecia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Filhos legítimos eram os nascidos de casal unido pelos laços do casamento. Quando os filhos não procedessem de justas núpcias, isto é, quando não houvesse casamento entre os genitores, se diziam ilegítimos. Os filhos ilegítimos classificavam-se em naturais e espúrios. Eram havidos como naturais (*naturalis tantum*) quando nascidos de homem e mulher entre os quais não existisse impedimento matrimonial (*ex soluto et soluta*); espúrios, quando nascidos de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção. Se o impedimento decorresse de parentesco próximo dos genitores, ou de afinidade, conforme enumeração constante do Art. 183, nº I a V, do Código Civil de 1916, os filhos eram havidos como incestuosos; se o impedimento se relacionasse com a existência de casamento anterior de um dos genitores com outra pessoa e violação, destarte, do dever de fidelidade, os filhos eram tidos como adulterinos. Referentemente aos filhos incestuosos e adulterinos, excluía-os o Código, de modo expresso, do reconhecimento (Art. 358). Assim dispondo, almejava suprimir, tanto quanto possível, todo o traço do delito, sepultar no olvido o adultério e o incesto, destruindo-lhe mesmo a própria memória.[308]

Só da observação das expressões utilizadas em tempos pretéritos exsurge induvidosa a inequívoca discriminação que se destinava aos filhos, uma vez que ilegítimo, espúrio, adulterino e incestuoso não são expressões dignas de serem endereçadas aos filhos, até porque não são eles os responsáveis pelo surgimento da filiação nas condições a que cada uma das aludidas classificações pretendia deixar registrado, mas unicamente os respectivos pais.

---

[308] BEVILÁQUA, Clóvis. **Curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. II, p. 301-302.

Como prova disso, importante trazer-se à tona o magistério de Antão de Moraes, que nos idos de 1948, ao emitir parecer a um consulente, asseverou:

> Hoje, já não se discute ser dominante a doutrina de que o reconhecimento indireto é válido, desde que seja evidente a vontade de estabelecer o laço da filiação. Êste assunto ficou perfeitamente elucidado pelo professor SORIANO DE SOUZA NETTO (Cf. CARVALHO SANTOS, comentário ao Art. 357, nº 03). Tão pouco existem formas sacramentais. Patenteado o intuito de reconhecer, qualquer meio é suficiente para prová-lo, com a única restrição de constar de uma das formas admitidas: têrmo de nascimento, escritura pública ou testamento.[309]

A discussão outrora estabelecida quanto à possibilidade do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento já havia deixado de ter a sua importância quando da superveniência da Constituição Federal de 1988, que pretendendo afastar da pessoa dos filhos os prejuízos que a eles sempre eram debitados por conta de condutas que não lhes eram imputáveis, equiparou em direitos todos os filhos independentemente de suas origens, conforme bem se vê da regra contida no § 6º do Art. 227 da Lei Maior.

Nessa linha de princípios, o legislador infraconstitucional cuidou de movimentar-se no sentido de estabelecer certos critérios para o reconhecimento da filiação fora do casamento, o que culminou no surgimento do *caput* Art. 26 do ECA (Lei nº 8.069/90), segundo o qual "Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento particular, qualquer que seja a origem da filiação", e, posteriormente, da Lei nº 8.560/92 com dispositivo similar, qual seja, o representado pelo seu Art. 2º.

Seguindo esse mesmo diapasão, a novel legislação civil também autorizou no bojo do seu Art. 1.607 a possibilidade de reconhecimento da filiação mesmo fora do casamento, cujos critérios, obviamente, continuam a ser os mesmos estabelecidos na citada Lei nº 8.560/92, nunca sendo demais assinalar

---

309 MORAES, Antão de. **Problemas e negócios jurídicos**. São Paulo: Max Limonad, 1948, vol. I, p. 322.

que a maior preocupação do legislador sempre foi a paternidade, já que no comum das vezes a maternidade resta bem definida.

Desse modo, a regra expressa no Art. 1.607 do Código Civil é endereçada ao reconhecimento voluntário da paternidade fora do casamento de filhos que possuam a maternidade definida de mães que não se encontram sujeitas à incidência das regras constantes do Art. 1.597 do mesmo *codex*, sob pena de inoportuno e inseguro afastamento das presunções ali estabelecidas.

Outrossim, impende alinhavar que afora a advertência acima formulada acerca da exegese oriunda do Art. 1.597, nas demais hipóteses, isto é, onde não comporte as presunções oriundas da lei, mesmo havendo casamento em curso o reconhecimento voluntário da paternidade ainda indefinida poderá ser alcançado.

Por fim, nunca é demais assinalar que o reconhecimento voluntário da maternidade também se mostra possível, desde que, obviamente, no registro pertinente inexista a indicação de genitora daquele que se pretende reconhecer.

Aliás, como bem alerta Maria Berenice Dias:

> [...] negar a realidade, não reconhecer direitos, só tem uma triste seqüela: os filhos são deixados à mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar os pais da responsabilidade pela guarda, educação e sustento da criança é deixá-la em total desamparo. Há que se reconhecer como atual e adequada a observação de Clóvis Beviláqua ao visualizar um misto de cinismo e de iniqüidade, chamando de absurda e injusta a regra do Código Civil de 1916, que negava reconhecimento aos filhos adulterinos e incestuosos.[310]

Exemplo claro do acima exposto, tem-se que depois da Constituição de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio para filiação, que é única.

Assim, trazendo uma nova referência ao Direito de Família, até diante da necessidade de adaptação da legislação infraconstitucional ao vigente

---

[310] DIAS, 2002, p. 395.

ordenamento constitucional, ao tratar das relações de parentesco, o novo Código Civil aboliu as encontradiças expressões de outrora relacionadas às evidentes discriminações injustas até então utilizadas pela lei, daí porque, além da retirada do antigo Capítulo III (Arts. 352 a 354), no qual se se tratava *Da Legitimação*, substituíram-se as expressões equivocadas que enunciavam os outros Capítulos, de maneira que, mantendo o Capítulo I com a mesmíssima referência (*Disposições Gerais*), transmudou os demais, sendo certo que o Capítulo II passou a denominar-se apenas *Da Filiação* (e não mais *Da Filiação Legítima*), o Capítulo III (anterior Capítulo IV) modificou-se de *Do Reconhecimento dos Filhos Ilegítimos* para somente *Do Reconhecimento dos Filhos*, manteve-se o Capítulo IV (anterior Capítulo V) com a mesma referência *Da Adoção*, e, por fim, alterou-se o enunciado do Capítulo V (anterior Capítulo VI) de *Do Pátrio Poder* para *Do Poder Familiar*.

Assim é que as expressões pretéritas que possuíam carga discriminatória foram abolidas, culminando, desta feita, na substituição delas por referências mais adequadas à realidade da sociedade constitucional contemporânea, razão pela qual se entremostra pertinente aludir-se à antiga *filiação legítima* como simplesmente *filiação matrimonial*, à legitimação como *matrimonialização* e aos filhos ilegítimos como filhos *não-matrimoniais*, não pretendendo com isso estabelecer diferenciações qualitativas – até porque a Constituição proíbe expressamente tal prática ao assinalar no § 6º do seu Art. 227 que "Os filhos, havidos ou não da relação de parentesco, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" –, mas apenas e tão-somente compreender a transição implementada no Direito de Família.

4.4.5 Princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento

O princípio em comento encontra-se retratado no Art. 6º da Lei nº 8.069/90, na exata medida em que restou positivado que: "Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem

comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Referido vetor tem por escopo velar pela concretização da passagem do estado de criança e adolescente para o de adulto socialmente adaptado, até porque pelo fato de referir-se à pessoa que ainda não se encontra solidamente formada e cônscia da plenitude e dos efeitos de seus atos, o sistema legal consagra referida proteção, sendo importante trazer à lume a ponderação de Arminda Aberastury: "[...] as modificações psicológicas que se produzem neste período, e que são correlatas de modificações corporais, levam a uma nova relação com os pais e com o mundo".[311]

Essa situação inclusive se refletiu na atuação do legislador constituinte no momento de fixar a idade mínima para que a pessoa pudesse responder criminalmente por seus atos, circunstância essa que foi positivada no Art. 228 da Constituição Federal, mais precisamente deixando-se claro que são inimputáveis os menores de dezoito anos.

Isso não significa dizer que o legislador constituinte teria optado pela total impunidade de crianças e adolescentes que acabassem cometendo atos contrários às leis em vigor. Em verdade, em levando corretamente em consideração a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, plasmou-se no referido dispositivo basilar que os infantes que viessem a delinqüir seriam submetidos às normas da legislação especial, *in casu*, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

E, a par das discussões que se colocam hoje em dia sobre a necessidade de se alterar a idade de responsabilização penal,[312] verifica-se o correto entendimento no sentido de que o conteúdo apresentado pelo citado Art. 228 estaria integralmente protegido de *ataque*, via emenda constitucional, tendo em vista fazer parte do núcleo constitucional material intangível, ou seja, possui inequívoca natureza jurídica de cláusula pétrea.

---

311 ABERASTURY, Arminda. **Adolescência**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1980, p. 24.

312 Disponível em: <http://br.news.yahoo.com/s/reuters/070426/man/man_pol_reduc_maior_pol>. Acesso em: 12 abr. 2007.

Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo:

> [...] o Art. 228 da Constituição Federal se encontra no grupo petrificado, ou seja, que não admite mudança por emenda constitucional. Se o artigo quinto tratou da liberdade individual, se tratou da disciplina da privação de liberdade, o fato de o Art. 228 estar deslocado do artigo quinto, em nada altera a sua situação de imutabilidade. A interpretação sistemática leva a inclusão da regra do Art. 228 nos direitos e garantias individuais, como forma de proteção. E, como há capítulo próprio da criança e do adolescente, nada mais correto do que a regra estar inserida no seu capítulo específico, embora se constitua em extensão das regras contidas no Art. 5º, objeto da imutabilidade.[313]

Nesse diapasão, é por intermédio de tal princípio que se explica a questão da inimputabilidade de crianças e a adolescentes, haja vista que o legislador entendeu por bem que até os 12 (doze) anos incompletos a eventual realização de infração penal não pode levar seu agente a sofrer a aplicação de medidas coercitivas em sentido próprio, aplicando-se, então, as chamadas *medidas protetivas* apresentadas pela própria Lei nº 8.069/90, em seu Art. 101, a saber: (i) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; (ii) orientação, apoio e acompanhamento temporários; (iii) matrícula e freqüência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental; (iv) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; (v) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; (vi) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; (vii) abrigo em entidades; e, (viii) colocação em família substituta.

No que se refere aos adolescentes, tem-se que, além das medidas elencadas no Art. 101 do ECA, são aplicáveis, cumulativamente, medidas de natureza socioeducativa, tais como: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; e, internação em estabelecimento educacional, devendo levar-se

---

313 ARAUJO, Luiz Alberto David. A impossibilidade de alteração do Art. 228 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e seus valores democráticos. In: BIERRENBACH, Maria Ignês; CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira; NUNES, Irineide da Costa e Silva *et al* (orgs.). **A razão da idade**: mitos e verdades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 134.

em consideração a capacidade de que dispõe o agente em cumprir tais determinações, as circunstâncias e gravidade da ilicitude, sendo vedada a imposição de trabalhos forçados, como bem se verifica por intermédio da redação emprestada ao Art. 112 do referido *codex*.

Não se deve perder de vista que também as normas procedimentais de índole semelhante às de natureza penal apresentadas pela Lei nº 8.069/90 deverão receber interpretação condizente com as diretrizes e os apontamentos constitucionais existentes, pois, como bem salienta Ana Paula Motta Costa:

> [...] o Processo deve refletir as bases do regime democrático e ser o microcosmos do Estado Democrático de Direito, com liberdade, igualdade e participação, em clima de legalidade e responsabilidade. No caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, o respeito ao devido processo é um instrumento de garantia da aplicação da Lei especial, de acordo com sua concepção doutrinária, pois é uma forma de efetivar-se o modelo previsto de 'direito penal mínimo' nela contido. No decorrer do rito processsual, é possível buscar a efetivação das garantias individuais que estão previstas no ordenamento jurídico, todas, as quais, de origem constitucional.[314]

Dentro do contexto principiológico em comento, faz-se relevante mencionar a proibição estatutária de que os adolescentes venham a cumprir as medidas socioeducativas que lhes foram impostas em estabelecimentos congêneres destinados a adultos, como bem determinam os Arts. 123 e 185 da citada Lei nº 8.069/90, cujo fundamento de validade, sem sombra de dúvidas, está ligado ao direito fundamental estampado no inc. XLVIII, do Art. 5º, da Constituição Federal que dispõe: "[...] a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado".

Karyna Batista Sposato, ao comentar o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, assinala:

---

314 COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 97.

> Seu significado é tremendamente importante, na medida em que supera a categoria da menoridade e, por conseguinte, a desqualificação de crianças e adolescentes como seres inferiores. O conteúdo inovador está no reconhecimento de uma igualdade essencial de toda a pessoa humana, decorrente de sua dignidade. E a dignidade, por sua vez, exige a titularidade de direitos e deveres. Esse reconhecimento pela nova normativa da criança e do adolescente reforça que toda pessoa, enquanto viva, encontra-se em permanente desenvolvimento de sua personalidade, porém na infância e na adolescência tal desenvolvimento é mais intenso e, portanto, peculiar. O estágio especial do desenvolvimento da personalidade não implica total desresponsabilização, mas sim a percepção inequívoca de diferentes níveis de desenvolvimento e, assim sendo, de diferenciados níveis de responsabilidade.[315]

Assim, necessariamente, o aplicador do direito deve interpretar o sistema jurídico vigente, incluindo-se aí, as questões de imposição de penas e restrição de direitos, de modo compatível com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento referente a crianças e adolescentes, a fim de que tais não venham a ser julgadas ou interpretadas com o mesmo rigorismo que deve ser imposto aos adultos.

4.5 O Ministério Público e seu Papel Fundamental na Proteção dos Direitos de Crianças e Adolescentes

Nos precisos termos do *caput* do Art. 127 da Constituição Federal, tem-se que: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A instituição ministerial compreende o Ministério Público da União (subdividido em Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) e o Ministério Público dos Estados, a teor do quanto positivado no Art. 129 da CF/88.

---

315 SPOSATO, 2005, p. 105.

Insta acentuar, por oportuno, que a própria Constituição Federal deixou claro que compete ao Ministério Público, em todas as suas esferas, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados a partir de outubro de 1988, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Percebe-se, a olhos vistos, que, a cada dia, aumenta a fundamentalidade e relevância da atuação do Ministério Público na defesa impostergável dos interesses de nossa sociedade, principalmente no que diz respeito à proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, importante a explicação propagada por Arthur Pinto Filho, para quem:

> [...] buscando manter o equilíbrio após o encerramento do seu trabalho, o constituinte necessitava encontrar uma instituição que pudesse fazer valer a Constituição por inteiro. Uma instituição que tivesse um quadro de profissionais com bom preparo e que, embora dentro do aparelho do Estado, fosse um braço da sociedade. E que tivesse a missão central de ser o agente vivificador da Constituição em seu todo. Assim, o Ministério Público também é guardião da Constituição, mas não no sentido gizado ao Supremo Tribunal Federal. Este tem a tarefa explícita de dizer quais as normas infraconstitucionais que agridem a Constituição – e que, portanto, deverão ser retiradas do ordenamento jurídico – e quais as que estão compatíveis com o texto maior. A natureza da função ministerial é completamente diversa: é o guardião ativo das leis. Cabe a ele buscar fazer valer todos os direitos e garantias estabelecidos na Constituição exigindo o respeito total e completo ao texto constitucional. E, como visto, por conta da desigualdade cruel da sociedade brasileira, caberá a ele a tarefa maior de fazer valer os direitos e interesses que não tem articulação política e força para tanto, porque não; e razoável a Constituição vale em parte, porque isto, só por si, quebra o equilíbrio pelo Constituinte.[316]

A mídia impressa e falada nos apresenta uma série de situações envolvendo a investigação e a punição de agentes que optaram por trilhar o tortuoso e odioso caminho da malversação do dinheiro público e do desrespeito das leis vigentes.

---

316 PINTO FILHO, Arthur. Constituição, classes sociais e Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de (coord.). **Ministério Público**: instituição e processo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

Essa situação de controle não seria possível sem a firme e autônoma intervenção do Ministério Público em casos que tais, mostrando que, com a derrocada do regime militar inaugurado em 1964, a instituição saiu de um plano de participação social secundária, para se firmar como um firme e indelével bastião de defesa da moralidade pública, da democracia, dos direitos humanos e de cumprimento da Lei Constitucional.

Jorge Alberto de Oliveira Marum, categoricamente, afirma:

> [...] a Constituição de 1988 marca o reencontro da sociedade brasileira, e particularmente do Ministério Público, com a democracia e os direitos humanos. A instituição também se democratizou e tem voltado progressivamente sua atuação para a defesa dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.[317]

Não se pode negar a inafastável importância da instituição *Ministério Público* no que se refere à proteção, manutenção e concretização dos direitos constitucionais afetos às nossas crianças e adolescentes, até mesmo porque, foi a própria Lei de Outubro que lhe outorgou tão relevante função.

No intuito de retratar e explicitar o importante papel de defesa exercido pelo Ministério Público no que se refere à proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, em especial no que se refere à necessidade de convivência familiar, mister se faz trazer a lume parte das razões de apelação da lavra de Lucas Pimentel de Oliveira, promotor de justiça da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Bauru, Estado de São Paulo, que, ao pedir a revisão da sentença monocrática que extinguiu, sem julgamento de mérito, pleito de adoção unilateral por homem casado por ausência de amparo legal, assim se manifestou:

> [...] na realidade não há vedação expressa dos pedidos aduzidos pelo apelante, tanto que nenhum foi citado na sentença e já foi deferida adoção em caso idêntico, conforme julgados citados na obra de Paulo Lúcio Nogueira (RT nº 481:96 e 475:96, in 'Estatuto

---

317 MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Ministério Público e direitos humanos**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 427.

> da Criança e do Adolescente Comentado', Saraiva, 1991, p. 57). Ausente a vedação expressa, não poderia o processo ser extinto sem julgamento de mérito, mormente se aplicado o princípio da proteção integral. Ora, o apelante sempre tratou os menores Bruno e Rafael como seus filhos, conferindo-lhes atenção, carinho e suporte material para que tivessem uma vida saudável, cumprindo, assim, os deveres que os pais biológicos se recusaram a adimplir, dando efetividade aos preceitos normativos acima citados. Se assim tem sido desde o nascimento dos adotandos, com a ciência e a concordância da mãe que, consigne-se, nunca foi afastada do convívio dos filhos, por que negar a invocada tutela jurídica, que atenderá aos superiores interesses dos menores e a ninguém lesará? Por que negar a Bruno e a Rafael o direito de ter um pai no sentido jurídico do termo, se já o têm na vida real? Deferir a adoção pleiteada representará a efetividade do princípio da proteção integral. A negativa da adoção, ao contrário, representará a exclusão da tutela jurídica das crianças/adotandas.[318]

O Egrégio Tribunal de Justiça,[319] valendo-se dos princípios constitucionais aplicáveis a casos semelhantes, reconheceu e fez valer a adoção pleiteada e injustamente negada pelo Juízo monocrático, uma vez que completamente divorciado da atuação jurisdicional protetiva afeta a crianças e adolescentes, restando assim ementado o referido *decisum*:

> APELAÇÃO CÍVEL – Ação de adoção unilateral de duas crianças cumulada com pedido de desconstituição de poder familiar. Processo extinto, sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Apelações interpostas pela mãe biológica das crianças e pelo autor da demanda visando à adoção, por este, dos menores. Reais vantagens para os adotandos demonstradas no curso da instrução, com amparo em motivos legítimos. Interesse dos infantes que se sobrepõem a quaisquer outros. Recursos providos, com a determinação de se proceder às necessárias consignações, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outro caso digno de nota, diz respeito ao acordo recentemente firmado pelo Ministério Público Federal em São Paulo com a MTV, a Sony Music e a BMG, visando à não mais exibição e execução da música de autoria da banda gaúcha Bidê ou Balde, intitulada *E por que não?*, tendo em vista que, em seu conteúdo, fazia expressa e explícita menção à pedofilia, o que, por óbvio, estava

---

318 Vara da Infância e Juventude da Comarca de Bauru/SP, Processo nº 2.213/03.

319 Apelação Cível nº 141.091.0/3, Comarca de Bauru, Relator: Desembargador Jarbas Mazzoni, j. 22/01/07, v.u.

a contrariar, sobremaneira, os ditames protetivos impostos tanto pela Constituição da República quando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por intermédio do Procurador Regional dos Direitos do Cidadão Sergio Suiama, a MTV acabou se comprometendo, também, a exibir, por 60 (sessenta) vezes, durante o período compreendido entre 02 de janeiro a 30 de março de 2006, o filme *Exploração sexual*, produzido pela Itaipu Binacional, a pedido da Coordenadoria Nacional do Programa de Controle de Abuso à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, mantido pelo Governo Federal, sendo certo que referida composição foi devidamente informada nos autos da ação civil pública movida pelo MPF/RS, cujo pedido visada, igualmente, à proibição de execução e exibição da referida música.

Não se pode deixar de mencionar que, a teor do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, toda a vez que a Administração, em qualquer esfera de atuação, deixar de atentar para a adoção de políticas públicas que envolvam a concretização de direitos fundamentais, como é a natureza do tema em comento, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, resolver a problemática omissiva, intervindo ativamente, circunstância essa que, dentro das funções consentâneas à finalidade do Ministério Público, abre a possibilidade de os valorosos representantes da instituição utilizarem da ação civil pública para o saneamento e a efetivação de direitos afetos a crianças e adolescentes que, porventura, tenham sido postergados ou relegados ao esquecimento.

Noutras palavras, tem-se que:

> [...] a efetividade dos direitos fundamentais a prestações está intimamente relacionada as políticas públicas, uma vez que é por meio delas que o Estado cumpre com o seu dever de proporcionar condições materiais mínimas que visam a garantir a dignidade de seus particulares [...]. Não há dúvidas de que a atribuição de formular e implementar políticas públicas não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, pois tal encargo é dirigido, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, excepcionalmente poderá ser atribuída ao Poder Judiciário, que pode exercer controle jurisdicional em torno de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos relativos à eficácia e integridade de

> direitos fundamentais, ainda que a referida efetividade esteja ligada a normas de conteúdo programático, não havendo que se falar, em princípio, em impossibilidade jurídica do pedido em sede de ação civil pública.[320]

A legitimidade ministerial para o manejo da ação civil pública em casos tais resta indene de dúvidas ao se proceder atenta leitura da ementa paradigma referente ao julgamento do Recurso Especial nº 718.203/SP, na qual, sob a batuta do Ministro Luiz Fux, o Superior Tribunal de Justiça deixou assente:

> ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DO *PARQUET*. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7º, 200 E 201 DA LEI Nº 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS E NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.[321]

Cabe destacar, ainda, que a necessidade e a importância de intervenção da instituição ministerial na defesa dos direitos afetos a crianças e adolescentes não é um fenômeno exclusivamente brasileiro, podendo-se citar, a título de exemplo do quanto asseverado, comentário proferido por Gonçalo de Melo Breyner, Procurador da República Portuguesa, no sentido que:

> [...] o MP é um dos principais actores no processo de instrução – recolha de elementos – e na própria fase da decisão, perante situações de desprotecção que exigem, cada vez mais e com a maior celeridade, a adopção das medidas mais adequadas. Essa intervenção do MP, a meu ver deve desenvolver-se, necessariamente, em duas vertentes: 1 – a vertente social e 2 – a vertente jurídica.[322]

De se notar, por oportuno, que a Lei nº 8.069/90, por intermédio da redação emprestada aos inc. III e IV de seu Art. 201, deixou, indene de dúvidas,

---

320 Disponível em: <http://www.juristas.com.br/colunistas/impressao.jsp?idColista=38&ia=124>. Acesso em: 12 jan. 2007.

321 STJ, REsp. nº 718.203/SP, 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, j. 06/12/05, v.u.

322 BREYNER, Gonçalo de Melo. O Ministério Público e a protecção das crianças e jovens. In: **Direito tutelar de menores**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 59.

que compete ao Ministério Público, também, promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder,[323] nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude, além de promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição da hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses de seu Art. 98.

Nesse sentido, caem muito a propósito as palavras de Galdino Augusto Coelho Bordallo:

> [...] devemos ressaltar haver uma amplitude no rol dos direitos a serem defendidos pelo Ministério Público, pois não fica restrito aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, possuindo, também, atribuição para a defesa dos direitos puramente individuais. Esta afirmação resta comprovada pela simples leitura do Art. 201, incs. III (que dispõe sobre a legitimidade para a propositura de ação de alimentos), VIII (que trata da legitimidade para propositura de medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para o respeito dos direitos e garantias legais assegurados à crianças e adolescentes) e IX (legitimidade para impetrar mandado de segurança).[324]

Assim, diante de qualquer ângulo do qual se aprecie o campo de atuação do Ministério Público, verifica-se que sua presença é absolutamente indispensável à concretização, à manutenção e à proteção dos direitos e interesses de crianças e adolescentes em nosso País, cuja forma e liberdades de agir, enquanto instituição, ganham elogios em todo o mundo.[325]

---

323 Atual *poder familiar* por força da alteração levada a efeito pelo novel CC.

324 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Atlas, 2001, p. 400.

325 Mauro Cappelletti ,apud, **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19ª ed. rev. atual. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 196: "[...] verdadeiramente uma das coisas mais surpreendentes constatadas neste minha visita é a característica única do Ministério Público brasileiro – normalmente, em todos os países que conheço, França, Alemanha, Itália etc., o Ministério Público tende a ser um organismo burocratizado e portanto muito lento, sem motivação bastante para assumir outra e grave atribuição, sobretudo no campo penal, como é essa dos novos conflitos mencionados, no campo econômico e social".

4.6 O Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária

De acordo com Wilson Donizeti Liberati: “A família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro”.[326]

Para Maria Cristina Cereser Pezzella e Fernanda Pappen da Silva:

> [...] família, até hoje considerada por muitos como a célula fundamental da sociedade, é o refúgio onde o indivíduo recebe seu primeiro sustento e assistência, podendo expressar-se de maneira mais autêntica. Nela, harmonizam-se a independência e a liberdade do indivíduo com a união estrita e solidariedade familiar, de onde se produz o equilíbrio entre os sentimentos e a racionalidade do indivíduo, entre o inconsciente e o seu consciente. É na família que o indivíduo ensaia seus primeiros passos para viver em sociedade com os seus semelhantes, refreando seu egoísmo e os seus caprichos, conciliando os seus propósitos e interesses com os dos outros, experimentando sentimentos de altruísmo e de singularidade. Nela se realiza o princípio fundamental do grupo, que é a continuidade social.[327]

Gustavo Ferraz de Campos Mônaco afirma:

> [...] o grupamento familiar é, segundo a unanimidade dos autores contemporâneos, o sistema natural mais importante na contemporaneidade para o desenvolvimento dos indivíduos, constituindo espaço privilegiado de suprimento de suas necessidades e no qual os projetos e sonhos de felicidade comuns podem se realizar mais facilmente. A Declaração Universal dos Direitos da Criança reconhece que o amor e a compreensão são essenciais na formação harmoniosa da personalidade individual, afirmando que é na família que a criança deve, tanto quanto possível, crescer e se transformar em um cidadão cônscio de seu papel na sociedade. Isso inclui, ainda, o dever de manutenção material por todas as formas até o

---

326 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 24.

327 PEZZELLA, Maria Cristina Cereses; SILVA, Fernanda Pappen. Os seres sujeitos de direitos em família. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 209-210.

> implemento da idade de 18 anos, que tem-se estendido até o término dos estudos universitários na maioria dos países.[328]

Assim, quando se remete à família a função socializadora, está se querendo dizer que, em seu seio, permite-se à criança experimentar um processo de adaptação com o meio em que vive e, principalmente, desfrutar afeto, amor e carinho de seus pais e familiares.

Dentro desse processo, e em condições normais, a família é responsável pela lapidação da *pedra bruta* de modo a recepcioná-la, protegê-la e devolvê-la ao meio, já devidamente adaptada e moldada para o normal e harmonioso convívio em sociedade.

Cláudia Maria da Silva assevera:

> A crucial importância do exame dos fundamentos das relações e dos vínculos familiares radica na circunstância de que é no seio deste grupo que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando sua personalidade ao mesmo tempo em que se integra ao meio social. Durante toda a sua vida, é na família que o individuo encontra conforto e refúgio para sua convivência.[329]

Toda criança e todo adolescente,[330] como expressamente dispõe o texto constitucional, têm o direito fundamental à convivência familiar e comunitária e, em ostentando natureza fundamental, seu exercício e sua efetivação são prioritários e impostergáveis, não se olvidando a responsabilidade estatal da própria família e da sociedade para o atingimento do referido desiderato.

Todavia, como bem ressalta Adélia Moreira Pessoa:

---

328 MONACO, 2005, p. 250-251.

329 SILVA, Cláudia Maria da. Direito de família. In: **Revista brasileira de direito de família**, nº 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 122.

330 PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 54: “A adolescência se apresenta como fase peculiar no desenvolvimento do ser humano, marcado por modificações físicas profundas correlatas às mudanças psicológicas, caracterizadas, sobretudo, pela instabilidade emocional. O tema central da adolescência é a descoberta de si mesmo. Nesta fase registra-se geralmente um período de intranqüilidade que é difícil de avaliar: na maioria dos casos se trata de um sintoma de um processo de maturação, levando ao autoconhecimento mais profundo. O indivíduo começa a conhecer a si próprio”.

> E o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar? O Estatuto da Criança e do Adolescente, na esteira do Art. 227 da CF e dos instrumentos internacionais dos Direitos da Criança, ao adotar a doutrina de proteção integral, voltada para a garantia dos direitos das crianças e adolescentes, estabeleceu como fundamental o direito à convivência familiar [...] Apesar de constitucionalmente assegurado, deixa de ser implementado [...].[331]

Socorrendo-nos, novamente, do Minidicionário Houaiss, necessária a análise dos vocábulos *convivência* e *convívio*, os quais apresentam significado referente a contato, coexistência harmoniosa, relação quotidiana, familiaridade, conviver. O dicionário Aurélio traz que convivência "[...] é o ato ou efeito de conviver; familiaridade; relações íntimas; trato diário".[332] Já a definição de conviver é "[...] viver em comum; ter familiaridade, convivência".[333]

Transportando tais significados para o mundo jurídico, pode-se afirmar que referido direito diz respeito à precípua e indispensável necessidade de que crianças e adolescentes, diante de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, convivam, de maneira harmônica, com seus pais e familiares, inserindo-se, também, dentro de tal contexto seu importante relacionamento com os demais pares sociais, isto é, com os demais indivíduos que formam a comunidade em que vivem.

O direito fundamental disperso à convivência familiar e comunitária pertencente a crianças e adolescentes foi positivado pelo texto constitucional em seu Art. 227, recebendo referendos infraconstitucionais por parte da Lei nº 8.069/90, mais precisamente nos Arts. 4º, 16, inc. V e 19 a 52, exortando a indispensabilidade de que tais sujeitos desfrutem e tenham a criação e a educação dentro do seio familiar correspondente.

Como bem salienta Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel:

---

331 Adélio Moreira Pessoa, apud, ibidem, p. 110.

332 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Fronteira, 2002, p. 325.

333 Ibidem, mesma página.

> [...] a convivência em família constitui-se em porto seguro para a integridade física e emocional de toda a criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.[334]

Ou, ainda, e nos dizeres de Tarcísio José Martins Costa, tem-se que a convivência familiar diz respeito a uma necessidade vital dos infantes, equiparando-o ao direito fundamental à vida, inclusive.[335]

Em comentário à legislação portuguesa, Edmundo Martinho tece importantes considerações sobre o tema em estudo, as quais encontram plena ressonância e aplicabilidade em nossa realidade jurídica:

> A aproximação estratégica ao desenvolvimento do país não pode, sob pena de hipotecar a sua dimensão mais significativa, deixar de privilegiar os terrenos de construção da cidadania em todos os momentos da vida dos cidadãos [...]. Pensar hoje o sistema de protecção de crianças e jovens, em que as Leis recentemente aprovadas se constituem como peças centrais de definição e clarificação de responsabilidades, é cada vez mais um exercício conjugado de reflexão sobre o sistema de protecção social no seu conjunto. Não espanta, por isso, que possamos afirmar sem hesitações que não é possível modernizar e tornar mais eficaz o modelo de protecção de crianças e jovens fora de um quadro em que se tornem mais sólidos os instrumentos de capacitação pessoal e social das famílias para o exercício integral da sua função integradora e agregadora.[336]

Não se perca de vista, pela importância que desfruta, que dada a circunstância de as normas que regem o Direito de Família serem de natureza cogente, isto é, não poderem ser afastadas pela autonomia da vontade dos agentes (senão apenas e tão-somente dentro das alternativas previstas expressamente na lei), diz-se que uma de suas principais características reside na preocupação com o asseguramento de um mínimo de garantias para a sua fortificação, disso resultando, conseqüentemente, numa sensível presença do Estado nesse particular.

---

334 MACIEL, 2000, p. 69.

335 COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: LTr, 2003, p. 38.

336 MARTINHO, Edmundo. A família, as respostas sociais e as parcerias. In: OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Direito tutelar de menores**: o sistema em mudança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41-42.

Essa situação cogente no aspecto normativo induz, uma vez mais, à inafastável atuação do Estado em prol da consecução e da concretização do direito de crianças e adolescentes, cujo desiderato obrigatoriamente perpassa pela fortificação do papel da convivência familiar, tendo em vista que a família é o lugar privilegiado à realização de trocas afetivas e de transferência ou transmissão de valores, cujos valores acabarão por moldar a personalidade e o caráter do ser que se encontra em peculiar condição de desenvolvimento.[337]

E isso é tão verdadeiro e real, que a própria Psicologia deixa bem clara a importância da família para o desenvolvimento adequado e digno do infante, uma vez que a considera o primeiro referencial com que o novo ser tem contato e do qual depende.

De acordo com o pediatra e psicanilsta britânico Donald Woods Winnicott, cada ser humano traz inato um potencial para amadurecer e integrar-se; porém, o fato de essa tendência ser inata não garante que ela realmente vá ocorrer, pois, para tanto, depende de um ambiente facilitador que forneça cuidados suficientemente bons, sendo que, no início, esse ambiente é representado pela mãe. É importante ressaltar que esses cuidados dependem da necessidade de cada criança, pois cada ser humano responderá ao ambiente de forma própria, apresentando, a cada momento, condições, potencialidades e dificuldades diferentes.

Para Maria Ivone Accioly Lins:

> Para Winnicott, as doenças psíquicas, particularmente as mais graves, tinham a ver com perturbações que ocorreram durante as fases iniciais da formação do psiquismo, quando o meio ambiente da criança é constituído pelas relações familiares. Admitindo que cada indivíduo tem uma experiência singular de seu ambiente devido a fatores pessoais, insiste na idéia de que um ambiente real, experimentado como facilitador é requisito indispensável ao desenvolvimento saudável das potencialidades do indivíduo. Este ambiente é inicialmente a mãe, ou quem exerça sua função entendida como: segurar o bebê – no início literalmente e, cada vez mais, no sentido figurado de apoio psicológico; manuseá-lo, através dos cuidados necessários a sua sobrevivência, e apresentar-lhe o mundo em pequenas doses. Inicialmente, diz Winnicott, a mãe exprime seu amor através dos cuidados físicos,

337 LEANDRO, Armando Gomes. Protecção dos direitos da criança em Portugal. In: **Direitos das crianças**. Rio de Janeiro: FDR, 2007, p. 110.

> procurando adaptar-se realmente de maneira ativa e criativa às necessidades do seu filho.[338]

Já Isabel Cristina Gomes e Maria Lucia de Souza Campos Paiva asseveram:

> Ao longo da obra de Winnicott percebemos a importância que ele dedica à família, colocando-a como o centro formador da sociedade e da cultura, bem como do desenvolvimento individual, e mais especificamente, do conceito de maturidade emocional como sinônimo de saúde mental. O autor chega a ser bastante enfático quando literalmente afirma que '[...] não seria possível ao indivíduo atingir a maturidade emocional fora do contexto familiar [...]' (Winnicott, 1997, p. 129). Um conceito central na teoria winnicottiana é o de holding ou cuidado materno. Nele o autor enfatiza a importância da mãe (e da família) como modelos de transição para a entrada do indivíduo num círculo social imediato e ir caminhando para círculos cada vez mais amplos, como a política, a religião e a própria sociedade. Em *Preocupação materna primária*, Winnicott (1956/2000) define um estado muito especial da mãe devotada perante as necessidades do bebê, e estabelece as bases de um ambiente externo suficientemente acolhedor para o mesmo se desenvolver.[339]

Como visto no capítulo anterior, a real eficácia de um direito fundamental propriamente dito está a depender da eficácia de um direito fundamental operacional.

De nada adiantaria, do ponto de vista prático, estabelecer-se, constitucionalmente, o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, se não lhes fossem outorgados instrumentos aptos a atingir o referido desiderato, nunca se perdendo de vista a aplicação, conjunta, do princípio da proteção integral, como bem se observa da redação emprestada aos Arts. 86 a 97 da Lei nº 8.069/90.

Para Márcio Thadeu Silva Marques:

---

338 LINS, Maria Ivone Accioly. In: GUIMARÃES, M.Antonio Chagas; PODKAMENI, Angela B. (orgs.) **Winnicott na PUC**: 100 anos de um analista criativo. Rio de Janeiro: NAU, 1997, p. 13-22.

339 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&2&lnddfserpt&nrm=isso>. Acesso em: 12 set. 2006.

> [...] a garantia de direitos é linha da Política de Atendimento prevista para implementar a doutrina da proteção integral, de acordo com os Arts. 86 e 87 do ECA, envolvendo, ainda, as políticas sociais básicas (saúde, educação, alimentação, habitação, esporte, lazer, cultura e profissionalização) e as políticas de proteção especial (atendimentos a vulnerabilidade por ameaças ou violações a direitos de crianças/adolescentes, como drogadictos, portadores de necessidades especiais e vítimas de violência.[340]

Em assim sendo, começa-se com a ação articulada do governo, de forma conjunta e em todas as suas esferas e níveis, e da sociedade, exigindo-se que referidos agentes se pautem por linhas de ação que venham a abarcar políticas sociais básicas; políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que dele necessitem; serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; serviço de identificação e de localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; e, proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Por sua vez, o Art. 88 da Lei nº 8.069/90 traça as diretrizes da referida política, pugnando pela municipalização do atendimento; pela criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais; pela criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa; pela manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos das crianças e do adolescente; pela integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

---

340 MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Sistema de garantia de direitos da infância e da juventude. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à educação**: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

e, pela mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

Como consabido, é no Município que o cidadão desenvolve, com maior intensidade, seus direitos e exerce seus deveres, situação essa que, via de conseqüência, não se entremostra diferente quando o tema envolve crianças e adolescentes, emergindo daí que, para a real efetivação dos interesses dos referidos infantes, a verdade é que há a necessidade de se fortalecer, estrutural e economicamente, os entes federados em comento, sob pena de a sua preconização constitucional também se tornar letra morta, o que se cumpre a todo custo evitar.

Assim, devem os municípios, pautando e observando as normas gerais de política nacional de atendimento dos direitos infanto-juvenis estabelecidas pelo CONANDA,[341] atuar de modo a preservar, com efetividade, os direitos e interesses de crianças e adolescentes, pois, como bem pondera Andréa Rodrigues Amin "[...] risco social ou familiar em que se encontram crianças e adolescentes são mazelas produzidas pelo meio onde vivem. Cabe, portanto, ao meio resolvê-las e, principalmente, evitá-las. Mutatis mutandi é o mesmo que princípio da responsabilidade civil: aquele que causa o dano deve repará-lo".[342]

Segundo Wilson Donizeti Liberati:

> O segredo operacional da aplicabilidade dessas diretrizes de atendimento está na participação comunitária, formada pelos diversos segmentos da sociedade (Art. 88, inc. VI). A opinião pública deve ser conscientizada e esclarecida dos problemas que envolvem crianças e adolescentes. Deve tomar posição, com urgência, para descobrir os meios necessários para enfrentá-los, levantando recursos e aplicando-os às soluções encontradas em harmonia com os órgãos governamentais e não-governamentais.[343]

---

341 Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.242/91).

342 AMIN, 2000, p. 33.

343 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 75.

O direito fundamental em questão pode concretizar-se por intermédio da família natural ou, não sendo possível, por meio da família substituta e suas espécies: guarda, tutela, curatela e adoção, institutos que serão mais bem trabalhados nos tópicos abaixo.

Todavia, cumpre desde já deixar assentado que, em se somando a verba constitucional com os dispositivos elencados na Lei nº 8.069/90, chega-se à inafastável conclusão de que a política de prevenção em relação aos direitos e interesses de crianças e adolescentes se dá sob dois enfoques, a saber: o primeiro, de natureza geral, diz respeito à concretização e aplicação de medidas que, efetivamente, garantam os direitos fundamentais dos infantes,[344] que evitem a desintegração da comunidade familiar, enquanto que, no segundo, a preocupação gira em torno de preservá-los de ambientes perniciosos ou que sejam contrários à sua condição peculiar de desenvolvimento, não se perdendo de vista, em acréscimo, a necessidade de medidas sócio-educativas objetivando a reeducação dos menores infratores.

De qualquer modo, é preciso que fique absolutamente claro que, nos exatos moldes do Art. 73 da legislação estatutária, a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica. Enquadra-se no conceito de pessoa jurídica o Estado, emergindo daí que a ineficácia de sua atuação no que diz respeito à consecução dos direitos e interesses de crianças e adolescentes, ou seja, seu descumprimento no que tange às citadas normas de prevenção, acabará por acarretar sua responsabilização, responsabilização essa que é o tema central deste estudo, a qual será mais bem explicitada no próximo e último capítulo deste trabalho.

---

344 GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise da sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 221-222: “Antes de a norma de direito fundamental ser realizada no plano social, ela deve ser realizável, deve ter plena potencialidade de realização, e isso diz respeito à eficácia, mais especificamente àquilo que denominamos eficácia ótima da norma. Aliás, a plenitude de realização da norma constitucional também se dá, na maioria das vezes, de forma proporcional ao grau de eficácia da mesma. Se dotada de eficácia ótima, sua potencialidade é plena; se de eficácia parcial, a potencialidade é reduzida; se a norma é ineficaz, tal potencialidade é praticamente inexistente. A idéia de eficácia, portanto, está igualmente vinculada à realzação dos direitos fundamentais, pois sem eficácia, não há como se falar em efetividade e realização desses direitos. Só que a eficácia diz respeito à potencialidade, ao passo que a efetividade é ligada à realização mesma dos direitos contidos na norma constitucional”.

4.6.1 A família natural

Não se pode olvidar que o vocábulo *família* apresenta, dentro da ótica jurídica, diversas significações: (i) amplíssima: abrange todos os indivíduos ligados pelo vínculo da consangüinidade e afinidade, incluindo estranhos. Exemplos: Art. 1.412, § 2º, CC e Art. 24 da Lei nº 1.711/52; (ii) lata: restringe-se aos cônjuges e seus filhos, parentes da linha reta ou colateral, afins e naturais. Exemplos: Arts. 1.591 e ss. do CC; Decreto-Lei nº 3.200/41 e Lei nº 883/49; (iii) restrita: compreende, unicamente, os cônjuges ou conviventes e a prole. Exemplos: Arts. 1.567 e 1.716 do CC; (iv) alimentar: consideram-se família: ascendentes, descendentes e irmãos. Exemplos: Arts. 1.694 e 1.697 do CC; (v) autoridade: pais e filhos; (vi) fiscal: para efeito de imposto de renda, a família reduz-se aos cônjuges, filhos menores, maiores inválidos ou que freqüentam a universidade à custa dos pais, até a idade de 24 anos, filhas solteiras e ascendente inválido que viva sob a dependência do contribuinte, filho que não more com o contribuinte, se pensionado em razão de condenação judicial; e, (vii) previdenciário: a família compreende o casal, filhos até 18 anos, filhas solteiras e companheiro do trabalhador. Exemplo: Art. 217 da Lei nº 8.112/90.

De acordo com a exegese contida no Art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, entende-se por família natural o agrupamento social composto pelos pais ou quaisquer deles e seus descendentes.

Navegando-se nessas águas, e levando-se em consideração o princípio do pluralismo consagrado pelo texto constitucional de 1988, a chamada *família natural* pode surgir por todos os meios que tenham eficácia de fomentar, vivificar e caracterizar uma determinada comunidade como sendo entidade familiar, podendo-se destacar, nessa toada, o casamento, a união estável, a família monoparental, a união homoafetiva, dentre outras possibilidades.

Não obstante as discussões envoltas ao derredor do tema em comentário, a verdade é que o casamento possui natureza jurídica híbrida, na medida em que mescla regras relacionadas à vontade do indivíduo (contrato), e, bem assim, outras de ordem pública (instituto).

Desta feita, malgrado no âmbito do casamento em certas ocasiões se dê liberdade aos cônjuges – a exemplo do que ocorre com o próprio início do casamento dependente que é totalmente do consentimento deles, e, igualmente, em regra a escolha do regime de casamento –, certo é que essa liberdade é evidentemente controlada de perto pela lei, sem que haja a possibilidade de disposição quanto aos caminhos já previamente traçados pelo ordenamento jurídico, daí porque, inclusive, mesmo que os nubentes pretendam afastar os direitos e deveres decorrentes do casamento isso não poderá ser alcançado, pois, uma vez contraído o matrimônio, tais características exsurgem de modo imperativo.

Essa é a razão de atribuir-se ao casamento uma natureza jurídica híbrida, haja vista que nele existem regras ligadas à autonomia da vontade e outras imperativas, relativamente às quais não se permite qualquer margem de escolha.

O casamento, contrato especialíssimo, cerca-se de absoluta solenidade, ou seja, de regramentos de segurança justamente para possibilitar aos indivíduos que se unirão em matrimônio, a manifestação de consentimento verdadeiro, sem margens a quaisquer dúvidas.

Assim, induvidoso é que o casamento é contrato que possui característica marcantemente solene, no qual a lei estabelece todos os passos para a sua existência, validade e eficácia.

Destaque-se que, pormenor interessante referente à solenidade do casamento, é aquele relacionado à correção e validade do conhecido *casamento coletivo* de que se vale o Poder Público para regularizar a situação de casais interessados na concretização do matrimônio, mas que em decorrência das inúmeras burocracias peculiares ao instituto, acabam por a ele não aderir.

Segue daí que, longe de afastar a característica de solenidade – que, como se disse, é indispensável para a existência, validade e eficácia do casamento –, os aludidos *casamentos coletivos* não a dispensam; muito pelo

contrário, atestam-na até mesmo pela presença efetiva do Poder Público que chama para si diretamente a responsabilidade de tomar todas as providências necessárias à ultimação do matrimônio, facilitando, assim, aos diretamente interessados no casamento, a sua concretização.

Desta forma, também os *casamentos coletivos* são solenes, sendo certo que o Poder Público apenas se arvora de procurador dos casais interessados no matrimônio tomando todas as providências solenes que o envolvem.

Não obstante as interessantíssimas e relevantes discussões que giram em torno da possibilidade de surgimento de entidades familiares compostas entre pessoas do mesmo sexo, balizada na premissa da proteção efetiva também da família homoafetiva, a verdade é que ainda prevalece a característica da diversidade de sexos no âmbito do casamento, peculiaridade essa, inclusive, tida como necessária à sua própria existência.

Desse modo, presentemente inexiste casamento de pessoas do mesmo sexo, na linha, aliás, do que esclarecem as exegeses oriundas dos Arts. 1.514, 1.517 e 1.565 do Código Civil, indicativas de que o casamento está a depender da união entre homem e mulher.

No que diz respeito à união estável,[345] em total referendo às diretrizes constitucionais vigentes, o Art. 1.723 do Código Civil pondera que referida entidade familiar consubstancia-se na união havida entre homem e mulher representada pela convivência pública como se casados fossem, portanto, onde seja possível reconhecer comunhão de vida.

Destaque-se que, embora a lei não faça qualquer exigência quanto a prazo mínimo de convivência para o reconhecimento da união estável, a verdade é que o requisito tempo mostra-se importante para a sua caracterização, haja

---

345 "Agora, dizei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural". PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 09.

vista o condicionamento feito pelo Art. 1.723 quanto à necessidade de a convivência ser contínua e duradoura.

Esclarece o § 1º do Art. 1.723 do Código Civil que o reconhecimento da união estável depende da inexistência dos impedimentos a que alude o Art. 1.521 do mesmo *codex*, que se trata dos conhecidos impedimentos matrimoniais, não se aplicando, entretanto, àquele constante do inc. VI caso haja separação de fato ou judicial.

Demais disso, releva ponderar que as causas suspensivas previstas no Art. 1.523 do Código Civil não impedem o reconhecimento da união estável, de acordo com o que se observa da regra incrustada no § 2º do Art. 1.723 do Código Civil.

À união estável aplicam-se os mesmíssimos regramentos observados no âmbito do casamento no que tange às relações pessoais, de maneira que, a exemplo do que ocorre com os cônjuges, os companheiros têm deveres uns para com os outros de lealdade, respeito, assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos, na linha da disciplina contida no Art. 1.724 do Código Civil.

No que diz respeito à família monoparental, entidade formada por um dos genitores e seus descendentes, conforme definição constitucional, alguns delineamentos doutrinários se apresentam, ampliando o conceito, incluindo-se nele a situação de um irmão mais velho que cuida dos mais novos (todos órfãos), a do viúvo que cuida dos filhos do leito anterior do cônjuge falecido, a do avô que cuida dos netos, entre outros (caso Cássia Eller).

4.6.2 A possibilidade e as formas de colocação em família substituta

Antes de adentrar-se especificamente ao estudo dos institutos da guarda, da tutela e da curatela, convém esclarecer que eles fazem parte do chamado

Direito Assistencial, na exata medida em que, como bem leciona Roberto Senise Lisboa, “[...] quando não houver a possibilidade do exercício do poder familiar, será necessária a utilização de institutos de assistência, que se destinam a suprir a ausência do titular do munus aludido”.[346]

É bem verdade que a tutela foi criada com o escopo fundamental de efetuar a proteção e a administração dos bens do menor cujo poder familiar se entremostre ausente, valendo, nesse passo, trazer à colação o enfoque defendido por Sílvio Rodrigues, para quem “[...] o legislador de 1916, ao cuidar da tutela, preocupou-se, principalmente com o órfão rico, pois ao disciplinar o tema teve em vista, em primeiro lugar, a preservação dos seus bens; aliás, dos quarenta artigos consagrados ao assunto, apenas um se refere ao menor abandonado”.[347]

Todavia, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente o quadro modificou-se pela filosofia que emergiu de seu conteúdo, de maneira que o enfoque repassado ao instituto deu um caráter de proteção à personalidade da criança e do adolescente, haja vista que a preocupação passou a ser o menor desprovido de recursos econômicos e/ou morais.

Nessa esteira de silogismo, passa-se a análise, primeiramente, do instituto da guarda, para, ao depois, cuidar-se daqueloutros alusivos à tutela, à curatela e, excepcionalmente, à mãe social.

4.6.2.1 Guarda

Na linha do que preceitua o *caput* do Art. 33 da Lei nº 8.069/90, a guarda corresponde ao encargo civil que obriga a pessoa que a aceita a prestar assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente.

---

346 LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 164.

347 RODRIGUES, 2002, vol. VI, p. 435-436.

Tem ela como escopo regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente, procedendo-se à sua acolhida em uma família substituta quando abandonados ou órfãos.

Vale esclarecer que uma vez deferida, a guarda confere, ao guardião, o direito de opor-se a terceiros, incluindo-se nessa situação os próprios pais.

Todavia, é preciso salientar que a guarda não confere ao guardião poderes de administração dos bens da criança ou do adolescente, embora lhe possa ser deferido o poder de representação para a prática de atos determinados.

A concessão da guarda independe da suspensão ou da perda do poder familiar, sendo revogável a qualquer tempo, como bem se depreende da redação inserta no Art. 35 do referido diploma legal.

Ao derradeiro, vale destacar que o procedimento judicial respeitante ao processo de guarda pode ser amigável ou litigioso, isto é, os pais podem concordar ou não com a entrega do filho ao terceiro que dele pretende ser guardião.

4.6.2.2 Tutela e curatela

O instituto da tutela se revela como sendo um complexo de direitos e obrigações outorgados pela legislação a um terceiro para proteção do menor que não se encontra sob a égide do poder familiar, inclusive, mediante a administração dos bens eventualmente pertencentes ao menor.

Para Maria Helena Diniz a tutela:

> [...] é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o poder familiar. Protege o menor não emancipado e seus bens, se seus pais faleceram, foram declarados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar (NCC, Art. 1.728, incs. I e II; Lei nº 8.069/90, Arts. 165 a 170), dando-lhes assistência e

> representação na órbita jurídica, ao investir pessoa idônea nos poderes imprescindíveis para tanto.[348]

Importante se faz também trazer à colação a escorreita definição defendida pelo idealizador do Código Civil de 1916, o inesquecível Clóvis Beviláqua, para quem "[...] a tutela é o encargo civil, conferido a alguém pela lei, ou em virtude de suas disposições, para que administre seus bens, proteja e dirija a pessoa do menor, que não se acha sob a autoridade de seu pai ou de sua mãe".[349]

Diante de tal quadro, o Art. 1.728 do Código Civil assim verbera: "Os filhos menores são postos em tutela: I – com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II – em caso de os pais decaírem do poder familiar".

Nesse passo, o novel dispositivo em questão acabou por trazer uma mudança significativa em relação ao regramento anterior (Art. 406, CC de 1916), na medida em que substituiu a expressão *pátrio poder* para o *poder familiar*, respeitando, assim, a igualdade entre homens e mulheres trazida pela Constituição Federal de 1988, afastando-se, assim, definitivamente a idéia da prevalência da figura paterna na designação e no comando dos destinos da sociedade familiar.

De outro lado é preciso que se esclareça que não obstante a nova roupagem emprestada ao instituto pelo já mencionado Estatuto da Criança e do Adolescente, a verdade é que ambos os diplomas legislativos são absolutamente compatíveis, pois, como bem preconiza o Art. 36 do ECA, a tutela será deferida nos termos da legislação civil em vigor.

Importante salientar, também, que a existência da tutela pressupõe obrigatoriamente a suspensão ou a perda do chamado poder familiar, não havendo espaço para a convivência conjunta de tais institutos.

---

348 DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 2ª ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 496.

349 BEVILÁQUA, 2005, vol. II, p. 310.

O instituto da curatela assume um caráter suplementar em relação ao poder familiar, tendo por escopo o exercício da atividade assecuratória dos interesses pessoais e econômicos do incapaz por motivos diversos da idade cronológica, sendo certo que, de igual modo, a tutela tem caráter protetivo da personalidade do curatelado.

Melhor elucidando a questão e com a precisão que lhe é peculiar, salienta Maria Helena Diniz que a "[...] curatela é o encargo público, cometido, por lei, a alguém, para reger e defender a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental".[350]

Todavia, diferem-se os apontados institutos na medida em que a tutela objetiva a proteção do menor sobre o qual não se opera o exercício do poder familiar, enquanto que a curatela destina-se a sujeitos maiores de idade, não obstante ela alcance, em situações excepcionais, os menores, tal como ocorre com a nomeação de curador ao ventre (nascituro).

4.6.2.3 Adoção

De acordo com o catedrático buenoairense G. A. Borda, "[...] *los antecedentes históricos de la adopción se pierden en la más remota antigüedad. Motivos religiosos dieron vida e vigor a la institución; las familias sin descendencia incorporaban a su seno a personas que pudieran perpetuar el culto doméstico. Algunos pesajes bíblicos demuestran su práctica entre judios y egípcios (Gênesis, XLVIII, 5; Êxodo, II, 10)*",[351] sendo certo que somente em Roma, em face do Código Justiniano, o instituto assumiu feições de natureza jurídica, subdividindo-se em *adoptio minus quam plena* (adoção simples) e *adoptio plena* (adoção plena).

---

350 DINIZ, 1996, p. 524.

351 BORDA, Guillermo A. ***Tratado de derecho civil****: familia II*. 9ª ed. ampl e atual. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1993, p. 91.

Foi, por intermédio da promulgação do Código Civil de 1916, em seus Arts. 368 a 376, que o instituto da adoção adentrou no ordenamento jurídico de nosso País, embora, verdade seja dita, não se vislumbravam, naquela época, contornos sólidos em razão da novidade que representava.

Ao depois, surgiu a Lei nº 3.133/57, que fracassou em sua tentativa de modernizar a adoção, sendo substituída, então, pela Lei nº 4.655/65, corrigindo-se problemas anteriores e instituindo-se a chamada legitimação adotiva.[352]

Ato contínuo do necessário e indispensável processo de evolução legislativa, tem-se o advento do Código de Menores (Lei nº 6.697/79), cujo mérito foi o de iniciar e deitar raízes na necessidade de proteção integral do menor sem família, pensamento esse que foi definitivamente encapado pela Constituição Federal de 1988, nascendo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no afã de procurar atingir a meta final da evolução que, ainda, continua em marcha em razão das mais diversas experiências empíricas vividas no seio social.[353]

Diante da superveniência do Código Civil atual, muito se discute acerca da revogação ou não dos dispositivos referentes à adoção constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista a peculiaridade de que a novel legislação, ao traçar regras para a adoção de menores, não revogou expressamente a apontada lei especial, como estaria a exigir o Art. 9º da Lei Complementar 95/98.[354]

Todavia, seja como for, a verdade é que, ressalvadas algumas hipóteses excepcionais, – nas quais se mostra justificável a conclusão de que houve revogação tácita de alguns artigos do ECA –, o adequado é concluir-se pela

---

352 BAHIA, Claudio José Amaral Bahia; SANTOS, Caio Augusto Silva dos. Da possibilidade de adoção após o falecimento do adotante sem que este tenha iniciado o procedimento judicial. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 465-494.

353 Ibidem, mesmas páginas.

354 Com a redação que lhe foi emprestada pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril de 2001.

vigência concomitante e compatível da Lei nº 8.069/90 no pormenor referente à adoção de menores de 18 anos, não havendo mais que se falar, no entanto, na admissão da ressalva contida na parte final do Art. 40 da legislação especial, que implica numa evidente intromissão na sistemática prevista para a adoção daqueles que já não mais se encontram na condição de adolescentes, sendo de pouca importância o fato de estes se encontrarem sob anterior guarda ou tutela dos pretendentes.

Embora, parafraseando-se Paulo Luiz Netto Lobo, depois da Constituição de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio para se atingir a filiação, que é única, a verdade é que, para efeito didático, torna-se importante esclarecer como tal se processa até a sua respectiva ultimação, não se podendo deslembrar, por oportuno, que a grandeza e a importância do instituto ora em comento estão materializados no *status* constitucional que lhe foi emprestado pela Lei de Outubro, por intermédio do dogma positivado no § 5º de seu Art. 227, a saber: "A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros".

Diversamente do que ocorria na legislação pretérita, a capacidade para adotar surge a partir dos dezoito anos de idade, conforme estatuído no *caput* do Art. 1.618 do Código Civil. Segue daí que não há mais que se falar na atribuição de capacidade apenas àqueles que contam com mais de trinta (Art. 368, *caput*, CC/16) ou mais de vinte e um anos (Art. 42, *caput*, Lei nº 8.069/90).

Observe-se que, não obstante a ausência de revogação expressa do Art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a verdade é que outra conclusão não parece lógica senão aquela que nos conduz à admissão da revogação tácita, isso porque o Código Civil representa um novo referencial de justiça que teoricamente traduz a atual vontade da sociedade vigente.

Dispõem o Art. 1.621 do Código Civil e Art. 45 da Lei nº 8.069/90 que, para o deferimento da adoção de menor, é necessário o consentimento dos pais do adotando ou dos seus respectivos representantes legais na ausência

daqueles, como também da concordância do próprio adotando, caso ele já se encontre na condição de adolescente, isto é, com mais de 12 anos de idade.

Entretanto, obviamente, dispensa-se o consentimento dos pais nas situações em que eles sejam desconhecidos ou mesmo tenham sido destituídos do poder familiar; igual solução deverá ser seguida no caso de infante exposto, com pais desaparecidos sem nomeação de tutor, ou órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano (Art. 1.624, CC).

Observe-se que, embora o § 2º do Art. 1.621 do Código Civil faça menção à possibilidade da revogação do consentimento dado pelos pais ou pelos representantes legais à adoção até a publicação da sentença constitutiva da mesma, a verdade é que, se isso vier a ocorrer, não se poderá pensar pura e simplesmente na impossibilidade da adoção, mas somente numa análise ainda mais pormenorizada da conveniência da transferência definitiva do menor à família dos adotantes. Ao final, prepondere-se que, em sendo maior de idade, ao adotando cabe externar o consentimento e não aos seus pais.

Em se tratando de adoção efetivada por duas pessoas conjuntamente, além dos requisitos constantes do Art. 1.622, devem os adotantes demonstrar a estabilidade da família, daí porque haverá de se perquirir ao derredor das condições familiares em que vivem os pretendentes, na linha dos ensinamentos desde há muito traçados pelo § 2º do Art. 42 da Lei nº 8.069/90.

Tanto o Código Civil (Art. 1.619) quanto o ECA (Art. 42, § 3º) exigem que o adotante seja pelo menos 16 anos mais velho do que o adotando, sendo certo que não nos parece correto exigir essa diferença a maior unicamente em relação a um dos adotantes no caso de a adoção ser implementada por mais de uma pessoa, como sói acontecer com pessoas casadas ou que vivam em união estável, embora a maioria da abalizada doutrina aponte para outro sentido, ou seja, pela desnecessidade de atingimento dúplice de tal requisito.

A regra estabelecida, no *caput* e no parágrafo único do Art. 1.623 do Código Civil, acabou por abolir a forma de adoção por escritura pública

anteriormente autorizada pelo Art. 375 do Código Civil de 1916, daí porque, de agora em diante, somente haverá que se falar em adoção precedida de procedimento judicial onde se perquira, inclusive, acerca do efetivo benefício para o adotando (Art. 1.625, CC).

Nesse ponto, houve unificação de procedimentos, haja vista que o ECA já dava conta de necessidade de procedimento judicial para o deferimento de adoção (Art. 47, ECA), vedando, inclusive, o exercício da mesma por procuração (Art. 39, parágrafo único, Lei nº 8.069/90). Aliás, essa é a razão da previsão legal segundo a qual a adoção somente haverá de ser deferida se constituir efetivo benefício ao adotando (Art. 1.625, CC; e Art. 43, ECA).

Uma vez definida a imprescindibilidade de processo judicial para a adoção tanto de menor quanto de maior de idade, certo é que a sentença constitutiva pertinente surtirá os seus efeitos a partir do respectivo trânsito em julgado, sendo possível a retroação à data do óbito do adotante nos casos em que este vier a falecer no curso do procedimento da adoção, tudo como minudentemente explicitado na primeira parte do Art. 1.628 do Código Civil e no § 5º do Art. 42 e § 6º do Art. 47 do ECA, destacando-se que, nessa última hipótese, qual seja, a que produz efeitos desde a data do falecimento do adotante, denomina-se *post mortem*.

Ao que tudo indica com espeque na teoria da filiação sócio-afetiva, existem precedentes judiciais[355] que reconhecem a possibilidade do deferimento de adoção mesmo àqueles indivíduos já falecidos que não tiveram oportunidade de chegar a deduzir propriamente pleito judicial nesse sentido. É a intitulada adoção póstuma.

Por assim ser, embora não se divise vontade, e, evidentemente, direitos, daquele que já faleceu – na medida em que o *de cujus* não mais é sujeito de direito –, a verdade é que o evidente interesse do pretenso adotando que seja detentor da posse do estado de filho habilita-nos a concluir

[355] REsp. nº 457.635-PB.

pela total correção da utilização de pleito judicial para o reconhecimento de adoção póstuma.

Assinale-se que, em ações dessa jaez, diante da inexistência das pessoas dos adotantes, parece ser de todo conveniente a citação dos parentes eventualmente conhecidos deles para responder ao indicado pleito judicial, ou, então, caso eles também inexistam ou não se tenha notícia deles, havendo interesse patrimonial em discussão oportunizar ao Estado o oferecimento de resposta, sem prejuízo de, em ambas as situações, assegurar-se a presença do Ministério Público na condição de fiscal da lei.

Deferida a adoção, há integração total do agora adotado à família do adotante, desligando-o, conseqüentemente, dos parentes anteriores, salvo no que tange aos impedimentos matrimoniais que ainda são mantidos, sendo certo, outrossim, que, no caso de adoção levada a efeito por um dos cônjuges ou companheiros em relação ao filho apenas do outro, por óbvio, não há desligamento dos vínculos parentais decorrentes da relação filial havida com aquele que continuará como genitor no registro pertinente, na exata esteira de silogismo contida no *caput* e parágrafo único do Art. 1.626 e na segunda parte do Art. 1.628, todos do Código Civil, e, bem assim, no Art. 41 e respectivos §§ do ECA.

O desligamento do adotado com a sua família anterior se mostra tão evidente, que a lei permite a alteração não apenas do seu nome, como, também, do seu prenome caso seja ele menor (Art. 1.627, CC; e Art. 47, § 5º, ECA), tanto que já assinalava o ECA sobre a irrevogabilidade da adoção (Art. 48) e a impossibilidade de restabelecimento dos laços de parentesco com a família originária do adotado em caso de falecimento dos adotantes (Art. 49).

A decisão que deferir a adoção determinará a expedição de mandado para o cancelamento do registro original do adotado e a conseqüente formalização de um novo, do qual não poderão constar quaisquer observações que impliquem na identificação pública da adoção, não obstante a assertiva de que mediante autorização judicial específica poderão ser fornecidas certidões

dando conta da adoção para a salvaguarda de direitos (Art. 47, §§ 1º a 4º, ECA), até porque, como se viu anteriormente, mantêm-se os impedimentos matrimoniais em relação à família de origem.

Registre-se que, embora o vigente Código Civil já não mais faça alusão à possibilidade de desligamento da adoção em decorrência de manifestação de vontade do adotado quando da cessação da sua incapacidade civil – como era permitido no ordenamento anterior, conforme a disciplina contida no Art. 373 do Código de 1916 –, com supedâneo no melhor interesse do incapaz e no princípio da segurança jurídica, parece ser de todo conveniente crer na existência de um direito do adotado em saber sobre a origem de sua filiação, daí porque é possível pensar-se na possibilidade da desconstituição da adoção através da aplicação analógica do regramento estatuído no Art. 1.614 do Código Civil.

É de se concluir que, diante do severo acontecimento representado pelo desligamento dos laços de parentesco com a família originária – o que implica na perda de base jurídica para pleito de alimentos e de partilha de bens em razão de eventual abertura de sucessão dos parentes anteriores –, no caso específico da adoção de menores, é conveniente que se dê ao adotado a possibilidade de afastar essa ação apenas nos quatro anos que se seguirem à cessação da sua incapacidade, devendo-se pensar, desta feita, em um dever dos pais adotivos de levar ao conhecimento do filho adotado a origem da sua filiação, inclusive mediante a criação por parte do legislador de um dever do Oficial do Registro Civil de comunicar-lhe essa sua condição quando da cessação da sua incapacidade.

Passados os quatro anos previstos no Art. 1.614 do Código Civil – ou outro que o legislador defina para o caso em comentário – não mais se poderá permitir o pleito do filho relacionado ao afastamento da filiação.

A partir de então, quando muito e em tese, poderá ele tão-somente deduzir pleito judicial de reconhecimento de origem genética, haja vista que "[...] a identidade genética da pessoa humana, base biológica da identidade

pessoal, é uma das manifestações essenciais da complexa personalidade humana".[356]

Diz-se que, em tese, é possível o pleito de reconhecimento de origem genética, haja vista que não é adequado oportunizar-se a descoberta em referência nas situações que envolvam doadores de material genético acobertados pelo sigilo, a não ser nas hipóteses em que referida informação se mostra indispensável para evitarem-se uniões matrimoniais ou convivenciais entre pessoas impedidas para tanto por força da exegese contida no Art. 1.521 do CC/2002, o que, sem dúvida alguma, está a exigir o compromisso do legislador para a adoção de providências claras e efetivas em relação à questão objeto de comentário.

No que diz respeito à adoção de menor, disciplina o ECA, no Art. 46, que deve ser ela precedida de estágio de convivência entre os envolvidos, durante um prazo que venha a ser estabelecido pela autoridade judiciária em decorrência das peculiaridades do caso (*caput*), sendo certo que tal requisito poderá ser dispensado caso o adotando não tenha mais de um ano de idade, ou, qualquer que seja a sua idade, já se encontre sob a companhia do adotante durante tempo suficiente para a averiguação da conveniência do deferimento da adoção (§ 1º), nunca sendo demais assinalar que, em se tratando de adoção por estrangeiro, o estágio de convivência é obrigatório, e de no mínimo de quinze dias para crianças até dois anos e de trinta dias, acima dessa idade (§ 2º).

Vislumbrando facilitar o procedimento da *adoptio* de menores, e, bem assim, criar até mesmo um sistema de preferência do exercício dela por nacionais, determinou o ECA, em seu Art. 50, que a autoridade judiciária competente mantivesse um cadastro de crianças e adolescentes para potencial adoção e outro de pessoas interessados em exercê-la (*caput*), cadastros esses cuja inscrição somente deve ser deferida após prévia consulta aos órgãos técnicos competentes e a oitiva do Ministério Público (§ 1º), sendo certo que não

---

356 PETTERLE, 2007, p. 92-93.

será deferida inscrição aos interessados que revelem incompatibilidade com a natureza da adoção ou não ofereçam ambiente familiar adequado (§ 2º).

Relegando a lei especial a questão relativa à adoção por estrangeiro, enquanto a mesma não sobrevier no caso de maiores, parece não haver inconvenientes na aplicação analógica das regras já estabelecidas na Lei nº 8.069/90, quais sejam, aquelas previstas em seus Arts. 51 e 52.

Segue daí que o candidato estrangeiro a adotante deverá comprovar mediante documento expedido pela autoridade competente do seu domicílio a sua habilitação à adoção segundo as leis do seu país, apresentando, inclusive, estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no seu país (Art. 51, § 1º), permitindo-se à autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, exigir do candidato a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira com a prova da sua vigência (§ 2º).

Observe-se que os documentos em língua estrangeira deverão ser juntados aos autos do processo respectivo devidamente autenticados pela autoridade consular – com a observação da legislação pertinente – acompanhados da competente tradução feita por tradutor público juramentado (§ 3º). A seu turno, assinale-se que somente será permitida a saída do adotando do território nacional após a consumação da adoção (§ 4º), nunca sendo demais rememorar que, no curso do processo nesse caso, o estágio de convivência é obrigatório (Art. 46, § 2º). Ao fim, alinhave-se que o Art. 52 do ECA dá-nos conta de que a adoção internacional poderá vir a ser condicionada à elaboração de um estudo prévio a cargo de comissão estadual judiciária de adoção.

4.6.2.4 A mãe social

Embora referido instituto não configure, tecnicamente, uma forma de família substituta propriamente dita, mister tecerem-se comentários acerca da Lei nº 7.644, de 18 de dezembro de 1987, cujo diploma veio a regulamentar a

atividade da chamada *mãe social* nas instituições sem finalidade lucrativa ou de utilidade pública de assistência ao menor abandonado que funcionam no sistema de casas-lares.

Para Paulo Lúcio Nogueira,[357] mãe social é aquela que se dedica à assistência ao menor abandonado dentro do sistema de casas-lares, sendo que estas quando agrupadas, formam uma aldeia assistencial ou vila de menores.

As casas-lares se caracterizam por serem unidades residenciais, aldeias assistenciais ou vilas de menores que, sob a responsabilidade da mãe social, venham a abrigar até 10 (dez) infantes, sendo atribuição da referida instituição a fixação dos limites de idade dos agentes que ficarão sob sua égide.

No que se refere a jovens com mais de treze anos de idade, as instituições deverão, além das casas-lares, manter *casas da juventude*, a fim de encaminhá-los ao ensino profissionalizante.

Destaque-se que, de acordo com a redação imposta ao § 3º do Art. 3º do referido diploma legislativo, os menores residentes nas casas-lares e nas casas da juventude, para fins e efeitos dos benefícios previdenciários, são considerados dependentes da mãe social a que foram confiados pela instituição empregadora.

As candidatas interessadas em se tornarem mães sociais deverão submeter-se à seleção e serem aprovadas nos treinamentos e estágios específicos exigidos pela aludida lei, sendo necessário, ainda, preencher as seguintes condições: (i) idade mínima de 25 (vinte e cinco) anos; (ii) boa sanidade física e mental; (iii) curso de primeiro grau ou equivalente; (iv) boa conduta social; e, (v) aprovação em teste psicológico específico.

A pessoa que se tornar *mãe social* terá as seguintes atribuições: (i) propiciar o surgimento de condições próprias de uma família, orientando e assistindo os menores colocados sob seus cuidados; (ii) administrar o lar,

---

357 NOGUEIRA, 1998, passim.

realizando e organizando as tarefas a ele pertinentes; (iii) dedicar-se, com exclusividade, aos menores e à casa-lar que lhes forem confiados; e, (iv) enquanto no desempenho de suas funções, deverá residir, juntamente com os menores que lhe forem confiados, na casa-lar que lhe for destinada.

De outra banda, restam assegurados à mãe social anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social; remuneração, em valor não inferior ao salário mínimo, repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas; apoio técnico, administrativo e financeiro no desempenho de suas funções; 30 (trinta) dias de férias anuais remuneradas nos termos do que dispõe o Capítulo IV da CLT; benefícios e serviços previdenciários, inclusive, em caso de acidente de trabalho, na qualidade de segurada obrigatória; gratificação natalina ou décimo terceiro salário; e, FGTS ou indenização, nos termos da legislação pertinente.

Como, em verdade, se trata de verdadeiro vínculo laborativo, a mãe social que não cumprir corretamente com suas atribuições poderá sofrer as sanções normais estabelecidas pela legislação obreira, especificamente no que diz respeito à aplicação de penas de advertência, suspensão e demissão (com ou sem justa causa e respectivas conseqüências).

Cabe frisar que, em conformidade com o quanto disposto no Art. 15 da citada Lei nº 7.644, de 18 de dezembro de 1987, as casas-lares e as aldeias assistenciais serão mantidas exclusivamente com rendas próprias, doações, legados, contribuições e subvenções de entidades públicas ou privadas, sendo defesa à aplicação de tais verbas em outras atividades que não estejam insertas em seu rol de objetivos.

A fiscalização das normativas que compõem o diploma legislativo em estudo foi relegada a cargo dos Ministérios do Trabalho e da Previdência e Assistência Social, competindo à justiça obreira dirimir as controvérsias entre empregado e empregador, haja vista que, como dito, trata-se de legítima relação laboral.

Cabe ressaltar que não se pode confundir o conceito de *mãe social* com o de *mãe crecheira*, eis que, na primeira hipótese, como visto, a admissão se dá

depois de seleção e treinamento, por contrato especial, com o objetivo de prestar labor em *casas-lares*, enquanto na segunda situação, trata-se de atividade voluntária, de caráter social e sem qualquer dependência econômica ou subordinação a uma determinada instituição.

Não obstante a assertiva de se tratar de relação de emprego, as *mães sociais* acabam estabelecendo uma relação de afeição com seus *filhos*,[358] de modo que estes têm mitigada a danosa ausência de convivência familiar, recebendo, ainda que por poucos momentos, o carinho e o amor que até então não tiveram a chance de desfrutar, sendo certo que existe projeto de lei de autoria do deputado Nelson Pellegrino,[359] visando a instituição da atividade de *pai social*, entendendo-o como aquele que se dedica à assistência ao menor abandonado, dentro do sistema de casa-lar, juntamente com a mãe social.

4.6.3 Elementos de concreção e complementação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária: direito à vida, à saúde, à educação, ao pleno emprego, à cultura, ao esporte e ao lazer

Gabriel Chalita, com a autoridade que lhe é peculiar, assevera:

---

358 Nesse sentido, vale conferir a reportagem que segue: "**A história de Beatriz**. A mineira Beatriz tem 32 anos e é mãe social há três anos. Atualmente, mora na Aldeia Infantil SOS de Rio Bonito, na zona sul de São Paulo. Ela se interessou por essa profissão quando fazia trabalhos voluntários e uma amiga falou sobre a Aldeia. 'É muito diferente do que eu esperava', ela conta. 'Não é fácil prepará-los, cada um tem uma personalidade diferente'. E completa: 'Eu tenho que ser mãe, mas sou profissional ao mesmo tempo, tenho regras a cumprir, preciso educá-los, orientá-los'. Beatriz tem uma rotina normal como qualquer mãe. Acorda cedo, prepara o café, chama as crianças que estudam de manhã e leva os menores para a escola. Depois volta para a casa, organiza as tarefas diárias, prepara o almoço e leva para a escola as crianças que estudam no período da tarde. É uma rotina corrida. As crianças e adolescentes da casa também têm obrigações. Arrumar seus quartos e ajudar a manter a casa organizada são algumas delas. Para recarregar a bateria, Beatriz, assim como todas as outras mães dos condomínios, tem folgas semanais e é substituída por 'tias' que cuidam de tudo na sua ausência. 'Quando fico fora, sinto falta deles', ela diz. Entre as crianças que hoje moram com Beatriz estão a adolescente Aline, de 13 anos, Juliana, 8, Higor, 5, e Kaíque, 8. Ela conta que muitas das crianças acabam chamando-a de tia, pois têm pais biológicos vivos fora da Aldeia, mas mesmo assim ela os vê como se fossem seus filhos". Disponível em: <http://www.mulher.terra.com.br/interna.html>. Acesso em: 13 nov. 2005.

359 PL nº 2.971/04.

> [...] a criança, a infância, os primeiros gracejos comemorados pela família ansiosa. É o primeiro neto ou o primeiro filho, ou o caçula não importa. É menino ou menina – agora não há mais surpresa, já se sabe antes. De qualquer forma, a preparação, o amparo dos entes queridos e o carinho são essenciais para o desenvolvimento saudável desse novo ser que veio ao mundo. Pena que isso seja privilégio de alguns. A grande maioria se encontra à margem, são os frutos do relento, da pobreza, da miséria. É o oitavo ou nono filho de quem não ouviu falar em preservativos, de quem não sabe o que está fazendo. E aí surge um novo ser sem o devido respeito, sem a necessária festa de quem vem para ficar. A família é essencial para que a criança ganhe confiança, para que se sinta valorizada, para que se sinta assistida.[360]

Desta feita, e não obstante o fato da fundamentalidade do direito de convivência familiar e comunitária às crianças e adolescentes, a verdade é que referido *jus*, para galgar um patamar máximo de eficácia, deve ser complementado com a implementação de outros mecanismos jusfundantes, cuja interação é por demais manifesta e indissociável.

É o que se passará a explanar.

Como visto, o Estado Contemporâneo, amoldando-se à precípua necessidade de que o decantado princípio constitucional da isonomia também fosse vislumbrado e, principalmente, concretizado no âmbito material, acabou, ainda que excepcionalmente, dogmatizando a possibilidade de intervenção pública nas mais diversas relação vivificadas em nosso quotidiano, de modo a garantir a todos os cidadãos, sem exceção, um patrimônio jurídico mínimo, *id est*, um núcleo intangível de proteções que, em sendo efetivadas, garantem a toda e qualquer pessoa as condições mínimas para um desenvolvimento digno, nos moldes do inc. III do Art. 1º da Lei de Outubro.

Nesse eito, fica claramente demonstrada a necessidade de o Estado, a teor do quanto positivado na Constituição Federal, garantir que, no plano concreto, o direito à igualdade seja fomentado sem distinção, pois, como é sabido, depois do período afeto à Revolução Industrial, o que se verificou foi a existência de condições desproporcionais e desumanas nas condições de

---

[360] CHALITA, Gabriel. **Educação**: a solução está no afeto. São Paulo: Gente, 2001, p. 25-26.

trabalho, saúde e educação, dentro outros setores, caracterizando, assim, que somente possuíam direitos aqueles que detinham poder econômico para invocá-los.

Restou claro, então, que apenas as liberdades públicas invocadas quando da Revolução Francesa não eram mais suficientes para efetivar uma sociedade livre, justa e solidária. Era preciso algo mais, pois como bem assevera Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, tem-se que:

> [...] a ordem social constitucional estabelece obrigações para o Estado, mas também para toda a coletividade. Orienta a administração na implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando o cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado.[361]

E foi esse exatamente o vetor seguido, com mais eficácia, pela Constituição Federal de 1988 ao traçar, em seu Art. 3º, os chamados objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de, nesse contexto, positivar os chamados direitos sociais (Arts. 6º e 7º), cuja arco protetivo caracteriza-se pela formação de um conjunto de situações em que a presença e a intervenção estatal se impõe, sob pena de, em assim não agindo, não se outorgam, na prática, direitos subjetivos fundamentais aos cidadãos de nosso País, tais como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados dentre outros.

Nos precisos dizeres de Andreas J. Krell, percebe-se, com clareza solar, que:

> [...] os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais

---

361 FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 36-37.

> do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que os individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas 'políticas sociais' (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.[362]

O que se verifica do exposto acima, em linhas gerais, é o direito indelével de o cidadão obter do Estado, prestações positivas, as quais, pela importância, ultrapassam o campo da mera discricionariedade administrativa para uma inafastável vinculação de índole e força constitucionais, de modo que as pautas de atuação governamental estabelecidas no próprio seio da Lei de Outubro jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois, como visto, são indispensáveis à manutenção do *status* de dignidade da pessoa humana.

Nas palavras do catedrático colombiano Rodolfo Arango:

> [...] a questão de se devem as justiças constitucionais reconhecer direitos fundamentais sociais, nomeadamente direitos à alimentação, abrigo, saúde, educação ou segurança social é especialmente importante para uma análise da relação entre justiça constitucional e democracia. Os direitos sociais são a pedra fundamental da delimitação entre as decisões constitucionais e a política, uma vez que seu reconhecimento judicial afeta tanto a política econômica, como a competência legislativa.[363]

Segundo o eminente Rodolfo de Camargo Mancuso: "[...] os direitos subjetivos compreendem posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que, uma vez integradas ao patrimônio de seu titular, passam a beneficiar de uma tutela especial do Estado". E complementa: "[...] quando tais prerrogativas se estabelecem em forma de créditos formados contra ou em face do Estado, tomam a designação de direitos subjetivos públicos".[364]

---

362 KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19-20.

363 Rodolfo Arango, apud, ibidem, p. 20.

364 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 123.

Os direitos sociais têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos cidadãos tidos como hipossuficientes, no afã de se atingir a tão sonhada igualdade social.

Positivada no Art. 5º da Lei Magna, a vida se apresenta, indubitavelmente, como o bem mais importante e precioso pertencente ao ser humano, constituindo sua própria essência e verdadeiro pré-requisito para o exercício de qualquer outro direito.

Não obstante a importância que ostenta, tem-se que direito à vida não é absoluto, ou seja, nem sempre será de todo inviolável.

De fato, existirão situações excepcionais em que se permite sua mitigação, como, por exemplo, a possibilidade de aplicação da pena de morte em casos de guerra, de abortamento quando a gravidez colocar em risco a vida da gestante ou for fruto de estupro, de realização de transplantes de órgãos quando se constatar a falência ou a inexistência de atividade cerebral, legítima defesa, dentre outras.

No entanto, não pairam dúvidas a respeito do fato de o direito à vida ser amplamente protegido e reverenciado pela maioria dos sistemas constitucionais vigentes, embora não se possa afirmar qual o exato momento em que referidos ordenamentos iniciam sua ação protetiva, haja vista existirem diversas teorias visando explicar a partir de que ponto se pode considerar um ser humano vivo, não se podendo olvidar, entretanto, que em regra geral, o parâmetro inaugural é de natureza biológica.

Valendo-nos da classificação trazida à baila por André Ramos Tavares, na obra denominada *Curso de direito constitucional*, tem-se como principais pensamentos, a saber: (i) *teoria da concepção*, que tem como principal expoente a Igreja Católica, que defende a existência da vida humana desde o momento da concepção; (ii) *teoria da nidação*, cujos defensores somente reconhecem a existência de vida humana quando da fixação do óvulo no útero; (iii) *teoria da implantação do sistema nervoso*, que está a exigir o surgimento dos rudimentos

do que futuramente será o sistema nervoso central, devendo ser ressaltado que, para os adeptos de tal corrente, não basta; e, (iv) *teoria dos sinais eletroencefálicos*, que leva em consideração o início da atividade elétrica no cérebro.[365]

Entrementes, e ainda que exista divergência em face de qual momento a vida se inicia e se dá o *start* jurídico à sua proteção, deve referido direito ser consagrado *urbi et orbi*.

Some-se a isso o fato de que, hodiernamente, em face da consideração do ser humano como começo, meio e fim do Estado e de suas respectivas atividades, não basta assegurar-se o direito à existência pura e simplesmente, deve-se garantir uma qualificadora para tão importante fato, qual seja, que a vida seja completamente revestida de dignidade.

Em continuidade, a fim de que a vida seja revestida com a dignidade mencionada no final do parágrafo anterior, necessária se faz a concessão de saúde de qualidade aos cidadãos, mormente em se tratando de crianças e adolescentes, eis que como vista se encontram em peculiar condição de desenvolvimento, estando mais sujeitos, assim, às intempéries do quotidiano.[366]

A Constituição Federal, em seu Art. 196, dispõe:

> Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e

---

365 TAVARES, 2002, p. 388.

366 "O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional [...]. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (Arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade" (RE. nº 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/00). No mesmo sentido: RE nº 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 414.

> igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

De seu turno, tem-se que o *caput* do Art. 11 da Lei nº 8.069 prescreve: "É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde", não se deslembrando que se o infante portador de necessidades especiais deverá receber tratamento especializado (§ 1º), sendo de responsabilidade do Poder Público fornecer, gratuitamente, os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação daqueles que necessitarem.

Vale trazer à tona, nesta oportunidade, o firme e escorreito posicionamento assumido pelo insigne Ministro José Delgado:

> [...] divaga o Estado ora recorrido ao sustentar que a concessão da segurança, no presente caso, implicaria na 'desestabilização' do Estado de Direito e 'inconstitucionalizaria' a previsão orçamentária do ente público (fls. 116/121). É inadmissível também o argumento desenvolvido no sentido de que foi em virtude do fato da recorrente não ter se apresentado perante órgão de saúde pública para colocar-se à disposição de uma nova avaliação médica que não recebeu o tratamento almejado, o que, conseqüentemente, revestiu de legalidade o ato negativo da autoridade coatora. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida buscada pela impetrante porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da sua situação: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. Despicienda, ainda, de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos Arts. 6º e 196 da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, pela Constituição Brasileira, de que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado' (Art. 196).[367]

Firme também, nesse sentido, o posicionamento adotado pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, quando do julgamento de reexame necessário afeto a ação civil pública que visava o fornecimento de insulina à criança portadora de diabete, a saber:

---

[367] STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 11.183/PR, 1ª Turma, Relator: Ministro José Delgado, DJU 04/09/00, j. 22/08/00, v.u.

> [...] o direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios) como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade humana. Direito fundamental que é, tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, como se infere do § 1º do Art. 5º da Constituição Federal.[368]

Mas, não é só!

Assim, sem sombra de dúvidas, se coloca como de importância primaz o fornecimento de educação de qualidade às crianças e adolescentes, de modo que, com o conhecimento recebido nos bancos escolares, tenham condições de apresentar desenvolvimento digno e apto a lhes conceder oportunidades de inclusão no meio social, inserindo-se a expectativa de que venham eles a construir uma nova família, além de fortalecerem os laços daquela a que inicialmente pertencem.

Com muita propriedade José Adriano Souto de Moura, Procurador-Geral Adjunto e Membro do Conselho Consultivo da PGR, afirma:

> [...] dada a sua idade, o menor apresenta uma personalidade em formação, não consolidada. Se durante esse processo evolutivo é adoptado um comportamento que fere valores essenciais à convivência social, como tal, integrou, então a ilicitude típica funcionará como um alarme, ou sinal, de que algo está a correr mal naquele processo de construção da personalidade. A condição de menor é a de alguém em fase de intensa aprendizagem. A aprendizagem é-o também para 'viver em interacção'. O menor vai ser actor social. Ora, essa qualidade implica a observância de certas normas de conduta, pelo que deve ser auxiliado, em primeiro lugar, para que as conheça e, em segundo lugar, para que as observe. Se educar não é, obviamente, fornecer informação, e antes proporcionar o desenvolvimento harmónico de uma personalidade, então, numa meta final que é a existência de condições de felicidade, importa antes do mais favorecer um equilíbrio [...]. Educar é educar para viver em sociedade, e não está preparado para viver em sociedade quem não observa as condições mínimas de subsistência e funcionamento da sociedade.[369]

---

368 TJRS, AP/Reexame Necessário nº 70014608657, 7ª Câmara Cível, j. 03/05/06, v.u.

369 MOURA, José Adriano Souto de. A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos. In: **Direito tutelar de menores**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 117-118.

Assim, resta indene de questionamentos hoje que o acesso à educação de qualidade galgou patamar de direito fundamental, tendo sido retratado em diversos diplomas legais e, com ainda mais importância e preocupação, no próprio bojo da Lei de Outubro, como bem demonstram seus Arts. 6º, 205, 206, 208, 211 e 212.

De acordo com Murillo José Digiácomo, ao:

> [...] analisarmos o Art. 227 da CF de 1988, veremos que um dos direitos fundamentais expressamente assegurados a crianças e adolescentes com a mais absoluta prioridade é justamente o direito à educação. Mais do que um direito fundamental de toda criança e adolescente, no entanto, o direito à educação se constitui num verdadeiro direito natural inerente à pessoa humana, sejam quais forem sua idade ou sua condição social.[370]

Além de objeto da Constituição Federal, documento máximo de uma sociedade politicamente organizada, inúmeros outros diplomas se reportam à importante temática em apreço, citando-se, a título de exemplo, as diretrizes e bases para a educação (Lei nº 9.394/96) e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Não se perca de vista, ainda, que o tema também é alvo de disciplina nas Leis estaduais e nas leis de organização interna dos municípios.

O tema da educação é de tal magnitude que há lei nacional específica com quase uma centena de artigos determinando *apenas* as diretrizes e bases para a educação. Esse diploma, restou materializado pela edição da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, fazendo plena e equívoca ao dever do Estado para com a educação.

A preferência constitucional pelo ensino público importa em que o Estado venha a organizar sistemas de ensino, de modo a cumprir o respectivo dever com a educação.

O dever estatal com a educação implica a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Desta feita, a cada ano, destina-se a União um mínimo de

---

370 DIGIÁCOMO, Murillo José. Instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à educação**: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277.

dezoito por cento da receita de impostos, e aos Estados e Municípios, cada um, pelo menos, vinte e cinco por cento da receita de impostos.[371]

Nesses passos, interessante o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP, onde o Ministro Celso de Mello deixou assente de dúvidas que:

> [...] o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de 'atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (CF, Art. 208, inc. IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, 'obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência' (WILSON DONIZETI LIBERATI, Conteúdo material do direito à educação escolar. In: *Direito à educação: uma questão de justiça*, p. 236/238, item nº 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário.[372]

O Art. 7º, inc. XXXIII da Constituição estabelece a "[...] proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

Em face da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98, a idade mínima para o menor poder trabalhar saltou dos quatorze para os dezesseis anos de idade.

No plano infraconstitucional, tem-se que a Consolidação das Leis do Trabalho disciplina a atividade obreira do menor em seus Arts. 402 a 441.

Em consonância com o quanto positivado na Lei de Outubro, a CLT veda o labor de menores de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

---

371 ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni. **Federação e competência para legislar**: estudo de um caso. Bauru: EDITE, 2006, p. 194: "É ponto pacífico que a educação é competência precípua do Estado Federal, entenda-se aí todos os seus entes: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Cabe a ele a superior tarefa de criar condições, estabelecer e regulamentar os mecanismos de transferência cultural, de especialização de hierarquias, de formas de conhecimento socialmente úteis, de domínio das técnicas de ação social, enfim de todo este universo cultural que constitui o conjunto dos conhecimentos que o homem moderno domina".

372 Diário da Justiça de 03/02/06.

Até os 18 anos, o menor depende de autorização de seu responsável legal para contratar trabalho; após tal idade, passa a lhe ser lícito contratar diretamente, adquirindo, portanto, plena capacidade trabalhista.

É vedado o trabalho do menor nos seguintes casos: a) serviços noturnos (Art. 404, CLT); b) locais insalubres, perigosos ou prejudiciais à sua moralidade (Art. 405); c) trabalho em ruas, praças e logradouros públicos, salvo mediante prévia autorização do Juiz de Menores, que verificará se o menor é arrimo de família e se a ocupação não prejudicará sua formação moral (Art. 405, § 2º).

O Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado nº 134 que estabelece: "Salário. Menor não aprendiz. Ao menor não aprendiz é devido salário mínimo integral" e o Supremo Tribunal Federal editou, no mesmo sentido, a Súmula nº 205, segundo o qual "[...] tem direito a salário integral menor não sujeito a aprendizagem metódica". Ao menor é lícito firmar recibos de salário (Art. 439, CLT).

As férias dos empregados menores submetem-se às mesmas regras do adulto, mas não poderão ser concedidas fracionadamente (Art. 134, § 2º, CLT).

A Lei nº 8.069/90 considera aprendizagem a "[...] formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação e educação em vigor".

O Art. 66 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o trabalho do adolescente portador de necessidades especiais também deverá gozar de proteção.

Inegável, assim, que educação e trabalho andam de mãos dadas no que concerne ao desenvolvimento digno e a correta inserção social de crianças e adolescentes, pois como bem ressalta Andraci Lucas Veltroni Atique:

> [...] educar só tem sentido se for para desenvolver a pessoa, preparando-a adequadamente, para o exercício da cidadania. Evidentemente que qualificar a pessoa para o trabalho é também uma finalidade da educação, e esta só tem razão de ser, se for capaz de elevar o ser humano, se lhe permitir uma vida digna, se for apta a libertar da escravidão da miséria e da perversa desigualdade de classes que tem imperado ao longo dos anos em nosso país.[373]

[373] ATIQUE, 2006, p. 194.

Ainda que vistos por muitos como tendo caráter secundário, com o que, *permissa venia*, não se concorda, o direito de crianças e adolescentes à cultura, ao esporte e ao lazer se entremostram indispensáveis para o seu desenvolvimento adequado e digno, circunstância essa que, mesmo por via reflexa, acaba fortalecendo e concretizando a convivência familiar e comunitária.

Isso porque, quando se fala em direito à cultura, fala-se em oportunizar a criança e o adolescente, condições reais de estímulo do pensamento, de contato com os costumes e as tradições da comunidade em que vive, do aprendizado sobre outros povos, enfim, possibilita-lhes conhecer os caminhos percorridos pela evolução do homem nos seus mais diversos sentidos e valores.

No que tange ao esporte, tem-se que referido direito se lastreia no fato de que, por seu intermédio, crianças e adolescentes terão oportunidade de desenvolver e de aperfeiçoar, corretamente, suas habilidades motoras, não se perdendo de vista que a realização de exercícios, além de propiciar uma carreira aos infantes, é instrumento essencial à manutenção da própria saúde.

Por fim, o direito ao lazer encontra-se intimamente ligado à observância do princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, na exata medida em que a própria Lei nº 8.069/90 assegura, com *status* fundamental, que toda criança tem o direito de brincar, de se divertir, seja com pais e familiares, seja com os amigos que vai formando ao longo de sua caminhada, sendo de muita valia o alerta de Andréa Rodrigues Amin:

> [...] o lazer envolve entretenimento, diversão, importantes ingredientes para a felicidade, antídoto da depressão. Na escola é obrigatório o recesso, o chamado recreio, momento de descontração no qual os alunos descansam a mente e se inter-relacionam. Em casa, a família deve reservar algum tempo para que a criança brinque e possa de fato ser criança, afastando o adulto em miniatura exigido pela sociedade moderna.[374]

[374] AMIN, 2000, p. 64.

É bem verdade que tanto o Estado quanto a família e a sociedade devem zelar e fiscalizar a efetivação correta dos referidos direitos fundamentais sociais, a qual perpassa pela proibição e pelo afastamento de crianças e adolescentes de ambientes e espetáculos que lhes sejam nocivos ou prejudiciais ao seu desenvolvimento, bem como de programas de comunicação que venham a antecipar situações que somente mais tarde aconteceriam de modo natural ou que coloquem em xeque os valores condizentes com a probidade que o ser humano deve ostentar consigo mesmo e com os outros que o cercam.

Navegando-se nessas águas, o que se dessume do quanto exposto nos tópicos anteriores, consiste no fato de que, em se tratando de direito fundamental *prima facie*, como é a hipótese de convivência familiar e comunitária, não pode o Estado se furtar ao atingimento de tal desiderato, devendo, assim, colocar instrumentos aptos à sua concreção.

Assim, deve o Estado buscar sua concretização e complementação, dando efetiva prioridade na aplicação das verbas orçamentárias inerentes à condição peculiar de crianças e adolescentes, destinando suas energias para que as pessoas em tal estágio de desenvolvimento tenham acesso a uma vida digna, a um atendimento médico-hospitalar condizente, a uma educação de qualidade, a uma atividade profissional digna e razoavelmente rentável, à cultura, ao esporte e ao lazer, de modo que consigam uma melhor condição de inserção do seio social em que vivem.

Com essas realizações, a Constituição não será mais usada como mero instrumento de retórica vazia, mas sim, como verdadeiro documento político fundamental de concreção de vida digna para todos os cidadãos brasileiros, sem distinções de quaisquer naturezas.

Seria, enfim, o Brasil um autêntico Estado Constitucional Social, visando, verdadeiramente, ao bem-estar de seus convivas.

4.7 Breves Considerações e Citações Acerca da Proteção de Crianças e Adolescentes no Plano Internacional

Obviamente, como a necessidade de efetivação de proteção dos direitos de crianças e adolescentes não é uma preocupação somente de nosso País, existe, por conseguinte, no meio internacional, uma série de instrumentos afetos a casos similares.

É evidente que todo e qualquer tratado que vise à proteção dos direitos do ser humano, acaba por espraiar seus efeitos para crianças e adolescentes. Ocorre que, em razão das situações de peculiaridade que tais pessoas em formação apresenta, necessária se fez, também, a edição de proteção específica respeitando, justamente, essa dita singularidade.

Nesse sentido a lição propagada por Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, na exata medida em que assevera que:

> [...] no que concerne aos direitos das crianças, enquanto dirigidos a um grupo socialmente diferenciado e que se encontra em posição de menos valia, a sociedade internacional acaba por considerá-los um conjunto de direitos que pretende garantir e proteger esse grupo, de forma, a progressivamente, implementar uma correta equalização quando em comparação com os adultos, grupo social do qual as crianças tendem a fazer parte integrante, num futuro mais ou menos próximo.[375]

Dentro desse contexto, um dos primeiros documentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos data de 1948, mais precisamente quando da realização da IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, realizada em Bogotá, na Colômbia.

Cabe ressaltar a importância da chamada *Declaração dos Direitos da Criança*, adotada, em 20 de novembro de 1959, pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, cujo texto apresenta dez princípios a serem

---

375 MONACO, 2005, p. 148.

respeitados no afã de serem devidamente resguardadas, no plano internacional, as necessidades especiais que as crianças possuem em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, bem como imprescindibilidade de proteção jurídica apropriada antes e depois de seu nascimento.

Reafirmando os ideais acima traçados, mister se faz trazer à lume a parte final constante do Preâmbulo do referido documento internacional, a saber:

> Assim, a Assembléia Geral proclama a presente Declaração dos Direitos das Criança, a fim de que tenha uma infância feliz, e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e liberdades aqui enunciados e apela que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os governos nacionais reconheçam esses direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios: [...].

Em 1966, com a promulgação dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, restou garantido, no âmbito internacional, proteção especial estatal à família, com destaque no sentido de que a referida proteção deveria ser ainda mais intensa naquela em que o núcleo familiar apresentava, em seu seio, crianças e adolescentes.

Importante destacar que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, realizada pela ONU, no ano de 1989, passou a integrar o direito interno brasileiro por força de sua promulgação mediante o Decreto nº 99.710/90.

Basicamente, este estabeleceu a necessidade de respeito aos direitos nela enunciados, e o asseguramento de sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, ou seja, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição própria da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

Ademais, deverão os nominados *Estados Partes* tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares, bem como que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, considerem, primordialmente, seu interesse maior.

Os Estados, dentre eles o Brasil, se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas, certificando-se, ainda, que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou de sua proteção cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à sua segurança e à sua saúde, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Por fim, destaque-se que os Estados Partes deverão adotar todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na aludida Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.

No Brasil, a assunção e a ratificação do referido Tratado vieram com o advento da Lei nº 8.069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujo corpo normativo é considerado por especialistas do mundo inteiro como sendo um dos mais perfeitos e completos já existentes sobre o assunto.

Noutro giro verbal, deixar correr ao largo a proteção legal dos interesses da criança e do adolescente e proscrever e acelerar o fim de um País que se julga democrático e que tem esperanças de um amanhã melhor para seus cidadãos.

Pedro Puentes Rozo menciona:

> [...] *solo a partir de los años 60 aparecen en Colombia las primeras intenciones políticas para que el Estado le brinde a los menores una maior y mejor atención. En 1968 se crea il Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En 1989 se expide el Código del Menor, en el cual se definen los derechos fundamentales del menor, en 1990 se crea el Comité Interinstitucional para la defensa, proteción y promoción de los derechos humanos y de la juventud, la mujer e la familia. Este pequeño esbozo histórico puede demostrar un interes y avance en la implementacion de las políticas y la legislación sobre la niñez y la juventud, pero, lamentablemente, si hacemos un análisis critico de la ejecución de las políticas sobre la infancia se tiene que reconocer que no há sido eficaz como lo demuestra un estúdio de la UNICEF (1994) denominado El nino en Colombia*.[376]

Ainda no que se refere à proteção dos direitos e interesses afetos a crianças e adolescentes no plano internacional, mister se faz uma breve exposição, a título de ilustração, de sua positivação constitucional em alguns dos países que compõem os continentes americano e europeu.

4.7.1 América do Sul

4.7.1.1 Constituição da Argentina

> Art. 75, 23: *Corresponde al Congreso:* [...] *Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situacion de desamparo, desde el embarazo hasta la finalizacion del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.*

---

376 ROZO, Pedro Puentes. *Dimensiones psicosociales y su relacion con la aplicacion de la justicia en Colombia*. In: BRITO, Leila Maria Torraca de (org.). **Temas de psicologia jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Relume Dumará, 1999, p. 46-47.

4.7.1.2 Constituição da Bolívia

Art. 8º, 6: *Deberes Fundamentales Toda persona tiene los siguientes deberes fundamentales: e) De asistir, alimentar y educar a sus hijos menores de edad, así como de proteger y socorrer a sus padres cuando se hallen en situación de enfermedad, miseria o desamparo.*

Art. 197, I: *Patria potestad y tutela. I. La autoridad del padre y de la madre, así como la tutela, se establecen en interés de los hijos, de los menores y de los inhabilitados, en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad. La adopción y las instituciones afines a ella se organizarán igualmente en beneficio de los menores*.

Art. 199: *El Estado protegerá la salud física, mental y moral de la infancia, y defenderá los derechos del niño al hogar y a la educación. Un código especial regulará la protección del menor en armonía con la legislación general*.

4.7.1.3 Constituição da Colômbia

Art. 44: *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*.

Art. 45: *El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.*

Art. 50: *Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la matéria*.

Art. 53: *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:* [...] *protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad*.

4.7.1.4 Constituição do Equador

Art. 23, 2: *Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 2. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad*.

Art. 47: *En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos*.

Art. 48: *Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.*

Art. 49: *Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley*.

Art. 50: *El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías: Atención prioritaria para los menores de seis años que garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario. Protección especial en el trabajo, y contra la explotación económica en condiciones laborales peligrosas, que perjudiquen su educación o sean nocivas para su salud o su desarrollo personal. Atención preferente para su plena integración social, a los que tengan discapacidad. Protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas. Prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia. Atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados. Protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores*.

Art. 51: *Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales*.

Art. 52: *El Estado organizará un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia, encargado de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos. Su órgano rector de carácter nacional se integrará paritariamente entre Estado y sociedad civil y será competente para la definición de políticas. Formarán parte de este sistema las entidades públicas y privadas. Los gobiernos seccionales formularán políticas locales y destinarán recursos preferentes para servicios y programas orientados a niños y adolescentes*.

4.7.1.5 Constituição do Paraguai

Art. 54: *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores*.

4.7.1.6 Constituição do Uruguai

Art. 41: *El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un*

deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten. La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

4.7.1.7 Constituição da Venezuela

Art. 75: *Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional*.

Art. 78: *Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes*.

Art. 79 *Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y en particular la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley*.

4.7.2 Américas Central e do Norte

4.7.2.1 Constituição da Costa Rica

Art. 51: *La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado.*

Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

Art. 55: *La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado*.

4.7.2.2 Constituição de Cuba

Art. 40: *La niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad. La familia, la escuela, los órganos estatales y las organizaciones de masas y sociales tienen el deber de prestar especial atención a la formación integral de la niñez y la juventud*.

4.7.2.3 Constituição de El Salvador

Art. 34: *Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infância*.

4.7.2.4 Constituição da Guatemala

Art. 51: *El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social*.

4.7.2.5 Constituição de Honduras

Art. 75: *La Ley que regule la emisión del pensamiento, podrá establecer censura previa, para proteger los valores éticos y*

culturales de la sociedad, así como los derechos de las personas, especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud.

Art. 111: *La familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia están bajo la protección del Estado*.

Art. 119: *El Estado tiene la obligación de proteger a la infancia. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Las leyes de protección a la infancia son de orden público y los establecimientos oficiales destinados a dicho fin tiene carácter de centros de asistencia social*.

Art. 120: *Los menores de edad, deficientes física o mentalmente, los de conducta irregular, los huérfanos y los abandonados, están sometidos a una legislación especial de rehabilitación, vigilancia y protección según el caso*.

Art. 121: *Los padres están obligados a alimentar, asistir y educar a sus hijos durante la minoría de edad, y en los demás casos en que legalmente proceda. El Estado brindará especial protección a los menores cuyos padres o tutores estén imposibilitados económicamente para proveer a su crianza y educación. Estos padres o tutores gozarán de preferencia, para el desempeño de cargos públicos en iguales circunstancias de idoneidad*.

4.7.2.6 Constituição de Nicarágua

Art. 71: *La niñez goza de protección especial y de todos los derechos de su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña. *Artículo reformado por Ley nº 192 de 1995*.

Art. 76: *El Estado creará programas y desarrollará centros especiales para velar por los menores; éstos tienen derecho a las medidas de prevención, protección y educación que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y el Estado*.

4.7.2.7 Constituição do Panamá

Art. 55: *La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos. Los padres están obligados a alimentar, educar y proteger a sus hijos para que*

obtengan una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual, y éstos a respetarlos y asistirlos. La ley regulará el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con el interés social y el beneficio de los hijos.

Art. 58: *El Estado velará por el mejoramiento social y económico de la familia y organizará el patrimonio familiar determinando la naturaleza y cuantía de los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que es inalienable e inembargable*.

Art. 59: *El Estado creará un organismo destinado a proteger la familia con el fin de: 2- Institucionalizar la educación de los párvulos en centros especializados para atender aquéllos cuyos padres o tutores así lo soliciten. 3- Proteger a los menores y ancianos, y custodiar y readaptar socialmente a los abandonados, desamparados, en peligro moral o con desajustes de conducta. La ley organizará y determinará el funcionamiento de la jurisdicción especial de menores la cual, entre otras funciones, conocerá sobre la investigación de la paternidad, el abandono de familia y los problemas de conducta juvenil*.

4.7.2.8 Constituição da República Dominicana

Art. 8º: *Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas: 15. Con el fin de robustecer su estabilidad y bienestar, su vida moral, religiosa y cultural, la familia recibirá del Estado la más amplia protección posible. El Estado tomará las medidas de higiene y de otro género tendientes a evitar en lo posible la mortalidad infantil y a obtener el sano desarrollo de los niños*.

4.7.3 Europa

4.7.3.1 Lei Fundamental da República Federal Alemã

Art. 6º, 3: As crianças não podem ser separadas de suas famílias contra a vontade dos encarregados da sua educação, a não ser

em virtude de uma lei, em caso de insuficiência económica destes ou quando as crianças corram o risco de abandono por outros motivos.

Art. 34: Se um funcionário, no exercício de uma cargo público que lhe foi confiado, infringir em relação a terceiros os deveres que o cargo lhe impõe, a responsabilidade recai, em princípio, sobre o Estado ou a pessoa colectiva ao serviço da qual se encontra. No caso de dolo ou negligência grave, é também responsável o titular do cargo. A via dos tribunais ordinários não deve ser excluída para o pedido de indemnização ou para acção de recurso.

4.7.3.2 Lei Constitucional Federal Austríaca

Art. 23º, 1: A Federação, os Estados, os distritos, os municípios e as restantes instituições de Direito Público respondem pelos danos e prejuízos que tenham causado injustificadamente a terceiros as pessoas que, ao actuarem enquanto órgãos seus no cumprimento das leis, tenham incorrido em comportamento ilícito.

4.7.3.3 Constituição do Reino da Bélgica

Art. 22: Todos têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, excepto nos casos e nas condições fixados pela lei [...].

Art. 23, 5: Todos têm direito de viver segundo os ditames da dignidade humana [...]. Estes direito incluem, notadamente: [...] o direito ao desenvolvimento cultural e social.

4.7.3.4 Lei Fundamental sobre a Forma do Governo Filandês

Art. 5: Todos os cidadãos filandeses são iguais perante a lei [...]. A criança será considerada como pessoa em pé de igualdade e terá direito, conforme o seu grau de desenvolvimento, a participar nas decisões sobre questões que pessoalmente a afectem.

Art. 15a: Quem não tiver possibilidade de alcançar recursos que permitam viver condignamente terá direito a um montante mínimo garantido de recursos e assistência. Será garantido a todos, por lei, o direito a receber subsídios nos casos de desemprego, doença, incapacidade laboral e velhice, bem como parto e perda do sustento da família, Os poderes públicos assegurarão a todos, através de normas estabelecidas em lei, os serviços sociais e sanitários suficientes e garantirão, da mesma forma, a protecção da saúde da população. O Estado prestará igualmente apoio à família e a quem seja responsável pela assistência à criança, para que aquela tenha a possibilidade de assegurar o seu bem-estar e o desenvolvimento de sua personalidade. Os poderes públicos garantirão o direito de todas as pessoas à habitação e apoiarão os esforços na aquisição da sua própria habitação.

4.7.3.5 Constituição da República da Grécia

Art. 5, 1: Todos têm o direito de desenvolver livremente a sua personalidade e de participar da vida social, económica e política do país, desde que não atentem contra os direitos de outrém ou aos bons costumes, nem violem a Constituição.

Art. 21, 1, 2 e 3: A família, enquanto fundamento e suporte do progresso da nação, bem como o casamento, a maternidade e a infância, encontram-se sob a protecção do Estado. As famílias numerosas, os inválidos de guerra ou de paz, as vítimas de guerra, as viúvas e os órfãos de guerra, bem como todos os que sofrem de uma doença incurável, física ou mental, têm direito a cuidados especiais por parte do Estado. O Estado zela pela saúde dos cidadão e toma medidas especiais para a protecção da juventude, da terceira idade e dos inválidos, bem como para a assistência aos indigentes.

4.7.3.6 Constituição da República da Irlanda

Art. 40, 1: “Enquanto pessoas humanas, todos os cidadãos são iguais perante a lei. Isto não significa que o Estado, no seu ordenamento, não tome em consideração as diferenças de capacidade física e moral e de função social”.

Art. 41, 1, 1º e 2º: O Estado reconhece a família como o grupo primário, natural e fundamental da sociedade e como uma

> instituição moral com direitos inalienáveis e imprescritíveis, anteriores e superiores a qualquer lei positiva. Como tal, o Estado garante a protecção da constituição e da autoridade da família, base necessária à ordem social e indispensável para o bem-estar da Nação e do Estado.

4.7.3.7 Constituição da República da Itália

> Art. 31: A República favorece, com medidas económicas e outros meios, a formação da família e o cumprimento das respectivas obrigações, nomeadamente no que diz respeito às famílias numerosas. Protege a maternidade, a infância e a juventude, apoiando as instituições necessárias a este fim.

4.7.3.8 Constituição do Grão-Ducado do Luxemburgo

> Art. 11, 3: O Estado garante os direitos naturais da pessoa humana e da família.

4.7.3.9 Constituição do Reino dos Países Baixos

> Art. 22, 3: Os poderes públicos criarão as condições propícias ao desenvolvimento social e cultura, bem como a organização do tempo livre.

4.7.3.10 Portugal

Com relação a Portugal, necessário se faz comentários mais aprofundados, tendo em vista que, inegavelmente, seu texto constitucional serviu de inspiração à criação da Constituição Brasileira de 1988.

Vejamos.

A Constituição Portuguesa de 1976 é mais explícita e contundente do que a Brasileira no que se refere ao tema objeto de estudo neste trabalho, circunstância essa que fica evidente já pela leitura do item 1 de seu Art. 36, a saber: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, sendo certo que nos dizeres de Canotilho e Vital Moreira tal dispositivo reconhece a família como instituição em si mesma, apresentando-se como repositório típico de garantias constitucionais, emergindo daí sua impossibilidade legal de ser suprimida ou desqualificada.[377]

De solar clareza a redação da norma basilar em discussão, haja vista reconhecer, de um único viés, a importância e o direito fundamental de todo o cidadão em constituir uma família, dentro de um plano isonômico, restando nítido que se o Estado se omitir ou falhar na concretização de tal desiderato, a citada igualdade se mostrará aquebrantada, devendo o ente público ser responsabilizado pelos danos e prejuízos ocasionados em decorrência do não cumprimento de um dever que lhe era inerente e inafastável.

Nesse passo, dignos de nota, também, dentro do Capítulo II[378] da Constituição de Portugal, perfeitamente nominado de *direitos e deveres sociais*, o que deixa insta a noção de responsabilidade, os Arts. 67 (família), 68 (paternidade e maternidade), 69 (infância) e 70 (juventude).

Dispõe o Art. 67, 1, da CPR:

> A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal de seus membros.

Já, o Art. 68, 1 e 2, apresenta a seguinte redação:

---

377 CANOTILHO; MOREIRA, 2007, vol. I, p. 561.

378 Numeração do capítulo de acordo com a LC nº 01/82.

> Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia da realização profissional e de participação na vida cívica do país. A maternidade e a paternidade são valores sociais eminentes.

Por sua vez, tem-se que o Art. 69, 1 e 2, prescreve que:

> As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discirminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.

Ao derradeiro, transcreve o Art. 70, 1, 2 e 3:

> Os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: a) no ensino, na formação profissional e na cultura; b) no acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social; c) no acesso à habitação; d) na educação física e no desporto; e) no aproveitamento dos tempos livres. A política de juventude deverá ter como objectivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efectiva integração na vida activa, o gosto pela criação livre e o sentido de serviço à comunidade. O Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e fundações de fins culturais e as colectividades de cultura e recreio, fomenta e apoia as organizações juvenis na prossecução daqueles objectivos, bem como o intercâmbio internacional da juventude.

Ensinam Canotilho e Vital Moreira:

> A protecção da família significa, desde logo e em primeiro lugar, protecção da unidade da família (cfr. AcsTC n^{os} 829/96 e 323/04). A manifestação mais relevante desta idéia é o direito à convivência, ou seja, o direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos. Este direito (que, aliás, comporta uma dimensão negativa, como direito a não serem impedidos de se juntarem) exige a realização das condições que permitam a convivência, sobretudo dos cônjuges. Ele assume particular relevância no caso dos emigrantes, mas tem incidência noutros domínios (serviço militar, estabelecimentos prisionais, etc.) e reclama medidas que permitam a reunião familiar ou previnam a separação de seus

> membros (v.g., preferência conjugal na colocação profissional, etc.).[379]

No plano da responsabilidade estatal, interessante se apresenta a disposição prescrita no Art. 22 da Lei Fundamental Portuguesa, a saber:

> Art. 22: O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício de suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Como se observa por intermédio da exaustiva, mas necessária, transcrição dos dispositivos constitucionais acima elencados, percebe-se, com solar clareza, que a preocupação com o destino e a proteção dos direitos e interesses de crianças e adolescentes é uma constante dentre os países que compõem as Américas e a Europa, não sendo, assim, previlégio do Brasil a sua positivação com *status* fundamental.

---

379 CANOTILHO; MOREIRA, 2007, vol. I, p. 857-858.

5 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA NÃO-CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Com fundamento nas premissas transcritas nos tópicos anteriores e na assertiva afeta à necessidade de efetivação do direito fundamental de nossas crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, chega-se a este capítulo com a missão de demonstrar que o Estado responde pelos danos causados pela sua inércia ou omissão no que se refere ao desiderato em questão.

É bem verdade, e não se desconhece isso, que existem situações em que foge do controle do Estado a mantença ou a recolocação do infante proscrito num novo seio familiar; porém, quando tal não se mostrar possível de cumprimento, continua sendo dever estatal colocar à disposição dos interessados instrumentos aptos e eficazes a mitigar referida situação, de modo a prestigiar, realmente, o princípio da igualdade encartado no *caput* do Art. 5º da Lei de Outubro.

Isso porque a inércia e a omissão estatais acima apontadas, seja num ou noutro caso, acabarão por redundar num ilícito efeito, qual seja, o de retirar da criança e do adolescente expurgados da convivência familiar e comunitária a possibilidade de um desenvolvimento mais afetuoso e digno, abrindo-lhes, assim, o caminho para invocar a tutela jurisdicional no sentido de pleitear indenização embasada na teoria de responsabilidade civil denominada de *perda de uma chance*.

Conforme já visto anteriormente, tem-se que o *caput* do Art. 226 da Constituição Federal deixou assente de dúvidas de que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A especial proteção retratada pelo texto constitucional, diante de seu *status* fundamental, deve ser encarada pelo Estado como uma determinação administrativa de natureza vinculada, de modo a lhe obrigar a atuar em prol do bem-estar da família e de seus convivas, estabelecendo, efetivamente, a prioridade que a referida proteção requer e necessita.

Assim, e a despeito da inequívoca existência de dificuldades, não pode o Estado recuar ou se furtar ao dever de colocar à disposição dos menos afortunados, mecanismos e condições que tenham, com eficácia, o condão de minorar os problemas relativos à referida ausência, sob pena de ser responsabilizado pela inconstitucional omissão em seu agir.

Essa obrigatoriedade e necessidade de atuações estatais ativas, de modo a assegurar a concretização das diretrizes normativas de proteção à família, incluindo-se aí, obviamente, a proteção de crianças e adolescentes, não pode ser confundida com a vedação, também de natureza constitucional, de que a ninguém é dado interferir nos rumos e nos destinos desejados e traçados por uma determinada entidade familiar.

Importante se faz a transcrição da explanação exarada pela Procuradora da República no Tribunal de Família e Menores de Lisboa, Carla Fonseca, no sentido de que:

> [...] se hoje é um dado pacificamente aceite do ponto de vista ideológico que o Estado intervenha na família, do ponto de vista da prática concreta essa intervenção é ainda, incompreensivelmente, objecto de tibieza, de bloqueios e de confusão de conceitos que não são confundíveis: intervenção, que implica a capacidade de decisão oportuna; e invasão, que resulta uma intromissão sem decisão oportuna, inútil".[380]

De outro lado, tem-se que a sociedade, em razão de sua ínsita responsabilidade, tem se esforçado na tentativa de minimizar o problema afeto a crianças e adolescentes, pois, além de contribuir para tanto com o adimplemento

---

380 FONSECA, Carla. A protecção das crianças e jovens: factores de legitimação e objectivos. In: **Direito tutelar de menores**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 09.

de tributos, acaba, dentro daquilo que se convencionou chamar-se de *terceiro setor*, aglutinando-se em Organizações Não-Governamentais (ONG's), em Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) e congêneres, assumindo, por conseguinte, muitas das lacunas de atuação deixadas ao largo pelo Estado.

Pode-se citar, como exemplo do quanto asseverado, a criação do programa denominado *Criança Esperança*, realizado no Brasil em conjunto com a UNICEF, não se olvidando, também, da possibilidade de as pessoas físicas e jurídicas destinarem um determinado percentual do Imposto de Renda à realização de projetos que venham a beneficiar infantes abandonados.

Entrementes, tal participação social não pode servir, como infelizmente serve, de escudo para que o Estado se furte ao cumprimento do dever fundamental que lhe é ínsito e inafastável, de modo que a atuação de seus agentes, tanto na esfera administrativa quanto na esfera legislativa, repita-se, é de natureza manifestamente vinculada, emergindo daí que, nas situações em que se mostrarem omissos no que se refere à concretização de tal obrigação, abre-se oportunidade para que a função judiciária compareça e venha a sanar o grave problema.

Assim, cumpre esclarecer, por oportuno, que é plenamente possível ao nobre Poder Judiciário efetuar a sindicância de atos da natureza do ora em comento, pois, como já deixou salientado em outras oportunidades o Excelso Supremo Tribunal Federal, por intermédio da batuta do preclaro Ministro Celso de Mello:

> [...] é preciso ressaltar, neste ponto, que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais [...]. Impõe-se ressaltar, por necessário, que a possibilidade jurídica de fiscalização jurisdicional dos atos

> estatais, mesmo daqueles de caráter discricionário, desde que praticados com inobservância do interesse público ou com desrespeito aos princípios que condicionam a atividade do Estado, tem sido reconhecida pela jurisprudência dos Tribunais (RDA 89/134), notadamente a deste Supremo Tribunal Federal (RTJ nº 153/1022-1032, 1030, Rel. Min. Marco Aurélio).[381]

Nesse passo, o que se pugna não é a ingerência de um Poder sobre outro, mas sim de que os atos praticados pelas funções administrativa e legislativa respeitem as determinações e recomendações constitucionais aplicáveis à espécie, bem como os direitos fundamentais de seus cidadãos, o que, evidentemente, só poderá ser definitivamente conseguido com a firme interveniência judicial, como bem vaticina o insigne jurista Caio Tácito, para quem:

> [...] se inexiste o motivo, ou se dele o administrador extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.[382]

Vale rememorar, nesse sentido, o escorreito posicionamento propagado por García de Enterría, para quem:

> [...] *el control de la discrecionalid por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico. Hay que decir que en parte alguma del Ordenamiento la apelación a los principios generales es más necesaria que en el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugazes; sobre lo cual tendremos más tarde ocasión de reflexionar. Ante ello no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de una ciencia estrictamente exegética, ni por verdadera reducción al absurdo, por inesperado 'embarras de richesse', es posible sostener que el Derecho Administrativo sea la suma de todo ese conjunto inacabable de normas en perpetuo fieri, cuyas notorias y graves deficiencias no alcanzan a compensarse (antes bien, resultan*

---

381 STF, ADIN nº 2.661-5, MA, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, j. 05/06/02, DJU 12/06/02, v.u.

382 TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Jurídica, 2005, p. 60.

> *potenciadas) por la agrupación o reunión de todas ellas. Más que parte alguna resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible*.[383]

José Celso de Mello Filho afirma:

> [...] o estudo da organização estatal repousa, basicamente, na análise do fenômeno do poder. A questão do Estado é, por essência, a questão do poder. Não se pode conceber a existência do Estado sem a presença do poder. Com o surgimento do Estado Moderno, nos séculos XV e XVI, inicia-se o processo de institucionalização do poder, que deste elimina o caráter pessoal e patrimonial. O poder estatal, em sua concepção primeira, depois superada pela evolução histórica do processo de governo, era visto como pertencente ao Príncipe, ao Soberano, aos Governantes. Essa patrimonialização do poder, que o reduzia a uma dimensão meramente pessoal de seu exercente, configurou prática medieval ordinária. É o período histórico em que se deu o exercício difuso do poder. Lentamente, contudo, despersonaliza-se o poder, cuja prática é deferida a órgãos e instituições criados e aparelhados para esse fim. Para GERGES BURDEAU, em lapidar observação, o Estado é o poder institucionalizado. Esse momento, de radicais transformações, sobrevém com o Renascimento, em plena Idade Moderna. Outro passo, de grande importância, traduziu-se no processo de racionalização do poder, que evidenciou a sistematização, em bases jurídicas, da vontade social de instituir limitações e controles sobre o exercício dessa suprema prerrogativa estatal. O poder absoluto, exercido pelo Estado sem quaisquer restrições, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades públicas. A sujeição do poder estatal a regras jurídicas preestabelecidas pela sociedade civil é conseqüência necessária da técnica da racionalização, que visa, em última análise, por meio de mecanismos de controle, a impedir, no processo governamental, o abuso do poder.[384]

Ademais, ainda que se pudesse argumentar que os atos praticados pela Administração Pública – sobretudo em se tratando de políticas públicas voltadas à defesa dos direitos e interesses de crianças e adolescentes – tenham natureza meramente discricionária, tal situação em nada muda a viabilidade de sindicância

---

383 ENTERRÍA, Eduardo García de. ***La lucha vontra las inmunidades del poder***. Madri: Civitas, 2005, p. 44-45.

384 MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 21.

judicial, haja vista que a própria *Lex Legum* preconiza o princípio da inafastabilidade do Judiciário.[385]

5.1 O Estado e seu Dever Inafastável de Concretização do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes

Como já visto alhures, a ordem constitucional inaugurada em 05 de outubro de 1988 implantou uma nova visão no que se refere à atuação estatal, principalmente no que pertine à concretização e à efetivação de direitos fundamentais afetos aos seus cidadãos, incluindo-se em tal rol, por óbvio, aqueles genérica e especificamente pertencentes às crianças e aos adolescentes.

Desta feita, não se vislumbra, salvo melhor juízo, qualquer possibilidade de redução no que se refere ao dever estatal de garantir a concretização do direito de convivência familiar e comunitária pertencente a crianças e adolescentes, na exata medida em que tal se mostra essencial e fundamental ao desenvolvimento digno e escorreito dos referidos infantes, até porque, como bem ilustra Luiz Edson Fachin:

> [...] o homem é histórico, tem de contruir-se a si mesmo, colocado entre outros homens e os objetos, condicionado pelo passado e projetando-se para o futuro. O ser humano só pode ser apreendido em sua dimensão coexistencial, uma vez que a vida sem os outros nada mais do que uma abstração, afastada da realidade. Existir é, pois, estar no mundo justamente com os outros e com as coisas.[386]

De fato, a partir do referido marco histórico não mais se aceita, ou, pelo menos, não mais se deveria aceitar a possibilidade de se relegar ao descaso os

---

385 TJRN, Apelação em Mandado de Segurança nº 1.422, Relator: Desembargador Seabra Fagundes: “O exercício da função ou cargo de qualquer autoridade não pode e nem deve ser exercido arbitrariamente, ultrapassando os pressupostos legais que lhes cumpre obedecer. Por conseguinte, quando a autoridade entende agir daquele modo, cabe à Justiça lhe corrigir os desmandos e amparar aqueles que foram atingidos pela violência, pela arbitrariedade”.

386 FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 45-46.

princípios e objetivos fundamentais encampados pela Lei Política no momento de interpretação e de aplicação da norma jurídica ao caso concreto, isto é, na solução dos conflitos de interesses vivenciados em nosso meio social,[387] a fim de que se mantenha em prestígio, também, o vetor maior da dignidade humana.[388]

A concreção dos princípios e objetivos fundamentais da República perpassa, sem sombra de dúvidas, pela necessidade de que seja verificada, no meio social, a vivificação do princípio da igualdade, mormente no que diz respeito ao deferimento das condições mínimas de subsistência física e psicológica aos cidadãos que formam o Estado brasileiro, circunstância essa que vem ao encontro do postulado mor da dignidade humana, razão pela qual, em análise ao citado vetor, afirma Jussara Maria Moreno Jacintho:

> [...] a dignidade, em relação a todos os direitos, assume a função de norte, de fronteira ou de alicerce na concretização de todo e qualquer direito. Muitas vezes tais direitos são concretizações mediatas e remotas do princípio da dignidade humana, cuja materialização deve ser sempre considerada através da realização próxima da dignidade humana, aqui considerada como padrão ético máximo.[389]

Há que se ressaltar, ainda, que a adoção de políticas públicas referentes ao atingimento e concretização dos citados princípios e objetivos fundamentais da República não se reveste de caráter discricionário,[390] mas sim de natureza

---

387 MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2004, p. 21: "A falha dos mecanismos estatais em assegurar uma prestação segura e eficiente de serviços judiciais, no entanto, a par de não espelhar uma realidade propriamente nova, vem agora ganhando um especial relevo que não apenas a torna ma questão extremamente atual, como traduz-se em um reflexo positivo de uma progressiva conscientização social, na medida em que a cobrança pela realização do justo é um anseio próprio da cidadania".

388 BOGNETTI, Giovanni; COTTA, Sergio; FERRI, Giovanni Battista *et al*. ***Diritti fondamentali dell'uomo***. Roma: Giuffrè, 1977, p. 78-79: "*È questo valore della persona umana e il suo modo di essere che è inviolabile; immutabilmente inviolabile perché immutabile è il ruolo che l'uomo svolge in rerum natura*".

389 JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2004, p. 138.

390 ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração: tradição e reforma**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 95-96: "Se à Admonistração caberá sempre, em respeito à sua liberdade e autonomia, o poder de emanar a decisão, já não nos repugna que ao juiz caiba a responsabilidade de eleger, de acordo com o paradigma normativo previamente elaborado, a norma aplicável ao caso concreto, sendo certo que, no âmbito da discricionariedade, o controlo jurisdicional não incide sobre o uso do poder, mas, diferentemente, sobre o conteúdo do exercício do poder administrativo, isto é, sobre o modo como vem exercitado".

jurídica de ato administrativo vinculado, não podendo o agente público e/ou político, por via de conseqüência, se furtar ao cumprimento de tal desiderato, sob pena de ser responsabilizado pela referida omissão.[391]

Isso porque resta indene de dúvidas o fato de que a criação, implementação e execução das políticas públicas não pode ficar aos exclusivos alvedrio e talante de nossos governantes, na exata medida que, por tratarem de direitos fundamentais, não há como se tolerar a inércia e a omissão do Poder Público em casos tais, pois, se assim fosse possível, estar-se-ia reduzindo tão importante conteúdo constitucional a mero e inaceitável exercício de retórica, o que acabaria por redundar no mais completo e irrestrito obstáculo ao exercício de prerrogativas que são inerentes à simples e indispensável condição de cidadão, até porque, como bem salienta Fernando Facury Scaff, "[...] as lesões não são distribuídas de forma igual por todos e o Estado não é (mais) Zeus atirando raios sobre todos os mortais, como na época de sua irresponsabilidade. Ele deve ser responsabilizado pelos atos que comete".[392]

Noutro giro verbal, sem a efetivação das chamadas políticas públicas não se verifica, no plano da concreção, a dignidade da pessoa humana e sem a verificação da dignidade da pessoa humana não se tem absolutamente nada, quanto mais dentro de um Estado que se julga Constitucional e Democrático, valendo acrescentar, por oportuno, a profícua lição encampada por Rogério Gesta Leal:

> [...] a administração pública de demandas sociais precisa ser, primeiro, compreendida a partir de uma nova perspectiva teórico-social, viabilizadora de uma racionalidade civilizatória e complexa de inclusão e compromisso comunitário; segundo, precisa ser

---

391 FIGUEIREDO, Ivanilda. **Políticas públicas e a realização dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 165-166: "A crescente importância dada à concretização dos direitos sociais alçou as políticas públicas a objeto de estudo dos juristas. Se, antes, a crítica das políticas públicas residia tão somente entre as preocupações de sociólogos e, especialmente, de cientistas políticos. Nos tempos atuais, quando as Constituições (vide os seguintes artigos da Carta brasileira: 3º, 6º, 7º, 129 (inc. III) e as disposições da Ordem Social da Carta brasileira) e a Normativa Internacional, (veja-se a Convenção do Milênio) ocupam-se não só em enunciar os direitos sociais, mas também em impor metas e desígnios para assegurar a efetividade dos mesmos, passou-se gradativamente a exigir a imersão dos juristas na aferição da adequação do desenho dos programas de ação governamental às normas jurídicas, em especial, à Constituição".

392 SCAFF, Fernando Facuri. **Responsabilidade civil no Estado intervencionista**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 261.

> vista como espaço permanente de controle e participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos.[393]

De acordo com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado deve priorizar políticas públicas que venham ao encontro da efetivação dos direitos e interesses dos infantes, o que, sem sombra de dúvidas, perpassa pela questão da fortificação do seio familiar, o que redunda no integral cumprimento do comando impresso no *caput* do Art. 226 da referida Lei de Outubro.

Inegavelmente, a concreção do direito fundamental de convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes diz respeito, também, à imediata e correta adoção das políticas públicas condizentes com a envergadura e a importância da questão, de modo que se saia do papel e se chegue à ação, razão pela qual não é permitido ao Estado deixar correr ao largo seu dever de concreção em relação a tais atitudes e deveres que, em verdade, lhe são intrínsecos e inafastáveis.[394]

Noutro giro verbal e de acordo com Cezar Luiz Pasold, "[...] o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os Valores fundamentais do Ser Humano".[395]

---

393 LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 57.

394 Nesse diapasão, tem-se o escorreito posicionamento de Cristina Queiroz, no sentido que "[...] os direitos fundamentais são 'direitos constitucionalmente garantidos' (*verfassungsgesetzliche gewährleistete Rechte*), que não devem, em primeira linha, ser compreendidos numa dimensão 'técnica' de limitação ao poder do Estado. Devem, antes, serem compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma 'cultura jurídica' e 'política' determinada – numa palavra, um concreto e objetivo 'sistema de valores'. A constituição é desde então percebida não apenas como 'ordem-quadro' para a ação (*Rahmenordnung*), que o legislador se vê obrigado a respeitar, mas, ainda, como base e fundamento de toda a ordem jurídica. Um 'sistema de valores' constituído não apenas com base nos 'direitos fundamentais', mas ainda noutros princípios constitucionais, como o princípio do 'Estado de Direito' ou o princípio do 'Estado Social'. Esse elemento de sociabilidade aponta para uma intervenção estadual não apenas como 'limite', mas ainda como 'fim' ou 'tarefa público-estadual', ordenando concretos 'deveres de proteção' (*Schutzpflichte*) a cargo do Estado".

395 PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3ª ed. rev. atual e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2003, p. 92-93.

Obviamente que a concreção dos direitos fundamentais pelo Estado não é tarefa das mais simples e muito menos das mais fáceis, haja vista a ocorrência de uma série de fatores que acabam servindo de entrave ao atingimento do referido desiderato, tais como: pluralidade social, conflitos de interesses dos mais diversos setores, escassez das finanças públicas, malversação do dinheiro público, excesso de burocracia nos trâmites administrativos, lentidão na solução das demandas propostas perante o Poder Judiciário, dentre tantos outros males.[396]

Nesse passo, tem-se, acertadamente, que em Direito nada pode ser considerado de modo absoluto, sob pena de ser tornarem válidas as palavras imortalizadas pelo jurisconsulto Cícero no sentido de que *o excesso de justiça sempre acarreta injustiça*.

Entretanto, há que se registrar, mesmo diante da necessidade de observância do citado princípio, que não está permitido ao Estado valer-se de conduta que acabe por gerar omissão ou grave ofensa aos direitos fundamentais condizentes ao mínimo existencial do indivíduo, sob a argumentação da escassez de recursos, ainda mais ao se levar em consideração que tal posicionamento nem sempre corresponde à realidade dos fatos,[397] de modo que, nesses casos e sem

---

396 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37-39: "[...] imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece uma questão de fé, no sentido de que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que não se vêem, ou numa negação total aos direitos individuais. Se o Estado está obrigado a sempre ter recursos para prestar as utilidades que lhe são demandadas, há que se reconhecer o direito de obter esses recursos. Mas seja no campo da receita pública, seja no campo da própria contenção de gastos, há direitos individuais, como as garantias tributárias, a vedação ao confisco, o direito à percepção dos vencimentos e dos proventos. Indo um pouco além, se poderia dizer que a Constituição não faz distinção entre doenças, e, assim, os que necessitam de transplante têm o direito de obter o tratamento eficaz, o transplante. Mas como o Estado poderá obter os meios sem ser, novamente, da sociedade através da retirada de órgãos daqueles que estão com morte cerebral diagnosticada?".

397 CLÈVE, 2004, p. 222: "[...] há determinados direitos fundamentais sociais de caráter prestacional que apresentam uma dimensão subjetiva frágil. Outros, desde logo, apresentam-se com uma dimensão subjetiva forte. E é por isso que a doutrina contempla, ainda, uma outra distinção, envolvendo os direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados. Os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca, que demanda portanto atuação do legislador".

qualquer infringência à separação dos Poderes, deverá ser invocada a tutela jurisdicional, a fim de que se conceda ao cidadão prejudicado intervir no ilícito, recebendo a prestação positiva (*Teilhaberecthe*) que lhe foi injustamente obliterada.

Isso porque, no Brasil, virou moda referir-se à ausência de recursos financeiros toda vez que a prestação positiva, embora de natureza fundamental e indispensável, não se apresente como um bom *cabo eleitoral* do agente público que deve executá-la.

Todavia, todos os dias, a sociedade é inundada por denúncias e informações que os representantes populares malversam, constantemente, as finanças públicas, como bem ilustram os exemplos afetos as Comissões Parlamentares de Inquérito que apuraram as ilicitudes alcunhadas de *mensalão* e *sanguessugas*, e a sorrateira tentativa de majoração dos vencimentos dos parlamentares em patamar de 91%, enquanto que, para se aumentar o salário mínimo em R$ 30,00 (trinta reais), precisou-se de uma força de Hércules, não se deslembrando, infelizmente, que tais atitudes estão longe de serem inéditas.[398]

Para o mal, parece-nos que sempre há dinheiro.

De fato, a discussão que se coloca como maior bloqueio para a intervenção judiciária em casos tais, em face da propalada escassez de recursos financeiros e das conseqüências orçamentárias que o ente estatal poderá experimentar, diz respeito à necessidade de adoção da teoria nominada de *reserva do possível*.

---

[398] TORRES, Ricardo Lobo (org.). **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 35: “Os tristes episódios de corrupção ocorridos em 1993, apurados pela CPI do Congresso Nacional, têm que levar à retomada da consciência ética neste País com relação ao dinheiro público e ao orçamento. Mas a ética no orçamento não se exaure nos trabalhos da CPI, posto que o caso da corrupção é de polícia, de aplicação do Código Penal, e não simplesmente de sanção moral. É forçoso reconhecer que a problemática da falta de ética na elaboração do orçamento brasileiro é muito mais ampla e profunda e deriva sobretudo do abandono da idéia de justiça. Não basta que o orçamento seja juridicamente correto, elaborado de acordo com as regras constitucionais; é necessário que seja eticamente justo”.

Isso porque é inegável que a consecução, a concretização e a satisfação dos direitos fundamentais de prestação, como visto, está a demandar, não raras vezes, a disponibilização de meios materiais, os quais têm por característica a finitude, trazendo consigo a problemática da escassez.

Gustavo Amaral, traduzindo o pensamento de Jon Elster, pondera:

> [...] dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto de satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim da infância são exemplos.[399]

É evidente que a questão de concretização de direitos fundamentais (e, aliás, de qualquer direito) implica, necessariamente, que o Estado detenha em seu poder saldo pecuniário suficiente a tal desiderato, de modo que não há como se desprender a análise do tema central deste trabalho, com o estudo, ainda que resumido, da função orçamentária em nosso sistema jurídico.

Como bem salientou Luhmann, citado por Ricardo Lobo Torres, o dinheiro "[...] é um símbolo genérico que permite a comunicação conducente à satisfação das necessidades", ocupando "um lugar aberto para os direitos fundamentais".[400]

Considerando-se a existência de limitações de ordem econômica e financeira à efetivação dos direitos sociais, passou-se a sustentar, como dito, que

---

399 AMARAL, 2001, p. 133-134.

400 TORRES, 1995, p. 277.

estes estariam condicionados ao que se convencionou chamar de reserva do possível.

A chamada *reserva do possível*, diz respeito a um conceito originário da Alemanha, baseado em paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento de famoso caso (BverfGE nº 33, S. 333), em que havia, por parte de um determinado cidadão, a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão.

Assim, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, naquela que atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Tomando por base referida explicação, e embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sócias e culturais impregnados de estrutura constitucional.

Vale lembrar aqui, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em debate, traduzido pelo luzeiro voto da lavra do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADPF 45 MC/DF,[401] no qual se deixou assente de dúvidas de que:

> [...] a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além

[401] Decisão publicada no DJU de 04/05/04.

> da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Em verdade, mormente em países de natureza periférica, como o Brasil, quando se verificar, no que se refere à realização dos direitos fundamentais sociais, um embate entre os princípios da reserva do possível e do mínimo vital, deve se dar mais vazão a este último, haja vista que, em se procedendo à ponderação de tais, chega-se à inexorável conclusão de que é melhor prestigiar-se a dignidade do indivíduo do que a tábua orçamentária do Estado ou, como diz Alexy, "[...] direitos individuais podem ter mais pesos que as razões da política financeira".[402]

A referida ponderação entre os vetores acima mencionados deve ser levada a efeito considerando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.[403]

No que tange aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade,[404] necessário se faz mencionar que em razão da tênue linha que os separa e da inegável interdependência da aplicação ao caso concreto, alguns doutrinadores

---

402 THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 121.

403 MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

404 Ibidem, mesma página: "Alguns autores pátrios separam proporcionalidade e razoabilidade. A esta atribuem o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins. À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. No direito estrangeiro, o ordenamento norte-americano e o argentino, por exemplo, operam com a razoabilidade. Os ordenamentos europeus, sobretudo alemão e francês, utilizam o princípio da proporcionalidade. A Corte de Justiça da União Européia afirmou como princípio comunitário da proporcionalidade. Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social".

não fazem distinção entre os termos, empregando-os de maneira conjunta, sob a alcunha de princípio da proporcionalidade.

Inescondível se mostra o fato de que o princípio da razoabilidade guarda estreita relação com o postulado atinente ao devido processo legal no que tange ao aspecto substancial (material) deste último, em razão de previsão expressa contida na *Magna Charta Libertatum*, outorgada no longínquo 15 de junho de 1215 por intermédio do conhecidíssimo João Sem-Terra, a qual se encontra em vigor até os dias atuais.[405]

O direito fundamental à convivência familiar e comunitária, bem como o acesso a instrumentos que mitiguem tal impossibilidade de concreção, fazem parte do chamado *mínimo vital*, tendo prevalência, assim, sobre *a reserva do possível*.

Pelo quanto visto anteriormente, tais situações se coadunam com a natureza e com a extensão protetiva e de aplicabilidade imediata, eis que apresentam caráter prestacional de dimensão subjetiva forte, razão pela qual, em tais hipóteses, é plenamente cabível a intervenção judicial positiva quando a omissão estatal na sua consecução se fizer presente.

Reforce-se que, em casos tais, a intervenção do Judiciário em face da omissão inconstitucional das demais esferas do Poder, em muitas das vezes, se converte no último bastião e na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

---

405 Item 12: A não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres. Item 20: A multa a ser paga por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcional à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcional ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (contenementum); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressalvando-se para aquele a sua mercadoria e para esse a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos.

Essa também parece ser a visão do Supremo Tribunal Federal, haja vista que seu Pleno deliberou no sentido de que:

> [...] o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Pode Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência tomada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e dos princípios da Lei Fundamental.[406]

Esclarecedora, também, a decisão proferida no âmbito do Tribunal Constitucional Português, Acórdão nº 509/2002/T. Const. – Processo nº 768/02.[407]

O caso submetido ao Tribunal Constitucional Luso subsumia-se à apreciação da constitucionalidade ou não do surgimento ao mundo jurídico do Art. 4º, nº 01, do Decreto da Assembléia da República nº 18/IX, requerida pelo Presidente da República no uso de suas atribuições, cujo diploma tinha por escopo proceder à revogação do *rendimento mínimo garantido* previsto pela Lei nº 19-A/96, de 29 de junho, bem como a criação do *rendimento social de inserção*, sendo certo que a diferença entre uma e outra situação, residia no fato de que, na norma que se pretendia revogar, encontrava-se

---

406 STF, Pleno, Relator:Ministro Celso de Mello, RTJ nº 185, p. 794-796.

407 Diário da República – I Série A, nº 36, de 12/02/03, p. 905-917.

reconhecido que a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo se encontrava afeta aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos, ao passo que a lei nova concedia o direito à prestação de rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 (vinte e cinco) anos.

Noutro giro verbal, tem-se que a discussão acerca da compatibilidade da nova lei em relação ao texto constitucional residia em saber-se se a decantada restrição objetiva no que se refere à titularidade do direito em tela se mostrava possível diante da necessidade de observância de suas normas e princípios, salientando-se que, por maioria de votos, o Tribunal Constitucional Português houve por bem decretar a inconstitucionalidade do dispositivo do novel diploma, por entender que a alteração restritiva alinhavada no parágrafo anterior consistia numa violação, num malferimento, ao direito inerente a todo cidadão, ainda mais ao se atentar para a peculiar condição das pessoas legitimadas a tal pretensão, de resguardo de um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito à dignidade humana, afastando, por conseguinte, a aplicação enclausurante do princípio da reserva do possível.

De mais a mais, cabe ressaltar, por oportuno, que o *tipo de escassez* aqui representado, adotando-se a classificação já exposta de Elster, é artificial, ou seja, o Estado, em querendo, tem condições de tornar o bem da Cida em discussão acessível a todos, a ponta da satisfação.

Não socorre o Estado o argumento de que, supostamente, não haveria dinheiro para a execução das políticas públicas outrora assumidas, na exata medida em que foi o próprio Estado, por intermédio de maus administradores e pela malversação de verbas públicas, quem deu causa à referida ausência.

Assim, deve ser aplicado o vetusto brocado latino *nemo potest venire contra factum proprium*, isto é, ao Estado não é dado se opor a fato que ele

mesmo deu causa. É a chamada proibição de comportamento contraditório,[408] cujo postulado está embasado no princípio e na necessidade de tutela da confiança, não se deslembrando, como bem informa Fredie Didier Júnior, que:

> [...] a teoria do direito civil vem passando por mudanças muito profundas, notamente após a percepção de que o direito civil deve ser estudado e aplicado à luz do texto constitucional. Não bastasse isso, a nova doutrina civilista vem afirmando a necessidade de emprestar, ao conteúdo das normas jurídicas civis, um sentido que resgate o papel da ética no Direito. Manifestação clara desta tendência é a consagração, em nível de direito positivo, da cláusula geral boa-fé objetiva, norma de conteúdo aberto, que deve orientar as relações contratuais. A cláusula geral da boa-fé objetiva está em consonância com o princípio da solidariedade, objetivo fundamental da República (Art. 3º, inc. I, CF/88), e tem profundo conteúdo ético. O conteúdo desta cláusula é, como se disse, aberto. Um dos seus aspectos, que também vem sendo resgatado neste estádio do desenvolvimento da teoria do direito civil, é a proibição do venire contra factum proprium (a proibição de comportamento contraditório), princípio cujo valor que o inspira é proteção da confiança nas relações pessoais.[409]

Não se nega que a adoção de políticas públicas não se apresenta como algo de fácil implantação e que tenha o condão de produzir todos os seus efeitos de uma hora para outra, mas, não se pode deslembrar que tais se constituem em dever do Estado, na exata medida em que se convertem em valioso e indispensável instrumento de mitigação das desigualdades materiais apresentadas em nossa sociedade, emergindo, daí, que tem ele a inafastável e fundamental obrigação de prover o mínimo existencial do cidadão, não podendo

---

408 SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p. 202: “Ao tratar do fundamento normativo do nemo potest venire contra factum proprium, sustentou-se sua inserção no âmbito da cláusula geral de boa-fé objetiva, suscitando-se, então, a questão da sua aplicabilidade a relações de direito público. Afirmou-se que a boa-fé objetiva, como expressão e valores constitucionais, deve se aplicar a toda espécie de relações. Não obstante, mesmo aqueles que restringem a aplicabilidade da boa-fé objetiva às relações privadas, devem admitir a incidência do princípio da proibição de comportamento contraditório em relações de direito público, seja como expressão de institutos verdadeiramente publicísticos (como a moralidade administrativa e a igualdade dos administrados em face da Administração Pública) ou como resultado da direta aplicação do valor constitucional da solidariedade social. A análise de casos mostra que a tudo isto se conforma a nossa jurisprudência”.

409 DIDIER Júnior, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra *factum proprium* no processo civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil-constitucional em concreto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 199.

para se eximir de tal mister, invocar a doutrina da reserva do possível, cabendo, repita-se, ao Judiciário a total liberdade de corrigir referida distorção.[410]

Assim, verifica-se, para logo, que a matéria orçamentária tem manifesta imbricação com a consecução dos direitos fundamentais, haja vista que é o próprio texto maior quem explicita os vetores afetos ao equilíbrio orçamentário, à distribuição de competências, à criação e cobrança de tributos, à realização de gastos, exigindo controle periódico por parte do Legislativo, das Cortes de Contas (e da sociedade como um todo), além de estabelecer os parâmetros que devem ser observados à correta redistribuição de rendas (Arts. 165 a 169, 70 a 75, 99 e 31, CF).[411]

Atualmente o orçamento espelha toda a vida financeira de uma Nação, vertendo-se em um importante instrumento dinâmico do Estado a orientar sua atuação sobre a economia.

Orçamento Público deve levar em conta os interesses da sociedade, refletindo o plano de ação governamental.

Denise Auad informa:

> [...] a análise do orçamento brasileiro, no entanto, ainda não é uma tarefa simples, haja vista que, para sua formulação, é utilizada uma linguagem técnica de difícil compreensão pelo cidadão comum. Esse fato é desabonador para a transparência dos gastos públicos e até mesmo atentatório a um ideal de Estado Democrático de Direito. Quanto mais transparente for a elaboração do orçamento, maior o número de canais de fiscalização que poderão ser criados pela sociedade civil.

---

410 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 77: "[...] é, pois, em torno dos direitos fundamentais e, notadamente, da dignidade humana, que gira a Administração Pública. Supera-se, então, qualquer idéia que busque vincular esta atuação administrativa em torno do Estado, como entidade abstrata e amorfa. Passa-se, portanto, a conceber-se, com a CF/88, um processo singular de 'personalização do Direito Administrativo', entendido, agora, como disciplina que deve voltar-se ao homem, ao cidadão, e não ao Estado justificado por si mesmo, enquanto estrutura".

411 TORRES, 1995, p. 02: "[...] todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente pelo orçamento, embora não seja ele o responsável pelos resultados que venham a ser alcançados na realidade social". É a dinâmica apresentada pelo Estado Fiscal Social: um eterno cotejo entre o Estado de Impostos e o Estado de Prestações.

A arrecadação da pecúnia necessária para a efetivação dos referidos direitos fundamentais passa, indiscutivelmente, pelo recolhimento regular e adequado dos tributos devidos pelos cidadãos nas mais diversas atividades e negócios da vida, não se perdendo de vista, ainda, que os valores auferidos sejam corretamente aplicados por quem de direito, isto é, pela Administração Pública como um todo,[412] sempre em respeito às diretrizes antecipadamente previstas pelo texto constitucional.

Na precisa lição de Fernando Facury Scaff:

> [...] os gastos públicos não permitem que o legislador, e muito menos o administrador, realizem gastos de acordo com suas livres consciência, de forma desvinculada aos objetivos impostos pela Carta, especialmente em seu Art. 3º [...]. A aplicação dos direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de dotar esta parcela da população excluída para o exercício de suas capacidades (Amartya Sen) ou, por outras palavras, de condições para realizar a liberdade real a fim de pode gozar da liberdade jurídica (Robert Alexy). Sem tais condições reais (fáticas) para o exercício da liberdade jurídica, esta se tornará letra morta. A Teoria da Reserva do Possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla Liberdade de Conformação, pois estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no Art. 3º, dentre outras normas-objetivo [...]. Tal procedimento não implica em judicialização da política ou ativismo judicial, pois se trata apenas da aplicação da Constituição brasileira.[413]

Tomando como base a especial proteção da família concedida constitucionalmente, tem-se que a assistência pré e pós-natal, o direito à educação, ao atingimento do primeiro emprego, ao aprendizado cultural, dentre outras tantas situações, são garantias fundamentais que, para sua efetiva, real e concreta implantação, necessitam de dinheiro, de investimento por parte do

---

412 GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 111: "[...] é pressuposto à existência do Estado e pilar de sustentação do direito de propriedade. E, sendo inafastável, cumpre ao Estado unicamente dar conformação, regramento formal e meios de defesa aos contribuintes, pois sem que haja uma relação juridicamente determinada entre o dever de contribuir e os direitos de quem contribui (regras de tributação) torna-se impossível falar em Estado Democrático de Direito".

413 SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: ***Verba juris***: anuário da pós-graduação em direito, vol. 04, nº 04. São Paulo: Fredys Orlando Sorto, jan./dez. 2005, p. 92-102.

Estado, uma vez que resta patente que a sociedade, sozinha, não consegue dar conta de tão imensa e importante demanda.[414]

Nesse eito, e preocupando-se com a concretização dos direitos de crianças e adolescentes e com a execução de políticas públicas de atendimento em casos tais, tem-se que no inc. IV do Art. 88 da Lei nº 8.069/90 (ECA) determinou-se a "[...] manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente".

As políticas públicas que envolvam direitos de crianças e de adolescente desfrutam, assim, de prioridade orçamentária.

Ao se efetuar acurada análise do texto constitucional, denota-se, com clareza solar, que existem muitos pontos de contato entre o fenômeno tributário denominado de *orçamento* e os direitos de crianças e de adolescentes, citando-se, como exemplo do quanto dito, as normas basilares estampadas nos Arts. 31 (fiscalização orçamentária dos municípios), 70 a 75 (normas sobre o controle da execução orçamentária), 165 a 169 (dos orçamentos) e 227 (capítulo da ordem social), da Lei de Outubro.

Também no Estatuto da Criança e do Adolescente, como visto, apresentam-se normas nitidamente de caráter orçamentário, a saber: Arts. 4º, parágrafo único, alínea '*d*'; 88, inc. IV; 96; 134, parágrafo único; 136, inc. IX; 148, inc. IV; 150; 201, inc. V; 201, inc. § 5º, aliena '*c*'; 214 e 260.

No que pertine ao tema em comento, necessário se faz destacar o Art. 71 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, haja vista que o referido dispositivo de regência trata dos chamados *fundos especiais*, assim caracterizados: "[...] constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se

---

414 NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 679: "[...] como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero poder para o estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal. Um tipo de estado que na subsidiariedade da sua própria acção (económico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que não se possa falar num (pretenso) direito fundamental a não pagar impostos".

vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação", não se perdendo de vista que o fundamento de validade se encontra na dicção do Art. 167, inc. IX, da Constituição Federal.

Existem os fundos para a infância e adolescência e para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério.[415]

Em resumo, fazendo coro a Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior:

> Não é preciso chamar a atenção para a importância do orçamento na vida política e administrativa do país como plano das suas necessidades monetárias, em um determinado período de tempo, aprovado e decretado pelo Poder Legislativo como seu órgão de representação popular. Assim, o orçamento exerce grande influência na vida do Estado, pois se for deficiente, ou mal elaborado, produzirá reflexos negativos na tarefa da consecução de suas finalidades.[416]

Não de pode negar que, atualmente e principalmente em países que enfrentam grandes e graves problemas sociais, como no caso brasileiro, o papel do Estado não poderá ser relegado ao de mero espectador dos acontecimentos, fiando-se, para isso, meramente na concessão, aos seus cidadãos, da chamada igualdade formal, ou seja, na premissa de que, do ponto de vista abstrato, genérico e frio dos textos normativos existentes, todos são iguais, sem qualquer espécie de distinção ou discriminação.

É preciso intervir.

---

415 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito municipal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 194: "[...] para cumprir-se essa determinação constitucional, os recursos para atendimento de programas suplementares provêm de fontes diferentes: a alimentação e a assistência à saúde, de contribuições e outros recursos orçamentários, e o material escolar e transporte, de recursos provenientes de impostos. É importante considerar que a atividade financeira do Estado consiste na obtenção de recursos, na sua guarda e gestão ao final na sua aplicação, não se incluindo tal atividade para fins últimos do Estado, porém, para realizá-la, é necessário um suporte financeiro, isto é, que haja recursos econômicos para implementação de seus objetivos, o que faz surgir uma série de atividades desenvolvidas pelo ente estatal destinadas a arrecadar meios e direcioná-los para concretização de seus fins, de forma a custear a sua manutenção e funcionamento do Estado".

416 ROSA JÚNIOR., Luiz Emygdiio F. da. **Manual de direito financeiro & tributário**. São Paulo: Jurídica, 2005, p. 65.

Necessário se faz, assim, que a isonomia atinja um patamar mínimo de materialidade e substancialidade.[417]

Em outras palavras, a igualdade deve espraiar seus benéficos efeitos de modo concreto, atingindo em cheio determinado seio social e trazendo, por via de conseqüência, efetiva e visível melhora nas condições de vida dos cidadãos que o formam e nele convivem, até porque, como bem salienta Patrícia Uliano Effting Zoch de Moura, "[...] percebe-se que, além de uma conotação individualista de igualdade de tratamento, o princípio da igualdade busca, como os direitos sociais, uma igualização dos homens num contexto social, pois se vive num mundo de diferenciações flagrantes: as discriminações".[418]

Entrementes, embora irrefutáveis os avanços já conquistados, a verdade é que ainda falta muito para o atingimento do referido desiderato da igualdade substancial, a par dos esforços hercúleos que têm sido levados a efeito pelos aplicadores e defensores do direito contemporâneo, moderno e condizente com a realidade social vivenciada numa determinada comuna.

A chamada igualdade no texto de lei não resolve o problema de sua concreção no plano prático, razão pela qual há a necessidade de o Estado, além da sociedade com um todo, sair de sua condição de inércia para fomentar e, na medida do possível, eliminar, do plano real, as situações diferenciadas de efetivação dos direitos que são consentâneos a todo e qualquer cidadão,

---

417 ARAUJO, Luiz Alberto David. *Acesso ao emprego: discriminação em razão da deficiência – o acesso ao emprego e a proteção processual em defesa da igualdade*. In: ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis (coords.). **Temas relevantes de direito material e processual do tarabalho**. São Paulo: Nova Arte, 2003, p. 75: "A Constituição de 1988 cuidou de garantir o direito à igualdade de forma ampla. Resguardou o princípio isonômico, quer em seu aspecto formal, quer em seu aspecto material. Quanto a este, cuidou de, por diversas oportunidades, garantir aqueles que necesstivam de proteção especial, traçando diretrizes relevadas através de uma política governamental de apoio, quer em relação à garantia de situações privilegiadas, decorrentes da ausência de igualdade, quer em relação a determinadas prerogativas que seriam indispensáveis para certas tarefas constitucionais. O legislador constitucional, assim, através dessa ruptura aparente do princípio da igualdade, trata de restabelecê-lo. Há inúmeros casos no texto constitucional, como o da gestante (Art. 7º, inc. XVIII), dos índios (Art. 231), da criança e do adolescente (Art. 227), além da questão das pessoas portadoras de deficiência".

418 MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. **A finalidade do princípio da igualdade**: a nivelação social – interpretação dos atos de igualar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 72.

mormente aqueles de índole fundamental, como, aliás, é o caso da convivência comunitária e familiar afeta a crianças e adolescentes.

Obviamente que a existência de uma escorreita e dinâmica gama legislativa é sempre benéfica, mas tal produção jamais poderá ser tomada ou entendida como suficiente para a resolução dos problemas sociais existentes num determinado Estado.

A concessão de direitos via positivação efetivamente se faz necessária, mas indispensável, também, que tal concessão se concretize, ou seja, atinja o patamar da eficácia e da efetividade, nunca se perdendo de vista os ideais constitucionais almejados com o advento da Lei de Outubro, mormente aqueles grafados, com letras maiúsculas, em seu Art. 3º, não por acaso nominados de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

De mais a mais, não se pode deslembrar que a irrazoável explosão quantitativa de normas sempre acaba trazendo problemas no campo da aplicação, pois, nos dizeres de José Eduardo Faria:

> [...] do mesmo modo que sempre ocorre com a inflação econômica, essa desenfreada e desordenada produção legislativa, chamada por alguns autores 'anomia jurídica' e de 'explosão legal', também costuma encurtar horizontes decisórios, acirrar conflitos, inviabilizar o cálculo racional e, por fim, disseminar uma insegurança generalizada na vida sócio-política e no mundo dos negócios. Se, no âmbito da economia, a inflação liquida com a reciprocidade de expectativas inerente às bases contratuais e demais alicerces do mercado, no universo do direito positivo ela implode os marcos normativos fundamentais da vida social; impede a certeza jurídica; e ainda acaba contribuindo para reduzir a pó direitos conquistados de modo legítimo. Nas duas inflações o resultado termina sendo basicamente o mesmo: as relações permanentes entre os agentes produtivos e os sujeitos de direito tendem a se dar m termos cada mais desordenados e imprecisos, e não institucionalmente balizados, a ponto de, numa situação extrema, tornarem-se praticamente desprovidas de sentido.[419]

---

[419] FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 128-129.

Seguindo-se tal linha de raciocínio, tem-se que o problema da eficácia prática do ordenamento jurídico não se resolve pela edição desenfreada de textos normativos infraconstitucionais, cuja produção, muitas das vezes, sob paixões momentâneas, despe-se, assim, da necessária análise de coerência, conveniência e oportunidade e, principalmente, sem o cotejo com o resto do sistema positivo vigente, cria desagradáveis casos de antinomia, o que em nada resolve ou contribui para a mitigação do problema da exclusão de direitos em nosso País.

A questão da eficácia, além da existência normativa positiva, resolve-se com a materialização, no plano concreto, dos direitos outorgados e conquistados pelos cidadãos de um Estado, ou seja, com menos retórica e mais ação estatal, obedecendo-se, com rigor britânico, ao quanto plasmado no bojo do texto constitucional.

Deve o aparelho estatal sair do *berço esplêndido* no qual se encontra deitado, participando e intervindo ativamente no meio social, toda vez que tal atitude se mostrar preponderante e indispensável à garantia dos direitos de seus cidadãos.

Aliás, caem muito a propósito, os alertas sobre o perigo da retórica feitos por José Ortega y Gasset:

> [...] quando uma realidade humana cumpriu sua história, naufragou e morreu, as ondas a cospem nas costas da retórica onde, cadáver, sobrevive longamente. A retórica é o cemitério das realidades humanas; quando muito, seu hospital de inválidos. Na realidade sobrevive seu nome que, mesmo sendo apenas palavra, é, no final das contas, nada menos que palavra, e conserva sempre algo de poder mágico.[420]

É exatamente sob esse enfoque que se encaixa o tema principal do presente trabalho, na exata medida em que fica absolutamente claro, do ponto de vista concreto, que não obstante a importância do deferimento constitucional à

---

[420] GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 151.

convivência familiar e comunitária, necessária se faz a aplicação quotidiana da Lei de Outubro, até porque:

> [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.[421]

Assim, e a par das dificuldades reais acima elencadas, a verdade é que tais não podem servir de escudo para que o Estado se desvie dos compromissos assumidos quando da promulgação da atual Constituição, Lei Política esta que, como bem salienta Luiz Alberto David Araujo, converteu-se em verdadeiro instrumento de materialização dos anseios de um povo até então oprimido pelo regime militar que a antecedeu, ou seja, tornou-se um instrumento de pleno resgate da cidadania pertencente a todos os componentes da sociedade brasileira.[422]

E suma, tem-se que o estatuto constitucional brasileiro, dentro do seu inegável caráter democrático, conferiu a possibilidade de responsabilização patrimonial direta do Estado e de suas respectivas entidades públicas quando, em sua ação ou omissão, causar danos aos seus cidadãos, alquebrando, por via de conseqüência, o inexorável postulado da isonomia,[423] o que se cumpre a todo custo evitar.[424]

---

421 RTJ nº 175, p. 1212-1213.

422 ARAUJO, Luiz Alberto David. Formas da participação popular na gestão da coisa pública. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coords.). **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 645.

423 NEME, Eliana Franco (coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: EDITE, 2005, p 311-312: "[...] é evidente que a atividade estatal é necessária na medida em que a colocação dos cidadãos no 'estado de natureza', distancia-se do ideal de igualdade formal e material pretendido por todas as declarações de direito e constituições democráticas. Sendo assim, alguns valores podem ser albergados como valores comuns ao projeto de inclusão, por serem independentes de carga filosófica ou política, podem ser utilizados em qualquer estado que tenha por objetivo diminuir ou, ao menos, minimizar os efeitos do tratamento desigual até aqui perpetrado".

424 "Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'" (RE nº 436.996-AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 03/02/06).

Essa, aliás, é a dicção imposta pelo § 6º do Art. 37 da Constituição Federal.

Conforme visto, não pode o Estado furtar-se ou desvencilhar-se do dever fundamental de colocar em prática o cumprimento e a execução das garantias afetas aos princípios fundamentais estampados na Lei da República, bem como no que se refere ao atingimento dos objetivos fundamentais também ali previstos.

Nesse passo, toda vez que o Estado deixa de cumprir com aquilo que é inerente à sua essência, pode e deve ser responsabilizado por tais omissões ou descumprimentos.[425]

Tal responsabilização também pode e deve atingir o agente público que deixa de observar o estrito cumprimento dos princípios e objetivos fundamentais de nossa República.[426]

Assim, e no que pertine à tese desenvolvida no presente trabalho, toda vez que não se consiga fomentar o direito fundamental de nossas crianças e adolescentes, no que se refere à convivência familiar e comunitária,[427] bem como não se tenham colocado à disposição dos interessados mecanismos alternativos

---

425 Como ainda ensina Herkenhoff, as pessoas têm uma dignidade humana que tem que ser reverenciada. O Direito não pode ser instrumento legitimador da exploração do homem pelo homem. Direito que legitima a espoliação não é Direito, mas corrupção do Direito.

426 "A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado [...]" (RTJ nº 162/805-806, Relator p/ o acórdão Ministro: Celso de Mello, Pleno).

427 AUAD, Denise. O abuso do poder público em face do direito de prioridade absoluta da criança e do adolescente. In: **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: Arte Jurídica, 2000, p. 21: "Determina a Constituição Federal Brasileira em seu Art. 227 que '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'. A Constituição é enfática e não se contenta em dizer apenas prioridade, vai mais além, e determina expressamente que tal prioridade tem o caráter de ser absoluta. Se tal determinação é fruto do próprio texto constitucional, isso significa que é um mandamento que vincula todas as demais normas infraconstitucionais de nosso ordenamento jurídico por um princípio de hermenêutica e de lógica. Em conseqüência, todos os operadores do Direito devem obedecer esse princípio".

que possam mitigar tão importante ausência, pode e deve ser responsabilizado o Estado (e seus agentes) por tal omissão de índole constitucional, eis que, no mínimo, retirou dos infantes desafortunados a chance de dias melhores.

A perda dessa chance (de dias melhores) não pode, em hipótese alguma, ficar sem reparação, deixando-se de lado o pragmatismo liberal que tanto imantou a atividade estatal, a fim de que se possa dar vazão à busca e ao atingimento do que os doutrinadores nominam de *justiça social*.[428]

Começa-se a perceber a necessidade de que, para a manutenção do ideal da isonomia lançado em 1789, o Estado deve, em situações determinadas e essenciais, intervir no meio social em que estabelecido, somando-se a isso a precípua urgência de que os atos proferidos e levados a efeito pela Administração Pública sejam mais bem fiscalizados e controlados, em face da enorme diversidade de serviços públicos necessários à consecução da atividade estatal.[429]

O Estado Social Constitucional caracteriza-se pela necessidade precípua de observância, respeito, concretização e aplicação das idéias contidas no corpo jurídico-político fundamental de uma sociedade, deixando assente, também, que os representantes escolhidos para gerir o Poder Público, em qualquer de suas funções, não possuem a prerrogativa de se furtarem ao cumprimento de referidas opções de consecução e desenvolvimento das políticas relativas à fomentação da proteção da dignidade, da isonomia e dos direitos sociais.

---

428 MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz de. **Ciência política & teoria do Estado**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 45: “No fim do século, um fato novo foi injetado na filosofia-política liberal. Era a justiça social, antes referida, vista como necessidade de apoiar os indivíduos – estes não mais percebidos como seres isolados, mas agora componentes de determinadas coletividades, o que lhes dava certas identidades próprias e expressava interesses comuns – de uma outra forma quando da sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas”.

429 SCHIER, 2002, p. 97-98: “[...] esta forma de controle dos atos administrativos foi aperfeiçoada com o advento do Estado Democrático e Social. Com efeito, a necessidade de prestação de uma maior gama de serviços públicos pelo Estado (intervencionismo estatal), aliada à preocupação de garantir os valores democráticos na esfera da Administração Pública, tornou essencial o controle dos atos administrativos em todas as suas fases de execução, determinando, portanto, a procedimentalização do agir administrativo. Interessante, ainda, a observar que através do procedimento permite-se a participação do cidadão na fase de elaboração do ato administrativo”.

Sobre o tema ora em enfoque, indispensável trazer-se à lume o posicionamento dos abalizados doutrinadores espanhóis Francisco J. Bastida Freijedo, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez, Miguel Angel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola, no sentido de que:

> *Del outro lado de la relación subjetiva que establecen las normas de derechos fundamentales se encuentran los sujetos que se ven obligados por los mandatos, permisos o prohibiciones a cuyo través aquéllas garantinzan el âmbito de libertad iusfundamental* [...]*. En el plano de la organización interna del aparato del Estado, se há pasado de la inicial vinculación sólo de la Administración pública, propia de un Estado en el que la Constitución no ocupa una auténtica posición de supremacía respecto de la Ley, a la sujeción del Gobierno, que se plasma en el control jurisdiccional de sus actos por vulneración de los derechos fundamentales [Art. 2º LJCA], con la consiguiente exclusión del concepto de acto político o de gobierno. De igual forma, también há pasado a estar obligado por los derechos fundamentales el Parlamento*.[430]

A preocupação do Estado Social Constitucional, ainda mais dentro de um patamar basilar de natureza dirigente[431] como no caso brasileiro, deve ser fulcrada, indispensavelmente, na concretização dos direitos fundamentais pertencentes a todos os seus cidadãos, de modo a remarcar a assertiva de que a isonomia não é quimera ou sonho, mas sim finalidade primaz do ente estatal.[432]

---

430 CORRAL; FREIJEDO; LINERA, 2004, p. 98-99.

431 Adverte Lenio Luiz Streck, com a argúcia que lhe é peculiar, que "[...] toda essa discussão repercute na concepção que temos acerca do papel da Constituição em países periféricos, que denomina 'países de modernidade tardia'. Penso que não há dúvidas de que a Constituição do Brasil é nitidamente dirigente, exsurgindo, daí, a necessidade de superar as generalidades próprias de uma teoria geral do constitucionalismo, traçando as diretrizes para albergar as especificidades de um país periférico como o Brasil. Nesse sentido, a lição de Bercovici, que aponta a fixação dos objetivos da República (Art. 3º) como vetores desse dirigismo, que têm a função, entre outras, de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado, que o individualiza, pois esta diz respeito ao tipo de Estado, ao regime político, aos valores inspirados do ordenamento, aos fins do Estado, etc." (STRECK, 2004, p. 111-112).

432 BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 111-112: "O 'Estado Social', esse coroar da longa história da democracia européia e até há pouco tempo sua forma dominante, hoje recua. Ele baseava sua legitimidade e suas exigência de lealdade e obediência da parte de seus cidadãos na promessa de garanti-los e defendê-los da redundância, exclusão e rejeição e também dos golpes aleatórios do destino – de estar destinado ao 'refugo humano' em razão de inadequações ou desgraças individuais. Em suma, na promessa de inserir convicção e segurança em vidas que, sem isso, são governadas pelo caos e pela contingência. Se indivíduos infelizes tropeçam e caem, haverá alguém por perto pronto a segurar suas mãos e ajudá-los a se erguer outra vez".

Desta forma, percebe-se, claramente, que os Poderes Públicos, seja qual área de atuação for, estão intrinsecamente ligados e destinados ao irrestrito cumprimento e à irrestrita observância dos direitos fundamentais apresentados pela Lei Constitucional, de modo que não se vislumbram mais hoje, parâmetros que possam, legitimamente, afastar o Estado de tal mister, sendo certo que o afastamento da referida determinação importará em responsabilização do Estado e de seus agentes.

No que se refere à determinação da responsabilidade estatal quando, por sua omissão, não se verifica o necessário atingimento, concretização e respeito dos princípios e dos objetivos fundamentais de nossa República, pode-se aplicar o chamado princípio do terceiro excluído.

Alaôr Caffé Alves vaticina:

> [...] o princípio do terceiro excluído – princípio de alternativa lógica – complementar do princípio da contradição, do ponto de vista [a] ontológico formula-se assim: 'uma coisa é ou não é, não há termo médio', isto é, que seja e ao mesmo tempo não seja, ferindo o princípio da contradição. Ou uma coisa existe ou não existe, exclui-se a possibilidade de que possa existir e ao mesmo tempo não existir. Isto é impensável, portanto, é um absurdo. Do ponto de vista [b] lógico, a respeito de uma determinada proposição, podemos dizer que ela é verdadeira ou falsa, excluindo, por impensável, a hipótese de que seja ao mesmo tempo verdadeira e falsa. Do ponto vista da predicação lógica, temos, por exemplo: 'o sangue humano ou é vermelho ou não é; não pode ser ele ao mesmo tempo vermelho e não vermelho'. Assim, o sangue humano pode ser vermelho (1ª hipótese), ou não ser vermelho (2ª hipótese), mas não pode ser ao mesmo tempo vermelho e não vermelho, sob a mesma relação (3ª hipótese, a excluída necessariamente). Nesse sentido, a última hipótese é impensável; é impossível logicamente, não existe tal hipótese. Exclui-se esta terceira hipótese.[433]

Transportando-se a elucidativa explicação para o tópico em comento, tem-se a possibilidade de existência de verdade em relação a uma, de duas premissas: (i) o Estado é responsável pelo atingimento e cumprimento dos

---

433 ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 153-154.

princípios e objetivos fundamentais da República, ou, (ii) o Estado não é responsável pelo atingimento e cumprimento dos princípios e objetivos fundamentais da República. Não há espaço, assim, para uma terceira afirmação diferente das duas outrora elencadas.

Assim, uma delas há que ser necessariamente verdadeira e a outra necessariamente falsa.

Ao se efetuar a análise de toda a sistemática que norteou (e ainda norteia) a criação e a aplicação do texto constitucional atual, não há como se fugir da eleição de verdade constante da primeira premissa, a saber: o Estado é responsável pelo atingimento e cumprimento dos princípios e objetivos fundamentais da República.

Entretanto, a par das dificuldades existentes e uma vez que o Brasil adotou a erradicação desses males como objetivo fundamental da República, a verdade é que inconteste se verifica o fato de que o Estado tem o dever fundamental e inafastável de fazer concretizar os princípios e objetivos da República estampados no seio do texto constitucional.

Interessante a afirmação perpetrada por António José Avelãs Nunes, no sentido de que a problemática afeta à erradicação da pobreza, da fome, da miséria, da exclusão, males da era globalizada, passa, obrigatoriamente, pela concessão efetiva de direitos, por parte do Estado, ao cidadão.[434]

Essa é a visão da atividade estatal que gostaria de se retomar e essa retomada perpassa, sem sombra de dúvidas, pela concretização do direito

---

[434] NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116: “Hoje sabemos que o conhecido aumento do número de famintos não apaga a certeza que temos de que a nossa capacidade de produzir alimentos – e mesmo a produção efectiva de alimentos – é superior às necessidades da humanidade. Se a fome existe (e até vai aumentando), não é porque os meios naturais, humanos e técnicos disponíveis não permitam a produção de alimentos suficientes para alimentar todos os habitantes do nosso planeta. O problema é outro. E Amartya Sem identifica-o com rigor: o facto de haver pessoas que passem fome – e que morrem de fome –, apesar da abundância de bens (ou pelo menos da existência de bens em quantidade suficiente), só pode explicar-se pela falta de direitos e não pela escassez de bens. O problema fundamental é o da organização da sociedade”.

fundamental à família e à responsabilização do ente público quando tal não se consegue realizar no plano fático, tolhendo, no mínimo, uma chance de que os desafortunados infantes atinjam um melhor e digno patamar de igualdade e interação social.

Até porque, se é verdade que a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento afetuoso e seguro do ser humano, não menos verdade é o fato de que o Estado é o *locus* privilegiado de emanação da normatividade protetiva dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade.[435]

5.2 O Reflexo Ilícito da Omissão Estatal em Relação ao Dever de Concretização do Direito Fundamental de Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes: A Responsabilidade pela Perda de uma Chance

5.2.1 Considerações gerais acerca da teoria da perda de uma chance

Para que se chegue à conclusão de que o Estado responde, quando omisso, em relação ao seu dever de concretização do direito fundamental de convivência comunitária de crianças e adolescentes, mister se faz a correta identificação da ocorrência do ilícito, do prejuízo ou do dano infligido em casos tais.

A seu turno, convém assinalar que, modernamente, muito se discute acerca da desvinculação do dano como elemento necessário à caracterização do ato ilícito, na medida em que se sustenta que a particularização deste último pode dar-se sem que ocorra aquele, o que nos parece de todo acertado.

---

435 MORAIS; STRECK, 2006, p. 21.

Assim, é importante fazer-se interpretação no sentido de encarar o dano como elemento necessário apenas à indenização e não à caracterização do ilícito, sob pena de concluir-se, erroneamente, que a violação a um direito, por si só, não seria motivação suficiente para o indivíduo socorrer-se do Poder Judiciário, justamente para evitar o dano que poderá vir a ocorrer no caso de não afastamento do ilícito.

É que, pensamento em sentido contrário, levar-nos-ia à erronia de sustentar-se a imperativa necessidade da ocorrência de efetiva lesão ao patrimônio jurídico do indivíduo – seja do ponto de vista material ou imaterial – para a incursão do Estado-juiz na questão, permitindo-se, conseqüentemente, a este último omitir-se quanto ao seu dever de pacificação dos conflitos sociais, pois muito mais importante ao jurisdicionado é o evitamento do dano em si do que o seu afastamento depois de ocorrido, principalmente porque existem violações a direitos impossíveis de serem totalmente afastadas (apagadas).

É, aliás, o caso específico da não-concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária.

Por fim, registre-se que a simples violação de um direito, ainda que inexista dano propriamente dito a ser indenizado, parece ser suficiente à responsabilização do violador pelo pagamento de verba indenitária como medida pedagógica para que não mais incorra no mesmo ilícito, a exemplo da fundamentação que supedaneia o deferimento de indenização por dano moral.

No que se refere à problemática em estudo, e diante da importância familiar para o correto desenvolvimento moral e psíquico de crianças e adolescentes demonstrada nos capítulos anteriores, vislumbra-se na hipótese a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) surgiu na França, a partir da década de 60, e foi criada, primeiramente, com vistas à atividade médica.

Desenvolveu-se em função da difícil comprovação dos elementos formadores da responsabilidade do profissional, sendo chamada de *teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência*.

Nesse sentido, elucidativa a explicação levada a efeito por Miguel Kfouri Neto:

> A jurisprudência francesa tem adotado, a partir de 1965, em casos de danos corporais indenizáveis, para proteger a vítima e obviar incovenientes na formação da culpa, a teoria da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura. O elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento [...]. Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades (‘chances’) ao doente. Milita a presunção de culpa contra o médico.[436]

A teoria sobre a perda de uma chance de há muito vem sendo discutida pelos catedráticos brasileiros, embora apenas há pouco tempo tenha sido empregada com mais constância e segurança por nossos Sodalícios de Justiça.

Assim, é preciso que se diga que o catedrático Agostinho Alvim, nos idos de 1950, já delineava a aplicação, no Brasil, da citada teoria francesa, indicando como exemplo de sua utilização a circunstância de o advogado perder o prazo para a interposição do recurso pertinente contra decisão desfavorável ao seu cliente, ainda que a matéria em discussão apresentasse pouca probabilidade de ser revertida pelo Tribunal, afirmando: “A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constitua uma *chance*, uma oportunidade, em elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio [...]”.[437]

---

[436] NETO, Miguel Kfouri. **Responsabilidade civil do médico**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 52-53.

[437] ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3ª ed. atual. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 190-193.

Nesse mesmo sentido se manifesta José de Aguiar Dias:

> Magistrado bisonho, confortado por acórdão do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, com votos vencidos que lhe salvaram a eminente reputação, decidiu que o advogado não é responsável pela perda de prazo, em recurso de reclamação trabalhista, porque este fato não constituía dano, só verificável se o resultado do recurso fosse certo. Confundiram-se an debeatur e quantum debeatur, por má informação sobre o conceito de dano. Sem dúvida que este deve ser certo e provado desde logo na ação. Mas o dano, na espécie, era a perda de um direito, o de ver a causa julgada na instância superior. Se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não podia.[438]

Para Caio Mário da Silva Pereira:

> É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da idéia de perda de uma oportunidade (perte d'une chance) e puder situar-se a certeza do dano. Daí dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.[439]

Em tempos mais recentes, interessante, também, o posicionamento de Antonio Jeová Santos:

> [...] coloca-se a perda da chance, considerada como a frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito. A oportunidade que é frustrada não é o benfício aguardado, mas a simples probabilidade de que esse benefício surgiria, se não houvesse um corte no modo de viver da vítima.[440]

Para Sergio Cavalieri Filho:

> [...] a doutrina francesa, aplicada com freqüência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (perte d'une chance) nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter

---

438 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1983, vol. I, p. 308.

439 PEREIRA, 1998, p. 42.

440 SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Lejus, 1999, p. 110.

> uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.[441]

Sílvio de Salvo Venosa, contudo, traz exemplo de perda da chance que é, inclusive, indenizável hodiernamente:

> Quando nossos tribunais indenizam a morte do filho menor com pensão para os pais até quando esse atingiria 25 anos de idade, por exemplo, é porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas do lar. Essa modalidade de reparação de dano é aplicação da teoria da perda da chance.

No mesmo sentido, e ao fazerem comentário acerca do Art. 402 do atual Código Civil, afirmam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

> Se a chance de fato existia, foi considerada séria e a conduta culposa do agente impediu que ela se verificasse, é certo que a vantagem esperada está perdido e disso resulta, segundo a doutrina mais recente, um dano emergente, passível de indenização. Certo não é o bom êxito que a chance descortina, ainda que extremamente provável. Certa é a chance em obtê-lo, o que por si só constituían um ativo, às vezes importante, no patrimônio de quem a perdeu. Por força do princípio da plena reparação de danos, que deve nortear a responsabilidade civil, a indenização da chance em si considerada já vem sendo admitida pelos tribunais pátrios.[442]

Para Fernando Noronha:

> Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se

---

441 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97-98.

442 BARBOZA; MORAES; TEPEDINO, 2004, vol. I, p. 727.

> traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que houve a interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, podemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura; no segundo, em que não houve interrupção de um processo danoso em curso, falar-se-á em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (e em que, portanto, temos um dano presente). Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil; em especial, será exigida culpa do agente quando a hipótese for de responsabilidade subjetiva e prescindir-se-á dela quando a responsabilidade for objetiva.[443]

No mais completo estudo nacional sobre tal questão, Rafael Pettefi da Silva, anuncia:

> Quando falamos da palavra chance, imediatamente lembramos uma situação indefinida, uma probabilidade ou o acaso. Nossa vida está repleta de situações aleatórias e que possuem apenas uma probabilidade de acontecer, como no caso de conseguir um emprego, ganhar uma partida de tênis ou obter lucros na realização de um contrato. Entretanto o modo como o mundo jurídico tenta regular este tipo de situação nunca se deu de maneira harmoniosa.[444]

Relativamente recente no Brasil, a perda da chance está ligada à idéia de dano, como forma de aferição do mesmo, para efeitos de ressarcimento.

É considerada uma terceira espécie de dano patrimonial, vista como um intermediário entre o conceito de dano emergente e o de lucro cessante.

O dano patrimonial, para efeitos de indenização, deve ser atual e certo, de forma a facilitar o cálculo dos valores devidos a título de perdas e danos.

A perda da chance, contudo, é teoria utilizada para calcular a indenização por dano material quando há um dano atual, porém incerto, dito *dano hipotético*, o

---

443 NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 669-670.

444 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise comparativa. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007, p. 33.

qual necessitará de um juízo de valor para a aferição do *quantum* devido a título de indenização. O que se analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante).

Vale ressaltar ainda que, quando da indenização patrimonial sob o prisma da perda de oportunidade, o que se deve levar em conta para a fixação do *quantum* é a chance em si, e não o que a vítima poderia ter recebido; não se pode tencionar cobrir o eventual benefício perdido.

Quando se fala na indenização de um dano hipotético, incerto, muitas críticas são feitas pelos doutrinadores, seja em função da fixação do *quantum* da reparação, ou justamente da incerteza de um dano caracterizado como *patrimonial*.

Perda de uma chance representa a possibilidade de ser indenizado o "[...] dano causado quando a vítima vê frustrada, por um ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça".[445]

Sérgio Severo, a respeito da indenização pela perda de uma chance, pondera, com inteira pertinência: "[...] é essencial que a mesma seja 'plausível e não aponte uma simples quimera', como ensina Le Tourneau". E, adiante, reforça:

> [...] esta chance deveria ser séria e viável [...]. Portanto, a chance deve ser considerável e não meramente eventual. O montante indenizatório também não deve ser correspondente ao total do benefício que possivelmente ocorreria ou das perdas que poderiam ser evitadas. Na estipulação de tal montante, deve ser levada em conta a probabilidade de que tal sucedesse, sendo indenizado o percentual de que foi privada a vítima, ou seja, 'o juiz apreciará, então, não o valor global dos ganhos ou perdas, mas a proporção deste valor que em concreto representa a frustração da chance, que é atribuível ao agente segundo as circunstâncias do caso.[446]

---

445 SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11.

446 Ibidem, p. 13-14.

Importante a afirmação levada a efeito por um dos maiores estudiosos do tema, o italiano Giovanni Pacchioni, no sentido de que "[...] *una semplice possibilita, una chance, ha certo un valore sociale notevole* […]".[447]

Sérgio Savi aponta que os requisitos para a adoção da teoria da perda de uma chance no Brasil dizem respeito a três fatores, a saber: (i) a cláusula geral de responsabilidade civil como cláusula aberta; (ii) o princípio da reparação integral dos danos; e, (iii) a evolução da responsabilidade civil – do ato ilícito ao dano injusto.

A primeira circunstância apresenta a disposição contida nos Arts. 186 e 927 do novel Código Civil, alertando para o fato de que, em tais dispositivos, não cuidou, acertadamente, o legislador de fixar um conceito ou quais modalidades de dano estariam inseridas no dever de reparar, de modo que estariam aptos a referendar a aplicação da teoria em estudo, asseverando:

> [...] não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance.[448]

Em continuidade, aponta o citado autor, como sustentáculo da existência, ainda que implícita, do princípio da reparação integral dos danos, o conteúdo normativo inserto no Art. 402 do Código Civil, no sentido de que "[...] salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor, abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar", mencionando, ainda, que referido vetor há que servir de esteio ao intérprete quando este perquirir ao derredor daquilo que deve ou não ser alvo de reparação no âmbito da responsabilidade civil.

---

447 Ibidem, p. 01.

448 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006, p. 86.

Importante ponderar que, no seu entendimento – do qual comungamos –, o princípio da reparação integral dos danos se apresenta como decorrência lógica dos postulados constitucionais fundamentais da proteção da dignidade humana (Art. 1º, inc. III) e da necessidade de construção de uma sociedade brasileira livre, justa e solidária (Art. 3º, inc. I).[449]

Por último, trata da evolução da responsabilidade civil, cujo nascedouro se deu em torno do elemento culpa, de modo que só de vislumbrava, no início, sua faceta subjetiva.

A modalidade subjetiva trata da responsabilidade cujo reconhecimento depende de haver, no mínimo, culpa do agente violador do direito alheio, de modo que, para a sua verificação, entremostra-se imprescindível a averiguação da atitude levada a efeito pelo indivíduo apontado como infrator.

Assim, se a violação do direito eclodiu de conduta negligente, imprudente ou imperita do agente, exsurgirá sua responsabilidade civil junto à vítima.

Destaque-se que, a presença de dolo por parte do infrator igualmente dá ensejo à eclosão de sua responsabilidade civil, pois, indubitavelmente, se é responsável aquele que agiu sem a intenção de violar direito alheio, assim também o é aqueloutro que almejou o alcançamento de tal desiderato.[450]

---

449 Ibidem, p. 87-88: “Esta ‘absorção’ do Princípio da reparação integral dos danos pela Constituição Federal pode parecer, à primeira vista, desprovida de eficácia prática. Todavia, por constar do texto constitucional, permitirá sua mais fácil aplicação, já que a Constituição Federal, como sabemos, está no ápice do sistema e deve nortear sempre a atividade do intérprete”.

450 PEREIRA, 1998, p. 29-30: “[...] a essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente. Ao determinar o fundamento da responsabilidade civil na doutrina subjetiva, os autores como Demogue, Ripert, De Page a encaram sob ângulo sociológico. Nesta visada, cada um suportará os ganhos e as perdas de suas atividades, salvo se na origem do dano ocorrer uma ‘culpa’. Esta teoria é baseada no princípio da ‘autonomia da vontade’. Em consequência ‘ninguém deve nada a ninguém’. Se ocorre um dano, a vítima, eleita pela sorte, sofrê-lo-á a seu cargo, ‘a menos que demonstre uma culpa, uma vez que a culpabilidade, não podendo ser presumida, deve ser provada. A doutrina contrasta com a do risco, que repousa exclusivamente sobre a idéia econômica do proveito’”.

Com o passar do tempo, verificou-se que a responsabilização por danos não poderia mais ficar adstrita à comprovação do elemento culpa, surgindo, então, a chamada responsabilidade objetiva.

A modalidade objetiva refere-se à responsabilidade cujo reconhecimento independe da análise da culpa do agente – e, obviamente, também do dolo –, na medida em que há dispensa da lei da necessidade de apreciação da conduta do indivíduo apontado como responsável pelo direito violado.

Observe-se que, a rigor, não se poderá falar, portanto, na existência propriamente de um agente violador, mas apenas e tão-somente na existência de um responsável pelo direito violado por atitude que não se caracteriza como culposa porque não impregnada de qualquer negligência, imprudência ou imperícia.

Aqui, exige-se apenas um comportamento para que se possa considerar o seu autor como responsável civil pela violação de direito que dessa atitude eclodiu, mesmo que o aludido modo de agir encontre total respaldo na legislação.

Não se pode perder de vista, também, o giro conceitual que sofreu o instituto da responsabilidade, na exata medida em que o ato ilícito deixou de ser *a menina dos olhos*, deslocando-se, assim, a preocupação à proteção da vítima de um dano injusto.

Sérgio Savi:

> Esta nova forma de análise das regras de responsabilidade civil acaba por concretizar a dogmática jurídica principiológica, pois permitirá que, diante de um caso concreto, o aplicador do direito pondere os interesses em jogo e, a partir dos valores expressos na Constituição Federal, decida quem deve arcar com a responsabilização pelos prejuízos. A Responsabilidade Civil focada no dano injusto permite, portanto, que as situações subjetivas sejam analisadas em conjunto e não mais isoladamente, como ocorria antes da interpretação dos institutos de Direito Civil à luz da Constituição, o que permitirá a mais efetiva realização de justiça. A perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da

> responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano.[451]

Nossos Pretórios já vêm reconhecendo a possibilidade jurídica do pedido indenitário fulcrado na teoria da perda de uma chance, podendo-se citar, nesse particular, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, quando dos julgamentos do AG nº 272.635/RJ, RESP nº 57.529/DF e RESP nº 788.549/BA.

5.2.2 A aplicação da teoria da responsabilidade por perda de uma chance como corolário do direito fundamental à proteção jurídica efetiva à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes: a quebra da isonomia como fator de embasamento à responsabilidade estatal

Como visto anteriormente, tem-se como irrefragável a assertiva de que, por força constitucional, o Estado deve outorgar especial proteção à família, bem como, em se tratando de direitos e interesses afetos a crianças e adolescentes, aplicar os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, quando da condução jurídica de seus destinos.

Para Eduardo Espínola:

> [...] o amor dos pais aos filhos e o destes aos pais continua a ser cultivado e observado com toda a dedicação e carinho. A família, principalmente em seu círculo restrito, cada vez mais se impõe ao espírito da coletividade, como base sólida da sociedade, a inspiradora das virtudes cívicas, o mais puro esteio da organização estatal. Daí o reconhecimento, as garantias e favores que lhe tributam as mais modernas Constituições Políticas.[452]

Em consonância com a gama protetiva acima retratada e, também por ordem constitucional, outorgou-se a crianças e adolescentes, dentre outros e com

---

451 SAVI, 2006, p. 98-99.

452 ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 28.

status jusfundante, o direito de convivência familiar e comunitária, de modo que se existe a concessão de um direito, inegável a existência, em contrapartida, de uma garantia efetiva que o assegure, projeta, repare e concretize.

Grosso modo, vale repisar que de nada adiantaria afirmar-se no texto basilar que é direito de todos ir e ver dentro do território nacional se, de outro lado, não se verificasse a existência da garantia fundamental[453] de impetração de *habeas corpus*, a fim de prevenir ou corrigir eventuais abusos ou violações em relação ao citado direito de liberdade de locomoção.

Desta feita, e voltando-se os olhos novamente à temática que inspirou a realização do presente trabalho, tem-se que, se a Constituição Federal assegurou, com caráter de norma fundamental, o direito à convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes, devem, necessariamente, existir mecanismos aptos a ensejar a pronta defesa, a concretização e a reparação em casos de malferimento ao exercício do aludido direito.

Entretanto, o que se observa na prática, é a ausência de positivação específica no que se refere às hipóteses de violação do referido direito fundamental dos infantes, emergindo daí a necessidade de se buscar, via integração do ordenamento jurídico, meios que possam suprir, a contento, tal lacuna, a fim de que os prejudicados possam encontrar, nas instâncias próprias, a responsabilização, a cessação e a reparação da violação que lhes foi injustamente impingida.

Na seara repressiva, ou seja, depois de ocorrida a violação do direito de convivência familiar e comunitária, tem-se a total possibilidade de que os agentes prejudicados busquem a responsabilização do Estado pelo descumprimento de um dever (obrigação) que lhe era inerente e inafastável, surgindo, com plena viabilidade, a aplicação judicial da teoria da perda de uma

---

[453] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80: “As garantias fundamentais correspondem às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam previnir e/ou corrigir uma violação de direitos”.

chance, cujos caracteres gerais foram explanados no item imediatamente anterior ao presente.

De fato.

Ab initio, e de acordo com a lição propagada por Sergio Cavalieri Filho, necessário se faz a correta distinção entre obrigação e responsabilidade, cuja diferenciação, nos dizeres do aludido jurista, assim se consubstanciam:

> Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que 'a responsabilidade é a sombra da obrigação'. Assim, como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.[454]

Em continuidade, para que se possa aplicar a teoria da perda de uma chance em casos de violação ou malferimento ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, mister se faz, corretamente, identificar quem detém o dever, a obrigação de concretizá-lo e respeitá-lo para que, ao depois, se possa perseguir, com segurança, a devida responsabilização pela verificação do ilícito.

Na hipótese em estudo, surge, com clareza solar, que a obrigação pela consecução do mencionado direito fundamental recai sobre o Estado, ou seja, sobre a União Federal, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, nos exatos termos dos Arts. 226 e 227 da Constituição Federal, referendados pelo Art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

[454] CAVALIERI FILHO, 2006, p. 24.

Assim, uma vez respondida a pergunta, necessária se faz uma breve explanação, no intuito de identificar-se a materialização do regime jurídico de responsabilização estatal no Brasil, em face do quanto positivado no § 6º do Art. 37 da Constituição Federal, que assim dispõe:

> Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> § 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa [...].

Por intermédio da leitura do dispositivo basilar referenciado no parágrafo anterior, tem-se claro que, nas hipóteses em que a apuração envolver atos ou condutas lesivas e/ou ilícitas perpetradas por pessoas jurídicas de direito público (União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como por pessoas jurídicas de direito privado que se encontrem na qualidade de prestadoras de serviços públicos, a responsabilidade será de natureza objetiva, ou seja, prescinde-se do elemento culpa, atendendo-se, para sua devida concretização, apenas e tão-somente a demonstração do nexo de causalidade entre o evento e o prejuízo alegado pelo agente que o sofreu.

De acordo com a interpretação emprestada por Celso Antônio Bandeira de Mello ao conteúdo normativo constitucional de regência, verifica-se que as pessoas que ensejam a responsabilização estatal:

> [...] são todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio. Nesta qualidade ingressam desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal. Ademais, para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham

> cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionários de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.[455]

A responsabilidade estatal, todavia, galgou muitas conquistas até atingir o estágio atual, passando, inegavelmente, por uma gradual e surpreendente evolução, sendo certo que o direito francês teve contribuição de suma importância, devido à construção jurisprudencial que se deu nesse país, através do Conselho de Estado.

Na análise de Rômulo Ferreira Nunes:

> [...] não se pode desprezar que a idéia de justiça social foi fundamental para a evolução dessa responsabilização, como se reporta Louis Trobatas: 'O desenvolvimento da responsabilidade do Poder Público, produto de um trabalho da doutrina e da jurisprudência, justifica-se por considerações de justiça e solidariedade social: não é justo deixar a cargo de uma pessoa o dano causado pelo funcionamento do serviço público, que, por definição, traz proveito a toda coletividade. A idéia de um direito social, o desejo de defender o indivíduo isolado, isto é, o fraco, que determinaram esta evolução, e seus resultados, até o presente, mostraram-se generosos e conformes ao advento de uma justiça social melhor'.[456]

No desenvolvimento da responsabilidade estatal surgiram três teorias, a saber: a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, a Teoria Civilista e a Teoria Publicista. Cabe ressaltar que durante a evolução dessas teorias, umas não sucederam às outras, ao contrário, o mundo jurídico verificou a coexistência progressiva das mesmas.

---

455 MELLO, 1997, p. 938-939.

456 "*Le dévéloppemnt de la responsabilité de la puissance publique, produit d'un long travail de la doctrine e de la jurisprudence, se justifie par des considérations de justice et de solidariété sociale; il n'est pas juste de laisser à la charge d'une personne le dommage causé par le fonctionnement d'un service public dont profite, par définition, toute la collectivité. C'est l'idée d'un droit social, le désir de défendre l'individu isolé, c'está-dire le faible, Qui ont déterminé cette évolution, et ses résultats ont été tenus, jusqu'à présent, pour généreux et conformes à l'avenement d'une justice sociale meilleure*".

Originariamente vigia o princípio da irresponsabilidade estatal, no qual não se concebia qualquer tipo de reparação de danos causados pelo Poder Público a quem quer seja.

Os Estados Absolutistas pregavam que possíveis erros da Administração constituiriam um risco que todos deveriam correr, ou seja, o erro do Estado era um erro de todos. Assim sendo, entendia-se que o Estado era a expressão da Lei e do Direito e jamais poderia violar uma lei, redundando na fórmula *the King can do no wrong* (o rei não erra). Esse princípio abrangia também os altos funcionários que representavam o Estado.

Afirmavam, ainda, ser o Estado dotado de soberania e que não poderia ser colocado no mesmo nível do servidor e que os atos atentatórios à lei seriam imputados ao funcionário, e nunca ao Estado.

Concluindo, existia a irresponsabilidade plena do Estado e, por outro lado a responsabilidade do funcionário quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele.

Como não poderia ser diferente, a teoria da irresponsabilidade do Estado não resistiu à evolução social e, por evidências, encontra-se inteiramente ultrapassada.

A partir do século XIX, começa a ser reconhecida a possibilidade da culpa estatal pelos atos de gestão. O Estado passou a ser visto como pessoa revestida de personalidade com capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações. Desta forma, a teoria da irresponsabilidade começa a ser superada.

Para efeito de responsabilidade do Estado, distinguia-se: (i) quando agia soberanamente, usando seu poder de império, não havia equiparação à pessoa jurídica de direito privado e, conseqüentemente, não poderia ser responsabilizado; e, (ii) quando a atividade se equiparasse aos particulares, o Estado praticava ato de gestão, e estava sujeito a reparar os atos lesivos causados por seus prepostos.

Já no final do século XIX, a teoria civilista declinou, uma vez que se constatou que essa separação de atos tornou-se impossível de ser aplicada aos casos concretos, diante da dificuldade de distinguir quando o Estado atuava soberanamente e quando atuava equiparado ao particular.

Nesse diapasão, surge a responsabilidade subjetiva do Estado, baseada exclusivamente na culpa. O Estado seria responsabilizado se houvesse culpa (em sentido amplo) do agente, preposto ou funcionário – culpa indireta (*in eligendo* e *in vigilando*).

Para que o Estado respondesse pelos danos, incumbia ao particular prejudicado provar a ilicitude perpetrada pelo agente público.

Com a dificuldade de se demonstrar a culpa do Estado, frustrava-se a obrigação deste reparar o dano causado pelo seu agente. Assim sendo, a matéria evoluiu no sentido de que os princípios a serem observados deveriam ser de Direito Público, e não de Direito Privado.

O advento do célebre caso *Blanco*[457] foi fundamental para o reconhecimento dos princípios do Direito Público, bem como, na seara norte-americana, o julgamento Greenman v. Yuba Power Products, ocorrido no início da década de 1960, como explana Fábio Luiz Gomes:

> O precedente jurisprudencial que nos Estados Unidos origina a doutrina da responsabilidade sem culpa é o caso Greenman v. Yuba Power Products, de 1962. Neste caso, a parte foi a juízo buscando a reparação dos danos sofridos em razão de uma lesão causada em seu rosto, fruto de um pedaço de madeira que se desprendeu da máquina pertencente a um conjunto de carpintaria que lhe foi oferecido pela vendedora Yuba Power Products. Em que pese não tenha havido culpa da vendedora, restando comprovado que o ato se deveu ao uso normal do equipamento, houve a responsabilização da empresa.[458]

---

457 "Agnés Blanco, ao atravessar uma rua na cidade francesa de Bordeux, foi atropelada por um vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo, que lhe estraçalhou a perna. Seus pais acionaram o Estado pleiteando indenização. Suscitado conflito de Atribuições, o Tribunal de Conflitos declarou que a controvérsia deveria ser julgada pelo Tribunal Administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade surgida do funcionamento de serviço público".

458 GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela**: a superação do paradigma da modernidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 175.

Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que quando adotada a responsabilidade do Estado, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que "[...] evolui de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, vale dizer, ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso".[459]

Desta forma, com o intuito de solucionar a questão, surgiram as teorias da culpa do serviço (ou administrativa, ou falta de serviço), e do risco, que abrange as teorias do risco administrativo e do risco integral, sendo todas oriundas da responsabilidade objetiva do Estado, mas com fundamentos diversos.

Esta teoria traz a idéia de responsabilidade do Estado não pela culpa do funcionário que exerce atividade pública, indagando-se apenas acerca da falta objetiva do serviço, ou seja, quando o serviço não funcionava, funcionava mal ou funcionava tardiamente.

Então, independe a falha do agente, pois existindo má prestação do serviço que ocasione danos a terceiros, existe a obrigação de o Estado indenizar. Desta forma, cabe ao prejudicado provar a falta ou deficiência do serviço público. A teoria em debate caracteriza-se como responsabilidade objetiva, embasada na idéia da desnecessidade do elemento culpa para configurar a responsabilidade.

A obrigação de ressarcir o dano prescinde do elemento subjetivo, para se concentrar no elemento objetivo representado pelo nexo de causalidade entre a ação e o dano.

De oportuno frisar que não há como carrear para o Poder Público os ônus de todos os males suportados pelas sociedades, pois devem existir limites do dever de vigilância por parte do Estado.

A teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral podem ser consideradas espécies do mesmo gênero, mas a primeira admite causas excludentes de responsabilidade, não ocorrendo o mesmo com a segunda.

---

459 MELLO, 1997, p. 438.

Através desta teoria (responsabilidade objetiva do Estado), a obrigação do Estado em recompor os danos surge no momento em que se vislumbra o nexo causal entre o dano e o ato lesivo.

Desta forma, não se cogita em demonstrar culpa do agente, pois basta que o prejudicado demonstre o prejuízo que seja atribuído à Administração.

Em contraposição, cabe ao Estado, portanto, provar que não causou dano ou que a culpa cabe a vítima para livrar-se da obrigação indenitária.

Conforme a teoria ora estudada, a responsabilidade da Administração é admitida em qualquer caso, desde que haja o nexo causal entre o dano e o ato, mesmo que resulte de culpa ou dolo da própria vítima, não se admitindo excludente de responsabilidade.

Essa teoria foi considerada por Hely Lopes Meirelles como:

> [...] modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, à Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resulte da culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de 'brutal', pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza. Essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem sustente sua admissibilidade no texto Constitucional da República.[460]

No ordenamento jurídico brasileiro ocorreu alternação entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade civil da Administração com o decurso do tempo.

O Art. 179, inc. XXIX, da Constituição Federal de 1824, abaixo descrito *in verbis*, estabelecia a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, salvo no que respeitava ao Imperador, que gozava do privilégio da irresponsabilidade (Art. 99, *in verbis*).

---

460 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 558.

> Art. 179: A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...]
> XXIX – os Empregados Publicos são estrictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticados no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.
>
> Art. 99: A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

A Constituição Republicana de 1891 previa comandos tendentes à responsabilização dos funcionários públicos pelos abusos e omissões praticados no desempenho de suas atribuições ou quando fossem indulgentes com seus subalternos, conforme o descrito no Art. 82.

Nesse caso, não era defeso a solidariedade do Estado no ressarcimento do dano. Vejamos a redação do mencionado dispositivo legal, *in verbis*:

> Art. 82: Os funccionarios publicos são estrictamente responsaveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos, assim como pela indulgencia, ou negligencia em não responsabilizarem effectivamente os seus subalternos.

Simultaneamente à disposição constitucional citada, vigoravam leis e decretos tornando manifesta a responsabilidade da Fazenda Pública por atos lesivos praticados por seus agentes.

Então, através do liberalismo, foi introduzida a responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes, caracterizada pela assunção dessa responsabilização em todos os níveis de atividades e identificada com a chamada culpa do preposto, prevista no Art. 15 do Código Civil. Vejamos, novamente, a redação do mencionado artigo, *in verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou

faltando o dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

A imprecisão legislativa, todavia, propiciou vasta divergência na interpretação do citado artigo.

Entenderam alguns juristas, conforme o texto da lei, que havia a possibilidade da aplicação da teoria do risco.

A esse respeito Alvino Lima sustenta: "O Código Civil Brasileiro seguindo a tradição de nosso direito, não se afastou da teoria da culpa, como princípio genérico regulador da responsabilidade extracontratual",[461] enquanto que, de outro vértice, Ulderico Pires dos Santos ponderava:

> Os Arts. 15 do Código Civil e 107 da Constituição Federal aí estão e não autorizam discussão alguma a esse respeito, isto é, de que elas respondem sempre pelos danos provenientes de seus agentes, funcionários ou prepostos quando estes, no exercício de seus misteres, violam direitos. Somente numa hipótese poderão se livrar do ressarcimento: é no caso de resultar insofismavelmente comprovado que a provocadora do evento foi única e exclusivamente a vítima.[462]

Vigia, entre nós, a doutrina da culpa subjetiva, superada com o advento da Magna Carta de 1946, a qual, em seu Art. 194, recepcionou a teoria objetiva do risco administrativo, revogando em parte o Art. 15 do Código Civil. É o entendimento dos consagrados juristas Aguiar Dias, Seabra Fagundes e Hely Lopes Meirelles.

Em contraposição, encontra-se o pensamento abalizado dos não menos famosos Themístocles Cavalcanti, Pontes de Miranda, Alfredo de

---

461 Alvino Lima, apud, OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. **A responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Jurídica, 2001, p. 59.

462 SANTOS, Ulderico Pires dos. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 595.

Almeida Paiva entre outros. Observe-se a redação do mencionado artigo constitucional, *in verbis*:

> Art. 194: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa dêstes.

A teoria da responsabilidade objetiva também foi tratada na Constituição Federal de 1967, em seu Art. 105, bem como na Constituição de 1969, no Art. 107.

Descrever-se-ão então os artigos acima mencionados, *in verbis*:

> Art. 105 da CF/67: As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dôlo.

> Art. 107 da CF/69: As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Nada melhor do que fazer eclodir a firme orientação jurisprudencial emanada do Excelso Supremo Tribunal Federal:

> Responsabilidade Civil do Estado. Art. 107 da Constituição. Assentada no risco administrativo, independe da prova de culpa. Basta que o lesado demonstre o nexo causal entre o fato e dano. Recurso conhecido e provido (STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 116.333 – RJ, j. 30/06/88, v.u., Relator Ministro Carlos Madeira, com destaques nossos).

Neste caminhar, finalmente chega-se à atual Constituição Federal de 1988, que, no § 6º do Art. 37, prevê, *in verbis*:

> Art. 37, § 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos

> danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O dogma adrede ventilado faz alusão à denominada Teoria do Risco Administrativo, a qual postula que qualquer ato praticado pela administração que vier a causar dano a terceiro deve ser integralmente indenizado, haja vista que a responsabilidade civil do Estado e dos prestadores de serviços públicos é de natureza objetiva, ou seja, não há necessidade de que o praticante do ato malsinado tenha agido com culpa ou dolo, bastando somente a existência da relação de causa e efeito entre a ação ou omissão estatais e o dano sofrido.

Assim sendo, seguindo as linhas traçadas pelas últimas Constituições, bem como pela Constituição Federal em vigor desde 1988, tem-se que o legislador pátrio manteve a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo, modalidade essa perfeitamente aplicável à problemática em estudo, não se perdendo de vista a vetusta afirmação de há muito perpetrada por Onofre Mendes Júnior: "[...] tôda lesão partida do Estado, por seus representantes ou prepostos, a um legítimo direito individual, não afeta sòmente o bem de um, mas o de todos, ou da coletividade".[463]

Entrementes, a preponderância pela adoção da teoria da responsabilidade objetiva não afasta a possibilidade de, em casos específicos, de o Estado responder subjetivamente pelos danos causados a outrem, mormente no que diz respeito às chamadas condutas omissivas, *id est*, nas hipóteses em que o órgão estatal possui uma determinada obrigação, porém, o serviço não foi realizado, foi efetuado intempestivamente ou, ainda, foi, mas não a contento, encontrando-se despido de qualquer eficácia.

Trata-se da responsabilidade cujo reconhecimento depende da presença de, no mínimo, culpa do agente violador do direito alheio, de modo que, para a

---

463 MENDES JÚNIOR, Onofre. **Direito administrativo**. 2ª ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961, vol. I, p. 314.

sua verificação, entremostra-se imprescindível a averiguação da atitude levada a efeito pelo indivíduo apontado como infrator.

Assim, se a violação do direito eclodiu de conduta negligente, imprudente ou imperita do agente, exsurgirá sua responsabilidade civil junto à vítima.

Destaque-se que a presença de dolo por parte do infrator igualmente dá ensejo à eclosão de sua responsabilidade civil, pois, indubitavelmente, se é responsável aquele que agiu sem a intenção de violar direito alheio, assim também o é aqueloutro que almejou o alcançamento de tal desiderato.

A respeito do assunto, Caio Mário da Silva Pereira leciona:

> [...] a essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente. Ao determinar o fundamento da responsabilidade civil na doutrina subjetiva, os autores como Demogue, Ripert, De Page a encaram sob ângulo sociológico. Nesta visada, cada um suportará os ganhos e as perdas de suas atividades, salvo se na origem do dano ocorrer uma 'culpa'. Esta teoria é baseada no princípio da 'autonomia da vontade'. Em consequência 'ninguém deve nada a ninguém'. Se ocorre um dano, a vítima, eleita pela sorte, sofrê-lo-á a seu cargo, 'a menos que demonstre uma culpa, uma vez que a culpabilidade, não podendo ser presumida, deve ser provada. A doutrina contrasta com a do risco, que repousa exclusivamente sobre a idéia econômica do proveito' (De Page, *Traité*, vol. II, nº 930; Demogue, *Obligations*, vol. III, nº 277; Ripert, *La Regle Morale dans les Obligations Civiles*).[464]

São os pressupostos da responsabilidade subjetiva:

---

[464] PEREIRA, 1998, p. 29-30.

a) ação ou omissão do agente: por ação ou omissão do agente há de se entender a conduta por ele efetivamente tomada, isto é, o agir positiva ou negativamente segundo o seu próprio querer, ainda que a atitude almejada não seja propriamente o fim que acabou sendo alcançado, daí porque a culpa mostra-se como elemento suficiente para o reconhecimento do elemento em comentário.

Observe-se que a ação ou omissão de que ora se cogita diz respeito àquela contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, que não encontra respaldo na legislação vigente. Outrossim, nunca é demais ressaltar que existem situações nas quais a conduta de terceiro acarreta a responsabilidade de indivíduos que a rigor não agiram ou deixaram de agir diretamente.

É o que ocorre com as pessoas a que alude o Art. 932 do Código Civil, cuja responsabilidade decorre do dever legal de vigilância que a lei faz questão de ressaltar.

b) culpa do agente: como já anteriormente exposto, no âmbito da responsabilidade subjetiva há de se perscrutar acerca da conduta do agente, seja no aspecto comissivo ou omissivo, nunca se olvidando, evidentemente, que a presença do dolo – que, como se viu, é mais do que culpa –, é mais do que suficiente à admissão da presença do pressuposto em comentário.

Todavia, seja como for, a verdade é que basta a presença de quaisquer das modalidades de culpa acima mencionadas – negligência, imprudência ou imperícia – para o integral cumprimento do pressuposto em comentário.

c) dano: o presente pressuposto refere-se a toda lesão a direito, seja ela de ordem patrimonial ou exclusivamente moral, sendo certo que nenhuma discussão hoje mais remanesce quanto à indenizabilidade da última, até por conta da redação atribuída à parte final do Art. 186 do Código Civil, daí porque se mostram desnecessários maiores comentários acerca de tal possibilidade, já incontroversa, diga-se *en passant*, desde o novo ordenamento constitucional em decorrência das determinações constantes dos incs. V e X do Art. 5º da Constituição Federal.

d) relação de causalidade: corresponde à relação causal, isto é, à *causa e feito* entre a conduta do agente e a conseqüente ocorrência do dano – ou da simples violação do direito para aqueles que dispensam a necessidade da presença do dano para a caracterização do ilícito.

Assim, o dano (ou violação) deve ter decorrido de ação ou omissão voluntária imputável ao agente, ou, ao menos, de sua responsabilidade em razão de determinação legal, como ocorre nas situações previstas no Art. 932 do NCC.

Assim, e depois de verificado qual o *modus operandi* de responsabilização estatal pela violação de uma obrigação que lhe era ínsita, em caso o direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, passa-se a conjugar que referida demonstração é totalmente compatível com a aplicação da já por vezes mencionada teoria da perda de uma chance.

Pois bem.

Consoante a própria expressão utilizada no *caput* do Art. 1º da Constituição Federal, tem-se como inconteste que o Brasil adotou, como forma de governo, o modelo republicano, emergindo daí importantes considerações jurídicas, não se perdendo de vista, entretanto, que o citado modelo foi adotado em nosso País desde o ano de 1889, momento em que se verificou a derrocada do regime monárquico até então comandado pelo imperador Dom Pedro II.

Embora o princípio republicano[465] desfrute de inegável importância dentro do arcabouço jurídico brasileiro, a verdade é que o mesmo não se constitui em

---

[465] AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 109: "Ultimamente, os princípios defendidos pelo Republicanismo passam por um processo de releitura para serem utilizados contra as múltiplas crises que afligem a sociedade. Esses princípios são dinâmicos, podendo se ajustar tanto a uma estrutura econômica capitalista quanto a uma estrutura econômica socialista. Inexiste a implementação de uma política deniminada republicana, composta de medidas detalhadas que precisam ser realizadas. Seu conteúdo é principiológico, orientando de maneira genérica as diretrizes firmadas pelos agentes públicos. Seus valores tencionam influenciar as formas de organização política para garantir uma lliberdade substancialista aos homens, soltando-os das amarras impostas pela dominação existente em amplos setores da sociedade. A recuperação de alguns conceitos chave do Republicanismo, além de ajudarem na manutenção da estabilidade social e aprimorarem o regime democrático, contribuem para que o Estado possa da melhor forma possível realizar suas finalidades, que em última consideração consiste em proporcionar à população uma vida digna, com a garantia de que não terão sua liberdade mitigada por atos arbitrários".

cláusula pétrea, o que, em tese, estaria a permitir sua exclusão ou alteração via emenda constitucional, como, aliás, se verificou, no plano concreto, com a realização de plebiscito nesse sentido em 1993.

Ensina Roque Antonio Carrazza:

> O que podemos dizer, em termos genéricos, é que, numa República, o Estado, longe de ser o senhor dos cidadãos, é o protetor supremo de seus interesses materiais e morais. Sua existência não representa risco para as pessoas, mas um verdadeiro penhor de suas liberdades.[466]

Desta feita, inegável a assertiva de que a República foi erigida no Brasil como forma de contraponto e de mudança em relação ao governo que até então vigia (monarquia), passando a concentração do poder de uma só pessoa para a coletividade, para o povo, por intermédio de representantes legitimamente eleitos por essa mesma coletividade e até mesmo diretamente em determinadas e específicas situações.

Assim, e de acordo com os ensinamentos de Adriano Pilatti, verifica-se que a República tem por escopo ser *o governo de muitos*, caracterizando-se por um feixe de atributos mínimos que constituem a riqueza de sua transposição como princípio fundamental positivado, a saber:

> [...] – afirmação radical de uma concepção igualitária de bem público, cujo titular e destinatário é o povo, compreendido como multidão de cidadãos livres, porque iguais em direitos (e não de súditos segregados com base em discriminações odiosas de linhagem, das quais decorrem privilégios transmissíveis por hereditariedade, e outras superstições do mesmo naipe); – rigorosa distinção entre o patrimônio público (que pertence coletivamente à multidão-cidadã e não pode sofrer apropriação particular por quem quer que seja) e o patrimônio privado dos governantes; distinção esta, que deve nortear a atuação de todos os agentes estatais, sobretudo quando traduzida em atos de gestão da coisa pública, impondo-lhe os deveres inarredáveis de impessoalidade e de prestação de contas; – eletividade dos governantes (ao menos, enquanto houver governantes e governados [...]), mormente do chefe do Estado, temporariedade dos seus mandatos, e conseqüente periodicidade das eleições; – possibilidade de responsabilização político-jurídica de todos os

[466] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 48.

> agentes públicos, sem exceção, pela prática de atos lesivos ao bem público.[467]

Desta feita, e depois de visualizadas as noções gerais afetas ao princípio constitucional republicano, encontra-se porto seguro para estabelecer sua definição.

A expressão *República*, como bem salienta Roque Antonio Carrazza,[468] diz respeito à forma de governo em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo, transitório e com responsabilidade.

Outro dado atrelado à aplicação do princípio republicano inegavelmente diz respeito à questão do tratamento isonômico dos cidadãos que se encontram sob a sua égide e proteção.

A questão afeta à isonomia é fonte de aplicação e inspiração para todas as áreas jurídicas existentes, servindo de corolário e agindo como irreprochável desdobramento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, regularmente dogmatizado no inc. III do Art. 1º da *Lex Legum*.

Assim, tem-se que a necessidade de tratamento isonômico entre cidadãos se entremostra de observância obrigatória, na exata medida em que, numa sociedade dita republicana, não mais se toleram diferenciações ou privilégios calcados na posição social (ou qualquer outro fator de discriminação) ocupada por um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos.

Nesse caminho, não se verificam espaços para aceitação de diferenciações entre pessoas que se desenvolveram dentro de seio familiar estruturado daquelas outras que assim não puderam crescer, em face da omissão estatal no que tange ao seu dever de concreção do direito

---

467 PILATTI, Adriano. **Cadernos de soluções constitucionais**. São Paulo: ABDC, 2005, vol. I, p. 13-14.

468 CARRAZZA, 2004, p. 48.

fundamental de convivência familiar e comunitária afeto as nossas crianças e adolescentes.

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas sim, instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos, sendo esse o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia.[469]

Para Aristóteles, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Hans Kelsen afirma:

> A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Observa-se, assim, que o princípio da igualdade estabelece como função precípua da lei proibir tratamento desigual às pessoas que ostentam o mesmo *status* jurídico.

Presume-se, dessa maneira, que as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, do sexo ou da convicção religiosa (*caput* do Art. 5º da CF).

O que a ordem jurídica pretende firmar, por meio do princípio da igualdade, é a impossibilidade de desequiparações fortuitas e injustificadas.

---

469 LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 21: “O exercício do Poder do Estado, para que este não se transforme no Leviatã, para que o Príncipe não possa dispor das coisas segundo seus interesses pessoais, para que a Liberdade não precise ser resgatada através de constantes revoluções, para que a Democracia seja a única forma aceitável de governo, só pode ser concebido dentro do âmbito de profundo e sincero respeito aos padrões éticos da moral aristotélica”.

O reconhecimento das diferenciações, sem quebra da isonomia, deve observar os seguintes critérios: (i) o elemento tomado como fator de desigualação; (ii) a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento diversificado; e, (iii) a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte, jurídico.

Só com a conjugação desses três aspectos é que se permite a análise correta do problema.

A igualdade é princípio que visa teoricamente duplo objetivo: de um lado propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.

É preciso que haja uma correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento, não bastando apenas a existência de pressupostos fatídicos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia.

Dessa forma, a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais.

A presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque a Lei Maior o impõe. Uma vez editada a lei, surgem as distinções por ela formuladas em consideração à diversidade das situações.

Por fim, vale lembrar que a própria Constituição Federal de 1988, por intermédio de seu Art. 19, põe a termo qualquer objeção em relação ao quanto acima asseverado, na exata medida em que determinou, expressamente, a proibição de que a atuação dos entes federados venha a criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si e, como bem alinhavou Luiz Alberto David Araujo, “[...] os objetivos do estado brasileiro estão claros e bem determinados. A

administração pública tem que seguir esses objetivos. Toda vez que a administração não atentar a esses objetivos, ela estará agindo de forma inconstitucional".[470]

O Estado, ao não concretizar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, sem sombra de dúvidas, estabelece ilícita diferenciação em relação aos infantes que tiveram a sorte de ter uma família estruturada daqueles que assim não conseguiram, encontrando-se os efeitos da citada diferenciação, infelizmente, espraiados nos mais diversos campos (educação, saúde, moradia, vestuário, etc.), solapando-lhes a indispensável oportunidade de um desenvolvimento escorreito e digno.

Ademais, a própria Lei nº 8.069/90, em plena consonância com a verba constitucional, determinou, em seu Art. 70, que a responsabilidade no que tange à prevenção à ocorrência de ameaça ou à violação dos direitos e interesses de crianças e adolescentes é de todos.

Dentro da acepção do vocábulo *todos* não há como se excluir a responsabilidade do Estado nesse particular.[471]

A confirmação do quanto acima asseverado, ainda que de maneira analógica, encontra-se demonstrada por intermédio do posicionamento de nossos Egrégios Pretórios, como se passará a evidenciar.

---

470 ARAUJO, 2004, p. 650.

471 MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73: "Os Direitos da Criança e Adolescente previstos no Estatuto correspondem a uma obrigação daqueles sujeitos elencados no Art. 227, da Constituição Federal: família, sociedade e Estado, sendo permitido a este último admitir a participação de entidade não-governamentais, ratificado pelo Art. 4º do ECA. Pelo descumprimento de uma obrigação em relação à infância e adolescência, tais sujeitos (individual e solidariamente, conforme o caso) que ficaram legalmente obrigados serão responsabilizados por seus atos. Tal responsabilização será decorrente de atos comissivos ou omissivos, 'por falta ou insuficiência da oferta de prestações', conforme ensina Mancuso, de todos aqueles legitimados passivamente, inclusive coobrigados solidariamente, a teor do Art. 70, do ECA. Assim, responsabilizam-se conforme suas obrigações: pais, tutores, entidades de atendimento governamentais ou não-governamentais e o próprio Estado".

(i) O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao proferir julgamento nos autos da apelação cível com revisão nº 553.468-5/1-00, oriunda da Comarca de Bauru, reconheceu a responsabilidade linear dos entes federados no que concerne à concreta aplicação do Art. 196 da Constituição Federal de 1988, como se observa pelo conteúdo da respectiva ementa:

> APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Determinação ao Estado para que forneça medicamentos específicos ao impetrante – Sentença procedente – Reexame necessário considero interposto, Lei nº 1.533/51 – Pretensão pode ser dirigida em face da União, Estado ou Município – Atribuições solidárias – Indisponibilidade do direito à saúde – Norma constitucional que impõe ao Estado a assistência à saúde dos cidadãos, independente da burocracia estatal – Prova de que é portador de moléstia grave (dispinéia enfisêmica pulmonar crônica) – Recursos desprovidos.[472]

(ii) Nessa mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça, também em relação à temática constitucional e indisponível da saúde, reconheceu quando do julgamento do agravo de instrumento nº 713.004/SC, que referida responsabilidade é de natureza genérica, abrangendo, assim, todos os entes federados:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO *A QUO*. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. 1. Afronta ao Art. 535, incs. I e II, do CPC não-configurada. O aresto vergastado analisou todos os pontos relevantes ao desate da controvérsia. Desncesseário exigir da Corte de origem que se pronuncie explicitamente acerca de todos os argumentos levantados pela parte, sobretudo quando não possuem o condão de alterar o entendimento aplicável à espécie. 2. A CF/88 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (Art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a

[472] TJSP, 2.ª Câmara de Direito Público, Relator: Desembargador Samuel Junior, j. 16/01/07, v.u., com grifos nossos.

> solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 3. Agravo de instrumento não-provido.[473]

(iii) Por fim, e com idêntico posicinamento, resta apresentar o aresto formalizado no âmbito da Corte Suprema quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 195.192-5/RGS, a saber:

> MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INC. LXIX, DO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inc. LXIX do Art. 5º da Constituição Federal. SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. **Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios**.[474]

Como se tais decisões não bastassem por si mesmas, tem-se que o próprio Estado reconheceu a responsabilidade solidária no que tange ao direito fundamental objeto deste estudo quando, no final de 2006, houve por bem em lançar o denominado *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, aprovado pelos conselhos nacionais de Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e de Assistência Social (CNAS), sendo certo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios terão de definir ações para garantir o direito de crianças e adolescentes à convivência com seus familiares e sua comunidade, possuindo, assim, responsabilidades compartilhadas para colocar em prática as ações definidas no aludido plano nacional.

Dentro da perspectiva plasmada no Plano Nacional, a criança e o adolescente devem ser vistos de forma indissociável do seu contexto sócio-familiar e comunitário, emergindo, daí, que o Estado, em qualquer de suas formas, deve prestar o devido apoio à família de origem, para que esta possa desempenhar adequadamente o seu papel na proteção e cuidado dos filhos.

---

473 Relator: Ministro José Delgado, j. 10/02/06, com grifos nossos.

474 STF, 2ª Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 22/02/00, v.u., com destaques nossos.

Noutro giro verbal, tem-se que seu escopo é fazer valer o direito fundamental de crianças e adolescentes crescerem e serem educados no seio de uma família e de uma comunidade, priorizando, assim, a recuperação do ambiente familiar, haja vista que a retirada do infante de sua célula é a situação mais extremada, que, sempre que possível, deve ser contornada com ações e políticas voltadas ao apoio à própria família ou a busca de alternativas como as denominadas *famílias acolhedoras*.

As diretrizes que foram traçadas no citado Plano são as seguintes: (i) centralidade da família nas políticas públicas; (ii) primazia da responsabilidade do Estado no fomento de políticas integradas de apoio à família; (iii) reconhecimento das competências da família na sua organização interna e na superação de suas dificuldades; (iv) respeito à diversidade étnico-cultural, à identidade e orientação sexuais, à eqüidade de gênero e às particularidades das condições físicas, sensoriais e mentais; (v) fortalecimento da autonomia da criança, do adolescente e do jovem adulto na elaboração do seu projeto de vida; (vi) garantia dos princípios de excepcionalidade e provisoriedade dos Programas de Famílias Acolhedoras e de Acolhimento Institucional de crianças e de adolescentes; (vii) reordenamento dos programas de Acolhimento Institucional Adoção centrada no interesse da criança e do adolescente; e, (viii) controle social das políticas públicas.

O *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, apresenta os seguintes objetivos gerais:[475]

a) ampliar, articular e integrar as diversas políticas, programas, projetos, serviços e ações de apoio sócio-familiar para a promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária;

b) difundir uma cultura de promoção, proteção e defesa do direito à convivência familiar e comunitária, em suas mais variadas formas, extensiva a

---

[475] Disponível em: <http://www.mds.gov.br/arquivos/plano-nacional-defende-a-convivencio.html>. Acesso em: 12 jan. 2007.

todas as crianças e adolescentes, com ênfase no fortalecimento ou resgate de vínculos com suas famílias de origem;

c) proporcionar, por meio de apoio psicossocial adequado, a manutenção da criança ou adolescente em seu ambiente familiar e comunitário, considerando os recursos e potencialidades da família natural, da família extensa e da rede social de apoio;

d) fomentar a implementação de Programas de Famílias Acolhedoras, como alternativa de acolhimento a crianças e adolescentes que necessitam ser temporariamente afastados da família de origem, atendendo aos princípios de excepcionalidade e de provisoriedade, estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como assegurando parâmetros técnicos de qualidade no atendimento e acompanhamento às famílias acolhedoras, às famílias de origem, às crianças e aos adolescentes;

e) assegurar que o Acolhimento Institucional seja efetivamente utilizado como medida de caráter excepcional e provisório, proporcionando atendimento individualizado, de qualidade e em pequenos grupos, bem como proceder ao reordenamento institucional das entidades para que sejam adequadas aos princípios, diretrizes e procedimentos estabelecidos no ECA;

f) fomentar a implementação de programas para promoção da autonomia do adolescente e/ou jovem egressos de programas de acolhimento, desenvolvendo parâmetros para a sua organização, monitoramento e avaliação;

g) aprimorar os procedimentos de adoção nacional e internacional, visando: a) estimular, no País, as adoções de crianças e adolescentes que, por circunstâncias diversas, têm sido preteridos pelos adotantes – crianças maiores e adolescentes, com deficiência, com necessidades específicas de saúde, afrodescendentes ou pertencentes a minorias étnicas, dentre outros; b) investir para que todos os processos de adoção no País ocorram em consonância com os procedimentos legais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente; e c)

garantir que a adoção internacional ocorra somente quando esgotadas todas as tentativas de adoção em território nacional, sendo, nestes casos, priorizados os países que ratificaram a Convenção de Haia;

h) assegurar estratégias e ações que favoreçam os mecanismos de controle social e a mobilização da opinião pública na perspectiva da implementação do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária;

i) aprimorar e integrar mecanismos para o co-financiamento, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, das ações previstas no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, tendo como referência a absoluta prioridade definida no Art. 227 da Constituição Federal de 1988 e no Art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se perca de vista, também, que com a eclosão da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, estabeleceu-se, dentre outros, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 05 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; leis complementares fixarão normas de cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; compete aos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; o dever do Estado com a educação será efetivado, também, mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 05 (cinco) anos de idade.

Assim, em tais situações, a exemplo do que se argumentou anteriormente, não há como se afastar a responsabilidade estatal pelos danos ocasionados aos titulares do direito fundamental em apreço, pois, do contrário, perder-se-ia a crença de que o texto constitucional, efetivamente, é o berço seguro à albergada daquilo que é mais caro e essencial para os cidadãos brasileiros, isto é, o conjunto inatacável e inarredável de garantias mínimas à

consecução do postulado da proteção da dignidade humana, postulado este, frise-se, grafado com letras maiúsculas no inc. III do Art. 1º da Lei de Outubro.

É de se ponderar, também, que o malferimento do citado direito fundamental de convivência familiar e comunitária, como conseqüência inequívoca da injusta desigualdade que provoca, está a afetar, também, o pleno exercício da cidadania por parte daqueles que acabaram sendo prejudicados pela ineficência estatal no cumprimento de uma obrigação que, como visto, lhe era ínsita e inafastável.

Inegavelmente, a pessoa que necessita se preocupar com a ausência de sua família, com a ausência de comida, com a ausência de trabalho, com a ausência de saúde e higiene, com a ausência de educação, com a ausência de água encanada, com a ausência de carinho e afeto, enfim, com a ausência dos elementos básicos que integram o conceito mediano de vida digna, não possui condição de se ambientar e de se preocupar com os rumos ou com os destinos do País.

Como explicar a quem não tem o que comer, o significado do sistema proporcional que rege a eleição de parlamentares no Brasil e pedir, encarecidamente, que seu voto seja livre e consciente?

Para Ana Maria D'Ávila Lopes:

> [...] a concepção de cidadania como um direito que demanda a participação de seu titular na vida em sociedade está presente na Constituição Federal Brasileira de 1988. Com efeito, no parágrafo único do Art. 1º define-se a democracia brasileira como uma democracia semi-direta, ou seja, como uma democracia representativa com mecanismos de participação direta.[476]

Por muito tempo o conceito de cidadania esteve preso à questão de sua legitimidade de participação no processo eleitoral (capacidade ativa e passiva ao

---

476 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Gomes Canotilho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

sufrágio), ou seja, dizia respeito apenas e tão-somente à possibilidade de exercício pleno dos direitos políticos, como bem demonstra a redação apresentada pelo Art. 5º do Decreto-Lei nº 201/67, cujo dispositivo permite o direito de levar a efeito, perante a Câmara Municipal competente, denúncia em relação a alcaides e/ou edis.

Atualmente, o que se verifica é um processo sem volta de alargamento desse conceito, no afã de que, além de nele se incluir a questão do exercício dos direitos políticos, também seja verificada sua participação efetiva na vida social, nas discussões e diretrizes governamentais e, principalmente, no que diz respeito à concretização das proteções e das garantias que lhe são ínsitas diante de sua condição humana.

Nesse eito, ensina José Alfredo de Oliveira Baracho:

> [...] o conceito de cidadão e cidadania vem adquirindo particularidades, que não se esgotam na compreensão de ser cidadão aquele que participa dos negócios da cidade. Os homens passaram da situação de sujeitos para a de cidadãos, sendo que, na França, somente em 1830 a palavra 'sujeito' desapareceu dos documentos oficiais. O cidadão, no dizer de Philippe Ardant, introduziu com ele a democracia; não há cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos. O cidadão não aparece de um momento para o outro, nos Estados Unidos em 1776, ou em Paris em 1789. Em séculos precedentes, em determinadas sociedades, as pessoas adquirem progressivamente os componentes de certo estatuto, que limita o posicionamento do poder: os do diálogo, os da participação e sobretudo os da proteção contra o arbítrio. Consolidam-se, em certas ocasiões, os processos concretos por meio dos quais o cidadão participa do poder.[477]

Viriato Soromenho-Marques afirma:

> [...] a Revolução Americana teve uma repercussão enorme nas lutas políticas, travadas um pouco por toda a parte, pela conquista dos direitos da cidadania. A própria eclosão, alguns anos depois da Revolução Francesa, não vem enfraquecer, antes corroborar esta tese.[478]

---

477 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias processuais constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 01.

478 SOROMENHO-MARQUES, Viriato. **A era da cidadania**. Mem Martins: Biblioteca Universitária, 1996, p. 192.

A cidadania está a exigir que seja possibilitada ao cidadão plena participação nas decisões e nos acontecimentos que envolvem os atos promovidos pela Administração Pública, sendo certo que o próprio texto constitucional outorgou-lhe instrumentos para o cumprimento do referido desiderato, podendo-se citar, como exemplos, o voto direto (cidadão eleitor), o serviço público via concurso (cidadão agente do poder), a delegação de serviços públicos a particulares, mediante concessão, permissão e autorização (cidadão colaborador na gestão privado de interesses públicos) e, ainda, nas hipóteses de subscrição do particular de ações de sociedade de economia mista, no exercício de funções e cargos honoríficos, no trabalho afeto à defesa civil e na composição dos conselhos ou colegiados afetos aos órgãos públicos (cidadão veículo permanente do exercício do direito).

Há que se destacar, ainda, a participação do cidadão como censor, ou seja, como agente legitimado a exercer diretamente o controle das atividades do Poder Público, como se verifica com o direito de petição (Art. 5º, inc. XXXIV, CF), com a possibilidade de ajuizamento de ação popular (Art. 5º, inc. LXXIII, CF), com o direito de informação (Art. 5º, inc. XXXIII, CF), com o direito de resistência (implícito na CF), dentre outros.

Em síntese, cabe trazer à lume a lição de Paulo Ferreira da Cunha:

> Os desafios que se nos colocam à Cidadania já não podem ser resolvidos com o direito de olhos fechados – veja-se, por exemplo, o problema do terrorismo, do crime organizado, da violência urbana generalizada (guerra civil urbana se fala já), ou a questão dos sem-terra – mas com uma abordagem inter-pluri-multi-disciplinar, que compreenda um direito de olhos bem abertos às realidades e aos problemas sociais [...]. Contra muitas doenças culturais – não apenas brasileiras, aliás – que diagnostica Énio Resende, o remédio é, sem dúvida, a Cidadania. E a nova cidadania está aí, despontando: não engravatada e neo-liberal, desprezando, como se foram espúrias, as condições concretas da liberdade, mas convocando até novas formas de intervenção, e dinamizando a própria cultura.[479]

---

[479] CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 61.

Não se pode perder de vista que o exercício da cidadania, nos novos moldes trazidos pela Lei de Outubro, está intrinsecamente ligado com a questão da proteção da dignidade humana.

Percebe-se, para logo, que da albergada constitucional da dignidade da pessoa humana resulta também a obrigação de o Estado garantir ao indivíduo um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência e de sua família.

Na Alemanha, passou-se a entender que o Art. 1.1 da Lei Fundamental de 1949 impunha, além da perspectiva de o indivíduo não ser arbitrariamente tratado, um respeito cada vez maior pela sua sobrevivência.

Assim, de acordo com tal preceito, afigura-se inadmissível que o administrado seja despojado dos recursos indispensáveis à existência digna, de sorte que a intervenção estatal na propriedade, pela via fiscal ou não, não deverá alcançar patamares capazes de privá-lo dos meios mais elementares de subsistência. De modo igual, o citado Art. 1.1 traduz, em detrimento dos poderes públicos, a obrigação adicional de prover ao cidadão um mínimo existencial.

Nestas terras, o cenário descortinado pelo Art. 1º, inc. III, da Constituição Federal, não é diverso. A privação da propriedade, por ato emanado do Estado, subordina-se à observância de interesse público, previsto no ordenamento jurídico, com a garantia ao particular de indenização prévia (Art. 5º, inc. XXIV, CF). A obrigação do administrado de contribuir para os encargos coletivos guarda vinculação ao parâmetro da não-imposição de tributo com efeito de confisco (Art. 150, inc. IV, CF).

De outra banda, o direito à existência digna não é assegurado apenas pela não-abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. Passa também pelo cumprimento de prestações positivas. Não foi à toa que a Lei Fundamental Brasileira impôs, ao Estado e à sociedade, a realização de ações integradas para a implementação da seguridade social (Art.

194 da CF), destinada a garantir a prestação dos direitos inerentes à saúde, à previdência e à assistência social.

Ao Estado cabe organizar e manter o sistema previdenciário, com vistas a suprir os rendimentos do trabalhador por ocasião das contingências da vida gregária (Art. 201 da CF), englobando cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes do trabalhador de baixa renda; pensão por morte.

De igual maneira, àqueles não filiados à previdência social, incumbe-se ao aparato estatal a prestação de assistência social quando necessitarem (Art. 203 da CF), consistindo nas seguintes obrigações: proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparo às crianças e aos adolescentes carentes; promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiências, com sua integração à vida em comunidade; garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (esta última garantia foi regulamentada com a Lei nº 8.742/93).

Não se pode deslembrar, ainda, as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que colimem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Art. 196).

Os parâmetros protetivos não se exaurem na província das relações Estado – indivíduo. Absolutamente não. Avançam suas fronteiras, de sorte a evitar o empobrecimento sem causa por ato atribuível ao particular. Dois exemplos constitucionais centram-se no rol do Art. 7º, incs. I a XXXIV, da Lei Maior, estabelecendo a porção mínima de direitos assegurados ao empregado, urbano ou rural e respeito à defesa do consumidor nos vínculos contratuais de massa (Art. 5º, inc. XXXII, e Art. 170, inc. V). Mas não é só! O Art. 170, *caput*, da

Lei Máxima, ao fincar as pilastras em que se ancora a ordem econômica, consistentes no concerto entre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, assinala como finalidade a garantia de que todos tenham uma existência digna, em compasso com os ditames da justiça social.

Feitas essas considerações, realçando o caráter de princípio fundamental fruído pela dignidade da pessoa humana, há de se notar que o mais importante, tanto aqui quanto nos demais tópicos analisados, é a atuação do preceito como diretriz hermenêutica.

Nesse sentido, são dignas de destaque algumas manifestações da jurisprudência brasileira.

Inicialmente, não se pode deixar de mencionar o brilhante aresto do Excelso Supremo Tribunal Federal no HC nº 45.232.[480] No referido *writ* constitucional, questionou-se a recepção do Art. 48 do Decreto-Lei nº 314/67, então Lei de Segurança Nacional, que, em havendo flagrante delito ou o recebimento da denúncia, encontrava-se prevista, em detrimento do preso provisório ou denunciado, a suspensão do exercício da profissão, do emprego em entidade privada ou do cargo ou função na administração pública, direta e indireta.

Concedendo a ordem, a Excelsa Corte ressaltou a posição de antagonismo constitucional do dispositivo legal, cuja execução o remédio heróico buscava evitar, contrariando o direito à vida, enunciado no Art. 150, *caput*, da Constituição de 1967.

O voto do eminente relator, ministro Themístocles Brandão Cavalcanti, que foi acompanhado pelos seus pares, enfatizou que o ato de impedir o desempenho de uma atividade profissional, que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é o mesmo que lhe tirar um pouco de sua vida, porque esta não prescinde de meios materiais para a sua proteção.

---

480 STF, Pleno, Relator: Ministro Themistocles Cavalcanti, j. 17/06/68, m.v., p. 02228.

Embora não concluindo pelo dever do Estado em proporcionar recursos ao indivíduo, sustentou que aquele não pode, sem que haja uma decisão judicial legítima, privar alguém do exercício de atividade lícita, partindo da premissa de que a vida não constitui apenas um conjunto de funções resistentes à morte, mas, numa perspectiva mais ampla, a afirmação positiva das condições voltadas a assegurar à pessoa, bem como à sua família, os recursos indispensáveis à sua subsistência.

Somente ficou incólume à eiva de incompatibilidade vertical a previsão de suspensão do exercício de cargo ou função pública, tendo em vista que a legislação de regência assegurava, em casos que tais, a percepção pelo servidor de uma parte de seus vencimentos.

É certo que, no voto-condutor do julgado, não recebeu menção a expressão *dignidade da pessoa humana*, até porque ainda não havia sido ela explicitamente incorporada ao constitucionalismo pátrio.

No entanto, pode-se, com certeza, frisar que a veneração ao princípio não passou despercebida.

Outras remissões pretorianas extremamente ligadas com a proteção da dignidade humana podem ser invocadas.

Ei-las: a concessão de mandado de segurança para liberar cruzados novos retidos, permitindo que o impetrante pudesse utilizar os ativos financeiros de sua propriedade a fim de conjurar grave enfermidade de sua mãe; desconsideração, para fins de renda mensal vitalícia à mulher casada, da percepção de aposentadoria do marido em valor um pouco superior ao mínimo legal; deferimento de aposentadoria por invalidez, denegada pela não-comprovação de carência, em favor de segurado que deixara de continuar sua atividade laborativa em virtude de enfermidade que o acometeu; mantença de liminar que determinou o restabelecimento de benefício suprimido na via administrativa, a partir de mera suspeita de fraude; confirmação de decisão interlocutória que determinou o pagamento parcelado de dívida previdenciária em

benefício de segurado em estado de saúde grave, sem a necessidade de expedição de precatório, e, mais recentemente, iniciativa do Poder Executivo em promover o pagamento das diferenças oriundas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (F.G.T.S.) aos idosos e portadores de moléstias graves.

Sintetizando o tema em apreço, dispõe Sarlet:

> [...] assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.[481]

Eduardo Appio, inspirado em Ronaldo Guimarães Gouvêa, afirma que as chamadas políticas públicas:

> [...] consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.[482]

Como bem ilustra Sérgio Savi, "[...] inúmeras são as situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo",[483] situação que, com as devidas adaptações, se amolda perfeitamente a hipótese de não-concreção do direito fundamental à convivência familiar e comunitária pertencente a crianças e adolescentes.

---

481 SARLET, 2002, p. 32.

482 APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 143-144.

483 SAVI, 2006, p. 01.

Isso porque, e de acordo com as explanações levadas a efeito no capítulo anterior, se o Estado não tem como determinar que todo infante abandonado seja imediatamente recolocado numa família substituta, é seu dever, por intermédio da consecução de outros direitos fundamentais de índole social, fazer com que a especial proteção a que alude o *caput* do Art. 266 da Constituição Federal realmente aconteça.

De fato, quando o Estado outorga condições dignas e adequadas de saúde, educação e trabalho, por exemplo, com toda certeza está, também, propiciando a fortificação do seio familiar e possibilitando que o infante tenha um desenvolvimento que lhe outorgue chance de participar da vida em comunidade, preparando-o à formação de sua própria sua família.

Assim, em sendo levadas a efeito as políticas públicas condizentes, o planejamento tributário e a execução adequada do orçamento estatal, enfim, concretizando-se os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral de crianças e adolescentes, estará, sem sombra de dúvidas, tornando real o postulando fundamental da convivência familiar e comunitária.

Entrementes, é sabido que, em inúmeras vezes, os controles normais à execução dos direitos fundamentais se entremostram ineficazes, circunstância essa que retira, por completo, dos infantes desprovidos de família, a oportunidade de com ela se desenvolverem e atingirem o patamar de dignidade preconizado pelo texto constitucional.

Como dito linhas atrás, não se ignora o fato de que a convivência familiar e comunitária, por si só, não conduz, com plena segurança, a conclusão de que o infante irá trilhar um caminho digno quando do atingimento da idade adulta; porém, de outro vértice, nos dá a plena certeza de que a ausência do citado direito fundamental, além de colocar em frangalhos o princípio da isonomia, põe por terra a oportunidade de que tal agente consiga o desiderato almejado.

Noutro giro verbal, a exclusão da convivência familiar e comunitária retira da criança e do adolescente qualquer direito de escolha, impondo-lhes, salvo

raras exceções, o tortuoso caminho do abandono, da falta de carinho, da criminalidade, da marginalidade, da opressão, enfim, da mais completa e irrestrita ausência de dignidade humana.

Em continuidade, quando o ser humano é desprovido de tratamento condizente com sua dignidade, passa ele, inexoravelmente, a agir como se *bicho* fosse, circunstância essa que, infelizmente, sossobra nos tratamentos dados no sistema prisional, na procura de restos de alimentos em lata de lixo, na violência inespurgável que toma conta de nossa sociedade como um todo.

Infelizmente, o que se percebe é um processo intenso de desumanização da pessoa, da perda pelo respeito de sua essência, da banalização e da facilidade com que, hoje em dia, se extirpa uma vida.

Tais circunstâncias perpassam, sem sombra de dúvidas e em muitas das vezes, pela ausência de convivência familiar e comunitária.

Ademais, some-se a isso a ineficácia de concreção dos direitos fundamentais sociais a que alude o Art. 6º da Constituição da República, os quais, como visto no capítulo anterior, se constituem em verdadeiros instrumentos de complementação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

De acordo com estudo realizado por Enid Rocha Andrade da Silva e Simone Gueresi de Mello:

> A extinção das agências federais LBA e Fundação Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência (FCBIA) fez com que as atribuições institucionais relativas à infância e à adolescência fossem redirecionadas para outros órgãos. As ações relacionadas a suporte, promoção e articulação para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, conforme previsto no ECA, foram assumidas pela área governamental voltada para defesa e promoção dos direitos humanos, hoje SEDH. As ações referentes à execução do atendimento em instituições, bem como ao suporte técnico e financeiro para os programas na área da infância e da adolescência, foram assumidas pela pasta governamental responsável pela Política Nacional de Assistência Social, atualmente a Secretaria de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. No tocante ao

> atendimento a crianças e adolescentes em situação de abandono e vítimas de maus-tratos e/ou violência, as ações são realizadas de forma integrada pelas áreas de direitos humanos e de assistência social do governo federal.[484]

Conforme dados obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, os quais estão abaixo reproduzidos, encontrando-se à disposição em seu sítio na *internet*,[485] verifica-se, com solar clareza, que a citada ineficácia dos direitos fundamentais sociais age, de modo implacável, na estruturação e manutenção da família brasileira, situação essa que, por motivos que nos parecem óbvios, apresenta reflexo direto nos direitos e interesses de crianças e adolescentes.

Em se procedendo a atenta análise dos gráficos ali expostos, infere-se que, no Brasil, vivam aproximadamente 61 milhões de crianças e adolescentes, assim distribuídos: (i) 23,1 milhões têm de 0 a 06 anos; (ii) 27,2 milhões, de 07 a 14 anos; e, (iii) 10,7 milhões, de 15 a 17 anos. A maioria dos infantes reside em área urbanas.

Dignos de consideração, também, os estudos levados a efeito pela UNICEF, cuja instituição tomou como parâmetro analítico a Amostra do Censo Demográfico 2000, realizada pelo já mencionado Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Por intermédio do referido estudo, percebe-se a importância que a UNICEF outorga no que diz respeito à necessidade de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, defendendo, inclusive, que pelo menos até atingir 03 (três) anos de idade o infante esteja sob os cuidados e a companhia dos pais.

Evidencia-se pelo resultado do trabalho de coleta de dados que a ausência de condições básicas de vida à família afeta e ceifa diretamente a possibilidade de que os infantes tenham a oportunidade de galgar melhores

---

484 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2006.

485 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home>. Acesso em: 15 dez. 2006.

condições de vida, emergindo, daí, que as citadas condições básicas dizem respeito, diretamente, à concreção dos direitos fundamentais sociais, de modo que tal omissão tem e deve ser reparada pelo Estado, eis que, por tal fato, manifestamente se descuidou do seu dever de respeito e obediência irrestritas aos princípios e objetivos fundamentais encampados pela Lei de Outubro.

É exatamente nesse contexto que surge a possibilidade de aplicação concreta da teoria da perda de uma chance com o objetivo de responsabilizar o Estado pela inépcia e inércia no que diz respeito à efetivação dos direitos intrínsecos a crianças e adolescentes.

Como dito, tem-se que a teoria da responsabilidade por perda de uma chance se amolda à questão da efetiva proteção do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, na exata medida em que se é verdade que não há como se ter certeza de que o infante privado de tal direito teria se tornado apto a conviver digna e harmoniosamente em sociedade, não menos verdade é o fato de que, em não tendo tal direito, com toda certeza, foi-lhe subtraída ilicitamente pelo Estado referida chance, o que não poderá ficar sem a devida reparação.

5.2.3 O dano moral

É preciso que fique claro que o pedido veiculado no bojo dos instrumentos processuais que serão mencionados no último capítulo, diz respeito à possibilidade de os agentes prejudicados pela citada omissão estatal reivindicarem indenização pecuniária sob a rubrica dos chamados danos morais.

Isso porque, como visto, para as demais espécies indenizatórias, ou seja, para as necessidades outras dos prejudicados, já se encontram expressamente presentes em textos, e, de maneira satisfatória, os meios adequados ao atingimento de tais desideratos.

De outro vértice, e como salienta Eduardo Kraemer:

> [...] não há, em princípio, qualquer restrição para os danos morais atingirem também as relações do Estado com os cidadãos. Cria-se para o Estado o dever de ser responsável por eventuais danos qualificados como morais. Importante é preservar a eventual reparação de ilícitos. Neste sentido Augustin A. Gordillo revela a possibilidade de caracterização do dano moral em decorrência da atividade estatal. Gordillo exige a ocorrência de efetivo dano material, circunstância já rejeitada alhures. Exigir o efetivo dano material objetivando a caracterização do dano moral ocasiona a perda de seus fundamentos. Em muitas oportunidades a atividade estatal produz danos meramente patrimoniais. Em algumas hipóteses especiais, contudo, logra gerar danos exclusivamente morais. O exame há de ser tópico, não havendo condições de estabelecer uma regra geral, abstrata capaz de abarcar todas as hipóteses.[486]

Tal explicação se faz indispensável, a fim de que se evite processo desnecessário, pautado por inaceitável *bis in idem*.

Maria E. Rovira Suerio:

> [...] *uno de los problemas más fascinantes en materia de responsabilidad civil, a nuestro juicio, lo constituye, precisamente, el reconocimiento y justificación de los daños inferidos al patrimonio moral de una persona, porque el dano en sentido jurídico no puede quedar reducido hoy al menoscabo de intereses economicamente valorables*.[487]

A problemática do cabimento ou não de verba indenitária referente ao dano moral se constituiu em verdadeira *vexata quaestio* no direito brasileiro, definitivamente expungida com o advento da Lei Maior promulgada em 05 de outubro de 1988.

Porém, mesmo antes do advento da *Lex Mater*, o ordenamento jurídico vigente no país, ainda que timidamente, já previa a possibilidade de indenização a

---

[486] KRAEMER, Eduardo. **A responsabilidade do Estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 107.

[487] SUERIO, Maria E. Rovira. ***La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propria imagen***. Barcelona: Cedecs, 1999, p. 242.

tal título, como facilmente se depreende através da leitura das normas contidas nos Arts. 76[488] e 159[489] do antigo diploma material civil.

Deveras, defendiam os contrários ao deferimento do *pateme d'animo* que seria imoral a conversão de uma lesão de ordem subjetiva em pecúnia, preferindo, assim, a não-aplicação de tal instituto e, via de conseqüência, deixando decorrer *in albis* qualquer possibilidade de imposição de condenação.

Para Clóvis Beviláqua:

> O interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro. É por uma necessidade de nossos meios humanos, sempre insuficientes, e, não raro, grosseiros, que o direito se vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e os outros interesses morais.[490]

Outrossim, como já dito acima, quaisquer oposições que existiam contra o princípio da reparabilidade do dano moral puro, caíram por terra com a promulgação da Lei Constitucional de 1988, mais precisamente com a eclosão dos incs. V e X do Art. 5º, contido no Título II, Capítulo I, onde declarados os Direitos e Garantias Fundamentais,[491] não se perdendo de vista que, atualmente, o Código Civil, em seu Art. 186, restou consignado que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Somado este fato com o esforço hercúleo de estudiosos, doutrinadores, juristas, advogados e membros do Poder Judiciário, valendo citar neste momento

---

488 Art. 76: Para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

489 Art. 159: Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

490 BEVILÁQUA, 2005, vol. II, p. 256.

491 Art. 5º, inc. V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material ou à imagem.
Art. 5º, inc. X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

dois dos maiores defensores do instituto, quais sejam, Wilson Melo da Silva e Carlos Alberto Bittar, conquistou-se, definitivamente, a aplicação de condenação em hipóteses que venham a ferir a esfera moral do ofendido, culminando com a elaboração da Súmula nº 37, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Verifica-se, então, que a natureza jurídica do dano moral é a de compensar ao lesado o constrangimento sofrido, e, ao mesmo passo, inibir o lesante a fim de que este não volte a cometer o ato ilícito reprimido, daí porque o ofendido pode pleitear indenização pecuniária em razão da *concuss pain* sofrida, funcionando como um lenitivo que atenua em parte as conseqüências do prejuízo sofrido, sempre na tentativa de superar o déficit emocional acarretado pelo dano inconseqüentemente propalado.

Ultrapassadas as considerações feitas sobre a natureza jurídica do dever indenitário do dano moral, necessário se faz tecer alguns comentários em relação à quantificação do chamado *dano da dor*.

Em verdade, é consabido que a legislação pátria não a regula de forma certa e precisa; entrementes, mesmo se deparando com tal omissão, o juiz jamais poderá deixar de decidir tal questão,[492] pois, do contrário, estaria negando a aplicação da tutela jurisdicional constitucionalmente garantida àqueles que batem às portas do nobre Poder Judiciário, aplicando-se, para tanto, a analogia, os usos e costumes, e os princípios gerais do direito.

Nesse diapasão, Carlos Alberto Bittar declara:

> Em caso de fixação do quantum como reparação do dano moral, a determinação do valor há que se fazer através da verba dotada de carga impositiva, em função das possibilidades do lesante, e das condições do lesado, e sempre à luz das circunstâncias fáticas, como se vem observando na jurisprudência, a fim de que ganhe efetividade na prática, o caráter inibidor do sancionamento.

---

[492] PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 121: “Ao jurista (em geral) e ao juiz (em particular), contudo, é exigido comprometimento com seu tempo. Ao juiz, dada a relevância de exercício de poder em uma sociedade em crise, exige-se visão das múltiplas causas (visão totalizadora) que influenciaram os conflitos postos em juízo”.

O deferimento de tal rubrica indenitária é perfeitamente compatível com a situação de infante injustamente privado de seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária, até mesmo porque, como bem alinhava Luiz Alberto David Araujo:

> [...] é inegável que o conceito moderno de cidadania passa por uma atuação forte do Poder Judiciário no sentido de efetivação dos direitos individuais e coletivos. Não se admite, no Estado Moderno, o alijamento das minorias, mas sim sua integração social, dentro de um ajuste democrático.[493]

Aliás, se é possível a fixação de indenização por danos morais ao nascituro, cujos alfarábios jurídicos ainda discutem, de maneira acirra, se a tais agentes espraiam-se os efeitos da personalidade jurídica, como bem ilustram as decisões materializadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça por intermédio dos Recursos Especiais n^{os} 399.028/SP, 472.276/SP e 637.332/SP, o que se dizer dessa mesma rubrica no que diz respeito à violações acometidas em relação aos indeléveis direitos e interesses das crianças e adolescentes aqui retratados.

Por outro lado, ainda hoje subsiste delicada questão, qual seja, a da valoração da condenação que deverá ser imposta ao infrator, eis que, neste ponto, não existem critérios objetivo-legais que possam aclarar o problema.

Mas, mesmo assim, não poderá o Estado-Juiz escusar-se de prestar a tutela jurisdicional invocada alegando *omissis legis*, devendo, então, invocar a norma inserta no Art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

Diante deste impasse, a doutrina e a jurisprudência relegaram essa árdua e espinhosa missão ao alto critério do magistrado que, analisando as circunstâncias apresentadas no caso concreto e os parâmetros trazidos pelas partes durante o *iter* processual, deverá proceder à fixação do *quantum satis* devido à vítima.

---

493 ARAUJO, 2003, p. 86.

Dentre os parâmetros que podem ajudar na elaboração da convicção do Juiz, estão a repercussão social do fato, a gravidade da lesão e a capacidade econômica das partes envolvidas.

A propósito da prova do dano moral, impende considerar que a sistemática adotada pelo nosso ordenamento jurídico preceitua que ela se satisfaz com **a demonstração da ocorrência do ato ilícito que originou a ofensa *extrapatrimonial***, ou seja, a força probante do ato ilícito gera presunção *juris tantum* de ocorrência de danos morais, até porque seria de todo impossível carrear aos autos os sofrimentos injustamente impingidos à vítima sob a forma de provas documentais.

Assim, tem-se que o sistema jurídico brasileiro posiciona-se remansoso quanto à desnecessidade de prova em concreto dos danos morais, **tendo como bastante para aflorar o direito à indenização, a demonstração do ato ilícito em si**, como se pode inferir da jurisprudência a seguir colacionada:

> Dano moral. Prova da efetiva ocorrência do dano. Desnecessidade. Presunção *juris tantum*. Precedentes jurisprudenciais (TJSP, Ap. Cível nº 52.076-4-SP, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rebouças de Carvalho, j. 29/07/99).

> Estando comprovado o fato não é preciso a prova do dano moral (STJ, AGA nº 250722/SP, 3ª Turma, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19/11/99, DJ 07/02/00, p. 163).

> A prova do fato que gerou lesão à reputação da pessoa jurídica é suficiente para a indenização do dano moral (STJ, REsp. nº 169030/RJ, 3ª Turma, Rel. Ari Pargendler, j. 22/10/01, DJ 04/02/02, p. 344).

Como se verifica, os prejuízos *extrapatrimoniais* suportados pela vítima independem de prova material para emergir o direito à reparação moral, bastando a comprovação da prática antijurídica perpetrada pelos ofensores, de modo que não restam mais espaços para divagações outras nesse particular.

Tudo isso mensurado, poderá o ínclito Julgador fixar a indenização pertinente, sendo inquestionável que ela deverá ter grandeza tal que, a par de

lenir a dor amargada pela vítima, sirva de exemplo a retumbar perenemente na consciência do lesionador, evitando que reincida na conduta.

Não pode, é óbvio, ser tamanha que implique enriquecimento sem causa da vítima e nem pequena a tal ponto que não afete o patrimônio do agente ou não lhe abale a sensação de impunidade ou esta lhe crie. A esse propósito, é digno de citação que está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.124/02, iniciado e aprovado no Senado Federal sob o nº 150/99, que dispõe sobre o dano moral e sua reparação, cujo teor normativo não discrepa do que antes se argumentou. Veja-se:

> Art. 1º: Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.
> Art. 2º: São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa física: o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a auto-estima e o respeito próprio.
> [...]
> Art. 7º: Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.
> § 1º – Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:
> I – ofensa de natureza leve: até R$ 20.000,00 (vinte mil reais);
> II – ofensa de natureza média: de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R$ 90.000,00 (noventa mil reais);
> III – ofensa de natureza grave: de R$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).
> § 2º – Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

Entrementes, e valendo-nos da analogia, poder-se-ia utilizar como parâmetro indenitário, a já citada Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995, por intermédio da qual se reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação em atividades políticas, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, mais precisamente no que se refere à forma pela qual é fixada a indenização em casos tais, como bem explicita seu Art. 11.

Vejamos.

> Art. 11: A indenização, a título reparatório, consistirá no pagamento de valor único igual a R$ 3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento e os critérios e valores traduzidos na tabela constante do Anexo II desta Lei.
> § 1º – Em nenhuma hipótese o valor da indenização será inferior a R$ 100.000,00 (cem mil reais).
> § 2º – A indenização será concedida mediante decreto do Presidente da República, após parecer favorável da Comissão Especial criada por esta Lei.

De outro vértice, embora inegável a responsabilização estatal pelo adimplemento da rubrica ora em apreço, a verdade é que a fixação da indenização correspondente também deverá levar em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que a persecução de um direito não se transforme em algo repugnante do ponto de vista social, a teor do que vem acontecendo em relação às concessões administrativas de reparação econômica dos chamados *anistiados políticos*, como bem ressaltou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, quando proferiu voto nos autos do Recurso Extraordinário nº 313.915-1/RN:

> A situação do estado brasileiro está mais para a Índia do que para os Estados Unidos da América do Norte, o padrão não deve ser aquele da nação mais abastada do mundo. Não se deve esquecer que a responsabilidade do Estado funda-se no rateio entre os cidadãos, pelo risco da atividade estatal (fls. 165/166). Evidente, na espécie, a ausência de elementos para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias. A propósito, ressalte-se que a imprensa tem-se referido, com alguma insistência, a dois casos, nos quais a concessão de indenização avaliada em milhões de reais constitui, certamente, uma inversão absoluta entre o interesse público e o privilégio privado. No primeiro, o ex-piloto da VARIG, José Caetano Lavorato Alves, por anos presidente do Sindicato Nacional dos Aeronautas, conseguiu obter pensão da ordem de R$ 19,0 mil mensais, além da parcela retroativa da indenização de R$ 2,54 milhões. No segundo, o jornalista Carlos Heitor Cony obteve, igualmente, indenização de cerca de R$ 1,5 milhão. Em ambos os casos, em nome da reparação por atos praticados nos tempos da ditadura militar, imputa-se ao Estado uma responsabilidade que se concretiza em indenizações milionárias a serem arcadas pelos cofres públicos. Diante do absurdo aqui relatado, a indenização assegurada à recorrida não se afigura desarrazoada. É verdade que, nos dois casos aqui referidos, tem-

> se exemplo de verdadeira distorção ou patologia, que muito se aproxima de um estelionato (contra os cofres públicos) pela via administrativa. Nestes termos, não conheço do recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

A idéia, sem sombra de dúvidas, passa ao largo da banalização da atividade jurisdicional, de maneira irresponsável e indiscriminada; o objetivo primordial e central, mercê da reponsabilização estatal pela não-concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, se transveste na precípua necessidade de real eficácia dos postulados constitucionais proclamados pela Lei Maior de 1988, bem como, e principalmente, a escorreita materialização do postulado da dignidade humana, vetor principal da República brasileira.

6 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA JURISDICIONAL COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO E DE REPARAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O processo civil clássico, por influência da Revolução Francesa, foi concebido como meio de atuação neutra por parte do Poder Judiciário.

Assim, ao magistrado competia apenas dizer a lei, ou seja, simplesmente atuar de acordo com a vontade do legislador, neutralizando seu convencimento diante do caso concreto.

O juiz exercia mero poder declaratório, limitando-se a dizer o direito aplicado à lide, como bem ilustra o pensamento de Montesquieu, na célebre obra *O espírito das leis*, a saber: "[...] se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juízes, e viver-se-ia na sociedade sem se saber precisamente quais os compromissos assumidos".[494]

Com a evolução do direito processual, o juiz deixa de ser apenas a *boca da lei* (*bouche de la loi*), de apenas dizer a lei, para ter liberdade, dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, de interpretar a norma e decidir o caso concreto de acordo com o seu livre convencimento.[495]

---

494 MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 170.

495 PORTANOVA, 2003, p. 136-137: "Não há temer pela subjetividade nesta nova mentalidade de ver o Direito. A subjetividade do juiz é algo infastável em qualquer julgamento e ao mesmo tempo condição de liberdade de todos, por isso essencial como garantia de autêntica moralidade (FREITAS, 1989, p. 52). Este julgar criador e compromeitdo não transmuda o juiz em legislador nem lhe retira as condições de imparcialidade diante dos sujeitos litigantes. Não será o juiz um legislador porque se manterá sempre apegado à solução dos casos concretizados em juízo. O juiz não dirá comandos abstratos e genéricos. Pelo contrário, se manterá nos limites *sub specie jurisdictionis*".

Essa evolução, sem sombra de dúvidas, perpassa pela adoção da teoria substantiva da Constituição, preconizada por Dworkin, por intermédio da qual se outorgam ao Judiciário, em especial ao Tribunal Supremo, o poder e a legitimidade de afirmar os valores afetos a moralidade pública, característicos dos direitos fundamentais individuais.[496]

Conforme lição de Cláudio Ari Mello:

> [...] a premissa inicial de Dworkin é de que a teoria constitucional americana não se resume a uma simples teoria majoritária da democracia. A Constituição foi projetada para proteger os cidadãos individuais e os grupos minoritários contra decisões da maioria, ainda quando a maioria aja convencida de estar promovendo o interesse geral. Os direitos dos cidadãos individuais e dos grupos minoritários estão tutelados por meio de cláusulas vagas, que necessitam de uma operação interpretativa ou de construção. Não há dúvida de que essa interpretação é competência dos tribunais, segundo a doutrina formulada desde Madison v. Madison.[497]

No Brasil, cumpre destacar que um dos maiores defensores da teoria substantiva da Constituição é Lenio Luiz Streck, cujo autor também salienta a precípua necessidade de o Poder Judiciário sair do seu estado de inércia, no afã de que os ideais fundamentais da Lei de Outubro sejam efetivamente assegurados aos cidadãos brasileiros, sem distinção.

De acordo com o citado autor:

> [...] no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não restar dúvidas de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agor; suas normas possuem eficácia, já não mais sendo lícito desclassificar os sentidos exsurgentes desse plus normativo representado pela idéia de que a Constituição constitui-a-ação do Estado [...]. Mais ainda, é preciso ter claro que o paradigma do Estado Democrático de Direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o Direito assume. Da idéia de Direito como ordenação a até mesmo

---

496 STRECK, 2004, p. 162-163: “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente”.

497 MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91-92.

> de promoção, exsurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade formal. Isto, a toda evidência, demandou um novo tipo de concepção acerca da jurisdição constitucional, representada pela instituição de tribunais constitucionais, também conhecidos como tribunais ad hoc, aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais.[498]

A evolução do direito conduziu a doutrina a repensar o direito processual no que tange à sua efetividade, mormente, no que se refere ao seu reconhecimento como instrumento necessário, diante do monopólio estatal na solução de conflitos, à proteção dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Marinoni, comentando a evolução pela qual passou (e ainda passa) o direito processual e a concessão de tutela jurisdicional efetiva, assevera:

> Note-se, em primeiro lugar, que o direito à tutela jurisdicional efetiva tem relação com a possibilidade de participação, e por isso pressupõe um direito à participação (o Teilhaberechte dos alemães). Nessa linha, a necessidade de participação fez Canotilho relacionar o procedimento coletivo com o direito a um procedimento justo do procedimento capaz de conferir a possibilidade de participação para a proteção dos direitos fundamentais e para a reivindicação dos direitos sociais [...]. Isso quer dizer que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à preordenação das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção [...]. Essa prestação do juiz, assim como a lei, também pode significar, em alguns casos, concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais [...]. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais).[499]

Para a tutela dos novos direitos, mostra-se insuficiente à classificação trinária original, especialmente quando se pretende tutelar direitos não-

---

498 STRECK, 2004, p. 103.

499 MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 185-187.

patrimoniais, como, por exemplo, os interesses de crianças e adolescentes, o meio ambiente e os direitos do consumidor.

Os novos direitos reclamam, também, a necessidade de um provimento rápido, a fim de evitar o dano e remover o ilícito.

As técnicas processuais devem ser analisadas de acordo com os princípios fundamentais ditados pela Constituição de 1988.

Assim é que se deve garantir o acesso à justiça – no sentido de se prestar efetivamente à atividade jurisdicional.

A existência de procedimentos especiais deve levar em conta a possibilidade de maior efetividade na tutela do direito material, seja com a restrição da cognição na vertical ou horizontal, permitindo ao juiz a celeridade e maior efetividade na prestação jurisdicional.

A evolução do pensamento trouxe à sociedade os ideais de proteção a determinados bens que, embora não tenham propriedade exclusiva, dizem respeito ao bem-estar de toda a sociedade.

Assim, os direitos transindividuais e individuais homogêneos exigiram a criação de mecanismos para legitimar a proteção a esses novos direitos.

Instituir a possibilidade da tutela de direitos individuais de origem comum, por meio de uma única ação deferida a um ente idôneo e capaz é fundamental para que o ordenamento jurídico não se transforme em letra morta.[500]

---

[500] ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 246: “Uma das formas de enfrentar e adaptar a concepção do Direito exigida pelos novos tempos está vinculada ao seu conceito. Vale dizer, o paradigma do positivismo jurídico – especialmente na sua vertente legalista – onde a lei é a única fonte do Direito, precisa ser revisado. Uma das possibilidades é considerar o Direito como um conjunto de normas jurídicas, onde cabem as regras e os princípios. Esses, ao seu turno, são uma porta aberta para a incorporação de valores e da exigência da justiça no ordenamento jurídico, especialmente a contemplação e proteção dos direitos humanos”.

A reestruturação dos conceitos de legitimidade para a causa e de coisa julgada material não possui relação apenas com a necessidade de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas também com a necessidade de participação dos cidadãos na reivindicação desses direitos.

Após a Lei da Ação Civil Pública e o CDC instituiu-se no direito brasileiro um completo e eficaz sistema para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os Arts. 84 do CDC e 461 do CPC instituíram regras permitindo que o juiz impusesse um fazer ou um não-fazer mediante ordem sob pena de multa ou por meio de medidas executivas – as chamadas *medidas necessárias* –, em decisão interlocutória (tutela antecipada) ou na sentença, sem a necessidade de ação de execução.

Se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, não são neutros às tutelas (ou ao direito material), e, por esse motivo, não podem ser pensados à sua distância.

Com a evolução do Estado e do próprio direito, surgem novos direitos tuteláveis que reclamam não a reparação pelo equivalente, mas sim a remoção do ato ilícito, a fim de se evitar o dano.

Importante a lição propagada por Marcia Zollinger:

> A doutrina atualmente compartilha o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam duas dimensões – subjetiva e objetiva – sendo está última especificamente importante para o desenvolvimento da categoria 'deveres de proteção' a partir da qual intentar-se-á compreender a proteção preventiva de direitos fundamentais [...]. A teoria do dever de proteção, ensejada pela perspectiva objetiva, vem impor ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais contra agressões e ameaças provindas de terceiros, ou seja, extrapola-se a concepção tradicional de abstenção do Estado para concebê-lo também como obrigado a proteger e a promover efetivamente e positivamente os direitos

> fundamentais [...]. Esse dever de proteção dirige-se às atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado. O legislador deve editar normas, inclusive penais e processuais, que dispensem tutela especificamente preventiva aos direitos fundamentais. À administração, por sua vez, incumbe agir materialmente prevenindo e reparando lesões perpetradas por particulares contra os direitos fundamentais. Por fim, o Poder Judiciário tem o dever de, na prestação da tutela jurisdicional, adotar exegese normativa mais consentânea com a Constituição e que confira maior efetividade às disposições de direitos fundamentais, bem como exercer o dever de correção e aperfeiçoamento da legislação quando se trata de proteger os direitos fundamentais. Assim, o Estado deve assegurar em toda a sua atuação uma proteção ampla e efetiva aos direitos fundamentais.[501]

Sendo assim, com a proteção conferida pelo direito material a direitos que merecem o amparo específico, especialmente aos difusos e coletivos, necessária à construção dogmática de tutelas capazes de inibir a prática delitiva e não somente tendentes a reparar o dano.[502]

6.1 O Controle de Constitucionalidade

Como bem destaca o catedrático italiano Emílio Santoro:

> [...] a atribuição do controle de constitucionalidade das leis a um órgão jurisdiconal especial não pode ser considerada um ponto de chegada na trajetória do Estado de Direito: é somente uma etapa num itinerário. A estrada que o Estado de Direito percorreu, de pari passu com o progressivo fortalecimento do papel das Cortes constitucionais, é marcada, como destacou Pizzorno, pelo reconhecimento do papel dos juízes na criação das normas, pela crescente tendência dos órgãos legislativos e administrativos em lhes delegar delicadas decisões jurisdicionais, e pela ampliação do acesso aos cidadãos à justiça, para resolver controvérsias que

---

501 ZOLLINGER, 2006, p. 37-42.

502 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 71-72: “O acesso à Justiça de tantos direitos de nova geração, que se diriam dessubstantivados, porque indivisíveis e não apropriáveis por um titular isolado e exclusivo, vai pondo em evidência a estruturação de um processo civil coletivo, cuja tônica se desloca para a finalidade da satisfação dos justos anseios da coletividade, em contrposição ao clássico desiderato de atendimento a direitos subjetivos individuais contrariados ou insatisfeitos”.

> tradicionalmente eram solucionadas por autoridades sociais ou administrativas.[503]

O controle difuso da constitucionalidade corresponde a uma tradição republicana que atravessa os séculos, tendo-se iniciado no Brasil com a Constituição de 1891, e possui como um dos seus maiores defensores Rui Barbosa.

À época em que implementado o aludido controle, almejou-se, através da criação de um tribunal federal, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, a edificação de um sistema no qual fosse possível, ao menos, sujeitar a última palavra sobre a interpretação da lei federal como um todo – aí incluídas, obviamente, as normas e regras constitucionais – ao mencionado sodalício, que, então, cumulava as funções de *pacificador* das interpretações das leis destinadas a toda a nação.

Todavia, nada obstante à inspiração buscada na sistemática prevalecente nos Estados Unidos da América, a verdade é que o sistema jurídico aqui implementado na instalação da República (Constituição de 1891) distanciou-se sobremaneira de sua fonte inspiradora, pois, enquanto lá vigia – e ainda vige – o sistema jurídico do *Common Law*, no qual impera a força vinculante das decisões tomadas pela *Supreme Court* nos casos concretos (*stare decisis*), que servirão de norte a ser seguido pelas demais instâncias do Poder Judiciário no exercício da aplicação da lei em situações semelhantes – daí porque se fala na força dos precedentes –, aqui as decisões do Supremo não possuíam qualquer efeito *erga omnes*.

Como bem esclarece Anna Cândida da Cunha Ferraz:

> [...] o estabelecimento de freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio – limitação do poder – constituindo, portanto, antes instrumento jurídico-institucional que visa a impedir que um poder se sobreponha ao outro, do que a

---

503 SANTORO, Emílio. **Estado de Direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115.

> propiciar a interferência, sobretudo política, de um poder sobre o outro.[504]

Já, a partir da Constituição de 1934,[505] o controle da constitucionalidade, que era realizado apenas de forma casuística, mereceu um certo aprimoramento, na medida em que passou a contar com a interveniência do Senado, que, após devidamente comunicado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente a julgamento onde se havia declarado a inconstitucionalidade de lei, suspendia a execução da mesma.

Assim, enquanto a decisão do Supremo Tribunal Federal gerava efeitos *ex tunc*, mas apenas entre os participantes da ação no âmbito da qual havia sido declarada a inconstitucionalidade, a providência tomada pelo Senado de suspender a execução da lei produzia efeitos apenas *ex nunc*, mas ao menos *erga omnes*, ou seja, destinada a toda a sociedade.

Na vigência da Constituição de 1934, estava estabelecida, também, uma forma de controle de constitucionalidade espelhada numa ação denominada *ação direita interventiva*, destinada à regulação de situações específicas em que se cogitava da quebra do princípio federativo, que era afastada por meio da intervenção da União nos Estados.

Do ponto de vista democrático, tem-se que a Constituição de 1937 representou inegável retrocesso, em virtude de seu manifesto caráter autoritário, sendo certo que, no pertinente ao controle de

---

504 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 13.

505 STRECK, 2004, p. 438: “Uma das inovações da Constituição de 1934 – que se insere mais especificamente nos limites desta abordagem – está exatamente no papel atribuído ao Senado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, é pelo texto de 1934 que começa a ser resolvido o problema da ausência do efeito *erga omnes* inexistente na Constituição de 1891. Assim, em face do Art. 91, inc. IV, da citada Carta, o Supremo Tribunal Federal, depois que, em sede de recurso extraordinário ou em julgamento originário, declarasse a inconstitucionalidade de ato normativo, deveria comunicar o Senado, ao qual competia suspender a execução da lei. Com isto *inter partes* o efeito era *ex tunc*; para o restante da sociedade, desde que suspensa a execução do ato normativo pelo Senado, o efeito era *ex nunc* e *erga omnes*. Dito de outro modo, enquanto o Supremo Tribunal não mandasse ao Senado a lei declarada inconstitucional e o Senado não suspendesse a execução desta, qualquer juiz ou tribunal poderia continuar a aplicá-la”.

constitucionalidade, restou mantida a modalidade difusa, agora sem remessa ao Senado, não se perdendo de vista o fato de que mesmo o Supremo considerando determinada lei inconstitucional, podia o Presidente da República, em entendendo que referida norma se mostrasse relevante e necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou à defesa do interesse nacional de alta monta, enviá-la, novamente, ao Poder Legislativo, o qual, pelo voto de 2/3 dos parlamentares, em cada uma das Casas, derrubaria a decisão do Supremo.

Com a promulgação da Constituição de 1946, o panorama do controle da constitucionalidade não se modificou, de modo que permaneceram as mesmas regras previstas no ordenamento pretérito, o que foi objeto de alteração com a superveniência do golpe militar de 1964.

É que, por meio da Emenda Constitucional 16, de 26 de outubro de 1965, implementou-se uma forma de controle concentrado da constitucionalidade das leis por meio da instituição de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, cuja decisão passou a gerar efeitos em relação à coletividade como um todo.

Com o endurecimento do regime militar em 1967, surgiram os Atos Institucionais que, nada obstante à manutenção da via concentrada de controle de constitucionalidade das leis mencionada no parágrafo anterior, acabaram por deixar unicamente sob o controle do Executivo Federal a possibilidade de discussão dos temas tratados nos referenciados Atos Institucionais, sendo certo que, em 1969, também por Ato Institucional, passou-se a admitir o controle da constitucionalidade de lei municipal pelos Tribunais de Justiça dos Estados quando da violação de princípios sensíveis, permitindo-se, inclusive, a intervenção dos Estados nos Municípios.

Em razão da transição do regime militar para o democrático, por obra da Constituição que culminou no vigente ordenamento, novos ventos se sopraram

sobre a questão envolta ao derredor do controle da constitucionalidade das leis, conforme se verá mais adiante.[506]

Até 1965 vigorava no Brasil o controle difuso de constitucionalidade. O controle concentrado fora introduzido no ordenamento jurídico pátrio através da emenda constitucional nº 16, conforme vimos alhures.

A Lei nº 9.868/99 estabeleceu o processo e o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Essa lei, meramente ordinária, apresenta-se como algo novo no direito pátrio, haja vista trazer em seu bojo a especificação e o funcionamento da jurisdição constitucional.

Ocorre que a Constituição não tratou da competência para legislar sobre a jurisdição constitucional, o que acarretaria vício formal ao texto em apreço, ante a falta de legitimidade.

Isso decorre, em especial, das questões extremadas que a referida norma vem a tratar, tais como o efeito avocatório, a interpretação conforme a Constituição, a nulidade parcial sem redução de texto, entre outros, o que nos leva a considerar que a mesma não poderia vir arraigada na mera competência processual estatuída no Art. 22 da Constituição Federal.

6.2 O Controle Concentrado de Constitucionalidade

Conforme ensina Luiz Alberto David Araujo:

> A Constituição Federal de 1988 manteve o sistema concentrado, optando pela ação direta de inconstitucionalidade, que já reinava em nosso ordenamento. Trouxe, na alinea '*a*', do inc. I, do Art. 102,

---

506 ALVIM, Arruda. A declaração concentrada de constitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 484: "A competência do Supremo Tribunal Federal (tal como prevista no Art. 102, inc. I, letra '*a*', CF) para declarar a inconstitucionalidade de lei federal é exclusiva e nenhum outro órgão judiciário do país a tem em identidade de condições".

> a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria. A grande novidade foi o aumento dos legimitados para a propositura da ação. Ao lado desse instrumento, havia a previsão de outro, colocado originalmente pelo constituinte de 1988: a argüição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento que aguardava a legislação ordinária para a sua implementação. A Constituição de 1998 cuidou de anunciar que haveria uma argüição de descumprimento de preceito fundamental a ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei. Portanto, a norma de eficácia limitada (na classificação de José Afonso da Silva) deixava a sua criação para a lei posterior, o que só veio a ocorrer em 1999, pela Lei 9.882, como já acima mencionado. Portanto, o quadro original de 1988 era composto de dois instrumentos: o primeiro, a ação direta de inconstitucionalidade, efetivado, que era utilizado desde logo, com a instrumentalização do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que lhe servia de suporte processual. E um outro instrumento, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, que aguardava a disciplina pela lei ordinária.[507]

Não se pode perder de vista, ainda, o surgimento, *a posteriori*, da ação declaratória de constitucionalidade, cujo instrumento abstrato foi juridicamente implantado no bojo da Emenda Constitucional nº 03, de 18 de março de 1993.

Conforme ensina Luís Roberto Barroso:

> [...] a função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre as partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico da jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais. No caso específico da inconstitucionalidade por omissão, a declaração é igualmente em tese, em pronunciamento no qual se reconhece a inércia ilegítima do órgão encarregado de editar a norma exigida pelo ordenamento.[508]

---

507 ARAUJO, Luiz Alberto David. Controle concentrado da constitucionalidade e segurança jurídica no sistema brasileiro. In: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury (coords.). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242.

508 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113-114.

No que se refere à proteção e à concretização do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, tem-se que, dentro do plano preventivo, o controle de constitucionalidade concentrada se entremostra como importante instrumento de expurgo de normas que venham a atentar contra o referido direito.

A proteção que aqui se verifica, por óbivo, não diz respeito a um caso concreto em si, mas dirige-se ao combate de determinado dispositivo de lei que venha a atentar contra as garantias estampadas pelo legislador constituinte originário na Lei de Outubro.

6.2.1 A ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade compreende duas modalidades.

A modalidade *genérica* é destinada à decretação abstrata de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, delegando-se esse mesmo poder aos Estados Membros, cujos tribunais são competentes para julgar a inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal em face da Constituição do Estado.

Seus efeitos são *erga omnes* e *ex tunc*, sendo legitimados para sua propositura, na esfera federal, as autoridades e entidades elencadas no Art. 103 da CF e na estadual, aqueles que as respectivas constituições designarem.

A ação direta de inconstitucionalidade admite pedido liminar, não dispensando votação em plenário com, no mínimo, oito Ministros e *quorum* de maioria absoluta, o mesmo exigido para votação do mérito da ação.

Situação interessante em relação a ADIN, merecedora de registro, dá-se quanto a possibilidade do Procurador da República, mesmo sendo autor da ação,

opinar por sua improcedência. Diz-se interessante, pois a ADIN não admite desistência após ajuizada.

É possível, por força do disposto no Art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a manifestação acerca do mérito da ação, por parte de órgãos ou instituições interessadas em seu julgamento.

Quanto ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade, o STF não admite a apreciação de inconstitucionalidade meramente reflexa, assim, o ato normativo considerado inconstitucional deve sofrer uma confrontação direta com o texto constitucional.

Neste mesmo contexto, uma norma declarada constitucional pode ser submetida novamente ao crivo de constitucionalidade no caso de haver mudança no conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a concluir-se que a nova apreciação possa ser mais adequada ao momento atual.

A Lei nº 9.868/99 institucionalizou os mecanismos da interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto como formas de controle abstrato da constitucionalidade.

A interpretação, conforme a Constituição, constitui-se em mecanismo de fundamental importância para a devida estruturação hierárquica dos textos normativos infraconstitucionais, apresentando as seguintes modalidades:[509] (i) Interpretação conforme com redução de texto: trata da declaração da inconstitucionalidade de qualquer expressão e, a partir daí, se expurga do texto impugnado tal expressão, de modo que o texto reduzido se torne compatível com a Constituição Federal;[510] (ii) interpretação conforme sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe reserve a

---

509 CANOTILHO; MOREIRA, 2007, vol. I, p. 857-858, passim.

510 ADIN nº 1.127-8, quando o STF suspendeu a eficácia da expressão *ou desacato*, disposta no Art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, concedendo à imunidade material dos advogados uma interpretação conforme o Art. 133 da CF.

constitucionalidade: tem vasão quando não se pode extirpar a parte ou expressão da norma impugnada, razão pela qual se outorga interpretação de acordo com a Lei Maior;[511] e, (iii) interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a insconstitucionalidade: por tal método, exclui-se da norma impugnada uma interpretação incompatível com a Constituição Federal.[512]

Sua acepção indica que uma lei não deve ser considerada inconstitucional quando for plausível emprestar-lhe interpretação em consonância com a Constituição Federal. Esse fator extremamente relevante deve condicionar a apreciação de constitucionalidade por parte dos órgãos judicantes.

No campo da operacionalidade do direito, quando a parte pleitear interpretação conforme a Constituição – que detém força de verdadeiro princípio – de determinado texto normativo, e neste quesito não for atendido, já estará apto a interpor recurso extraordinário constitucional.

Com a institucionalização da interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, o Poder Legislativo admite que o Judiciário pode exercer atividade de adaptação de sentido aos textos legislativos.

E daí decorrente o mais relevante fator da interpretação conforme a Constituição e da nulidade parcial sem redução de texto: a não mais vinculação do julgador constitucional à figura de mero legislador negativo, com função única de mantença ou expunção de texto do ordenamento, mediante declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

---

511 ADIN nº 1.150-2/RS, quando o STF declarou que o Art. 276, §§ 2º, 3º, 4º, da Lei nº 10.098 do RGS, só são constitucionais se interpretados com a exclusão de sua aplicação às funções e empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso disposto no Art. 37, inc. II, da CF e § 1º do Art. 19 da ADCT.

512 ADIN nº 1.600-8/UF, quando o STF deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar para, *sem redução de texto e conferindo interpretação conforme à Constituição*, excluir, do Art. 90 da Lei nº 9.099, com efeito *ex tunc*, o sentido que impeça a aplicação de normas de direito penal com conteúdo mais favorável ao réu, aos processos penais com instrução iniciada à época da vigência da Lei nº 9.099.

Abrem-se, assim, ante a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, múltiplos leques interpretativos ao julgador constitucional, sem que ele, contudo, seja adjetivado de legislador positivo.

Na medida em que um texto somente é válido se estiver em conformidade com a Constituição, tem-se no texto constitucional, entendido em sua materialidade, o horizonte do sentido que servirá para a conformação hermenêutica. Em sendo a Constituição entendida como um *constituir*, os textos infraconstitucionais necessariamente necessitam passar por esse banho de imersão constitucional.

A morte da tese tradicional de separação dos poderes implica o abandono da tese dos tribunais constitucionais como legisladores negativos.

Importa afirmar, por necessário, muito embora deveras parecidas em virtude de apresentarem-se como decisões constitucionais interpretativas, a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto não são institutos idênticos.

Na interpretação conforme a Constituição se tem a declaração de que uma mandamento legal é constitucional com a interpretação que lhe deu o órgão judicial.

Já, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre, por inconstitucionalidade, a exclusão de determinada hipótese de aplicação sem que se opere modificação no texto normativo.

Nos termos do Art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868:

> Art. 28: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em

> relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

É importante frisar que por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, emprestou-se nova redação ao § 2º do Art. 102 da Lei Maior, de modo que a questão do efeito vinculante, no que se refere a ação direta de inconstitucionalidade, galgou, finalmente, abrigo constitucional.

Ademais, cumpre esclarecer que referida emenda trouxe outras alterações sobre o tema vinculante, como bem salienta Roger Stiefelmann Leal:

> Mais recentemente, porém, a Emenda Constitucional nº 45/04 deu nova redação ao § 2º do Art. 102 da Constituição, modificando novamente o regime jurídico do efeito vinculante. A Emenda, de um lado, consagrou, em âmbito constitucional, a sua extensão à ação direta de inconstitucionalidade. Modificou, de outro lado, a definição constitucional dos órgãos e entidades que se submetem ao efeito vinculante na ação declaratória de constitucionalidade. Nos termos da Emenda nº 45/04, as decisões de mérito proferidas em ambas as ações (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) passam a produzir efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas da federação. Substituiu-se, no caso da ação declaratória de constitucionalidade, o Poder Executivo pela administração pública, aproximando-se da redação adotada pela Lei nº 9.868/99.[513]

No que concerne à nulidade parcial sem redução de texto, o efeito vinculante também não se apresenta adequado.

Se a nulidade parcial sem redução de texto diz respeito à procedência em parte da inconstitucionalidade proposta, apenas poderá ser vinculante o sentido que é retido no sistema.

Assim como não pode haver efeito vinculante em decisão que rejeite uma ADIN, também não pode haver efeito vinculante relativo à parte residual do texto que não foi declarada inconstitucional. Somente em relação ao sentido que foi expurgado do sistema poderá se pensar em efeito vinculante.

---

513 LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 142-143.

O controle difuso de constitucionalidade, como já destacado no tópico pertinente, é competência de todos os juízos e tribunais.

Nessa esteira, nada há que impeça qualquer esfera do Poder Judicante a efetivar o controle de constitucionalidade através da interpretação conforme a Constituição bem como a nulidade parcial sem redução de texto.

Todavia, no que concerne ao controle concentrado, a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto só podem ser aplicadas, por motivos próprios de competência, pelo Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição Federal – e pelos Tribunais de Justiça dos Estados – que exercem o controle de constitucionalidade da legislação estadual e municipal em face da Constituição Estadual.

A declaração do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produz efeitos desde o início da vigência da regra inconstitucional, pois a infringência à Lei Maior sempre existiu – *ex tunc*.

O Art. 27 da Lei nº 9.868 outorga ao STF a possibilidade de atribuir, em relação à declaração de inconstitucionalidade, efeitos *ex nunc*, ou, ainda, restringir os efeitos da decisão de modo que a aludida declaração só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Para tanto, devem estar patentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, operando-se a aprovação mediante o voto de dois terços dos membros do Pretório.

Com a superveniência de um novo ordenamento constitucional, ocorre o fenômeno da recepção, no qual os diplomas normativos até então vigentes são aceitos ou não pela nova ordem constitucional. Esta sistemática decorre da hierarquia própria que detém as normas de índole constitucional.

Na seara relativa ao controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, não é possível combater a legislação pretérita através de ação direita

de inconstitucionalidade, simplesmente por não se cogitar em inconstitucionalidade de dispositivos revogados pelo novo texto constitucional, sendo viável apenas o controle difuso.

Contudo, a partir do advento da Lei nº 9.882, essa apreciação pode ser feita através da argüição de descumprimento de preceito fundamental, quando relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo de qualquer esfera da federação, mesmo os anteriores à Constituição vigente.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental é modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, o que conduz uma discussão nessa seara aos efeitos próprios de uma ação direta de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal é passível de alteração nos termos do procedimento previsto em seu Art. 60.

Todavia, em seu bojo existem núcleos imutáveis, denominados cláusulas pétreas, não podendo ser emendados em razão de constituírem, aos olhos do constituinte originário, bases do sistema constitucional pátrio.

Certo é, ainda, que as cláusulas pétreas apresentam-se de forma explícita, a exemplo do que ocorre com o Art. 60, § 4º da Constituição brasileira vigente, bem como outras que se apresentam implícitas, cuja própria sistemática constitucional conduz à sua inalterabilidade.

Assim, o poder de emenda não encontra competência plena para alterar o texto constitucional, encontrando intransponíveis obstáculos ao seu mister no seio do próprio texto constitucional.

Em razão desses fatores limitativos, explícitos e implícitos no texto constitucional, as emendas à Constituição estão sujeitas, como qualquer outro preceito normativo – exceção feita, por óbvio, às normas constitucionais originárias – ao controle de constitucionalidade tanto pela via difusa quanto pela concentrada.

O Art. 5º, § 2º da Constituição brasileira estabelece que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros versados em tratados internacionais dos quais o país seja signatário, desde que não contrários à sistemática local.

Os tratados internacionais, quando ratificados soberanamente pelo parlamento brasileiro, ingressam no sistema jurídico pátrio com gabarito de norma constitucional.

Recentemente foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, na qual se estabeleceu que aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil por intermédio de três quintos dos votos dos respectivos membros pela Casa do Congresso Nacional, lhes serão atribuídos o mesmo *status* jurídico de que gozam as Emendas Constitucionais, equiparando-se, assim, a elas.

Sói acrescentar, por oportuno, que no julgamento da ADIN nº 595/ES e sob a regência do Ministro Celso de Mello, a Corte Suprema acabou por fixar a existência de dois elementos essenciais para se levar a cabo o controle de constitucionalidade, a saber: (i) elemento temporal (para sua configuração mister se faz necessário a constatação se o padrão em cotejo, supostamente malferido, ainda se encontra em vigência); e, (ii) elemento conceitual (diz respeito à determinação da própria idéia de Constituição, à identificação do que seja seu parâmetro de constitucionalidade).

Assim, quadram aqui, alguns esclarecimentos sobre o denominado *bloco de constitucionalidade*,[514] por meio do qual, no Brasil, se adotou a idéia de

---

514 CANOTILHO, 1999, p. 811/812: "Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (Art. 3º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global".

supremacia formal da Constituição, lastreada nos postulados da rigidez basilar e na indispensável obediência aos princípios que dela decorrem.

Não se perca de vista, ainda, que com a eclosão da Emenda nº 45/04, mais precisamente no que se refere ao §3º do Art. 5° da CF/88, verificou-se uma ampliação do conceito de bloco de constitucionalidade, abragendo, agora, normas formal e materialmente constitucionais, como, por exemplo, os tratados internacionais de direitos humanos que, aprovados pela nova sistemática, apresentam *status* jurídicos equivalente ao das emendas constitucionais.[515]

Sobre o tema em comento, interessante, uma vez mais, trazer a tona o posicionamento do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da aludida ADIN nº 595/ES:

> Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ nº 71/289, 292 – RTJ nº 77/657). É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (*Curso de Derecho Constitucional*, p. 43) –, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explicita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em

---

515 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006, p. 129: "Com o advento da EC nº 45/2004 pode-se afirmar ter havido ampliação do 'bloco de constitucionalidade' na medida em que se passa a ter um novo parâmetro (norma formal e materialmente constitucional), qual seja, nos termos do Art. 5º, § 3º, os tratados internacionais e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

> função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade / inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer elastecendo-as, quer restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.

E na qualidade de normas constitucionais, passam a ser fundamento de validade para outras normas, propiciando o controle de constitucionalidade dos preceitos infraconstitucionais que com ela não se coadunem.

Quanto ao controle da constitucionalidade das leis estrangeiras, parte da doutrina defende que, a elas, deve-se aplicar a sistemática de controle de constitucionalidade própria de sua origem.

Para escorreita interpretação, deve iniciar-se a partir do princípio de que nenhum tribunal pode aplicar sob sua jurisdição leis estrangeiras contrárias à sua Constituição, pois essa convivência apresenta-se insustentável.

Convém destacar que o controle de constitucionalidade pode operar-se em face tanto da Constituição do país de origem quanto em relação à Constituição brasileira.

Por óbvio, a análise da constitucionalidade da lei alienígena perante a Constituição do país de origem só pode ser levada a cabo caso existam, naquele território, meios de controle de constitucionalidade.

Os Tribunais de Justiça dos Estados são competentes para processar e julgar confronto de lei estadual com o texto da Constituição Estadual, em autêntica hipótese de controle concentrado de constitucionalidade.

A mesma hipótese de controle concentrado de constitucionalidade observa-se no caso de lei municipal contrariar dispositivo da Constituição Estadual.

Os Tribunais de Justiça Estaduais exerceram seu poder de decisão próprio através do voto da maioria absoluta de seus Desembargadores, através

do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, nos termos em que definir de regimento interno.

Caso a incompatibilidade opere-se entre a lei municipal e as regras estatuídas na Constituição Federal que não foram repetidas na Constituição Estadual, inexiste previsão legal para apreciação a cargo do Supremo Tribunal Federal pela via concentrada.

Nesse caso específico, há a possibilidade, deveras remota, de se questionar a constitucionalidade do dispositivo municipal através de argüição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição Federal, nos termos da Lei nº 9.882, desde que a hipótese se encaixe em uma de suas previsões de cabimento.

Impende notar, ainda, que as normas de repetição obrigatória que foram reproduzidas no texto da Constituição Estadual, e mesmo aquelas que não foram reproduzidas, mas que nela deveriam constar por obrigatórias, quando violadas por lei municipal, igualmente legitimam os Tribunais de Justiça Estaduais ao controle concentrado da constitucionalidade.

Todavia, não será toda e qualquer matéria repetida no texto da Constituição Estadual que, quando violada por lei estadual ou municipal, ensejará a possibilidade do controle da constitucionalidade pela via concentrada perante o pertinente Tribunal de Justiça.

O intérprete deve buscar a razão da repetição, pois inexistindo justificativa para tanto, os Tribunais Estaduais, para o julgamento dessa específica questão, não poderão ser considerados legítimos.

As decisões em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade de preceito constitucional estadual são passíveis de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Relativamente à violação de regras constitucionais implementadas por lei estadual, é possível cogitar-se de duas ADIns, uma perante o Supremo Tribunal

Federal e outra perante o respectivo Tribunal Estadual, de modo a implicar na perda do objeto da última no caso de o STF decidir pela inconstitucionalidade da lei.

O mesmo, contudo, não pode ser dito no caso da declaração de constitucionalidade, que habilitará o Tribunal Estadual a decidir a ADIN que por lá tramita apenas de acordo com os preceitos constitucionais estaduais, pois, em relação aos comandos obrigatórios oriundos da Constituição Federal permanecerá o caráter vinculativo.

Em havendo a decisão de procedência da ADIN estadual, a mesma implica na retirada do texto normativo do ordenamento estadual ou municipal, gerando efeitos *ex tunc* e *erga omnes* na jurisdição do Estado-membro.

Nesse caso, não é mais possível falar-se na reapreciação da matéria no caso de lei estadual pelo Supremo Tribunal Federal, seja pela via difusa ou concentrada, não se esquecendo apenas da possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental relativamente a ato normativo estadual ou municipal, cuja competência extrapola a alçada do Tribunal de Justiça Estadual.

Há de se observar, ainda, que o trânsito em julgado da decisão de improcedência proferida na ADIN estadual promovida em relação à lei estadual ou municipal violadora das normas constitucionais federais de repetição obrigatória ou daquelas simplesmente repetidas na Constituição Estadual, apesar de gerar efeitos *erga omnes* na jurisdição do Estado-Membro, não retira do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de exercitar o controle da constitucionalidade pela via difusa ou concentrada, essa última na hipótese exclusiva de lei estadual violadora.

6.2.2 A ação declaratória de constitucionalidade

É sabido que, com a constante mudança da sociedade, alteram-se também os perfis dos conflitos de interesse até então existentes, cuja problemática foi

observada pelo atual texto constitucional na medida em que em seu bojo foram inseridas, na categoria de direitos fundamentais, novas modalidades de proteção aos jurisdicionados como, *ad exemplum*, o mandado de segurança coletivo.

De outro vértice, se antigamente a sociedade dependia estritamente do legislador para ver fomentar os direitos que lhe eram inerentes, temos que nos dias de hoje tal responsabilidade recai sobre o Poder Judiciário.

Assim é que o ordenamento jurídico pátrio permite aos jurisdicionados promover a provocação do Judiciário valendo-se de instrumentos processuais voltados para a tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Instrumentos estes capazes de assegurar o amplo acesso à Justiça e de permitir que uma única decisão judicial gere efeitos sobre um certo número de pessoas, premiando a celeridade e economia processuais.[516]

De outra parte, os posicionamentos desencontrados emitidos pelos nossos Tribunais acerca da mesma temática, além de trazerem intranqüilidade à população, ferem, muitas das vezes, o princípio da isonomia. O certo é que nossa sociedade necessita de meios hábeis para harmonizar as decisões judiciais, ainda mais quando se adotam os sistemas difuso e concentrado de fiscalização da constitucionalidade.

Nesse ponto, a declaração de inconstitucionalidade emanada pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, resolve em definitivo determinada questão e barra incontáveis ações individuais.

Atentos a tal problemática, os juristas Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes realizaram criterioso estudo e, a partir do mesmo, acabou sendo

---

[516] ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 504 “Não há dúvida de que as demandas coletivas têm, paulatinamente, ganhado espaço no cenário jurídico nacional. Em que pesem alguns percalços – apresentados tanto pela jurisprudência como por inovações legislativas recentes – que buscam diminuir a eficácia, o cabimento ou a utilização das ações coletivas, são freqüentes, na atualidade, as ações que questionam interesses que afetam toda a coletividade”.

apresentada a proposta de Emenda Constitucional que recebeu o número 3 e instituiu a ação declaratória de constitucionalidade.

A princípio, a referida ação declaratória não foi bem recebida, sofrendo críticas de inconstitucionalidade e inocuidade, porém, o Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem suscitada na Ação Direta de Constitucionalidade nº 1-1-DF, pronunciou-se pela sua constitucionalidade.

Em um primeiro momento, pode parecer que uma ação tendente a declarar a constitucionalidade de uma lei não tenha razão de ser, uma vez que a constitucionalidade da lei é presumida.

No entanto, no sistema pátrio que admite a fiscalização da constitucionalidade de forma concentrada e difusa, o fim precípuo da referida ação é levar ao Supremo Tribunal Federal uma lei ou ato normativo federal sobre o qual paire dúvida acerca de sua constitucionalidade, para que, assim, seja proferida decisão definitiva com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, promovendo a guarda do direito constitucional objetivo e trazendo segurança jurídica para os cidadãos brasileiros.

A princípio, grande parte dos juristas vislumbrou a existência de vícios que comprometeriam a legitimidade da ação declaratória de constitucionalidade, dentre os quais pode-se citar a ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento. Além da violação a estes princípios, prejudica-se o acesso do cidadão ao Poder Judiciário, impedindo-o de invocar a proteção jurisdicional por inviabilizar o controle difuso da constitucionalidade.

Ora, na verdade as falhas apontadas não desqualificam a ação de constitucionalidade como meio de fiscalização constitucional até mesmo porque os legitimados do Art. 103 da Constituição Federal podem promover ação direta de inconstitucionalidade da mesma norma.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá vir a conhecer, através de distintas ações, outros posicionamentos acerca da constitucionalidade da mesma norma.

Outrossim, não há também ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal pelo fato de impedir os jurisdicionados de poderem exercitar o controle difuso. Ocorre que, para a mantença dos controles difuso e concentrado entremostra-se necessária a possibilidade de a Suprema Corte declarar, com efeitos *erga omnes*, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada norma.

Em conclusão, constata-se que a ação declaratória de constitucionalidade, tanto quanto a ação direta de inconstitucionalidade, fazem parte do controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, perfazendo processos objetivos, posição, aliás, defendida pelo Ministro Moreira Alves.[517]

Na verdade, a ação declaratória de constitucionalidade não é novidade em nosso sistema jurídico, isso porque, a própria ação de inconstitucionalidade é também uma ação de constitucionalidade, já que naquela o Supremo Tribunal Federal tanto poderá declarar a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade do ato normativo reptado.

Aliás, durante certo tempo, aceitou-se que o Procurador-Geral da República propusesse representação interventiva ou representação de inconstitucionalidade com parecer contrário, buscando, com maior celeridade, o reconhecimento judicial de legitimidade de determinada norma, que, de outra forma, tomaria longos anos para ser apreciada em definitivo.

Nesse passo, o próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com vigência em 1970, tratava expressamente dessa possibilidade em seu Art. 174, § 1º Atualmente, apesar da possibilidade de encaminhamento da representação com parecer contrário ter sido suprimida daquele Regimento Interno, Art. 169, § 1º, o fato é que o Procurador-Geral continuou a oferecer as representações de inconstitucionalidade, manifestando-se, por fim, muitas vezes em favor da constitucionalidade da norma.

---

[517] Ação Declaratória de Constitucionalidade, questão de ordem nº 1-DF.

Entretanto, tal posicionamento fora revisto[518] e apenas o Procurador-Geral pode apresentar ação direta de inconstitucionalidade ofertando, em sua manifestação, parecer contrário, sendo, contudo, tal caminho vedado aos demais legitimados elencados no Art. 103 da Constituição Federal.

A avocatória surgiu no direito brasileiro com a Emenda Constitucional nº 07, de 13/04/77, outorgando ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, quando houver imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que pudesse suspender os efeitos da decisão proferida e para que lhe fosse devolvido o conhecimento integral da lide.[519]

Até há pouco tempo, em 1991, cogitou-se sobre o retorno da avocatória ao sistema jurídico brasileiro. Ocorre que tal medida fora insuperavelmente manchada pelo regime autoritário, tendo em vista seu aspecto eminentemente político de suspender decisões jurídicas.

Dessa forma, as vantagens da ação de constitucionalidade sobre a avocatória são inegáveis, já que o Supremo Tribunal Federal somente será provocado, de forma abstrata, para decidir acerca de questão de constitucionalidade pertinente, não havendo que se falar em argumentos políticos, mas sim, jurídicos.

Ademais, na análise de caso concreto, caberá ao próprio juízo competente solucioná-la, sem a interferência da Suprema Corte, devendo apenas ser observada a decisão proferida sobre a questão constitucional em abstrato.

A legitimidade ativa para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, a par do quanto estabelecido pela Emenda Constitucional nº

---

518 Representação nº 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho.

519 Constituição Federal de 1967/69, Art. 119, inc. I, alínea '*o*'.

45, restou idêntica àquela estabelecida para a ação direta de inconstitucionalidade.

A ação declaratória de constitucionalidade tem por objeto apenas as leis ou os atos normativos federais, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade pode ser proposta contra lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, diferenciação que se mostra arbitrária.

Ora, pela sistemática atual, o Governador do Estado fica impossibilitado de buscar o Judiciário caso detenha interesse na declaração da constitucionalidade de uma norma estadual em face da Carta Magna. Entretanto, com exceção dos atos e leis estaduais, todos os atos normativos que desafiam impugnação por via direta de inconstitucionalidade podem ser objeto da ação de constitucionalidade.

A petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade deverá, necessariamente, indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo ferretado, os fundamentos jurídicos da impugnação, o pedido, com suas especificações, além da comprovação da existência de controvérsia judicial relevante acerca da aplicação da disposição objeto da medida,[520] uma vez que a Suprema Corte não é órgão consultivo, devendo solucionar as controvérsias apresentadas, ainda que de forma abstrata.

De outro modo, a mera demonstração de entendimentos divergentes sobre a constitucionalidade de determinada norma não autoriza o intento da ação em apreço; faz-se necessária a demonstração de divergência judicial que, não demonstrada, obsta o prosseguimento da demanda na Excelsa Corte, conforme bem salientou o respeitado Ministro Moreira Alves, quando da apresentação de seu voto no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1, Distrito Federal, restando consignado que:

---

[520] Lei nº 9.868 de 10/11/99, Art. 14, inc. III.

> [...] esta Corte, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 que instituiu a presente ação declaratória de constitucionalidade, estabeleceu, como uma das condições dessa ação, a necessidade de demonstração da existência de controvérsia judicial séria sobre a norma ou as normas cuja declaração de constitucionalidade é pretendida. Assim sendo, a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos ainda aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar.[521]

Anteriormente à assunção da Lei nº 9.868/99, muito se discutiu acerca da possibilidade ou não de concessão de liminar na ação declaratória de constitucionalidade.

De fato, altercavam aqueles que se mostravam contrários a tal desiderato que se a Suprema Corte viesse realmente a conceder liminar em ação declaratória de constitucionalidade estaria perpetrando uma repetição inútil, na medida que se estaria afirmando aquilo que já é presumido, ou seja, a constitucionalidade e a legalidade da lei ou ato normativo.

Entrementes, e depois de detida e acurada análise sobre a problemática em questão, parece restar indene de dúvidas tanto a possibilidade como a necessidade, em certos casos, de concessão de liminar em ação declaratória de constitucionalidade não podendo, portanto, o Supremo Tribunal Federal se furtar à apreciação de pleitos nesse sentido, valendo, por oportuno, trazer à tona a abalizada lição proferida pelo insigne Gilmar Ferreira Mendes, para quem deve a mesma ser concedida "[...] a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou se incerteza jurídica que se pretende eliminar".[522]

Atualmente, referida discussão não mais se entremostra pertinente tendo em vista que a já citada Lei nº 9.868/99 acabou por admitir expressamente a

---

[521] Ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1-DF.

[522] Ação Declaratória de Constitucionalidade. Coord. Ives Gandra Martins, 2ª. Tiragem. São BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. III, p. 88.

concessão de medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade, dispondo, no *caput* de seu Art. 21, que:

> Art. 21: O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Em assim sendo, e concedida a medida liminar vindicada, a Suprema Corte deverá publicar a parte dispositiva da referida decisão, dentre 10 (dez) dias, em seção especial do Diário Oficial da União, sendo certo que o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade deverá ocorrer dentre 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de perda da eficácia da mesma, nos precisos moldes do quanto estatuído no parágrafo único do referendado Art. 21 da Lei nº 9.868/99.

O procedimento disciplinador da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade passou a ser regulado com a edição da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, que trata do processamento e do julgamento das referidas ações perante o Excelso Supremo Tribunal Federal. Até então, o procedimento observado era, no que cabia, o mesmo utilizado para a tramitação da ação de inconstitucionalidade.

Deveras, a Lei nº 9.868/99 trouxe, em seus Arts. 14 a 20, o procedimento para o correto processamento da ação declaratória de constitucionalidade, cuja dogmática não poderá ser ofendida, sob pena de não-conhecimento e de não admissibilidade da mesma pelo Supremo Tribunal Federal.

Julgada procedente a ação de constitucionalidade, a manifestação jurisdicional implicará na declaração de constitucionalidade do ato normativo, embora a rejeição da medida redunde, via de conseqüência, na declaração da inconstitucionalidade da norma objeto da demanda.

Assim é que, tanto no caso de procedência como no de improcedência, ainda que parcial, a decisão proferida produz efeito *erga omnes*, que irá vincular todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, e, em princípio, *ex tunc*.

Imperativo se faz destacar que a decisão proferida tanto na ação busca a confirmação da constitucionalidade quanto na ação direta de inconstitucionalidade é declaratória de um estado preexistente.

6.2.3 A ADIN por omissão

A omissão legislativa constitucional e o seu controle, em especial no tocante às normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata ou indireta – que clamam por normatização posterior capazes de assegurar os resultados pretendidos pelo legislador constituinte –, é problema vivo na atual ordem constitucional. Isso porque, não seria crível conceber que uma Constituição, sem a eficácia jurídica de suas normas, atenderia às aspirações da sociedade no seio da qual fora concebida.

Para haver prosseguimento, necessário proceder-se à conceituação de Constituição e para o tema *sub studio* amolda-se com perfeição o escólio do jurista Konrad Hesse, para quem "[...] a resposta sobre o significado da Constituição depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido".[523]

Resulta daí que a Constituição é uma obra aberta, incompleta, porém, que não deixa de prescrever o que não pode permanecer aberto. Entretanto, tal abertura não resvala na diminuição ou até mesmo na dissolução da força normativa dos preceitos encartados no Texto Magno.

---

523 Konrad Hesse, apud, PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1995, p. 20.

O controle da inconstitucionalidade por omissão, recentemente introduzido no sistema jurídico brasileiro, inserto no Art. 103, §2º da Lei Maior, tem por escopo efetivar a vontade do legislador constituinte, isto é, toda norma constitucional deverá ter eficácia plena, sendo que aqueles preceitos que necessitam de regulamentação legislativa não poderão deixar de ser invocados por uma falta do legislador.

Os legitimados para promoverem a ação de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos que detêm a autorização para propor a ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando que a competência originária para a apreciação também é da Excelsa Corte, Art. 102, inc. I, alínea '*a*', por analogia. Após a declaração de inconstitucionalidade por omissão será promovida a cientificação ao Poder, o qual deverá tomar as providências omitidas que couberem.

A menos que as providências reclamadas sejam da esfera do Poder Legislativo, a ciência será dada sem fixação de prazo, mas, estiverem no âmbito de órgãos administrativos, quaisquer deles, a ordem judicial fixará prazo de 30 dias para que sejam tomadas as medidas cabíveis, admitindo-se responsabilização se não forem ultimadas no prazo fixado.

Outrossim, não há garantia de que o Poder Legislativo irá atuar e sanar a omissão, nem mesmo existe como imputar sanção pelo descumprimento ao comportamento inconstitucional desse Poder, aumentando-se sua discricionariedade, e, por isso, não é cabível a concessão de medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Quanto aos entes elencados no Art. 103, incs. I a X da Carta Política, fiscais da Constituição, não lhes é exigida a comprovação de interesse jurídico específico, no âmbito processual. Contudo, o Supremo Tribunal Federal entende que o interesse jurídico deve existir, deve haver uma relação de pertinência entre a norma impugnada e o interesse da classe. A já por vezes citada constitucionalista Flávia C. Piovesan acredita ser esta uma interpretação restritiva, "[...] convertendo a interpretação da lei conforme a Constituição, em interpretação da Constituição conforme a lei".[524]

---

[524] PIOVESAN, 1995, p. 102.

Desta feita, patente a omissão, entremostra-se perfeitamente cabível uma ação de perdas e danos contra a pessoa jurídica de direito público responsável por tal, não sendo, porém, essa responsabilização a característica do controle da constitucionalidade, eis que, o que se almeja, de fato, é efetivamente eliminar a inconstitucionalidade para assegurar a supremacia da Constituição Federal e seu efetivo cumprimento.

Por essa razão, caberá ao Supremo Tribunal, por analogia, afastar a inconstitucionalidade por omissão, só que, em prol do princípio da separação dos poderes, a Corte Excelsa não vem suprindo a omissão, comprometendo, via de conseqüência, o princípio da prevalência da Constituição.

Flávia Piovesan, em sua obra, filia-se à corrente que milita a favor da fixação de um prazo para que o legislador omisso supra a omissão reptada, e, se mesmo assim nenhuma providência for adotada, o Supremo, dependendo do caso *sub examine*, disporá normativamente acerca da matéria, de forma provisória, até que o legislador elabore a norma regulamentadora.

Tal proceder, ao nosso ver, estaria a viabilizar o preceito constitucional e, ao mesmo tempo, conciliaria o princípio político da autonomia do legislador com o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

6.2.4 A argüição de descumprimento de preceito fundamental

A Constituição Federal de 1988, através do Art. 102, § 1º, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio uma inovação, qual seja, a argüição de descumprimento de preceito fundamental com apreciação reservada ao Supremo Tribunal Federal, na forma estabelecida posteriormente pela Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, ou seja, depois de decorridos mais de 10 (dez) anos de sua inserção na seara basilar brasileira.

Ao referir-se a preceito fundamental, o legislador constituinte procurou incluir as vigas mestras da nossa Constituição, dos quais se podem enumerar os princípios fundamentais (Arts. 1º a 4º), os direitos e garantias fundamentais (Art.

5º), os princípios da administração pública (Art. 37) e os princípios constitucionais sensíveis (Art. 60, § 4º, incs. I a IV), sendo que destes podem decorrer outros.

Não menos certo nos parece que o que hoje merece a denominação de preceito fundamental pode vir a ter sua densidade normativa sensivelmente diminuída. Nessa esteira de silogismo, o que não é considerado preceito fundamental pode vir a sê-lo, eis que a Lei Maior não pode permanecer rígida perante as mudanças e a evolução da sociedade.

É importante destacar que os legisladores alienígenas já previram tal espécie de recurso constitucional, que vem sendo utilizado nos países de origem para prestarem com mais eficácia a tutela jurisdicional constitucional.

A título de exemplificação, pode-se citar, dentre outros, o recurso constitucional austríaco, surgido em 1867 no Império, na Lei do Tribunal Constitucional que, posteriormente, veio a integrar a Constituição de 1820.

Já, na Alemanha, verifica-se a existência do *agravo constitucional* ou *queixa constitucional*,[525] com utilização excepcional por qualquer pessoa que se sinta violada pelo poder público em seus direitos fundamentais, de larga utilização para atacar decisões judiciais perante o Tribunal Constitucional Federal.

Ainda, no ordenamento jurídico espanhol, a Constituição de 1978 assegurou o *recurso de amparo* (Art. 161.1, b, e 162.1, b), anteriormente previsto na Constituição de 1931 (Art. 121), inspirada na Lei Fundamental mexicana de 1917 (Art. 107). O *amparo* é um procedimento especial que visa à proteção dos direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pela Constituição, podendo ser interposto por qualquer pessoa, inclusive pelo Defensor do Povo e pelo Ministério Público, desde que esgotadas, previamente, as vias judiciais.

A ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental tem por finalidade precípua evitar ou reparar lesão aos já mencionados preceitos

---

525 *Verfassungsbeschwerde*, prevista na Lei de 17/04/51.

fundamentais, como, aliás, vem estampada na última parte do *caput* do Art. 1º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, devendo ser intentada perante a Corte Excelsa.

Em outras palavras, e como bem ilustram os constitucionalistas Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, a ação *sub studio*:

> [...] demonstra o papel que o veículo processual visa cumprir, que é o de proteger a Nação das situações que violentam aquilo que lhe é mais sagrado, e que há de mais valoroso no seu sistema jurídico. Não é a lesão a qualquer norma formalmente constitucional que poderá ensejar a argüição. Haverão de ser levados em conta os preceitos maiores da Carta Política, que, por não estarem definidos na legislação em comento, demandarão um trabalho doutrinário e jurisprudencial.[526]

É sabido que o controle da constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro comporta duas vias, duas maneiras distintas de se obter o mesmo desiderato, a saber: a concentrada e a difusa, caracterizando-se assim a implementação de forma mista de defesa do Texto Magno.

Todavia, no controle concentrado somente poderá se perquirir ao derredor de problemas de constitucionalidade que envolvam leis ou atos normativos emanados das esferas federal ou estadual, sendo certo que a jurisprudência pátria restringiu tal conceito a tão-somente os atos denominados primários, *id est*, aqueles que emanam diretamente da Carta Política.

Já, no que tange ao controle difuso, a grande dificuldade apresentada é o infinito número de decisões divergentes que poderão aflorar sobre a mesma problemática constitucional, situação esta que poderia, em determinados casos, fazer reinar a insegurança jurídica para os jurisdicionados o que, por motivos que nos parecem óbvios, se cumpre a todo custo evitar.

Em meio a esse aparente limbo surgiu a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, a qual, se corretamente utilizada, acabará se tornando mais um firme passo na trilha ao respeito à cidadania a ao Estado de Direito, eis que sua amplitude

---

526 BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, ano VIII, nº 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000, p. 68.

permite a análise de atos não legislativos e de atos municipais, afastando-se, assim, qualquer interpretação no sentido de delimitar os atos albergados pela referida *actio*, tal qual ocorreu com a ação direta de inconstitucionalidade.

Como bem mencionado pelos juristas Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, a ação de descumprimento de preceito fundamental:

> [...] vem a preencher uma lacuna que se fazia sentir no ordenamento jurídico pátrio, pois cria uma ponte entre o sistema difuso e o concentrado, uma vez que a decisão proferida incidirá sobre os diversos processos em curso. Com isso, permite-se antecipar o deslinde de uma questão jurídica que percorreria a 'via crucis' do sistema difuso para chegar ao Supremo Tribunal Federal, para então, após decisão definitiva, ser a mesma comunicada ao Senado Federal, que poderá suspender a eficácia da lei impugnada, para só então cessarem os efeitos da lei ou ato normativo inconstitucional. Através dos mecanismos da lei ora estudada, permite-se que sejam integrados os dois sistemas de controle, conferindo mais racionalidade e coerência ao sistema, uma vez que se permite decidir com eficácia *erga omnes*, incidindo diretamente sobre os processos em curso [...].[527]

Desta feita, é inequívoco que a ação de argüição de preceito fundamental constitui-se em mais uma forma de controle concentrado de constitucionalidade, tendo incidência sobre atos normativos ou não emanados do poder público, incluindo-se, aí, todos os órgãos federativos (Federal, Estadual e Municipal).

Todavia, importante se faz a advertência proclamada por André Ramos Tavares, no sentido de que:

> [...] é preciso também afastar a possibilidade de que 'preceito fundamental' seja toda e qualquer norma contida na Lei Fundamental. Se, teoricamente, essa construção é admissível, o mesmo não ocorre quanto ao vigente sistema constitucional. É que se assim fosse, então tornar-se-ia repetitiva a parte final do § 1º do Art. 102 quando se refere a preceito fundamental decorrente desta Constituição.[528]

A legitimidade ativa para a propositura da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental é a mesma relativa à incoação da ação direta de constitucionalidade, que se encontra descrita nos incisos do Art. 103 da Constituição, referendado no inc. I do Art. 2º da Lei nº 9.882, de 03/12/99, a saber:

---

527 Ibidem, p. 70-71.

528 TAVARES, 2001, p. 121.

> Art. 103: [...].
> I – o Presidente da República;
> II – a Mesa do Senado Federal;
> III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
> IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (alterado pela EC nº 45/04 – STF já admitia mesmo antes da EC);
> V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal (alterado pela EC 45/04 – STF já admitia mesmo antes da EC);
> VI – o Procurador-Geral da República;
> VII – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> VIII – Partido Político com representação no Congresso Nacional; e,
> IX – Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Sói acrescentar, também, que se aplicam aqui, sobre tais entes legitimados para deflagrar o controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, os requisitos concernentes à já mencionada ação direta de inconstitucionalidade, inclusive no que se refere à criação jurisprudencial denominada *pertinência temática*.

Imperativo se faz destacar que o projeto original, mais precisamente o inc. II do Art. 2º, da referida lei, estava a permitir a legitimação para o aforamento do pleito de argüição de descumprimento de preceito fundamental a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público, mas, no entanto, foi vetado pelo Presidente da República sob o pálio de que estaria a propalar o inchamento de demandas postas à douta apreciação da Corte Suprema, perdendo-se grande oportunidade de concretizar a referida *actio* como verdadeiro meio para o pleno exercício da cidadania.

> **DECISÃO:** Vistos. Trata-se de **argüição de descumprimento de preceito fundamental**, **com pedido liminar**, proposta por **FÁBIO MONTEIRO DE BARROS FILHO**, com fundamento no Art. 102, § 1º, da Constituição Federal e na Lei nº 9.882/99, na qual requer 'a intervenção do STF, na qualidade de guardião da Constituição e do Estado de Direito, na forma da Lei 9.882, com a concessão de medida liminar' visando à '**a) Suspensão do bloqueio de bens do requerente e suas empresas, para que possa desenvolver suas atividades, se necessário for para que o mesmo ofereça garantia real nos autos da ação civil pública proporcional a sua responsabilidade**' (fls. 12/13), bem como '**b) Suspender a sentença falimentar da CONSTRUTORA IKAL LTDA., até ao final da ação civil pública, em face da indisponibilidade de seus bens, créditos e valores depositados em conta corrente'** (fl. 13). Autos conclusos nesta data. Decido. A argüição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.882/99, Art. 2º, inc. I), mas qualquer interessado poderá

> solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da argüição (Art. 2º, § 1º). Assim posta a questão, porque o autor não é titular da ***legitimatio ad causam*** ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento. Publique-se. Brasília, 30 de janeiro de 2001. Ministro **CARLOS VELLOSO** – Presidente.

Vale ressaltar, por oportuno, que mecanismo parecido ao ora em estudo já fez parte de nosso ordenamento constitucional, na Carta Magna Imperial de 1824, a qual estabelecia nas suas *Disposições Geraes e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, Art. 179, inc. XXX: "Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo e ao Executivo, reclamações, queixas ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infratores".

Ao derradeiro e socorrendo-nos nos ensinamentos proferidos pela insigne jurista Maria Garcia:

> [...] a conclusão, inevitável, de todo o exposto é de que a regulamentação do dispositivo constitucional não atendeu a sua finalidade a qual decorre da estrutura sistêmica da Constituição, dos seus pressupostos, da sua tessitura, do seu espírito, enfim, pois desde logo não convence que, nesse dispositivo, a Constituição viesse apenas estabelecer uma outra forma de controle da constitucionalidade e pelos mesmos autores da ação direta.[529]

A peça inicial da ação de argüição deve conter o preceito fundamental que se reputa violado, a indicação do ato reptado, a prova da violação do preceito, o pedido e a demonstração de controvérsia judicial relevante quanto à aplicação do preceito que se considera violado, se for o caso.

O Relator poderá indeferir liminarmente a petição inicial, quando não for o caso de descumprimento do preceito fundamental alegado, quando faltar algum dos requisitos previstos na Lei ou se for declarada inepta. A decisão prolatada desafia o recurso de agravo, no prazo de cinco dias.

A Lei nº 9.882/99 traz, também, em seu bojo, a possibilidade de concessão de medida liminar, por meio de decisão da maioria absoluta dos ministros da Suprema Corte, sendo que o relator poderá, ainda, conceder tal

---

[529] BASTOS; VARGAS, 2001, p. 104.

medida *ad referendum* do Tribunal Pleno, no caso de extrema urgência ou perigo de grave lesão, ou, ainda, em período de recesso.

Superada tal fase inicial, às autoridades responsáveis pelo ato reptado serão solicitadas informações, que deverão ser prestadas no prazo de dez dias.

Em prosseguimento, o relator poderá ouvir as partes, requisitar outras informações, bem como designar perito para emitir parecer sobre o tema.

Ademais, objetivando o esclarecimento da questão suscitada e visando à formação da convicção dos magistrados, há a possibilidade de convocação de pessoas com experiência e autoridade na matéria para discorrer sobre a questão em audiência pública, não se olvidando a necessidade de ouvir o representante do MP, nos moldes preconizados pelo parágrafo único, do Art. 7º, da Lei nº 9.882).

Após, o relator pedirá dia para a audiência de julgamento, que deverá contar com, pelo menos, dois terços dos ministros na respectiva sessão, salientando-se que o *decisum* não admite a interposição de qualquer espécie de recurso, até mesmo da ação rescisória.

A decisão proferida em sede de ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental possui, como dito linhas atrás, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação ao Poder Público, mas foi atribuído à Suprema Corte, tendo em vista razões de segurança jurídica o excepcional interesse social, por maioria de 2/3, estabelecer que só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou do momento que venha a ser fixado.

Nessa esteira de pensamento, pode-se concluir que a irradiação de efeitos contra todos, bem como a eficácia vinculante da decisão prolatada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal terá, sem sombra de dúvidas, inegável serventia, ainda mais ao se levar em consideração que quando o aludido *decisum* pôr a termo problemática basilar a respeito de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal inserindo-se, aí, aqueles anteriores ao vigente Texto Constitucional.

Conforme leciona Zeno Veloso:

> [...] o problema da constitucionalidade, com fundamento relevante, fica logo solucionado e a definição dada pelo Supremo Tribunal impõe-se a todos, evitando que dúvidas e intranqüilidades persistam. Isto é bom para a racionalização dos processos e para a estabilidade jurídica.[530]

Em primeiro lugar, a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental possui objeto muito mais abrangente que aquele afeto à ação direta de inconstitucionalidade, vez que não se recolhem apenas atos normativos federais e estaduais, podendo, então, atingir atos municipais, sejam eles normativos ou não.

Outra diferença latente consiste no fato de que a ação em comento necessita da demonstração de confronto com preceito fundamental, enquanto que na ADIn qualquer norma poderá ser utilizada para o seu aforamento, situação esta que tende, definitivamente, em trasmudar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte Constitucional.

Finalmente, diferem-se as ações no que tange à possibilidade de a decisão liminar proferida em sede de argüição de descumprimento estancar os feitos em curso.

O Supremo Tribunal Federal acabou por discutir a aplicação do princípio da subsidiariedade, quando do julgamento da ADPF nº 76/TO, sendo certo que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assim ponderou:

> Nesse particular, o desenvolvimento do princípio da subsidiariedade, ou da idéia da inexistência de outro meio eficaz, dependerá da interpretação que o STF venha a dar à lei. A esse respeito, destaque-se que a Lei nº 9.882/1999 impõe que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (Art. 4º, § 1º). À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar

---

530 VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 308.

> desse instituto qualquer significado prático. De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, contido no § 1º do Art. 4º da Lei nº 9.882/1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, caso se considere o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. No direito alemão, a Verfassungsbeschwerde (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional, caso se demonstre que a questão é de interesse geral ou se demonstrado que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

6.2.5 A ação direta interventiva

A outra modalidade de ação direta, designada *interventiva*, pode ser federal, cuja legitimidade compete ao Procurador-Geral da República e a competência para julgamento cabe ao STF, ou estadual, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça estadual.

Destina-se a promover a intervenção federal no Estado-Membro ou do Estado-Membro em município sob sua jurisdição e visa, precipuamente, à solução de uma controvérsia que envolve a União e o Estado-Membro ou este e o Município, cujo assunto será melhor tratado em tópico próprio.

A Constituição Federal de 1988 é clara ao preconizar, no *caput* de seu Art. 1º, que o Brasil é uma federação, solidificando a importância de tal determinação ao considerá-la como cláusula pétrea, haja vista a expressa proibição, no campo das emendas constitucionais, de deliberação de proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado (cf. Art. 60, § 4º, inc. I, CF).

O Federalismo encontra sua origem histórica a partir da proclamação da independência das 13 colônias inglesas que deram origem aos Estados Unidos da América.

De fato, afirma Celso Ribeiro Bastos:

> [...] quando se criou a primeira Federação conhecida, a americana, o que se tratou de resolver na época era o problema resultante da convivência entre si das 13 colônias inglesas tornadas Estados independentes e desejosas de adotarem uma forma de poder político unificado. De outra parte, não queriam perder a independência, a individualidade, a liberdade e a soberania que tinham acabado de conquistar.[531]

Navegando-se nessas águas, pode-se definir uma Federação como sendo a aliança de vários Estados para a formação de um Estado único, em que as unidades federadas preservam parte de sua autonomia política, enquanto a soberania é transferida para o Estado Federal. O federalismo possibilita a coexistência de diferentes coletividades políticas dentro de um Estado único, havendo diversas esferas de atribuições fixadas na própria Constituição entre a União e os Estados Federados.

Diante do que fora exposto no tópico acima, é possível afirmar-se que dentro do conceito de federalismo reside um forte conteúdo extremamente autonomista, sendo este, talvez, o característico mais marcante.

Em outras palavras, a autonomia assegura aos membros da Federação o relacionamento entre as vontades parciais de cada um com a vontade central, revelando-se ela, segundo Michel Temer, por intermédio de uma atividade política descentralizadora, lecionando que descentralizar implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando elas a ser próprias do novo centro. “Se se fala em descentralização administrativa quer-se significar a existência de novos centros administrativos independentes de outros.

---

[531] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 246.

Se a referência é descentralização política, os novos centros terão capacidade política".[532]

Assim, para que a aludida descentralização política possa realmente ser efetivada e externar a autonomia dos Estados Federados, mister se faz a divisão de competências entre as vontades de tais entes e a vontade do ente central, sendo certo que tal matéria deve, necessariamente, ser determinada pelo Texto Constitucional, tornando-se, então, parte de sua essência, uma vez que, do contrário, ou seja, se determinada através de legislação ordinária, a alteração seria de fácil execução, tornando o pacto federativo extremamente frágil, o que vem de encontro com o seu objetivo.

Entrementes, sabe-se que não basta uma perfeita divisão de competência entre entes federados, fazendo-se necessário, também, que lhes sejam outorgadas rendas suficientes para a consecução dos projetos e das tarefas atinentes a tais competências, haja vista que sem o devido suporte financeiro a tão propalada autonomia federativa ficará apenas no *papel* sem qualquer aplicação no campo prático.

Em relação ao tema *sub studio*, Manoel Gonçalves Ferreira Filho alterca:

> [...] a existência real da autonomia depende da previsão de recursos, suficientes e não sujeitos a condições, para que os Estados possam desempenhar suas atribuições. Claro que tais recursos hão de ser correlativos à extensão dessas atribuições. Se insuficientes ou sujeitos a condições, a autonomia dos Estados-membros só existirão no papel em que estiver escrita a Constituição. Daí o chamado problema da repartição de rendas.[533]

Certo é que aos Estados Federados é assegurada a auto-organização, desde que obedecidos determinados princípios insertos na Lei Maior, no dizer de José Afonso da Silva "[...] a auto-organização é, pelo visto, o primeiro elemento da

---

532 TEMER, 2002, p. 55-56.

533 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 44.

autonomia estadual e se concretiza na capacidade de dar-se a própria Consituição"[534].

Dessa forma, o Estado-membro tem a possibilidade de eleger suas autoridades, compondo um Poder Legislativo próprio e com a incumbência de ditar suas normas, bem como um Poder Judiciário responsável pela prestação da tutela jurisdicional no tocante a matérias estaduais.

Ainda, o pacto federativo deverá estar expressamente consignado como cláusula pétrea de uma Constituição, sendo que esta deve ser escrita e rígida de forma a impedir a saída de qualquer dos Estados ou até mesmo a dissolução da união.

Neste ponto, destaca-se que a referida indissolubilidade, prescrita na Lei Maior, é outro elemento diferenciador do Estado Federal, de outra parte, a Confederação, cuja criação vem embasada em um Tratado, sendo formada por Estados soberanos, o que lhe permite o desligamento de qualquer um deles.

Outro dos característicos do Federalismo é a representação das vontades dos Estados na consecução da vontade geral, criando-se, para tanto, um Poder Legislativo bicameral. Assim é que há uma casa representativa do povo dos Estados e outra, com representantes dos Estados federados, nominada Senado Federal.

Fundado na isonomia que deve prevalecer entre os entes federados, com respeito ao poder central e entre si, cada um dos Estados deve exercitar a vontade parcial com o mesmo número de Senadores, sob pena de infringir tal princípio.

Necessário se faz, também, a presença de um órgão – que não faça parte do poder central, tampouco dos Estados federados –, pertencente ao Poder

---

534 SILVA, 1996, p. 512.

Judiciário Federal e capaz de manter o pacto federativo, para que, em caso de dúvidas ou ataques à forma federativa possa dizer o direito.

Via de conseqüência, ao proferir suas decisões, o Poder Judiciário fará valer a Constituição, restabelecendo o necessário equilíbrio entre os poderes, minando as dúvidas relativas ao exercício das competências e garantindo o cumprimento do pacto federal.

Por fim, objetivando a manutenção da federação frente a graves ameaças, encontra-se o remédio jurídico da intervenção federal, em que a União, representando todos os outros Estados-membros, afasta de forma temporária todas ou algumas das prerrogativas inerentes à autonomia do Estado submetido ao processo interventivo, não passando, em última análise, de instrumento da vontade dos Estados federados lesados com uma determinada situação verificada.

Nesse aspecto, a União decreta a intervenção federal no Estado em que está ocorrendo a situação reprimível, fazendo prevalecer as vontades parciais dos demais Estados, representada agora pela vontade federal, até a cessação dos motivos autorizadores do ato.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

> A intervenção federal consiste em mecanismo excepcional de limitação da autonomia do Estado-membro. Destina-se ela à preservação da soberania nacional, do pacto federativo e dos princípios constitucionais sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito. Não se trata, por evidente, de providência rotineira nem está sujeita a juízos políticos arbitrários. Medida extrema, exige a presença de elementos materiais inequívocos e a observância de requisitos formais para que possa ser legitimamente decretada. Somente caberá a intervenção nas hipóteses taxativas previstas na Constituição, enunciadas no Art. 34.[535]

Surge, nesse contexto, a denominada ação direta interventiva, cujo nascedouro se deu por intermédio da Constituição de 1934, traduzindo-se na

---

[535] BARROSO, 2004, p. 249.

primeira hipótese de controle de constitucionalidade em nosso País e não se perdendo de vista que referida previsão constitucional foi mantida nas Cartas de 1946, 1967, 1969 e 1988 (combinação de seus Arts. 34 e 36).

A competência para apreciação da ação direta interventiva recai sobre o Supremo Tribunal Federal, sendo certo que a legitimação ativa foi outorgada, com exclusividade, ao Procurador-Geral da República, enquanto que a legitimação passiva, de sua vez, é imputada ao ente da federação sobre o qual paira a acusação de malferimento aos princípios sensíveis encartados no inc. VII do Art. 34 da Carta de Outubro.

Por intermédio da referida *actio*, busca-se declaração do Supremo Tribunal Federal em relação à ocorrência ou não de desculprimento dos citados princípios constitucionais sensíveis por parte de um dos Estados-membros, materializando-se, na prática, em litígio entre a União e uma determinada entidade federada, não se olvidando que a procedência do pedido implicará, no caso de manutenção do ato inquinado de vício, a intervenção, ato este de natureza administrativa.

A Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964, recepcionada pela Constituição de 1988 em sua quase totalidade, dispõe sobre o procedimento afeto à ação direta interventiva, o que não dispensa a aplicação, conjunta, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, mais precisamente no que se refere às disposições contidas nos Arts. 175, parágrafo único e 350, inc. IV, esclarecendo-se que, pela própria natureza, não se vislumbra a possibilidade de concessão de medida cautelar em casos tais.

No campo subjetivo, os efeitos da decisão proferida em sede de ação direta interventiva são de natureza vinculada, ou seja, apresentam inegável caráter mandamental; na seara objetiva, é preciso que fique claro que eventual procedência do pedido interventivo, por si só, não acarreta o expurgo do ato que originou referida representação.

A eficácia da decisão, em regra, é *ex nunc*.[536]

---

536 Ibidem, p. 262: “Caso a intervenção se limite à sustação do ato impugnado, o natural será que a medida tenha eficácia *ex tunc*, em consonância com o entendimento, amplamente majoritário no direito brasileiro, de que os atos incosntitucionais são nulos”.

6.2.6 A súmula vinculante

Uma das grandes novidades trazidas pela eclosão da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a implemenação da chamada *súmula vinculante*, instrumento afeto ao processo constitucional nascido com o claro e nítido objetivo de fomentar, o princípio da segurança jurídica, além de servir de alternativa para desvencilhar o abarrotado Poder Judiciário de causas repetitivas, cujo resultado, não obstante a relutância de alguns – mormente em se tratando de Administração Pública – já é de há muito consabido.

Não se perdendo de vista o importante alerta levado a efeito por Luiz Alberto David Araujo:

> Demonstrada a linha firme e estável de acúmulo de poder, não haveria dúvida de que e Emenda n. 45 traria a Súmula vinculante, como forma de implantar o pensamento determinante pelo Supremo Tribunal Federal. O Art. 103-A cuidou de implementar a criação da súmula vinculante. Passamos da surpreendente (pois surpreendeu e espantou a todos) Emenda Constitucional nº 03/93, que implantou o efeito vinculante para a Súmula vinculante, quase como uma passagem natural de exercício de poder.[537]

Levanta-se discussão no sentido de que o instituto da súmula vinculante tem inspiração ou, ao menos, laços de semelhança com os denominados assentos afetos ao sistema jurídico português, os quais são exarados no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, mais precisamente por intermédio de seu pleno. Por sua vez, tais assentos seriam descendentes daqueloutros anteriormente previstos na Segunda Ordenação e, ao depois, nas Ordenações Filipinas e em outras legislações exparsas.

Nesse particular, importante citar a evolução histórica dos assentos traçada no âmbito do Tribunal Constitucional Português quando da prolação do acórdão nº 810/93, *ipsis verbis*:

---

[537] ARAUJO, Luiz Alberto David. O acúmulo de poder do Supremo Tribunal Federal e o controle concentrado de constitucionalidade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). **Diálogos constitucionais**: direito, neolibralismo e desenvolvimento em países periféricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 342.

> O perfil de tal síntese poderá assim ser delineado: **(a)** Os assentos da Casa da Suplicação constituíam interpretação autêntica das leis e tinha força legislativa; **(b)** Desde a sua instituição em 1832, até a entrada em vigor do Decreto nº 12.353, de 22 de Setembro de 1926, o Supremo Tribunal de Justiça não dispunha de competência para proferir assentos, mas tão somente para uniformizar a jurisprudência, através da interpretação e aplicação da lei nos casos concretos que lhe eram submetidos; **(c)** O Art. 66º deste último diploma instituiu um recurso inominado de uniformização de jurisprudência para o pleno do Supremo Tribunal de Justiça; **(d)** A jurisprudência estabelecida por estes acórdãos era obrigatória para os tribunais inferiores e para o Supremo Tribunal de Justiça enquanto não fosse alterada por outro acórdão da mesma proveniência; **(e)** Apesar de o Decreto nº 12.353 não atribuir, explícita ou implícitamente, a estes acórdãos a designação de assentos, o Supremo Tribunal de Justiça assim passou a chamá-los a partir de Dezembro de 1927; **(f)** O Código de Processo Civil de 1939 consagrou a denominação de assentos para os acórdãos proferidos pelo pleno do Supremo Tribunal de Justiça, mantendo no mais o regime do Decreto nº 12.353; **(g)** O Código de Processo Civil de 1961, eliminou a faculdade de alteração dos assentos pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça; **(h)** O Art. 2º do Código Civil de 1967, veiio atribuir à doutrina fixada pelos assentos força obrigatória geral; **(i)** O Decreto-Lei nº 47.690, de 11 de maio de 1967, na redação dada ao Art. 769, nº 02, do Código de Processo Civil, eliminou a referência que ali se fazia a respeito da eficácia dos assentos.[538]

Feitas tais digressões, voltemo-nos a positivação da súmula vinculante no Brasil.

De fato, inseriu-se no bojo do texto constitucional o novel Art. 103-A, apresentando a seguinte redação:

> Art. 103-A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
> § 1º – A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

---

538 Tribunal Constitucional Português, 1ª seção, Processo nº 474/88, Relator: Conselheiro Monteiro Diniz.

> § 2º – Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
> § 3º – Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

De acordo com a própria dicção do dispositivo constitucional de regência, tem-se que foi editada, recentemente, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, com o fito de proceder à devida regulamentação do novel instituto, sendo relevante a análise feita por André Ramos Tavares, no sentido de que:

> [...] esse mecanismo fica mais claro no caso do controle de constitucionalidade. Assim, quando o STF, por reiteradas decisões concretas (em RE, v.g.), houver reconhecido a inconstitucionalidade de norma, essas decisões justificarão a edição de uma súmula de caráter abstrato (não vinculado aos casos concretos, como as decisões anteriores), geral, vinculante e de aplicação futura (e não imediata, como eram as decisões concretas que permitiram a deflagração do processo de formulação da súmula vinculante). Opera-se, aqui, a ponte entre o controle difuso-concreto e o controle abstrato concentrado.[539]

Em resumo, tem-se que a súmula vinculante tem como características principais, adotando-se, *in tottum*, a operacionalização levada a efeito por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior[540]: (i) adoção de ofício ou por provocação, apresentando-se como legitimados para tanto aqueles que forem indicados por lei e os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade; (ii) aprovação por dois terços dos componentes da Corte Suprema; (iii) necessidade de que a adoção da súmula seja antecedida de reiteradas decisões sobre a matéria pelo STF; (iv) efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta de todas as esferas da federação; (v) escopo de definir a validade, a interpretação e a eficácia das normas determinadas, sobre as quais recaia controvérsia atual

---

539 TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à lei nº 11.417, de 19/12/06. São Paulo: Método, 2007, p. 14.

540 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 392-393.

entre os órgãos judicantes ou entre tais e administração pública, cuja divergência venha a gerar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica problemática; (vi) revisão de ofício ou por provocação pelos legitimados; e, (vii) reclamação ao STF nas hipóteses em que a decisão judicial ou o ato administrativo vier a contrariá-la ou a aplicá-la indevidamente.

6.3 O Controle Difuso

Embora desfrute de inegável importância dentro do sistema consitucional brasileiro, a verdade é que, diante das inúmeras interpretações levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação de casos tais, o controle concentrado acabou por ser demais restrito, o que, evidentemente, dificulta a eficaz aplicação pretendida pelo legislador originário quando da elaboração e promulgação da Carta de Outubro.

De fato, em estudo sobre o tema, Luiz Alberto David Araujo ponderou:

> Talvez preocupado com a avalanche de processos que iriam chegar ao Supremo Tribunal Federal, este tratou de implementar uma política restritiva de acesso ao processo de controle de constitucionalidade concentrada. O alcance democrático da norma, portanto, foi sendo reduzido pela jurisprudência da Corte Suprema [...]. O sonho de termos um controle de constitucionalidade mais efetivo, mais alargado, começou a sofrer, desta forma, um encolhimento pela jurisprudência restrita do Supremo Tribunal Federal.[541]

Assim, a par das dificuldades restritivas acima apontadas, materializadas, *ad exemplum*, na existência de autores universais e autores especiais ao manejo da via concentrada, acrescendo-se o fato de que, como visto, por intermédio da referida via não se pode abrir discussão ao derredor de direitos subjetivos, de direitos individuais, enfim, da anállise de casos concretos, resta claro que, no pertinente à necessidade de reparação pelo malferimento do direito fundamental à

---

[541] ARAUJO, 2006, p. 242.

convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, ou seja, no âmbito repressivo, melhor se coaduna a utilização do controle difuso da constitucionalidade, o qual se verifica em qualquer sede jurisdicional e independentemente do veículo processo manejado.

Vejamos.

A teoria constitucional brasileira nasce com a Constituição republicana de 1891.

O sistema de controle difuso da constitucionalidade, que leva em consideração a inconstitucionalidade da lei em relação a determinado caso concreto, vigora no Brasil também desde a Constituição de 1891, restando demarcado no Art. 59, incisos e § 1º, alíneas '*a*' e '*b*' e Art. 60 daquele texto constitucional.

De inspiração norte-americana, o sistema brasileiro de controle concreto de constitucionalidade apresenta, até os dias atuais, divergência com aquele modelo no que tange aos seus efeitos. Enquanto da sistemática alienígena promanam efeitos *erga omnes*, os efeitos terrenos restringem-se à relação processual.

O problema dos efeitos restritos às partes no controle difuso de constitucionalidade começou a ser resolvido a partir da Constituição de 1934, quando o Senado Federal, na qualidade de Poder Coordenador, passou a ter competência para suspender a execução da lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário.

Além disso, a Constituição de 1934 trouxe em seu bojo um *meio termo* entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, ao estatuir a figura da ação interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República perante o STF.

Esta ação visava averiguar a constitucionalidade de lei federal interventiva a ser aplicada em Estados nos quais não estivessem sendo observados os chamados princípios constitucionais sensíveis.

Contudo, o texto constitucional seguinte – Constituição de 1937 – em condenável retrocesso, acabou com a suspensão da execução outorgada ao Senado Federal em caso de lei considerada inconstitucional pelo STF em controle difuso. E, não bastasse, conferiu ao Presidente da República a faculdade de submeter novamente à apreciação do Parlamento a lei considerada inconstitucional, tornando a decisão do STF sem efeito.

Felizmente, a Constituição de 1946 retomou as bases estatuídas pelo texto de 1934. Diferença básica, porém, operou-se em relação à ação interventiva, devendo a lei estadual violadora dos princípios sensíveis ser submetida à apreciação do STF, pelo Procurador-Geral da República, ao contrário do ocorrido sob a égide do texto de 1934, onde o preceito de intervenção é que era apreciado pelo Pretório.

Após o golpe militar de 1964, através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, fora introduzido o controle concentrado de constitucionalidade, de iniciativa privativa do Procurador-Geral da República, visando evitar que juízes democráticos obstaculizassem ações ditatoriais.

A Constituição de 1967 manteve o controle da constitucionalidade nos moldes anteriores, inclusive o controle concentrado proveniente da EC nº 16/65, ocorrendo o mesmo com a EC nº 1/69, que, como uma das únicas inovações, estabeleceu o juízo de constitucionalidade de lei municipal violadora de princípios sensíveis, com finalidade interventiva, a ser feito pelo Tribunal de Justiça do Estado.

A Constituição de 1988 manteve o controle misto de constitucionalidade, agregando apenas a ação de inconstitucionalidade por omissão, permanecendo o controle difuso com remessa ao Senado Federal para suspensão da execução da lei.

A questão de inconstitucionalidade em controle difuso pode ser suscitada pelas partes, pelo Ministério Público ou de ofício pelo Juiz ou órgão fracionário, sempre que a matéria tiver relação com o objeto da demanda.

No controle difuso de constitucionalidade exercido pelo juízo singular, o magistrado deixa de aplicar o texto normativo reputado inconstitucional. No âmbito dos tribunais, esse controle opera-se através de incidente de inconstitucionalidade, quando o órgão fracionário suspende o processo e remete a questão constitucional à apreciação do Órgão Especial, que, por maioria absoluta, pode declarar inconstitucional a lei. Essa declaração, todavia, terá efeitos restritos à lide.

A Resolução do Senado Federal que suspende a executoriedade de lei, julgada inconstitucional em controle difuso de constitucionalidade, opera efeitos *ex nunc*.

Entende-se que, caso se operassem efeitos *ex tunc*, inexistiria diferença entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade via controle difuso e via controle concentrado.

O Supremo Tribunal Federal não tem admitido a interposição de recurso extraordinário por violação de princípio jurídico – direito adquirido, ato jurídico perfeito – sob o argumento de que se trata de *inconstitucionalidade reflexa*.

Contudo, não somente a violação de preceito explícito conduz a um juízo de inconstitucionalidade. Partindo do princípio de que a vigência de uma lei é secundária em relação à sua validade, e essa validade somente pode ser aferida a partir de sua conformidade com o texto constitucional, qualquer texto normativo deve passar pelo crivo da constitucionalidade.

Nestes termos, ganham relevância os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que nada mais são do que o juízo de adequação entre os meios e os fins da norma, evitando, assim, situações abusivas contra os princípios constitucionais.

O fundamento constitucional dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade se confunde com os princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de excesso, da proibição do desvio da finalidade da lei, da

reserva legal, assim, todos os princípios que estão umbilicalmente vinculados aos direitos fundamentais.

A afronta à razoabilidade ou proporcionalidade não se constitui em fundamento isolado de recurso constitucional, pois o Art. 102, inc. III, letra *a* exige que se decline o dispositivo constitucional violado. Assim, é importante vincular os princípios em causa com os atributivos de direitos fundamentais expressamente previstos.

Impende notar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e em outros feitos, faz uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Deveria, então, permitir que os recursos constitucionais fossem deduzidos com base tão-somente na violação de tais princípios, do mesmo modo que deveria ser lícito deduzir ação direta de inconstitucionalidade com base nos princípios, sem necessidade de explicitar os dispositivos constitucionais maculados.

Da mesma forma, não raras vezes, decisões de tribunais extrapolam o princípio da razoabilidade, e os recursos são fadados ao insucesso em razão da dificuldade de enquadramento da situação em determinado dispositivo da Constituição.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mesmo não inscritos expressamente na Constituição, devem servir como parâmetros de conformação para os textos normativos infraconstitucionais.

Sendo dever dos tribunais e juízes aplicar a Constituição, não é prerrogativa apenas do Supremo Tribunal Federal o manejo dos princípios não explicitados formalmente na lei maior. A mesma filtragem constitucional que é feita no confronto de um texto normativo infraconstitucional com um preceito da Constituição deve ser feita a partir da principiologia.

Em outras palavras, todos os órgãos jurisdicionais devem aplicar os princípios em sede de controle difuso.

Não só apenas através do recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal exerce o controle difuso de constitucionalidade.

Além dessa hipótese, verifica-se a apreciação concreta da constitucionalidade também em relação às competências originárias do Pretório Excelso, bem como os recursos ordinários decididos em única instância pelos tribunais superiores.

6.4 A Ação Civil Pública, o Mandado de Injunção e a Ação de Conhecimento Condenatória como Meios Processuais Aptos a Decretar a Responsabilização do Estado pela Omissão Quanto ao Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes no Plano Concreto

Como é cediço, tem-se que inúmeros são os veículos processuais afetos a defesa da Constituição e dos direitos de um modo geral.

Todavia, em razão da matéria retratada neste trabalho, qual seja, a responsabilização estatal pela não-concretização do direito fundamental à convivência familiar, necessária a eleição dos instrumentos que se mostram mais idôneos ao atingimento do referido desiderato.

Assim, e embora importantes também na defesa de direitos fundamentais, a verdade é que o mandado de segurança e a ação popular não comportam condições repressivas a reparar a lesão em razão da ausência de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

Isso porque, como é sabido, o mandado de segurança não se presta a fins indenizatórios, servindo para a prevenção ou estancamento de ataque a direito líquido e certo, cuja definição não se enquadra perfeitamente ao deslinde do tema em apreço, não se olvidando, ainda, que o procedimento ali afeto é por

demais expedito, o que, também, estaria a contribuir contrariamente a solução da aludida problemática.

Já, no que concerne a ação polular, tem-se que sua finalidade melhor se coaduna, diante de sua inegável natureza de instituto processual constitucional, com a realização do direito à proteção do patrimônio público, daí por que se optou pela ação civil pública, pelo mandado de injunção e pela ação de conhecimento condenatória, como sendo os instrumentos que se amoldam, com mais propriedade e intensidade, à resolução da responsabilização estatal e seu conseqüente dever de reparação, quando da ausência de convivência familiar e comunitária pertencente a crianças e adolescentes.

6.4.1 A ação civil pública

A Lei nº 7.347/85 (também conhecida como Lei da Ação Civil Pública) conceitua a ação civil pública como sendo o pedido de prestação jurisdicional para defesa de interesses difusos ou coletivos, que pode ser proposto pelo Ministério Público, pela União, pelo Estado, pelos Municípios, pelas associações e outros legitimados nela relacionados.

Como visto, a ação civil pública faz parte dos instrumentos processuais afetos à busca da tutela coletiva, não se perdendo de vista que, em se procedendo a devida combinação dos regramentos contidos nas Leis nº 7.347/85, 4.717/65, 8.069/90 com aquele afeto ao Art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, estar-se-á diante do que a doutrina convenciou nominar de *microssistema processual coletivo*, sendo certo que, nesse aspecto, o Código de Processo Civil funciona apenas e tão-somente como fonte subsidiária.

A Lei da Ação Civil Pública tem como objeto a defesa do meio ambiente; do consumidor; dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (patrimônio cultural); de qualquer outro interesse difuso ou coletivo; da ordem econômica e da economia popular; e, da ordem urbanística (Art. 1º).

No contexto, importante o alerta levado a efeito por Cassio Scarpinella Bueno:

> Ora, dirá alguém, ações individuais são possíveis. O parágrafo único do Art. 1º da Lei nº 7.347/85 não as proíbe. Concordo. Sem dúvida que elas são possíveis. Mas quem tem medo de algumas poucas ações individualmente ajuizadas? Qual a consciência individual que o povo brasileiro tem de seus direitos constitucionalmente assegurados? Qual a efetividade dos mecanismos jurisdicionais de asseguramento e reconhecimento desses mesmos direitos individualmente? A razão de ser das ações coletivas, friso este ponto, é justamente afastar essas dúvidas quanto o exercício e à efetividade da cidadania. São verdadeiros veículos de realização do direito material mesmo para aqueles que nem sequer conhecem esses direitos ou, se conhecem, não têm a menor condição, por diversas questões, de ir ao Poder Judiciário para exigir seu cumprimento. As ações coletivas, graças a seus idealizadores nacionais, bem que poderiam ser chamadas de programa 'cidadania mil'. Por força do dispositivo em comento, no entanto, é melhor que sejam identificadas por 'cidadania zero'.[542]

Conforme visto, a terceira dimensão dos direitos fundamentais encontra-se lastreada na tutela de interesses coletivos[543] (supraindividuais, transindividuais ou metaindividuais),[544] cuja atuação se desdobra em três espécies, a saber: (i) interesses difusos; (ii) interesses coletivos *strictu sensu*; e, (iii) interesses individuais homogêneos.[545]

---

[542] BUENO, Cassio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 151.

[543] MANCUSO, 2007, p. 65: Para o autor são aqueles que "[...] depassam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva".

[544] Existem, atualmente, 04 propostas de codificação da tutela coletiva: uma da Professora Ada; Código Modelo para Ibero- América, Projeto da UERJ; da Estácio de Sá; e, um de Antônio Gidi. Nos quatro projetos já há consagração do controle jurisdicional (embora projetos, são fontes de estudo do direito coletivo).

[545] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 10-11: "[...] à medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e os relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas 'declarações de direitos' típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos".

Em razão da grande importância do tema e também pelo fato de eventual dificuldade do aplicador do direito em identificar e delimitar a conceituação de cada uma das espécies citadas linhas atrás, o que poderia causar prejudicial divergência interpretativa, houve por bem o legislador ordinário em apresentar, no próprio diploma legislativo, as definições pertinentes, como facilmente se observa da redação emprestada ao Art. 81 da Lei nº 8.078/90 e seus respectivos incisos.

Assim, tem-se que os interesses difusos são aqueles de natureza transindividual, indivisíveis, cujos titulares são pessoas indeterminadas que se encontram ligadas apenas por circunstâncias fáticas (inc. I); os interesses coletivos em sentido estrito são aqueles, também de natureza transindividual e indivisíveis, cuja titularidade pertence a um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por intermédio de uma relação jurídica (inc. II); e, os interesses individuais homogêneos, entendidos estes como sendo os decorrentes de origem comum (inc. III).

De outro vértice, uma vez identificadas as subdivisões dos direitos metaindividuais, cumpre esclarecer que um dos instrumentos processuais colocados à disposição dos ofendidos em casos que tais, diz respeito à chamada ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347/85, não se olvidando dos importantes conceitos jurídicos trazidos pelas Leis nºs 7.853/89 (defesa dos interesses transindividuais das pessoas portadoras de deficiência), 7.913/89 (defesa coletiva dos investidores do mercado de valores mobiliários), 8.069/90 (estatuto da criança e do adolescente), 8.078/90 (código de defesa do consumidor), 8.429/92 (improbidade administrativa), 8.625/93 (lei orgânica nacional do ministério público).

Os textos de lei acima citados, capitaneados, por óbvio, pela Lei de Outubro, acabam por formar um sistema de tutela coletiva que se complementa e completa, cujo fenômeno a doutrina convencionou em nominar de “princípio da perfeita integração”.

Em continuidade, e utilizando-se como parâmetro a ação civil pública, mister se faz a análise de como se dá a legitimação dos respectivos atuantes,

nunca se perdendo de vista que o fenômeno processual da legitimidade das partes ou *ad causam,* positivada no Art. 3º da lei de ritos, é uma das condições da ação, necessária para que o juiz profira um julgamento de mérito, valendo rememorar o conceito lançado pelo saudoso Alfredo Buzaid, que houve por bem em caracterizá-la como sendo *a pertinência subjetiva da ação*.[546]

A questão da legitimidade também se bifurca em três situações diferentes, a saber: (i) legitimação ordinária; (ii) legitimação extraordinária; e, (iii) legitimação ordinária autônoma.

Em continuidade, pode-se definir a legitimação ordinária como a postulação em juízo que se faz em nome próprio, visando a defesa de interesse próprio.

No que diz respeito à legitimação extraordinária, a postulação se dá em nome próprio, mas em defesa de interesse alheio ou, nas palavras de Fredie Didier, "[...] na legitimação extraordinária confere-se a alguém o direito de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo".[547]

Por fim, tem-se a chamada legitimação ordinária autônoma,[548] por intermédio da qual o agente postula, em nome próprio, a defesa de interesse que é, ao mesmo tempo, próprio e alheio.

Sobre o tema em enfoque, interessante o posicionamento adotado por Nelson Nery Júnior, no sentido que uma:

---

546 BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 89.

547 DIDIER. Fredie. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. Salvador: Podium, 2007, p. 191.

548 ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59: "Assim, preferimos dizer que a legitimidade é autônoma, um *tertium genus*, e que, aprioristicamente, não deve ser classificada como ordinária ou extraordinária. Não é ordinária porque o atingido da coisa julgada não é o titular do direito de ação [...]. Não é extraordinária nos moldes clássicos porque não se identifica o substituído e, portanto, não se sabe quando seria ordinária".

> [...] parcela da doutrina ainda insiste em explicar o fenômeno da tutela jurisdicional dos interesses e direitos difusos pelos esquemas ortodoxos do processo civil. Tenta-se justificar a legitimação do Ministério Público, por exemplo, como extraordinária, identificando-a com o fenômeno da substituição processual. Na verdade o problema não deve ser entendido segunda as regras de legitimação para a causa com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeβführungsbefugnis), instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação.[549]

Comungando do mesmo entendimento, tem-se a lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

> [...] vale frisar a necessidade de construção dogmática acerca da legitimidade para a defesa de direitos supra-individuais. Descabido analisar esse fenômeno à luz do ortodoxo sistema processual civil, que trata, em seu Art. 6º, da legitimação ordinária e extraordinária, resolvendo a questão na seara dos conflitos privados. Em se tratando de conflitos coletivos lato sensu, é correto que os entes legitimados para a propositura da ação civil pública são responsáveis pela condução do processo e não desempenham a figura que muitos chamam de substituto processual. Com isso, observamos uma superação da dicotomia legitimação ordinária/extraordinária, passando a conceituar o fenômeno como uma legitimação autônoma para a condução do processo. Por outro lado, não se pode perder de vista que, estando envolvidos direitos individuais homogêneos, o fenômeno que se verifica é de legitimação extraordinária. A referida legitimação é concorrente e disjuntiva. Isso significa que cada um dos co-legitimados pode, sozinho, promover a ação coletiva, sem que seja necessária anuência ou autorização dos demais.[550]

No que diz respeito à ação civil pública, são legitimados:[551] Ministério Público (I); (II) Defensoria Pública;[552] (III) União, Estados, Municípios, Distrito Federal (IV); autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia

---

549 NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 116.

550 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 231-232.

551 Analogicamente às associações civis, podem os sindicatos mover ações para a defesa dos interesses de seus associados (inc. III do Art. 8º a CF). No mais, como a lei não distingue, em tese, tanto as fundações públicas quanto as privadas podem mover ações civis públicas.

552 Inclusão levada a efeito por intermédio da edição da Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

mista (V); a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por fim, no que diz respeito ao indivíduo, certo é que ele poderá ser litisconsorte ativo numa ação civil pública se, na qualidade de cidadão, puder ajuizar ação popular com pedido idêntico e, caso já tiver ingressado com ação para a defesa de seus direitos, terá ele que suspender sua ação individual e intervir na outra, situação essa que agirá como assistente litisconsorcial (Arts. 94 e 104 do CDC).

Em tese, qualquer pessoa é legitimada passiva para a ação civil pública. Entretanto, o Ministério Público e a coletividade não podem ser réus na ação civil pública, nem contra eles cabe reconvenção, salvo em casos de embargos à execução, de terceiro ou ação rescisória. Já, o Estado pode ser réu na ação civil pública.

Desta feita, na defesa dos interesses transindividuais dos lesados, por meio das ações civis públicas, admite-se, em tese, qualquer pedido com qualquer rito (procedimento ordinário ou sumário – Arts. 83, 90 e 110 do CDC c/c Art. 21 da LACP).

Os interesses da família e, especificamente, de crianças e adolescentes se encaixam, a teor das definições acima apresentadas e, com mais propriedade, nos característicos afetos à tutela dos interesses difusos e à tutela dos direitos individuais homogêneos, podendo, assim, ser defendidos por quaisquer instrumentos processuais que lhe são pertinentes, mormente no que diz respeito à já citada ação civil pública, não se perdendo de vista, todavia, a importante advertência exarada por Patricia Miranda Pizzol:

> [...] a lesão a um determinado direito ou interesse pode gerar pretensão de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea, conforme se verifique, no caso concreto, a presença dos

> elementos que identificam cada uma das hipóteses legais, ou seja, é a pretensão deduzida em juízo que irá indicar a categoria de direito ou interesse violado e, conseqüentemente, o procedimento a ser adotado em cada caso.[553]

A pertinência do manejo da ação civil pública na defesa dos direitos e interesses de crianças e adolescentes resta indene de dúvidas ao se verificar a disposição contida no Art. 224 da Lei nº 8.069/90, a saber: "Aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985".

Segundo Gilberto Schäfer:

> O controle difuso é feito em um processo no qual se discute um determinado bem da vida. Permite-se que qualquer pessoa discuta a inconstitucionalidade de uma lei que lhe atinja. O juiz de primeiro grau resolve a questão como se fosse uma questão de direito qualquer, embora o faça de forma prejudicial. Nos Tribunais, é formado o incidente de constitucionalidade, que vincula o órgão fracionário. Ao entregar a prestação jurisdicional, nos instrumentos de tutela coletiva como a Ação Civil Pública ou ação coletiva para a defesa do consumidor, pode o Estado-julgador, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de normas. O controle difuso é anterior, cronologicamente, ao próprio controle abstrato, e fazê-lo não significa usurpar a competência do Supremo ou do Tribunal de Justiça. Não se pode negar a realização desse controle em qualquer ação, sob pena de deixar de realizar o princípio constitucional de realizar o controle difuso.[554]

Não se pode olvidar, por outro lado, que a ação civil pública se entremostra como instrumento apto a defender direitos individuais homogêneos, de modo que teriam tanto o Ministério Público quanto as associações plena liberdade e legitimidade para aforarem demanda com o escopo de exigir a efetivação do direito fundamental de conviviência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, bem como, em caso de sua não-concretização face à omissão e à ineficiência estatais, o de reclamar a indenização pertinente pelo descumprimento de um dever que, como visto, lhe era ínsito e inafastável.

---

553 PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p. 124.

554 SCHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 117.

Assim, tanto o representante do *parquet* quanto uma associação responsável por um grupo determinado de crianças carentes, por exemplo, teriam total legitimidade para manejar a ação civil pública, visando à extirpação da omissão inconstitucional e sua respectiva e devida reparação.

Nessa situação, a defesa dos infantes teria guarida na tutela dos chamados interesses individuais homogêneos, ou seja, são aqueles pertencentes a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente das mesmas circunstâncias de fato, a teor do quando positivado no já mencionado inc. III do parágrafo único do Art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

De outro vértice, e de acordo com a dicção apresentada pelo Art. 1º da Lei nº 7.347/85, regem-se pelas disposições do referido diploma, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, o que também está a comprovar sua viabilidade em relação ao deslinde da problemática em apreço.

A coisa julgada em casos que envolvem tutela de interesses individuais homogêneos, como no exemplo em comento, se norteia pela disposição contida no Art. 103, incs. I e II, do Código de Defesa do Consumidor, valendo ressaltar as palavras de José Rogério Cruz e Tucci, que:

> [...] extraem-se, desse regramento, as seguintes hipóteses: a) sentença de procedência do pedido: eficácia da sentença e extensão da coisa julgada a todos os titulares de direitos homgêneos; b) sentença de improcedência do pedido: b.1) limitação da coisa julgada apenas entre as partes, obstando o ajuizamento de novas demandas coletivas, por qualquer outro legitimado; b.2) todos os membros do grupo, titulares de direitos subjetivos divisíveis, não são atingidos pelo julgamento desfavorável e, por esse motivo, podem, na posição de terceiros, propor ações individuais.[555]

A sentença de procedência da ação civil pública poderá ser liquidada ou executada por qualquer co-legitimado ativo, pois o título ali formado não

---

555 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 320.

beneficia o autor da ação de conhecimento, mas sim toda a coletividade lesada.

Quanto ao indivíduo, em sendo matéria versada sobre interesses difusos, em regra, não poderá executar o julgado coletivo, salvo se, na qualidade de cidadão, puder fazer idêntico pedido por meio de ação popular.

Em matéria de interesses individuais homogêneos ou coletivos, a sentença admite liquidação ou execução individual ou coletiva. Se os indivíduos não a promoverem no prazo de um ano, caberão liquidação e execução coletivas (Art. 98 e 100 do CDC).

Se ajuizadas, as liquidações e execuções individuais correrão em autos à parte, e não dentro dos autos do processo coletivo, para não tumultuá-lo, até porque haverá necessidade de prova de fatos individuais.

Assim, em sendo procedente o pedido realizado pela referida associação responsável por um determinado grupo de crianças sem família, com o respectivo trânsito em julgado, tem-se que, a par do quanto positivado no Art. 15 da LACP, o referido órgão de classe teria a chamada legitimidade natural para propor a execução do julgado, não se perdendo de vista que:

> [...] durante o prazo de sessenta dias após o trânsito em julgado, apenas ela poderá promover a execução, com o que nesse período sua legitimação é exclusiva. Se, entretanto, decorrerem os sessenta dias, e a associação não promover a execução, a lei passa a permitir a legitimação especial, atribuindo ao Ministério Público e outros legitimados a deflagração. Ao mesmo tempo, a legitimação se transforma em concorrente, eis que diversos os habilitados para a execução.[556]

Já, em matéria de ação civil pública, o processo de execução pode ser de qualquer espécie:

a) execução por obrigação de fazer ou não fazer (Art. 3º da LACP);

---

556 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 404.

b) execução por quantia certa contra devedor solvente ou insolvente (Art. 3º da LACP).

c) execução individual ou coletiva (Arts. 98 e 100 do CDC).

No que se refere ao tema em debate, tem-se que a execução será intentada contra a Fazenda Pública, de modo que será por quantia certa e, salvo se tratar de obrigação de natureza alimentar de pequeno valor, estará adistrita a cumprimento nos moldes do Art. 100 da Constituição Federal.

Entretanto, e não obstante a importância do aludido instrumento processual na defesa de interesses de natureza coletiva, caem muito a propósito as advertências feitas por Luiz Alberto David Araujo, quando do estudo da aplicação e da efetividade da ação civil pública no que se refere à defesa dos direitos e interesses de pessoas portadoras de deficiência, cujo tema se mostra similiar ao ora discutido.

São suas palavras:

> Não basta, portanto, que haja o instrumental processual para a defesa desse grupo de pessoas. É preciso que seus agentes, contemplados como legitimados pela Lei da Ação Civil Pública, saibam retirar dos dispositivos constitucionais sentidos largos, progressistas, que demonstrem o avanço social pretendido pelo Constituinte de 1988 e, infelizmente, reduzidos pela jurisprudência. A fórmula proposta é apenas um canal, uma pequena trilha que pode ser erguida por aqueles que pretendem cumprir o mandamento previsto no artigo terceiro, inc. I (construir uma sociedade livre, justa e solidária) e no inc. IV (promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação). Fica, portanto, a notícia de que houve um grande avanço com a legitimação do Ministério Público e das associações para o ajuizamento da ação civil pública. E que nesse período foram propostas inúmeras ações, levando o Poder Judiciário a apreciar questões de grande importância para a efetividade dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. No entanto, sem uma interpretação mais efetiva, menos restritiva do texto constitucional não conseguiremos cumprir os mandamentos de efetividade constantes na Constituição Federal de 1988.[557]

---

[557] ARAUJO, Luiz Alberto David. A defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 649.

Assim, e não obstante o inegável avanço verificado no que concerne ao manejo da ação civil pública no Brasil, a verdade é que tal utilização ainda não alcançou os patamares de sucesso almejados com sua criação, emergindo, daí, a importância de se estudar outros veículos processuais que também possam servir de supedâneo a responsabilização estatal nos casos de ausência de convivência familiar e comunitária.

6.4.2 O mandado de injunção

A Lei Política de 1988, objetivando conceder às normas constitucionais eficácia plena para sua efetiva aplicação, criou o mandado de injunção,[558] ao lado do controle de inconstitucionalidade por omissão, sendo ele aplicado quando faltar norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme se infere pela redação emprestada ao seu Art. 5º, inc. LXXI.

Qualquer pessoa poderá propô-lo, tendo como conseqüência a declaração judicial do direito requerido e tornando viável o exercício dos direitos constitucionais previstos, muito embora ainda não exista a correspondente norma regulamentadora.

Conforme ensina Bedaque:

> [...] o objetivo dessa via processual é conferir atuação à norma constitucional programática, ante a omissão do poder regulamentador. A finalidade é, pois, tornar viável o exercício de direito estabelecido na Constituição, possibilitando ao indivíduo o pleno gozo de seus direitos e conferindo eficácia à regra

---

558 STRENGER, Irineu. **Mandado de injunção**. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 14: "Em termos jurídicos a injunção pode ser definida como ordem com a qual o juiz impõe uma obrigação de fazer ou de não cumprir um ato determinado, cuja violação constitui em atentado ao direito. Fale-se, assim, de '*prohibition*' ou '*restrictive injunction*', está última determinando a obrigação de fazer ou não fazer".

> constitucional. Nessa medida, ao conceder a ordem, deve o órgãojurisdicional competente, além de formular a regra jurídica, suprindo a lacuna do ordenamento, aplicá-la à situação da vida descrita pelo impetrante. Tal conclusão visa a conferir efetividade ao mandado de injunção, previsto em sede constitucional exatamente para tornar viável o exercício de direitos ou garantias, exercício, esse, obstado pela injustificável inércia daqueles que deveriam criar a norma regulamentadora.[559]

Difere da inconstitucionalidade por omissão, vez que esta simplesmente dá ciência da omissão ao Poder competente para a adoção de providências cabíveis.

Sob tal prisma, a falta de norma regulamentadora equivale a dizer que há omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional.

Portanto, norma regulamentadora significa toda e qualquer medida que torne efetiva a norma constitucional, como leis complementares, resoluções, portarias, leis ordinárias, decretos, dentre outros, incluindo-se, via reflexa, o ato administrativo e o ato material, devendo ser admitido o mandado de injunção quando se tratar de normas programáticas referidas aos Poderes Públicos.

Apresenta-se, também, cabível o mandado de injunção quando a omissão legislativa for parcial – verdadeira deficiência ou insuficiência da atividade legislativa, principalmente quando essa deficiência acarretar afronta ao princípio da isonomia.

Entretanto, se a norma regulamentadora for inconstitucional, há divergências quanto ao cabimento da ação constitucional em apreço, equiparando-se a essa situação a ausência de norma regulamentadora pela ineficácia de regra de direito contrária à Constituição, admitindo-se, por assim dizer, o mandado de injunção, cabendo ao impetrante argüir a inconstitucionalidade e, por isso, a ineficácia da norma regulamentadora (posição igualmente defendida por Roque Antonio Carrazza).

---

559 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 124-125.

Porém, para outros juristas, lançando mão de um raciocínio jurídico mais estrito e menos teleológico, o mandado de injunção seria incabível.

Para o Supremo Tribunal Federal, em havendo lei preexistente não há omissão, devendo-se, primeiro, requerer a inconstitucionalidade da referida norma e, ao depois, impetrar-se o mandado de injunção.

No relativo à inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o cabimento do mandado de injunção está adstrito à falta de norma regulamentadora. Assim, o objeto do mandado de injunção corresponde: “a) a todo e qualquer direito e liberdade constitucional e b) a toda e qualquer prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício estiver obstado por faltar norma regulamentadora”.[560]

Concluindo-se tal parte, não caberá mandado de injunção quando se tratar de norma jurídica auto-aplicável, como bem tem entendido o Supremo Tribunal Federal.

Assim, o mandado de injunção tem como finalidade conferir imediata viabilidade ao exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, tolhido por falta de regulamentação, sendo ele, então, um verdadeiro instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

É uma garantia auto-aplicável e enquanto não instituído um procedimento específico adota-se o do mandado de segurança no que couber, conforme determinou o Supremo, no que foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça.

A legitimidade ativa de impetrar o mandado de injunção é de qualquer interessado.

---

[560] PIOVESAN, 1995, p. 122.

É possível, inclusive, para a jurista Flávia C. Piovesan, a impetração de mandado de injunção coletivo em defesa dos direitos coletivos da categoria, mas não em relação a direito difuso (o Supremo admitiu o mandado de injunção coletivo por sindicato, por analogia).

No aspecto da legitimidade passiva, recai-se sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção, isto é, recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não sobre a autoridade competente para a elaboração.

Quanto aos efeitos da decisão do mandado de injunção, faz-se imperioso que se destaquem três das teses contidas na obra de Flávia Piovesan:

a) *elaborar norma regulamentadora ausente* = pretende que, no mandado de injunção, elabore-se a regulamentação faltante, provendo a omissão do legislador. Tal tese não pode ser admitida, porque se estaria convertendo o mandado de injunção em mecanismo de tutela de direito objetivo. O Poder Judiciário não poderia elaborar norma legal, abstrata e genérica frente à apreciação de um caso concreto, visto que o que se pleiteia é o reparo de direito subjetivo, sendo que, para tanto, a ação de inconstitucionalidade por omissão é o instrumento possível.

Por conseguinte, o mandado de injunção somente é interpretado em face do direito subjetivo, além do que, atribuir-se ao Poder Judiciário o exercício de normatizar abstrata e genericamente, afronta o princípio da separação dos poderes, pois tal é atividade típica da seara do Poder Legislativo.

b) *declarar a inconstitucionalidade da omissão e cientificar o órgão competente para que o mesmo tome as providências cabíveis* = a autora entende ser tal posição também inadmissível, porque o mandado de injunção teria finalidade idêntica à da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não se justificando a existência de 02 instrumentos idênticos. Como se admitir a

legitimidade ativa limitada em um, e depois no outro determinar a ampla legitimidade ativa, se os dois apresentam os mesmo efeitos?

Ainda assim, a orientação da Corte Suprema tem sido neste sentido:

> Logo, na interpretação do Supremo Tribunal Federal o Mandado de injunção é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade por omissão, se estiver caracteriza da mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela depende, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração para que adote as providências necessárias.[561]

Entretanto, no julgamento do MI nº 232-1 o STF declarou estado de mora do Congresso Nacional e fixou 06 meses de prazo para que a norma regulamentadora fosse elaborada e, transcorrido o prazo sem que se legislasse, o impetrante poderia usufruir o direito pleiteado.

É um precedente inédito que conferiu ao mandado de injunção a exata função delineada na Constituição, recuperando ele a sua função de mecanismo válido na tutela de direitos fundamentais.

Já, no MI nº 283-5, o STF, além de declarar a mora e comunicá-la ao Congresso Nacional, bem como ao Presidente da República, determinou o prazo de 45 dias para a elaboração da norma faltante, com mais 15 dias para a sanção presidencial. Decretou, ainda, que se decorrido tal prazo sem que a providência necessária fosse tomada, caberia ao impetrante o direito de pleitear, por via processual adequada, reparação constitucional devida pelas perdas e danos que se apresentassem. Avisou, por fim que, com a sentença de condenação proferida, lei superveniente não prejudicaria a coisa julgada, mas também esta não impediria o impetrante de conseguir da lei posterior os benefícios que lhe fossem favoráveis.

Neste caso, o impetrante não obteve no STF a concretização efetiva de seu direito, já que o Supremo não tornou viável, de imediato, o exercício desse

---

[561] Ibidem, p. 134.

direito constitucional, mas declarou reconhecida a faculdade de se obter contra a União sentença líquida de condenação à reparação de danos.

c) *tornar viável, em caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontra tolhido por ausência de norma regulamentadora* = a autora entende ser esta a interpretação mais ajustada ao mandado de injunção.

Sob o pálio de tal tese, o mandado de injunção é efetivamente um instrumento apto a viabilizar o exercício de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais que se encontram tolhidos por ausência de norma regulamentadora.

O mandado de injunção estaria conferindo ao direito, eficácia que se encontrava paralisada. Para a autora esta é a finalidade do mandado de injunção:

> [...] investir concretamente o impetrante em seus direitos, impondo ao impetrado o cumprimento efetivo de norma constitucional, segundo um mandamento judicial, que empresta eficácia e concreção à norma constitucional dependente de regulamentação.[562]

Desta forma, o Poder Judiciário cria normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, preenchendo lacunas, mas não a eliminando do ordenamento jurídico, porque esta tarefa, de regra, é do Poder Legislativo. Para tanto, o juiz deverá revelar normas implícitas do sistema jurídico e recorrer às demais fontes do sistema, tais como a analogia, princípios gerais, usos e costumes e a eqüidade, como preceituam os Arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ainda, o Poder Judiciário exercitará uma interpretação criativa de modo a satisfazer concretamente o direito constitucional do impetrante, sendo este ato interpretativo vinculante, obrigatório e criador de direito.

---

[562] Ibidem, p. 140.

É um real dever jurisdicional com fundamento no princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e no princípio da proibição do *non liquet*, que impõe a obrigatoriedade da decisão.

Ora, claros restaram os pressupostos do mandado de injunção: a) ausência de norma regulamentadora; b) inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Quanto à origem do mandado de injunção não há harmonia, uns o vêem como peculiar e singular, outros vêem sua origem no Direito americano, inglês ou alemão. Existem medidas com o mesmo nome no Direito inglês (*writ of injunction*) e no italiano (*ingiunzione*), mas em ambos os casos as características são diferentes do instrumento brasileiro.

José Afonso da Silva crê que o mandado de injunção surgiu na Inglaterra no final do século XIV tendo como base o juízo de eqüidade, mas sua fonte mais próxima seria o *writ of injunction* do Direito norte-americano. Em verdade, o mandado de injunção não tem precedentes nem no direito nacional nem no direito estrangeiro.

Não caberá mandado de injunção quando ocorrer edição de norma superveniente ao pedido, ou para declaração judicial de vacância de cargo ou para compelir o Presidente a iniciar o procedimento para provê-lo, nem para equiparação de vencimentos no âmbito da Administração Pública, e, obviamente, quando o direito alegado não tiver base constitucional.

Determinado está que a injunção não é ação de cognição com finalidade de estabilizar direito dito incerto e que, embora a autoridade se recuse a aplicar norma auto-aplicável, esta não perde tal qualidade. Até porque, se não há lacuna não é caso de mandado de injunção, mas sim, de mandado de segurança.

Finalmente o Supremo decidiu que se a Mensagem for encaminhada ao Congresso, com projeto de lei, ou, se o projeto de lei já tiver sido apresentado na Câmara ou no Senado, descabe o Mandado de Injunção.

A aplicação do mandado de injunção como meio de responsabilizar o Estado, em seu viés legislativo, nas hipóteses de não-concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes se entremostra de todo viável, nunca se perdendo de vista, nas palavras da pedagoga Sandra Mári Córdova D'Agostini, que:

> [...] depois de quinhentos anos de opressão e desleixo, vive-se ainda a impregnação geral da grave marca cultural das ações seculares equivocadas, solidificadas e enraizadas profundamente na sociedade mundial e brasileira. Isto posto, o maior desafio hoje é apagar quinhentos anos de injustiças perpetradas contra crianças e adolescentes, construir e alavancar a nova consciência cidadã.[563]

É verdade que, num primeiro momento e pela sua natureza jurídica, poder-se-ia raciocinar em sentido inverso, na medida em que existe uma série de textos normativos, inclusive de índole constitucional, que trata do referido assunto, dando-se mais enfoque, pelo tema retratado no presente trabalho, ao *caput* do Art. 227 da Lei de Outubro.

Todavia, ao se proceder a análise mais acurada do próprio sistema normativo afeto à proteção dos direitos de crianças e adolescentes, percebe-se a omissão legislativa no que pertine à consecução do direito fundamental de convivência familiar e comunitário, o que não se vislumbra em relação às outras situações jusfundantes retratadas no dispositivo constitucional de regência.

Prova-se:

(i) direito à vida: criminalização do aborto, salvaguarda dos direitos do nascituro, dentre outras inúmeras situações.

---

563 D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei & a realidade**. São Paulo: Jurídica, 2001, p. 124.

(ii) direito à saúde: a teor do Art. 196 da Constituição Federal, devidamente esmiuçado, no que tange aos interesses de crianças e adolescentes pela Lei nº 8.069/90, verifica-se uma eficácia normativa razoavelmente satisfatória, eis que, tomando-se por base o exemplo citado no capítulo anterior, o Poder Judiciário, nos casos de omissão estatal, tem determinado a entrega de medicamento ou a realização do tratamento de que a pessoa precise à manutenção do seu *status quo*.

(iii) direito à alimentação: existência de lei especial, com ritualísitca própria, possibilitando aquele que necessita buscar os alimentos condizentes à sua sobrevivência daquele que tem o dever jurídico de provê-los, não se olvidando que, quando não verifiada a prova pré-constituída de filiação, por exemplo, tem-se a total viabilidade de albergada do pleito alimentar via medida cautelar, nos precisos termos da lei adjetiva civil.

(iv) direito à educação: no que pertine ao direito à educação também se vislumbra uma vastíssima gama legislativa que, quando descumprida, vem sendo corrigida firmemente pelo Poder Judiciário, seja em sede de ação civil pública, seja em sede de mandado de segurança.

(v) direito à profissionalização: proteção contra a discriminação no trabalho, idade mínima, vedação ao menor de 18 (dezoito) anos ao exercício de trabalho noturno, insalubre ou perigoso, valendo ressaltar, por oportuno, a lição de Grasiele Augusta Ferreira Nascimento:

> Os contratos de trabalho realizados em desrespeito às proibições constitucionais, notadamente quanto à idade mínima do prestador dos serviços e ao trabalho realizado por menores de 18 (dezoito) anos em locais insalubres, perigosos e noturnos, são nulos de pleno direito. Contudo, como asseveram Orlando Gomes e Elson Gottsschalk, opinião com a qual concordamos, 'em Direito do Trabalho, a regra há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade'. Portanto, mesmo sendo nulo o contrato de trabalho, todos os direitos trabalhistas serão devidos à criança ou ao adolescente trabalhador, até a declaração da ilicitude contratual.[564]

---

564 NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira. **A educação e o trabalho do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23.

(vi) direito à liberdade: o direito à liberdade foi amplamente garantido pelo texto constitucional, de modo que crianças e adolescentes não são imputáveis criminalmente. Sofrem assim, as medidas sócioeducativas, apresentando tempo máximo de segregação, quando tal ato for necessário à preservação do próprio infante que acabou por delinqüir.

Nem se diga, ainda, que o fato de o Art. 70 da Lei nº 8.069/90 determinar que a responsabilidade quanto à prevenção da ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente seja de todos (Estado, sociedade e família, valendo-nos de uma interpretação conforme), estaria a demonstrar a norma regulamentadora para o normal exercício do direito fundamental constante do *caput* do Art. 227 da Constituição Federal, na exata medida em que, a par da certeza de responsabilização, não se mostram os meios, os instrumentos e os procedimentos que devem ser utilizados pelo prejudicado no que se refere ao atingimento do referido desiderato.

A omissão, *permissa venia*, é patente e inequívoca. Sendo, assim, mostra-se apta a ser prontamente corrigida pela via da injunção, a fim de que seja outorgada eficácia à disposição constitucional fundamental em apreço.

Lenio Luiz Streck:

> O conteúdo da decisão deve(ria), em nosso sistema jurídico, consistir na outorga direta do direito pleiteado pelo cidadão. Ou seja, na falta de regulamentação de um dispositivo constitucional que contenha a gama de direitos alcançados pelo mandado de injunção, deveria o Poder Judiciário, como se legislador fosse, conceder o direito para aquele caso concreto [...]. Não é temerário afirmar, neste ponto, que se está diante de um paradoxo, representado pelo fato de o instrumento jurídico forjado pelo constituinte para dar eficácia às normas constitucionais ter sido tornado ineficaz pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o mandado de injunção, instituto que representa bem a tese do deslocamento da esfera da tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para a justiça constitucional – típica do Estado Democrático de Direito –, acabou sendo transformado em mais uma das (tantas) normas sem eficácia no texto constitucional.[565]

[565] STRECK, 2005, p. 536-538.

É consabido que, quando o Juiz se depara com uma situação fática para solucionar, procura dentro do ordenamento jurídico vigente a lei que melhor se aplica ao caso concreto.

Assim, *ad exeumplum*, quando o Código Civil determina que na sucessão legítima de regra os descendentes herdam em primeiro lugar – nunca se esquecendo da hipótese da concorrência com o cônjuge sobrevivente que poderá existir – (Art. 1.829, inc. I, NCC); sendo João filho de Paulo, morto este, aquele será seu herdeiro universal em inexistindo testamento.

Ocorre, como anteriormente declinado, que existem ocasiões em que o Juiz não encontra na legislação escrita norma jurídica correspondente ao problema concreto que lhe foi submetido, e, mesmo assim, não poderá deixar de proferir julgamento, devendo, então, utilizar-se do norte traçado pelo Art. 4º da LICC, segundo o qual "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

A omissão mencionada no dispositivo legal acima identificado, em verdade, significa que a lei apresenta uma lacuna, ou seja, uma imperfeição, situação, aliás, inevitável em qualquer ordenamento jurídico, pois, não há como o legislador, por mais competente e dedicado que seja, prever todas as hipóteses possíveis de ocorrer nas mais variadas relações mantidas entre os indivíduos, daí porque, na omissão, deve o Juiz, como já dito, valer-se dos mecanismos oferecidos pelo Art. 4º da LICC, mormente aquele afeto ao instituto da analogia.

O julgamento por analogia significa a aplicação nas hipóteses semelhantes das soluções oferecidas pelo legislador em casos análogos, norteando-se pelo pensamento de que, se a lei disciplinou de determinada maneira uma relação jurídica, deve, por igual razão, disciplinar do mesmo modo uma outra relação semelhante (*ubi eadem ratio, idem jus* = onde houver a mesma razão, o mesmo deve ser o direito).

Os requisitos essenciais para a aplicação da analogia são: ausência de previsão legal do caso em exame; relação de semelhança do caso analisado com

a situação positivada; e, elemento de ligação essencial entre o caso analisado e a situação positivada.

Conforme bem elucida Carlos Augusto Alcântara Machado:

> [...] no campo de proteção do direito tutelado pelo mandado de injunção, o impetrante deverá demonstrar que a Constituição outorgou-lhe o direito subjetivo abstratamente (titularidade de direito, garantia e prerrogativas – nacionalidade, soberania e cidadania) e seu exercício vem sendo obstado pela omissão (situação de *vacuum juris*), em razão da falta de norma regulamentadora.[566]

Nem se diga de outro vértice que pelo só fato de o *caput* do Art. 227 da Lei de Outubro caracterizar-se como direito fundamental disperso, o que, por força do quanto estatuído no § 1º do Art. 5º do citado corpo constitucional, cairia por terra a possibilidade e a viabilidade do manejo da injunção, haja vista que é inegável assertiva no sentido de que, mesmo em apresentando natureza jusfundante, determinados direitos demandam, para um melhor aperfeiçoamento, de agasalho legislativo, como ocorre no caso da hipótese matriz deste trabalho (convivência familiar e comunitária).

Aliás, tal quadro foi devidamente reconhecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Questão de Ordem afeta ao Mandado de Injunção nº 107/DF, sob a relatoria do então Ministro Moreira Alves.

Como bem salienta Samantha Chantal Dobrowolski:

> Tarefa central da dogmática jurídica é a justificação de pontos de vista normativos, ou seja, é explicitar porque é racional e razoável aceitar uma determinada norma jurídica como parte de determinado ordenamento jurídico válido [...]. Do ponto social, a interpretação jurídica se singulariza pelas razões nas quais se baseia ou pode se basear, isto é, pela sua justificação. A natureza última de suas razões é aquilo que os juristas costumam chamar de fontes do Direito. São as fontes de que o Direito emana. Cumprem um papel essencial na interpretação jurídica,

---

566 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004, p. 75.

> porque, somente através de sua utilização (ao menos, de uma delas), é que se pode atribuir e reconhecer a natureza jurídica de uma interpretação. As fontes do Direito são as 'cláusulas pétreas' do pensamento jurídico, pois se se perderem, este perderá o controle sobre si mesmo.[567]

Também sob esse aspecto, a analogia, se apresenta passível de utilização para suprir a lacuna legislativa na matéria fundamental aqui gizada, na exata medida em que tal instituto é manifestamente fonte do direito.

Nesses termos, em razão da proximidade que apresentam as situações em cotejo, poder-se-ia utilizar como paradigma legislativo, por analogia, a Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995, cujo diploma acabou por reconhecer como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, bem como abriu a possibilidade de concessão de indenização à família de pessoa desaparecida ou morta em razão de participação ou acusação de participação em atividades políticas durante o citado lapso temporal.

Aliás, é preciso que se rememore que procedimento similar vem sendo adotado no que diz respeito à discussão ao derredor do direito de greve dos funcionários públicos, vez que, até a presente data, não foi editada lei regulamentando a referida situação, conforme determinado pela Constituição de 1988, podendo o Tribunal dar ciência ao Poder Legislativo da omissão normativa, no afã de que tal ilicitude venha a ser sanada, constituindo o Estado em mora para fins de indenização, conforme decidido no MI 283/DF:

> MI 283 / DF – Mandado de Injunção – Relator:Ministro Sepulveda Pertence – Publicação: DJ 14/11/91 – Julgamento: 20/03/91 – Tribunal Pleno – Ementa: Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo Art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença liquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite – não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI

---

567 DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. São Paulo: Ediouro, 2005, p. 77-80.

> 107 – Q O) – que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção n^{os} 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, Art. 8º, § 3º – 'Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional especifica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição' – vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no Art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença liquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicara a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.

As hipóteses ficaram ainda mais similares com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, de modo que não se vislumbra, *permissa venia*, qualquer obstáculo em se emprestar a Lei nº 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve no âmbito privado, como sendo a lei específica exigida inc. VII do Art. 37 da Constituição Federal, como bem salienta Augusto Jorge:

> Diante da lacuna fomentada pela inércia do Poder Executivo que tem a exclusividade no encaminhamento de leis que se referem ao servidor público e, considerando o fenômeno da recepção da atual Lei de Greve pela nova Emenda Constitucional nº 19, cabe

> ao intérprete, pelo menos até que sobrevenha lei específica, dar a máxima efetividade à norma constitucional mediante a integração do sistema pela interpretação analógica, pois se trata de direito constitucional fundamental que não pode ser postergado ou negado pela mora do devedor ou por violação de direitos constitucionais fundada na falta de norma regulamentadora [...]. Cumpre verificar que o Art. 16, da Lei nº 7.783/89, está revogado em razão da eficácia revogativa ou eficácia negativa, que também é desobstrutiva, pois a norma constitucional traçou novo esquema dependente para a sua atuação, ou seja, a exigência de uma lei ordinária normativa, diferente do sistema anterior o qual remetia à lei complementar, implicando dizer que, enquanto não for editada lei específica que regule a greve no setor público, o direito de exercê-la é livre e soberana esbarrando-se apenas nos excessos não permitido por lei correlata. Desse comento pode-se afirmar que a Lei nº 7.783/89 foi recepcionada em parte podendo ser aplicada, no que couber, aos servidores públicos porque está em perfeita compatibilidade vertical-formal-material com o texto Constitucional. Operou-se o chamado fenômeno da eficácia construtiva da norma constitucional visto que a Lei nº 7.783/89, que trata do direito de greve na iniciativa privada, recebeu da Carta Política um novo elemento revigorador que a valoriza para a ordem jurídica nascente. Dispensável o apelo de futura interferência do legislador para a elaboração urgente ou o aperfeiçoamento da aplicabilidade da norma constitucional que consagra o direito de greve pelo servidor público. Não havendo lei ordinária reguladora, especifica, da greve dos servidores públicos civis opera-se o instituto da analogia para os limites do direito de greve e, até mesmo sua proibição em certos casos, para algumas categorias específicas de funcionários públicos, justificados não em razão do status do servidor, mas em decorrência da natureza dos serviços prestados que são públicas, essenciais, inadiáveis, imantados pelo princípio da predominância do interesse geral. É sabido que os serviços essenciais à comunidade, tanto podem ser prestados pelos trabalhadores do setor privado quanto do setor público, cuja abstenção não pode causar aos outros interesses tutelados constitucionalmente, como aqueles possuidores de caráter de segurança, saúde, vida, integridade física e liberdades dos indivíduos, prejuízos. Não se justifica, assim, o tratamento diferenciado ou separado. Onde há a mesma razão igual deve ser a regulamentação e solução.[568]

Desta feita, escorreita a aplicação analógica, via mandado de injunção, da Lei nº 7.783/89, como forma de preenchimento da lacuna estatal em face da ausência de regulamentação do direito fundamental de greve afeto aos servidores públicos em nosso País, não se perdendo de de vista que, segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

---

568 JORGE, Carlos Augusto. **A greve do servidor público federal**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5018>. Acesso em: 12 dez. 2006.

> Pode-se afirmar que o mandado de injunção é um meio de controle difuso da inconstitucionalidade por omissão, pois, por meio dele, num caso concreto, qualquer um pode despertar a atuação do Poder Judiciário para suprir inércia do legislador infraconstitucional.[569]

Aliás, é preciso que se diga, ainda, que o Supremo Tribunal Federal poderá sedimentar, de forma definitiva, tal pensamento no próximo dia 12 de abril, quando o Pleno julgará o mandado de injunção nº 670, ajuizado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo, vez que há uma tendência de os ministros votarem favoravelmente a tese de que enquanto não for aprovada no Congresso uma lei que regulamente o direito de greve no serviço público, valem para o funcionalismo as mesmas regras que regem as paralisações dos trabalhadores da iniciativa privada, ou seja, aplicar-se-ão as regras fixadas pela Lei nº 7.783/89.[570]

A esse respeito Sergio Reginaldo Bacha assevera:

> Também é certo, quanto ao conteúdo do decisum em ação de mandado de injunção, ser inter partes, pois não fará coisa julgada erga omnes. As razões são óbvias, dadas as peculiaridades especiais de cada caso concreto levado à apreciação do Judiciário. Só as pessoas que ocupam o pólo ativo e que compõem a lide é que se beneficiarão da sentença, descaracterizando-a da eventualidade de vir a produzir efeitos *erga omnes*.[571]

Finalize-se a questão com as profundas palavras de Canotilho:

> Se o mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vasar em moldes normativos regras actuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial, se conseguir chegar a protecção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o 'rochedo de bronze' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objectivos.

---

569 ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2001, p. 138.

570 Disponível em: <http://josiasdesouza.folha.blog.uol.com.br/index.html>. Acesso em: 07 jan. 2007.

571 BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 86-87.

E nossas crianças e adolescentes também.

6.4.3 A ação de conhecimento condenatória

Jurisdição é a função estatal exercida com exclusividade pelo Poder Judiciário, consistente na aplicação de normas da ordem jurídica a um caso concreto, com a conseqüente solução do litígio. É o poder de julgar um caso concreto, de acordo com o ordenamento jurídico, por meio do processo.

É sabido que, a partir do momento em que a Constituição de 1988 a inseriu como direito fundamental, incompossível se entremostra delimitar a incidência da cláusula pétrea referente à inafastabilidade do controle judicial.

Assim, toda vez que o jurisdicionado se encontrar na iminência de experimentar ou tiver experimentado lesão a direito que entenda lhe pertencer, pode invocar a tutela jurisdicional correspondente, não se podendo excluir de tais hipóteses, por óbvio, questões que envolvam a má atuação estatal no que diz respeito à concretização e à manutenção do direito fundamental de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

Nesse ponto, caem muito a propósito as palavras proferidas por Paulo Magalhães da Costa Coelho, para quem:

> [...] em face dos novos caminhos do Constitucionalismo e do tratamento que nossa Constituição Federal dá à questão, não cabe mais vislumbrá-la em termos acanhados. O Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal dispõe que nenhuma lesão a direito pode ser subtraída a apreciação do Poder Judiciário, acolhendo de modo absolutamente amplo e não restritivo a inafastabilidade da jurisdição. Somente, portanto, a própria Constituição é quem poderia dispor eventuais restrições ao ilimitado exercício da jurisdição. E não dispõe.[572]

Diante do comando constitucional em testilha, não pode o Poder Judiciário, embora isso seja menos espinhoso e mais cômodo, furtar-se à

---

572 COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 182.

apreciação de questões envolvendo decisões ou omissões administrativas, sob o pálio de sua suposta natureza *política* e de que não poderá subverter o conteúdo ali apresentado em face da tripartição das funções do Poder.

Pelo contrário!

Nesse ponto, elucidativa se apresenta a lição do ministro Celso de Mello:

> [...] desde que se recorre ao judiciário alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e se foi lesado. Eximir-se comodamente com a escusa de tratar-se de ato político, seria fugir ao dever que a Constiuição lhe impõe, máxime após ter ela inscrito entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir do poder judiciário qualquer lesão de direito individual.[573]

Nesse contexto, e como guardião da Constituição e das leis vigentes e como último bastião de guarida dos direitos individuais e coletivos, deverá o Judiciário analisar a lesão que lhe foi endereçada e, em percebendo que a atividade estatal foi levada a efeito em desacordo com os elementos norteadores aplicáveis à espécie, tem por obrigação declarar sua inconsistência.

É exatamente essa a atitude esperada pela coletividade, a qual é a real detentora do poder dentro do regime republicano brasileiro.

Aliás, Geraldo Ataliba, com a peculiar maestria de sempre, asseverava:

> [...] a eficácia do princípio republicano, com todas as suas exigências, tem, no nosso sistema, as mais robustas garantias. E tais garantias são, em última instância, do povo, que verá objetivamente dotados de condições de imparcialidade, independência, impessoalidade e desassombro os agentes políticos e judiciais de cujas funções depende o funcionamento correto do regime, republicanamente erigido pelos cidadãos, para sua própria proteção contra os desmandos do poder.[574]

---

573 STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 10.222 – AM.

574 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 106.

Em verdade, e como bem verbera o já mencionado jurista Paulo Magalhães da Costa Coelho:

> [...] se o ranço autoritário de alguns e a ignorância de outros não conseguem fazer ver com clareza a questão, compete ao Poder Judiciário afirmar com coragem que qualquer nicho de poder imune a controle é absolutamente incompatível com a essência do regime democrático-republicano, cabendo recordar a assertiva do Ministro Celso de Mello no julgamento do MS nº 31.564-0, para quem 'a necessidade de controlar o poder constitui exigência essencial para a preservação da ordem democrática'. Evidentemente que o Poder Judiciário não mais pode enfrentar essa importante questão de maneira tímida como tem feito, cabendo ressaltar que a prática dos ditos atos interna corporis não dispensa à obrigatoriedade às formalidades e aos ritos previstos para sua edição, à Constituição e a toda sua principiologia.[575]

Proibir o acesso ao Judiciário é fazer tábula rasa a garantia expressamente traçada pela Lei de Outubro, que teve por escopo reforçar a concretização dos ideais democráticos que ressonaram (e continuam ressonando) por nosso país depois da derrocada do regime de exceção que vigia até outrora, fomentando inequívoca proteção ao cidadão contra possíveis arbitrariedades levadas a efeito pelos Poderes constituídos.

De acordo com Seabra Fagundes:

> Os atos administrativos se põem diante do Poder Judiciário, quer por meio de remédio processuais especialmente destinados a esse fim, quer pelas ações comuns utilizáveis, ocasionalmente, na apreciação jurisdicional das relações entre Administração e indivíduo. Em geral, as ações comuns se aplicam ao ajuizamento de relações jurídicas, em que, não obstante ser parte a Administração Pública, o ato administrativo a submeter-se ao exame do Judiciário se identifica, pelo conteúdo, com os atos jurídicos privados. Há, porém, casos excepcionais em que, não obstante se identificarem as relações jurídicas, nas quais seja parte a Administração, com relações em que seja parte o indivíduo, prefere o legislador adotar ações especialmente destinadas a ajuizá-las. É o que ocorre com o direito creditório oriundo de tributo, para cuja cobrança existe a ação executiva fiscal. Tendo em vista a legislação processual no seu conjunto, pode-se estabelecer, como critério prático (alterável em face de casos concretos) para distinguir os casos de emprego dos meios

---

575 COELHO, 2002, p. 141.

> comuns dos de uso de meios extraordinários, o seguinte: o uso dos remédios comuns tem lugar sempre que, para ajuizar situação contenciosa, relacionada com o ato administrativo, não estiver previsto em remédio extraordinário, e, em algumas hipóteses, ainda que o esteja, desde que se adote a ação de rito ordinário. Aferir-se-á do emprego das ações comuns por exclusão dos remédios especiais. Desde que se configure, pelas relações entre administrado e Administração Pública, situação contenciosa, para cujo ajuizamento não haja ação especial prevista nas leis do processo, recorrer-se-á à ação adaptável ao caso, dentre as diversas instituídas na legislação.[576]

Diante da dificuldade de manejo das ações e procedimentos anteriormente declinados, abre-se a possibilidade de que a busca pela indenização fundada na teoria da perda de uma chance, ocasionada em face da omissão ou ineficácia estatal na concretização do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, se dê por intermédio da interposição de simples ação de conhecimento condenatória, cuja reparação estará sedimentada nos danos morais e psicológicos acarretados pela desídia em comento, não se perdendo de vista a altercação de André Ramos Tavares: "[...] não há como negar que toda uma gama de direitos subjetivos de nítida índole constitucional restou amesquinhada e, presentemente, encontra-se ainda sem solução ou resposta do Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal da Nação".[577]

Para Marcelo José Magalhães Bonicio:

> [...] o acesso à justiça é incondicionado, ou seja, todos têm o direito de ingressar em juízo e movimentar o Poder Judiciário, porém, o direito a uma sentença de mérito, que é a perspectiva processual da garantia de acesso à justiça, ao seu turno, precisa superar alguns obstáculos antes de ser conferido e, dentre estes obstáculos, está a exigência de que as condições da ação estejam presentes.[578]

---

576 FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 281-282.

577 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**: *hard cases* e soluções juridicamente adequadas. São Paulo: Método, 2006, p. 236.

578 BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 70.

As condições para a propositura da ação estão bem nítidas na hipótese em discussão.

O interesse de agir é manifesto, pois de acordo com Salvatore Satta, referida condição diz respeito a:

> [...] uma disposição portanto objetiva oriunda de um fato, em sentido amplo lesivo do direito, não se podendo obviar senão através do processo e intervenção do juiz. Se tal não sucedesse, não se teria utilidade prática do exercício da jurisdição e por conseguinte não se cogitaria de ação (‘*point d’interêt, point d’action*’) (Cf. **Direito processual civil**. 7ª ed. São Paulo: Borsoi, 1973, p. 168).

A criança e o adolescente que não tenham experimentado a oportunidade de convivência familiar e comunitária por omissão estatal, inegavelmente, sofreram lesão a direito fundamental que lhes era garantido constitucionalmente, emergindo, daí, a total pertinência do interesse em agir na esfera processual.

Não há como esquivar-se do fato de que o Estado interage intensamente com a sociedade, brotando daí o constante aumento de suas áreas de atuação, o que, por via oblíqua, eleva o número de atos praticados no sentido de atender aos interesses postos sob sua égide, a ponto de Trujillo mencionar, com ênfase, que:

> [...] diante dessa realidade social, sendo inconteste a participação do Estado em todos os seguimentos da sociedade, a noção de responsabilidade pública sofreu considerável desenvolvimento com constante alargamento, motivando a desvinculação da responsabilidade individual do agente público e adquirindo, por conseqüência, caráter mais objetivo, tornando mais claras as hipóteses de responsabilidade estatal, a reparação decorrentes de atos lícitos, por risco e também pelo fato das coisas.[579]

Portanto, em tema de responsabilização do Estado por ato lícito teremos, necessariamente, a conjugação entre o ato lícito e o dano, no qual o primeiro corresponde à ação e o segundo aos resultados negativos, aos prejuízos, sendo

---

[579] OLIVEIRA, 2001, p. 94.

necessário e suficiente que se demonstre o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o prejuízo causado.

No intuito de corroborar a tese aqui esposada, nada melhor do que trazer à lume, a *per assertionem excellentis doctoris*, aqui representada pelos ilustres processualistas José Frederico Marques, por primeiro, e Nélson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, ao depois, os quais deixaram assentado:

> Existe, portanto, o interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto. Há, assim, o interesse de agir sempre que a pretensão ajuizada, por ter fundamento razoável, se apresente viável no plano objetivo. Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável (Cf. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. I, p. 157-158).

> Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se de procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual. Se a parte possui, a seu favor, cheque com eficácia executiva, deverá promover sua cobrança pela via da ação de execução. Ao revés, se ajuizar ação de cobrança pelo rito comum, de conhecimento, portanto, não terá preenchido a condição da ação interesse processual, devendo o magistrado extinguir o processo sem julgamento do mérito. Isto porque, com a ação de conhecimento, poderia obter sentença condenatória (título executivo judicial, CPC, Art. 584, inc. I), que lhe será inútil, pois já possui título executivo extrajudicial (CPC, Art. 585, inc. I) com a mesma força e eficácia da sentença condenatória (Cf. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 532, item 13).

No que pertine à possibilidade jurídica do pedido, verifica-se, para logo, o cumprimento de tal condição, haja vista o amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial em relação à teoria da perda de uma chance, teoria essa, como visto, passível de aplicação às hipóteses de indenização pela não-concretização estatal do direito fundamental de convivência familiar e comunitária afeto à crianças e adolescentes.

Tal requisito indispensável também se encontra reforçado pelo fato de a Lei de Outubro, por intermédio da absorção da Emenda Constitucional nº 19, de 05 de junho de 1998, apresentar, no *caput* de seu Art. 37, o princípio fundamental da eficiência.

Não se perca de vista que a possibilidade jurídica do pedido em casos tais se estriba, também, no princípio constitucional implícito no Brasil afeto ao direito de resistência, cujo conceito pode ser tirado por empréstimo do Art. 21 da Lei Fundamental de Portugal, com as suas devidas adaptações.

No que se refere à determinação da legitimidade, tem-se que o agente que demonstrar que não desfrutou da convivência familiar e comunitária ou, em tendo desfrutado, tal desiderato se deu de maneira incompleta, será apto a figurar no pólo ativo da referida demanda,[580] sendo o Estado chamado para figurar no pólo passivo, tendo em vista que é de sua responsabilidade a realização do referido mister constitucional.

Desse modo, o direito indenitário aqui discutido em nada guarda relação com o sistema de assistência social trazido pela Lei de Outubro e, em especial, no que se refere ao quanto plasmado nos incs. I e II de seu Art. 203, bem como em relação às leis de índole infraconstitucional de números 8.742/93, 10.698/03, 10.835/04 e 10.836/04.

Explica-se.

No que se refere à Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, cujo diploma normativo dispõe sobre a organização da assistência social, tem-se que, muito embora seja um dos objetivos ali traçados a proteção à família e o amparo às crianças e adolescentes carentes, a situação retratada não exclui ou substitui o pleito indenitário que ora se defende.

Ademais, não se pode olvidar de que o sistema de Seguridade Social atual, que tem como objetivos o bem-estar e a justiça sociais, instituiu a Assistência para amparar

---

580 ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar me juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 13: “No campo do direito material, a capacidade ou personalidade é abrangente de todos, eis que todos podem ter direitos ou assumir obrigações, mesmo que não possam exercê-los por si, devendo a capacidade, nessas hipóteses, ser integrada”.

os incapazes de se manterem, premiando e atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em sendo assim, a limitação de tais direitos pela norma infraconstitucional, com a imposição de um critério único de constatação, está claramente subvertendo a vontade do legislador constituinte.

Outrossim, está a merecer destaque que, para a determinação da capacidade financeira da família do deficiente devem ser sopesados não somente o critério da divisão *per capita* do salário mínimo, como quis o legislador federal, mas também os demais elementos que possam comprovar o estado de penúria experimentado por aquele que almeja a concessão da ajuda assistencial.

No mesmo sentido, também a Lei nº 10.698, de 13 de junho de 2003, que criou o Plano Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), visando ao combate da fome e à promoção da segurança alimentar e nutricional, de modo a disponibilizar benefícios à unidade familiar que apresente renda *per capita* inferior a meio salário mínimo.

Em continuidade, tem-se a Lei nº 10.835, de 08 de janeiro de 2004, a qual institui a renda básica de cidadania, bem como a Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004, que criou o Bolsa Família, cujos diplomas de lei não têm identificação com a natureza jurídica do pedido indenitário baseado na perda de uma chance, pois está ligado, diretamente, com a reparação dos danos morais oriundos da ausência ou da falta de efetivação do direito fundamental de convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

Outro assunto importante de ser levado em consideração se refere ao fenômeno da prescrição. Seria o direito em tela imprescritível?

Embora, a ausência de convivência familiar e comunitária possa guardar alguma relação com as chamadas *ações de estado*, as quais, em regra, são imprescritíveis, a verdade é que, em se tratando de direito indenitário, ou seja, de natureza patrimonial, verifica-se a incidência do lapso prescricional, a teor do que ocorre, por exemplo, com as prestações alimentícias em atraso[581] e com a chamada petição de herança.

---

581 Essa é conclusão que se extrai da regra contida no § 2º do Art. 206 do Código Civil, segundo a qual prescreve "[...] em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem", nunca sendo demais relembrar que outrora o prazo prescricional respectivo era de cinco anos (Art. 178, § 10, inc. I, CC/16).

Nesse passo, não há como se perder de vista, nesse particular, o que preceitua a norma inserida no Art. 1º, do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, a saber:

> Art. 1º: As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federa, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Todavia, e seguindo-se os preciosos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho:

> O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão [...]. Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos e calculados com base nessas mesmas normas.[582]

Em consonância com os conceitos acima invocados, Miguel Reale indica que "[...] a idéia de justiça liga-se intimamente a idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético".[583]

Assim, há que se fazer uma interpretação teleológica do dispositivo em comento, uma vez que nas comumente chamadas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não houver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinquênio anterior à propositura da ação.

E isso é tão verdadeiro e real, que o intérprete máximo das questões federais em nosso país, qual seja, o Augusto Superior Tribunal de Justiça, após proferir inúmeras decisões

---

582 CANOTILHO, 1999, p. 375 e 377-378.

583 REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

em casos em tudo similares ao ora em estudo, acabou por editar a Súmula nº 85, *ad litteram*: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquenio anterior à propositura da ação".

Tal posicionamento se encontra solidificado na mais autorizada jurisprudência.[584]

---

584 "**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA Nº 85/STJ.** MILITAR DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO. DIREITO ASSEGURADO. **Nas ações postulatórias de direitos de prestação continuada, em que a lesão decorre de omissão da Administração, a prescrição quinquenal não atinge o fundo do direito, mas apenas as parcelas não reclamadas no quinquenio antecedente à propositura do pedido. Incidência da Súmula nº 85, do STJ.** A legislação regente assegura aos sargentos taifeiros da Aeronáutica o direito de ascender até a graduação de Suboficial, desde que atendidas as exigências legais, sendo irrelevante a falta de estágio de aperfeiçoamento, não realizado por inércia da Administração. Recurso especial não conhecido" (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Recurso Especial nº 191.388/RS, Relator: Ministro Vicente Leal, j. 21/09/99, decisão unânime, publicada no DJU de 08/11/99, p. 102, com destaques nossos).
"ADMINISTRATIVO. VIÚVAS. POLICIAIS MILITARES. EQUIPARAÇÃO. SERVIDORES ATIVOS. LEI ESTADUAL Nº 11.535/89. INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. **PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. INOCORRÊNCIA. ART. 1º, DO DECRETO Nº 20.910/32. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 85 – STJ.** 1 – O direito à percepção da indenização de representação foi deferido às recorridas á guisa de isonomia, razão pela qual somente a partir da edição do Art. 40, § 5º, da Constituição Federal é que surgiu o direito ao referido adicional. **Assim, não tendo sido negado, de forma inequívoca, o direito pleiteado, não há se falar em prescrição do fundo do direito, consoante preceitua a Súmula nº 85-STJ. Precedente da Corte.** 2 – Recurso especial não conhecido" (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Recurso Especial nº 192.135/CE, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, j. 14/09/99, decisão unânime, publicada no DJU de 04/10/99, p. 118, com destaques nossos).
"ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. EX-COMABATENTE MARÍTIMO. PENSÃO. PRESCRIÇÃO PARCIAL. **Em se tratando de pedido de retificação da renda mensal inicial, com o pagamento de diferenças, a prescrição é parcial, consoante Súmula nº 85-STJ.** Recurso conhecido mas desprovido" (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Especial nº 189.586/RN, Relator: Ministro Gilson Dipp, j. 02/09/99, decisão unânime, publicada no DJU de 04/10/99, p. 89, com destaques nossos).
"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. REAJUSTE SALARIAL. IPC DE MARÇO DE 1990 – 84,32%. PALNO COLLOR. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA nº 85/STJ. 1. Sendo relação jurídica de trato sucessivo, cujo direito postulado em juízo não foi inequivocamente negado pela Administração, **a prescrição atinge apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquenio legal precedente ao ajuizamento da ação. Incidência da Súmula nº 85 - STJ.** 2. Pacificado pela Terceira Seção do STJ o entendimento de que a Lei 8.030/90 não é aplicável aos servidores remunerados pelo Distrito Federal, sendo-lhes devido o reajuste do IPC 84,32%, de março de 1990 – Plano Collor, vez que regidos pela Lei Distrital nº. 38/89, somente revogada pela Lei Distrital nº 117/90, quando já incorporado ao patrimônio daqueles. Precedentes. 3. Recurso não conhecido" (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Especial nº 219.091/DF, Relator: Ministro Édson Vidigal, j. 02/09./9, decisão unânime, publicada no DJU de 27/09/99, p. 118, com destaques nossos).
"ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO DISTRITO FEDERAL. IPC DE MARÇO DE 1990 (84,32%). PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. 1 – Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido da existência de direito adquirido dos servidores públicos do Distrito Federal ao reajuste de 84,32% (IPC de março de 1990), razão pela qual, não se há falar em prescrição do fundo do direito, pois, incorporado o referido percentual ao vencimento, **o lapso prescricional se renova a cada mês, se erigindo, portanto, em prestação de trato sucessivo. Aplicação da Súmula nº 85-STJ.** 2 – Recurso conhecido" (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Recurso Especial nº 208.359/DF, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, j. 15/06/99, decisão unânime, publicada no DJU de 28/06/99, p. 179, com destaques nossos).

Nesse diapasão, a prescrição somente poderá atingir direitos dos jurisdicionados referentes aos cincos anos anteriores ao ajuizamento da respectiva demanda e não em todo e qualquer direito a ela pertencente.

Conquanto tenha-se afirmado que o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da referida contenda (como das outras declinadas nos tópicos antecedentes), resta ponderar qual (ou quais) braço (s) público (s) responde (m) pela indenização perseguida pelas pessoas que, em face da omissão ilícita, não tiveram ou foram prejudicados na concreção e na realização de seu inafastável direito à convivência familiar e comunitária.

Ao se levar em conta a dicção estampada tanto no texto constitucional quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se que, a princípio, a responsabilidade no que se refere ao citado direito fundamental recai sobre todos os entes federados, sem exceção, visto que onde o legislador constituinte originário não restringiu não é dado ao intérprete restringir, cabendo a escolha, assim, ao interessado, não se confundindo referida função com aquela de natureza concorrente, inserta no Art. 24, inc. XV, da Lei de Outubro,[585] uma vez que esta se refere à produção legislativa apenas e tão-somente.

No que diz respeito ao juízo competente à apreciação da ação indenitária, a questão deve levar em consideração os seguintes aspectos: (i) se proposta por pessoa que se enquadre nas condições e na faixa etária de abrangência da Lei. 8.069/90, a Vara da Infância e Juventude se entremostra competente à apreciação do aludido pedido; e, (ii) em se tratando de prejudicados que já atingiram a maioridade, a competência levará em conta a localidade e ente federado colocado no pólo passivo, de modo que a *actio* poderá ser proposta perante a Justiça Federal, perante as Varas especializadas da Fazenda Pública e da Família e Sucessões ou, até mesmo, perante a Justiça Comum.

---

585 Art. 24, inc. XV (competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre proteção à infância e à juventude).

De outra medida, não se pode olvidar, ainda, que o postulante deve juntar, à sua petição inicial,[586] os documentos indispensáveis à instrução da mesma, invocando a responsabilização objetiva do Estado, obedecendo-se, também, as determinações contidas nos Arts. 282 e 283 da lei de ritos civis.[587]

A demora na entrega da prestação jurisdicional,[588-589] sem sombra de dúvidas, converte-se hoje numa das mais atuais e polêmicas questões enfrentadas pelos operadores do direito no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto, inclusive, de ter sido objeto de emenda constitucional,[590] a fim de que fosse acrescido, ao Art. 5º da Lei de Outubro, o inc. LXXVIII, com os seguintes dizeres: "[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Como bem obtempera Walter Claudius Rothenburg:

> [...] a 'razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação', assegurados tanto no âmbito judicial quanto administrativo, passam a ser expressamente

---

586 CASTRO, Artur Anselmo de. **Lições de processo civil**. Coimbra: Almedina, 1967. vol. III, p. 307: "A petição inicial vem a ser o articulado em que o demandante propõe a acção, deduzindo certa pretensão de tutela jurisdicional, com a menção do direito a tutelar e os fundamentos respectivos. A sua importância é basilar, quer porque sem a petição não pode haver processo uma vez que a concesão da tutela jurisdicional não é oficiosa (supra, nº 84, b e d), quer porque através dela tomará o réu conhecimento do conteúdo preciso do pedido contra ele formulado".

587 Ibidem, p. 216: "A petição inicial será instruída com os documentos em que o autor fundar o pedido. Na falta deles poderá o juiz indeferir, de plano, a inicial ou, a requerimento do réu, absolvê-lo da instância [...]. Entre esses documentos, convém distinguir os substanciais e os fundamentais. Substanciais, os que a lei exige expressamente como condição da propositura da demanda, ou constitutivos da própria relação fundamental em lide, como, por exemplo, a certidão de casamento realizado há mais de dois anos, nas ações de desquite por mútuo consentimento; o contrato social ou estatutos, nas ações de dissolução e liquidação das sociedades; a letra de câmbio, cheque ou nota promissória, nos executivos cambiais. Fundamentais, os em que apóiam e fundam os pedidos do autor, ou, como os define Jorge Americano: documentos comprobatórios de fatos cuja omissão tornaria a inicial inepta".

588 BASTOS; VARGAS, 2001, p. 59: "A lentidão da justiça é um fator agonizante para os que esperam uma decisão. Estrangula pois, os canais de acesso à justiça, diminuindo seu valor perante o jurisdicionado, que prefere ter sua litigiosidade contida, quando não a soluciona por seus próprios meios, a ter de recorrer à Justiça e enfrentar sua deficiência e a própria ansiedade. Em contrapartida, fere substancialmente o dispositivo constitucional do devido processo legal".

589 CASTRO, 1967, vol. III, p. 203: "[...] o processo deve dispor de instrumentos adequados a todos os direitos; o resultado da demanda deve assegurar ao vitorioso a utilidade necessária com o mínimo de esforço e gasto".

590 Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.

> previstos como direito fundamental. Inclui-se mais um inciso (LXXVIII) no extenso rol do Art. 5.° da Constituição.[591]

Não se pode deslembrar que um dos mecanismos condizentes que a determinação constitucional supra, nascido com as mudanças processuais introduzidas em nosso ordenamento jurídico a partir do ano de 1992, diz respeito ao instituto da antecipação da tutela, o qual acabou por culminar com a possibilidade, desde de que devidamente preenchidos os requisitos legais, de concessão de antecipação do provimento jurisdicional invocado pela parte interessada, a fim de que este se torne realmente útil ao fim colimado.

Assim o é porque, diante de cada caso concreto, a demora para a prestação jurisdicional invocada pode acarretar ao litigante dano irreversível e, quando finalmente for concedida, já terá ela se tornado inócua e ineficaz ao fim adredemente pretendido.

Eis a redação dada ao Art. 273 do Código de Processo Civil, após o advento da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994:

> Art. 273: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou,
> II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Da leitura do dispositivo de regência tem-se que deverá o magistrado conceder a antecipação da tutela jurisdicional toda vez que vislumbrar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, quando o réu abusar de seu direito de defesa através de atos intencionalmente procrastinatórios.

A condição *sine qua non* traçada no inc. I, do Art. 273, do Código de Processo Civil se faz por demais presente em casos tais, autorizando, assim, o

---

591 ROTHENBURG, 2003, p. 257.

seu deferimento, pois a não concessão da antecipação da tutela jurisdicional propiciará a concretização de dano irreparável ou de difícil reparação, posto que o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes tem manifesta e inafastável natureza fundamental, não podendo ficar relegado aos dissabores da morosidade da máquina judicial.

Como visto ao longo deste arrazoado, tem-se que o caminho a ser perseguido visando à concretização dos preceitos fundamentais estampados na Constituição de 1998 é longo, incerto e espinhoso.

Todavia, não se pode mais conceber ou deixar correr ao largo a necessidade de responsabilização estatal nas situações em que, por sua omissão ou ineficiência, não foi possível a concretização do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, a fim de que, efetivamente, se venha a prestigiar o mandamento isonômico material, inserto no *caput* do Art. 5º da Carta de Outubro.

7 CONCLUSÕES

1) Depois de realizada análise não tão profunda quanto se gostaria, da temática envolvendo a intrincada questão relativa ao dever estatal de concretização do direito fundamental de convivência comunitária e familiar a crianças e adolescentes, o que se almejou foi propiciar uma maior abertura com relação aos meios colocados à disposição dos interessados, a fim de que estes, efetivamente, possam ver reparado ou, ao menos, mitigado referido prejuízo.

2) Ao se efetuar a análise do moderno conceito de Estado em vigência, bem como de toda a sistemática que norteou (e ainda norteia) a criação e a aplicação do texto constitucional atual, não há como se fugir da eleição de verdade constante do fato de que é ele responsável pelo atingimento e cumprimento dos princípios e objetivos fundamentais da República.

3) Reforce-se: a par das dificuldades existentes e uma vez que o Brasil adotou a erradicação desses males como trilha fundamental da República, a verdade é que inconteste se verifica o fato de que o Estado tem o dever fundamental e inafastável de fazer concretizar os princípios e objetivos da República estampados no seio do texto constitucional.

4) Não se pode negar a força hierárquica superior que possuem as normas constitucionais e, no âmbito destas, a importância e a amplitude daqueles regramentos basilares destinados à garantia dos chamados *direitos humanos fundamentais*, verificando-se, em tal particular, que estes, com o advento da Carta Magna de 1988, passaram a ter eficácia plena e aplicação imediata, sempre no sentido de valorização humana e na busca incansável do pleno desenvolvimento da cidadania.

5) A viga-mestra do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, encartado no inc. III do Art. 1º da *Lex Major*, elevando a pessoa, o ser humano, independentemente de

qualquer característica individual, à condição de elemento imprescindível e indispensável à fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, derramando, ainda, seus efeitos perante princípios outros, de assaz importância na preservação e no atingimento de tal desiderato, como, por exemplo, o princípio da isonomia cravado no *caput* do Art. 5º do referido compêndio basilar.

6) O pretendido tratamento isonômico só é possível de ser atingido a partir do momento em que o Estado deixar sua habitual neutralidade, propiciando medidas práticas que venham a fomentar a concretização e a materialização da igualdade constitucional no dia-a-dia, quiçá por intermédio das denominadas ações afirmativas ou por qualquer outro meio que tenha por escopo erradicar a nefasta presença da discriminação e do preconceito até hoje presentes em casos tais, prestigiando-se o direito de convivência familiar que é essencial ao digno desenvolvimento dos infantes.

7) Reforce-se que o Poder Público, seja qual área e esfera de atuação for, está intrinsecamente ligado e destinado ao irrestrito cumprimento e a irrestrita observância dos direitos fundamentais apresentados pela Carta Constitucional, de modo que não se vislumbra mais hoje, parâmetros que possam, legitimamente, afastar o Estado de tal mister, sendo certo que o afastamento da referida determinação importará na sua responsabilização e na de seus agentes.

8) A inércia e a omissão estatais acima apontadas sempre acabarão por redundar num ilícito efeito, qual seja, o de retirar dos cidadãos o exercício de direitos que lhe são fundamentais e, no tema em comento, retirar da criança e do adolescente expurgados da convivência familiar e comunitária a possibilidade de um desenvolvimento afetuoso e digno, abrindo-lhe, assim, o caminho para pleitear indenização embasada na teoria de responsabilidade civil denominada de *perda de uma chance*.

9) A sociedade, em razão de sua ínsita responsabilidade, tem se esforçado na tentativa de minimizar o problema afeto a crianças e adolescentes, pois, além de contribuir para tanto com o adimplemento de tributos, acaba, dentro daquilo que se convencionou chamar-se de *terceiro setor*, aglutinando-se em

Organizações Não-Governamentais (ONG's), em Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's), assumindo, assim, muitas das lacunas de atuação deixadas ao largo pelo Estado; todavia, tal atuação, embora benéfica, não se mostra suficiente e apta para deixar correr ao largo a responsabilidade estatal sobre o assunto.

10) É inegável que a consecução, a concretização e a satisfação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles tidos como sendo de prestação, está a demandar, não raras vezes, a disponibilização de meios materiais, os quais têm por característica serem finitos, trazendo consigo a problemática da escassez, emergindo daí, necessariamente, que o Estado detenha em seu poder saldo pecuniário suficiente a tal desiderato; porém, a suposta ausência de dinheiro não poderá ser invocada como excludente de atuação e de responsabilização no que se refere ao compromisso assumido no texto constitucional vigente.

11) O Estado, ao não concretizar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, sem sombra de dúvidas, estabelece ilícita diferenciação em relação aos infantes que tiveram a sorte de ter uma família estruturada daqueles que assim não conseguiram, cujos efeitos da citada diferenciação se encontram, infelizmente, espraiados nos mais diversos campos (educação, saúde, moradia, vestuário, etc.), solapando-lhes a indispensável oportunidade de um desenvolvimento escorreito e digno, o que não se mostra lícito dentro da sistemática constitucional em vigência.

12) O direito fundamental à convivência familiar e comunitária, bem como o efetivo acesso a instrumentos que mitiguem tal impossibilidade de concreção, faz parte do chamado *mínimo vital*, ou seja, faz parte de um núcleo material indispensável e intangível, derivado da própria condição humana, de modo que toda a vez que o Estado deixa de cumprir com aquilo que é inerente a essência do homem, pode e deve ser responsabilizado por tais omissões ou descumprimentos.

13) Toda vez que não se consiga fomentar o direito fundamental de nossas crianças e adolescentes no que se refere à convivência familiar e

comunitária, bem como não se tenham colocado a disposição dos interessados mecanismos alternativos que possam mitigar tão importante ausência, o Estado (e seus agentes) deve ser responsabilizado por tal omissão, de índole constitucional, eis que, no mínimo, retirou dos infantes desafortunados a chance de dias melhores, o que se cumpriria a todo custo evitar.

14) A exclusão da convivência familiar e comunitária retira da criança e do adolescente qualquer direito de escolha, impondo-lhes, salvo raras exceções, o tortuoso caminho do abandono, da falta de carinho, da criminalidade, da marginalidade, da opressão, enfim, da mais completa e irrestrita ausência de dignidade humana.

15) Reforce-se que, em casos tais, a intervenção do Judiciário se converte no último bastião e na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

16) Um dos caminhos judiciais que pode ser seguido, nessas hipóteses, se encontra presente na Lei nº 7.347/85 (também conhecida como Lei da Ação Civil Pública), na exata medida em que permite, por intermédio do referido veículo processual, que seja levado a efeito pedido de prestação jurisdicional visando à defesa de interesses difusos ou coletivos, o que, sem sombra de dúvidas, traz mais força e facilidade ao atingimento do objetivo ou da reparação perseguida pelos prejudicados.

17) A aplicação do mandado de injunção como meio de responsabilizar o Estado, em seu viés legislativo, nas hipóteses de não-concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes se entremostra, também, de todo viável, na exata medida em que não se percebe no ordenamento jurídico em voga, texto legislativo apto a referendar os caminhos da citada responsabilização estatal pelo malferimento em discussão.

18) Abre-se, ainda, a possibilidade, fulcrada na teoria da perda de uma chance, que aquele que não teve concretizado seu direito fundamental de

convivência familiar e comunitária por força de omissão ou inércia estatais, ingresse com ação de conhecimento condenatória visando à reparação, pelo Estado, dos danos morais e psicológicos que lhe foram injustamente impingidos em razão do ilícito constitucional em tela.

19) Por fim, a problemática em discussão somente terá a possibilidade de galgar solução juridicamente adequada, a partir do momento em que se emprestar, verdadeiramente, eficácia aos comandos constitucionais existentes, mormente aqueles de natureza fundamental, como é o caso do direito de convivência familiar e comunitária pertencente as nossas crianças e adolescentes, pois, do contrário, teremos, apenas e tão-somente, mero exercício de vã retórica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Introdução ao existencialismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ABERASTURY, Arminda. **Adolescência**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Artes Médicas, 1980.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (coords.). **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

ALBUQUERQUE, Catarina de; BARRETO, Ireneu Cabral; BENES, Roberto *et al*. **Direitos das crianças**. Coimbra: Coimbra, 2004.

ALEXY, Robert. ***Teoria de los derechos fundamentales***. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

_____. ***Teoría del discurso y derechos fundamentales***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ALIENDE, Aniceto Lopes. **Questões sobre alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2000.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos humanos e não-violência**. São Paulo: Atlas S.A., 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; NOVAES FILHO, Wladimir. **A Constituição dos EUA anotada**. São Paulo: LTr, 2001.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira; CAETANO, Marcello; CAHALI, Yussef Said *et al*. **Responsabilidade civil do Estado**. 2ª ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3ª ed. atual. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

ALVIM, Thereza. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **O direito processual de estare em juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almeida, 2003. vol. II.

AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (coords.). **Visões críticas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de argüição de inconstitucinalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**: a utlização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. ***Derechos fundamentales y garantias institucionales****: analisis doctrinal y jurispridencial*. Madri: Editorial Civitas S.A., 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração: tradição e reforma**. Coimbra: Almedina, 2000.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder judiciário**: do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. **O estatuto da criança e do adolescente em face do novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2002.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Jurídico Atlas, 1999.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. A impossibilidade de alteração do Art. 228 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e seus valores democráticos. In: BIERRENBACH, Maria Ignês; CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira; NUNES, Irineide da Costa e Silva *et al* (orgs.). **A razão da idade**: mitos e verdades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais**. Bauru: EDITE, 2002.

_____. Controle concentrado da constitucionalidade e segurança jurídica no sistema brasileiro. In: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury (coords.). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. O acúmulo de poder do Supremo Tribunal Federal e o controle concentrado de constitucionalidade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.). **Diálogos constitucionais**: direito, neolibralismo e desenvolvimento em países periféricos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____ (coords.). **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David; SEGALLA, José Roberto Martins (coords.). **15 anos da Constituição Federal**: em busca da efetividade. 2ª ed. atual. Bauru: EDITE, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz (coords.). **A proteção da pessoa portadora de deficiência**: um instrumento de cidadania. Bauru: EDITE, 2006.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas**: o judiciário brasileiro e a nova ordem constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARONNE, Ricardo (org.). **Estudos de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. vol. II.

ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. **Liquidação de sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ASSIS, Emanuel Carlos Dantas de. **Sistema constitucional tributário**. Curitiba: Juruá, 2001.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni. **Federação e competência para legislar**: estudo de um caso. Bauru: EDITE, 2006.

AUAD, Denise. O abuso do poder público em face do direito de prioridade absoluta da criança e do adolescente. In: **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: Arte Jurídica, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVÊDO, Jackson Chaves de; SILVA, Reinaldo Pereira e. **Direitos da família**: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1999.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. **Aplicação do direito e contexto social**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AYALA, Bernardo Diniz. **O (déficit de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa**. Lisboa: LEX, 1995.

BACHA, Sergio Reginaldo. **Mandado de injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BADENI, Gregorio. ***Nuevos e derechos y garantías constitucionales***. Buenos Aires: AD-HOC, 1995.

BADENI, Gregorio; ESCALADA, Federico Videla; LENNON, Lucas J. *et al*. ***El derecho a nacer***. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

BAHIA, Claudio José Amaral. **A proteção constitucional à homossexualidade**. Leme: Mizuno, 2006.

BALDASSARRE, Antonio. ***Diritti della persona e valori costituzionali***. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias processuais constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 2ª ed. Campinas: Russel, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena; FACHIN, Luiz Edson; GEDIEL, José Antonio Peres *et al* (orgs.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código civil interpretado conforme a Constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. vol. I.

_____. **Código civil interpretado conforme a Constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. II.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Tobias. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Landy, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de A ideologia do afeto. In: **Revista brasileira de direito de família**, nº 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002.

_____. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Temas de direitos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. tomo III.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil anotada**. 5ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ (coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992. vol. III.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. I.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 2ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de direito constitucional e internacional**, ano VIII, nº 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000.

BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BASTOS, Evandro de Castro; BORGES JÚNIOR, Odilon. **Novos rumos da autonomia municipal**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BAZÁN, Victor (coord.). ***Defensa de la Constitución****: garantismo y controles*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BELLUSCIO, Augusto César. ***Manual de derecho de familia***. 7ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Constituição e Estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

_____. **Dilemas do Estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

BERTALANFFY, Ludwig von. ***Teoria general de los sistemas***. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. II.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

BIANCO, C. Massimo. ***Diritto civile II***. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997.

BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Direito de família**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **História do direito brasileiro**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

_____. **Curso de filosofia política**. 2ª ed. atual. ampl. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito de família e sucessões**: de acordo com a Lei nº 10.406, de 10/01/02. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e liberdade**. 4ª ed. São Paulo: Ediouro, 2000.

_____. **Entre duas repúblicas**: às origens da democracia italiana. Brasília: UnB, 2001.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

BOGNETTI, Giovanni; COTTA, Sergio; FERRI, Giovanni Battista *et al*. ***Diritti fondamentali dell'uomo***. Roma: Giuffrè, 1977.

BOLOS, Silvia. ***La constitución de actores sociales y la política***. San Rafael: P y V, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Política e direito**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria do Estado**. 4ª ed. rev. atual. ampl.São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do país constitucional ao pais neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais**: eficácia e acionalibilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2006.

BORDA, Guillermo A. ***Tratado de derecho civil****: familia II*. 9ª ed. ampl e atual. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1993.

BORGES, Wilson Hilário. **Decisão social e decisão jurídica**. São Paulo: Germinal, 2000.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BOROWSKI, Martin. ***La estructura de los derechos fundamentales***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BREYNER, Gonçalo de Melo. O Ministério Público e a protecão das crianças e jovens. In: **Direito tutelar de menores**. Coimbra: Coimbra, 2002.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Temas de psicologia jurídica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BROCHADO, Mariá. **Direito & ética**: a eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 1993.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história. São Paulo: Ática, 2003.

BUENO, Roberto. **Manual de ciência política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. vol. I.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Direito constitucional**. 27ª ed. Barueri: Manole, 2005.

_____. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BURGUIÈRE, André; KLAPISCH-ZUBER, Christiane; SEGALEN, Martine *et al*. **História da família**: tempos medievais: Ocidente e Oriente. Lisboa: Terramar, 1997.

_____. **História da família**: o choque das modernidades: Ásia, África, América e Europa. Lisboa: Terramar, 1998.

BUZAID, Alfredo; DÓRIA, Hélio Ivo Angrisani; FREIRE, Homero *et al*. **Estudos de direito processual civil *in memoriam* do Ministro Costa Manso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. Rio de Janeiro: Mérica Jurídica, 2003.

CABRITO, Belmiro Gil. **Formações em alternância**: conceitos e práticas. Lisboa: EDUCA, 1994.

CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; GIORGI, Beatriz di; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Direito, cidadania e justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CAMPO, Javier Jiménez. ***Derechos fundamentales****: concepto y garantías*. Madri: Editorial Trotta, 1999.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito financeiro e orçamentário**. São Paulo: Atlas, 1995.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. ***Constitucion y derechos humanos: su reciprocidad simétrica***. Buenos Aires: Ediar, 1991.

_____. ***Teoría general de los derechos humanos***. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.

CAMPOS, German J. Bidart; HERRENDORF, Daniel E. ***Principios de derechos humanos y garantías***. Buenos Aires: Ediar, 1991.

CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. **Família no direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. reimpr. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª ed. atual. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007. vol. I.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARAN JÚNIOR, Moacyr. **O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CARDUCCI, Michele. **Por um direito constitucional altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARPANTIER, Alejo. **Visão da América**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Sônia Regina; PORTO, Márcia Regina (orgs.). **Primeiro guia de adoção de criança e adolescentes do Brasil**. São Paulo: Winners Editorial, 2000.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. **Os valores constitucionais fundamentais**: esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra, 1982.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CASTRO, Artur Anselmo de. **Lições de processo civil**. Coimbra: Almedina, 1967. vol. III.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTRO, José Luís dos Santos. **Socialização das crianças de rua e lógicas de intervenção das redes de suporte social**. 2ª ed. Lisboa: Cadernos do CEJ, 1997.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão de direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CATARINO, Luís Guilherme. **A responsabilidade do Estado pela administração da justiça**: o erro judiciário e o anormal funcionamento. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHALITA, Gabriel. **Ética dos governantes e dos governados**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **O poder**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Educação**: a solução está no afeto. São Paulo: Gente, 2001.

CICU, Antonio. ***La filiación***. Madri: Revista de Derecho Privado, 1930.

CID, Nuno de Salter. **A proteção da casa de morada da família no direito português**. Coimbra: Almedina, 1996.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CLAM, Jean; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos**: globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito de família**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003. vol. I.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2ª ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COLLINSON, Diané. **50 grandes filósofos**: da Grécia antiga ao século XX. São Paulo: Contexto, 2004.

COMBESQUE, Marie Agnès. **Introdução aos direitos do homem**. Lisboa: Terramar, 1998.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado – Anuário 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. vol. II.

CORRAL, Benito Aláez. ***Minoría de edad y derechos fundamentales***. Coimbra: Tecnos, s.d.

CORRAL, Benito Aláez; FREIJEDO, Francisco J. Bastida; LINERA, Miguel Angel Presno *et al*. ***Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978***. Porto Alegre: Tecnos, 2004.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

CORREIA, Fernando Alves. **Direito constitucional**: a justiça constitucional. Coimbra: Almedina, 2001.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CORTEZ, Margarida. **Responsabilidade civil da administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado**. Coimbra: Coimbra, 2000.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Estudos de direito civil brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: LTr, 2003.

COULANGE, Fustel. **A cidade antiga**. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1998.

COURT, P. M. Família e sociedade contemporâneas. In: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro (orgs.). **Família, sociedade e subjetividades**: uma perspectiva multidisciplinar. São Paulo: Vozes, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CRUZ, Flávio da. **Comentários à lei n° 4.320**. 4ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.

CRUZ, Valéria Álvares. **O direito e a nova visão da ciência**. São Paulo: Fiúza, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **"*Class action*" e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, direito e utopia**: do jurídico-constitucional nas utopias políticas. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. **A Constituição viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: lei Maria da Penha (lei nº 11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Fundamentos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULO, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CYRINO, Públio Caio Bessa; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei & a realidade**. São Paulo: Jurídica, 2001.

D'AGOSTINO, Francesco. ***Una filosofia della famiglia***. Milão: Fiufreè, 2003.

D'AMICO, Marilisa. ***Parti e processo nella giustizia constituzionale***. Torino: G. Giappichelli, 1991.

DAFOE, Daniel. **As aventuras de Robinson Crusoé**. São Paulo: Ática, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, F. C. de San Tiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

DARAY, Hernán. ***Daño psicológico***. 2ª ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 2000.

DEFOE, Daniel. **As aventuras de Robinson Crusoé**. Floresta: L&PM Editores, 1997.

_____. **Conversando sobre os direitos das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DELFIM, Ricardo Alessi. **Ação declaratória de constitucionalidade e os princípios constitucionais do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1983. vols. I e II.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado**: perda de uma chance. São Paulo: LTr, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. Salvador: Podium, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo (coords.). **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINALLI, A.; FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TEOTÔNIO, Paulo José Freire (orgs.). **Constituição e construção da cidadania**. Leme: Mizuno, 2005.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. 2ª ed. atual. São Paulo: Landy, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 2ª ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. São Paulo: Ediouro, 2005.

DOGLIOTTI, Massimo. ***Doveri familiari e obbligazione aliementate***. Milano: Giuffrè, 1994.

DOLINGER, Jacob. **Direito civil internacional**: a família no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DORA, Denise Dourado (org.). **Direito e mudança social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (orgs.). **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUGUIT, León. ***Manual de derecho constitucional***. Granada: Comares, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHEVARRIA, Juan Jose Solozabal. *La teoria de los derechos fundamentales*. In: **Revista de estudios politicos (nueva epoca)**, nº. 71. Madri: DTC, jan./mar. 1991.

EIRA, F. Fernandes da. **Guia jurídico do deficiente**. Coimbra: Coimbra, 1992.

ELESBÃO, Elsita Collor (coord.). **Pessoa, gênero e família**: uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de. ***La lucha vontra las inmunidades del poder***. Madri: Civitas, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001.

ESTRADA, Alexei Julio. ***La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares***. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ETZIONI, Amitai. ***The limits of privacy***. New York: Basic Books, 1999.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **O impacto das mudanças sociais no direito de família**. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Dever alimentar para um novo direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FALBO, Ricardo Nery. **Natureza do conhecimento jurídico**: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** São Paulo: Max Limonad, 2002.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da constitucionalidade na omissão legislativa**. Curitiba: Juruá, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito): um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade. In: **Revista brasileira de direito de família**, nº 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./mai. 2004.

_____. **Leituras complementares de direito civil**: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Podium, 2007.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FÁVERO, Osmar (org.). **A educação nas constituintes brasileiras**. 2ª ed. rev. e ampl. Campinas: Autores Associados, 2001.

FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio Luiz. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FELIPPE, Márcio Sotelo. **Razão jurídico e dignidade humana**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERNANDES, Candice de Vasconcellos Pedroso Grams. **Direito das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERNÁNDEZ, Pedro A. Talavera. ***Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales****: propuestas de regulación en España*. Madri: SPEd, 1999

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito municipal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRARI, Sérgio. **Constituição Federal e federação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (coord.). **Ministério Público**: instituição e processo. 2ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Constituinte**: assembléia, processo, poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 3ª ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. São Paulo: Fronteira, 2002.

FERREIRA, William Santos; FISCHER, Octavio Campos; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel *et al* (coords.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A reconstrução da democracia**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Estado de Direito e Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. **Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Ivanilda. **Políticas públicas e a realização dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina urbanística da propriedade**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO, Luís Cláudio. **Modos de subjetivação no Brasil e outros escritos**. São Paulo: EDUC, 1995.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção**: primeiros passos – as perguntas mais comuns a respeito da adoção e suas respostas. Recife: Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco, 1997.

_____. **Adoção para homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. **Estudos em direito público**: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito; GONÇALVES, Renato Afonso; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio. ***Los derechos fundamentales***. 2ª ed. atual. Madri: Trotta, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FISCHER, Octavio Campos. **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **O Código Civil e o novo direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araujo. **Liberdades fundamentais e segurança pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **Reconhecimento jurídico do pedido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil**: esboço 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

_____. **Vocábulo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1983. tomo II.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**: direito de família. 2ª ed. atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise da sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**: introdução – abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **O companheirismo**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1998**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil**: direito fundamental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Limites da ciência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (orgs.). **Lições de direito administrativo**: estudos em homenagem a Octavio Germano. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GHERSI, Carlos Alberto. ***Teoría general de la reparación de daños***. 2ª ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999.

GLANZ, Semy. **A família mutante**: sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOLUB, Stephen; McCLYMONT, Mary. **Caminhos para a justiça**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

GOMES, Fábio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela**: a superação do paradigma da modernidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa**. Bauru: Revista Jurídica Travelnet, 1996.

_____. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, José Osvaldo. **Fundamentação do acto administrativo**. 2ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 1981.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, José Renato. **Acesso à informação das entidades públicas**. Coimbra: Almedina, 2002.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Constituição da república portuguesa e legislação complementar**. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **As Constituições dos Estados da União Européia**. Lisboa: Vislis Editores, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. VI.

GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão; SANTOS, António Carlos. **Direito económico**. Coimbra: Almedina, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

_____ (coord.). **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. 2ª ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **O tributo**: análise ontológica à luz do direito natural e do direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1983.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

GUSMÃO, Hugo César de. Poder constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? In: **Revista brasileira de direito constitucional**, vol. 06. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2005.

HÄBERLE, Peter. ***La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales***. Madri: Dykinson, 2003.

_____. ***La libertad fundamental en el estado constitucional***. Granada: Comares, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. tomo II.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos**: a construção universal de uma utopia. Aparecida: Santuário, 1997.

_____. **Direito e utopia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex, 2000.

_____. **Como aplicar o direito**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Ética, educação e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Movimentos sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Para gostar do direito**: carta de iniciação para gostar do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HERRENDOF, Daniel E. ***Principios de derecho humanos y garantías***. Buenos Aires: EDIAR, 1991.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Novo Código Civil**: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HOBBES, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HÖRSTER. Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil português**: teoria geral do direito civil. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. 5ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2004.

JOFILY, Vera. **Patrimônio primordial**: extinção da criança rejeitada no Brasil – reversão do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JORGE, Carlos Augusto. **A greve do servidor público federal**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5018>. Acesso em: 12 dez. 2006.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2005.

KALOUSTIAN, Sílvio Manoug (org.). **Família brasileira: a base de tudo**. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes da Justiça, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSOVSKI, Éster. **Ética na comunicação**. 2ª ed. atual. ampl. São Paulo: Àtica, 2000.

KRAEMER, Eduardo. **A responsabilidade do Estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito**: lei de introdução ao Código Civil e hermenêutica jurídica. São Paulo: Método, 2007.

LACAN, J. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Tradução de Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. ***Derecho justo**: fundamentos da etica juridica*. Madri: Civitas S/A, 1993.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LATRUBESSE, Gustavo Carranza. ***Responsabilidad del Estado por su actividad lícita***. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

LAVIÉ, Quiroga. ***Los derechos públicos subjetivos y la participación social***. Buenos Aires: Depalma,1985.

LEAL, Luciana de Oliveira. **Liberdade da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEAL, Maria Cristina; MATOS, Maurílio Castro de; SALES, Mione Apolinário e (org.). **Política social, família e juventude**: uma questão e direitos. São Paulo: Cortez, 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil**: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Teoria do Estado**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. tomo VI.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Imprensa Oficial, 1999. vols. I e II.

LEANDRO, Armando Gomes. Protecção dos direitos da criança em Portugal. In: **Direitos das crianças**. Rio de Janeiro: FDR, 2007.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). **Direitos metaindividuais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Bioética e biodireito**: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. Campinas: Copola, 1995.

LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). **Direito à educação**: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alcides de Mendonça. **O poder judiciário e a nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição constitucional e controle do poder**: é efetiva a Constituição brasileira? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002.

LINS, Maria Ivone Accioly. In: GUIMARÃES, M. Antonio Chagas; PODKAMENI, Angela B. (orgs.) **Winnicott na PUC**: 100 anos de um analista criativo. Rio de Janeiro: NAU, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LLOYD, Dennis. **A idéia de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de informação legislativa**, ano 36, nº 141. Brasília: Nacional, jan./mar. 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Gomes Canotilho. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1962. vol. V.

LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis Martínez; VELÁZQUEZ, Antonio Calonge (coord.). ***La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos***. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.

LOTUFO, Renan (coord). **Direito civil constitucional**: caderno 01. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **Direito civil constitucional**: caderno 02. Curitiba: Juruá, 2001.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Transplantações**: um olhar constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

LOURENÇO, Letícia Caricari Seco Maciel. **Origem histórica da responsabilidade civil**: justificativa das regras gerais do instituto através da sua evolução nas principais legislações. Santos: Universitária Leopoldianum, 2003.

LUCARELLI, Maria Virginia Galvão Paiva. Repensando o direito de família, à luz dos direitos constitucionais fundamentais. In: SILVA, Roberto B. Dias da. **Direito constitucional**: temas atuais – homenagem à professora Leda Pereira da Mota). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUHMANN, Niklas. ***Sistemas sociales****: lineamentos para una teoria general*. Barcelona: Anthropos, 1998.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. ***Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio***. Madri: Marcial Pons, 1996.

_____. ***Dimensiones de la igualdad***. Madri: Dyckinson, 2005.

LUNZ, Julieta Lídia. **Recursos políticos e judiciais para a correção dos atos do poder público**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

LUQUE, Luis Aguiar de. *Los limites de los derechos fundamentales*. In: ***Revista del centro de estudios constitucionales***, nº 14. Madri: DTC, jan./abr. 1993.

LYRA, Afrânio. **Responsabilidade civil**. Bahia: s.e., 1977.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. 2ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

MACHADO, Fernando. **Manual do oficial de proteção da infância e da juventude**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio da subsidiariedade e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro; (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva**: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de (coord.). **Pacto federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAGALHÃES, Roberto. **A Constituição Federal de 1967 comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967. tomos I e II.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. In: **Revista brasileira de direito de família**, nº 24. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAJADAS, Márcia Fratari. **Discricionariedade e desvio de poder em face de princípios constitucionais da Administração Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Ação popular**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, nº 44. Rio Grande do Sul: FESMP/RS, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **A pena capital e o direito à vida**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. ***La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales***. Madri: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

MARTINHO, Edmundo. A família, as respostas sociais e as parcerias. In: OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Direito tutelar de menores**: o sistema em mudança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Ives Grandra (coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coords.). **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Ives Grandra; NALINI, José Renato (coord.). **Dimensões do direito contemporâneo**. São Paulo: IOB, 2001.

MARTINS, Luciano. **A geração AI-5 e maio de 68**: duas manifestações intransitivas. Rio de Janeiro: Argumento, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciulli (coords.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Ministério Público e direitos humanos**. Campinas: Bookseller, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (coord.). **O abuso do poder do Estado**. Barra da Tijuca: Renovar, 2005.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury (coords.). **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2006.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 2ª ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19ª ed. rev. atual. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**: princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Apontamentos sobre os agentes e os órgãos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____ (coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELLO, Cleyson de Moraes. **O que é direito?** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. 2ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES JÚNIOR, Onofre. **Direito administrativo**. 2ª ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961. vol. I.

MENDÉZ, Cristina Elías. ***La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MENDEZ, Emílio Garcia. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MESQUITA, Maria José Rangel de. **Efeitos dos acórdãos do tribunal de justiça das comunidades européias proferidos no âmbito de uma acção por incumprimento**. Coimbra: Almedina, 1997.

MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Constituição e inconstitucionalidade. 3ª ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1996. tomo II.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOMBERGERR, Noemi Friske. **A publicidade dirigida às crianças e adolescentes**: regulamentações e restrições. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção jurídica das relações de gênero**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**. Rio de Janeiro: Didática e Científica, 1981.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. ampl. e atual. com a emenda constitucional nº 22/99. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Antão de. **Problemas e negócios jurídicos**. São Paulo: Max Limonad, 1948. vol. I.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. Porto Alegre: Dialética, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____ (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz de. **Ciência política & teoria do Estado**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do Estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MOTA, Maurício Jorge. **Responsabilidade civil do Estado legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. **A finalidade do princípio da igualdade**: a nivelação social – interpretação dos atos de igualar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MUSSO, Enrico Spagna. ***Diritto costituzionale***. Roma: LTEE, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NADAL, Fábio. **A Constituição como mito**: o mito como discurso legitimador da Constituição. São Paulo: Método, 2006.

NALINI, José Renato. **Constituição e Estado democrático**. Coordenação Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 1997.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira. **A educação e o trabalho do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEDEL, José. **Ética, direito e justiça**. 2ª ed. rev. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NEGRÃO, Ricardo. **Ações coletivas**: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

NEME, Eliana Franco (coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: EDITE, 2005.

_____. **Limites constitucionais para a experimentação com animais**: uma aplicação da dignidade da pessoa humana. Bauru: EDITE, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: EDUC, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NETO, José Duarte. **A iniciativa popular na Constituição Popular**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NETO, Miguel Kfouri. **Responsabilidade civil do médico**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NETO, Olavo de Oliveira (coord.). **Tutelas coletivas e efetividade do processo**. Bauru: EDITE, 2005.

NETO, Zaiden Geraige. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NINO, Carlos Santiago. ***Fundamentos de derecho constitucional: analisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional***. Buenos Aires: Astrea, 2000.

NITSCHKE, Rosane Gonçalves. **Mundo imaginal de ser família saudável**: a descoberta dos laços de afeto como caminho numa viagem no quotidiano em tempos pós-modernos. Pelotas: Enfermagem PEN/UFSC, 1999.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente**. 4ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVAIS, Jorge. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Diálogos constitucionais**: Brasil / Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Regimes matrimoniais de bens**. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. São Paulo: Forense, 2001. tomo II.

O´BRIEN Raymond C.; WADLINGTON, Walter. ***Family law statutes, international conventions and uniform laws***. 2ª ed. New York: Foundation Press, 2000.

OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. **Execução nas ações coletivas**. Curitiba: Juruá, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Flávio Luis de (coord.). **Perfis da tutela constitucional dos direitos fundamentais**. Bauru: EDITE, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe só há duas**: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra, 1992.

_____. **Temas de direito de família**. 2ª ed. aum. Coimbra: Coimbra, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. **A responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Júnia Barroso de; STARLING, Marco Paulo Cardoso. **Ação civil pública**: o direito e o processo na interpretação dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Justiça e ética**: ensaio sobre o uso das togas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Emocionando a razão**. Belo Horizonte: Inédita, 1999.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado democrático de direito**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

_____. **Controle de discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

PADOVER, Saul K. **A Constituição viva dos Estados Unidos**. 2ª ed. São Paulo: Ibrasa, 1987.

PAINE, Thomas. **Direitos do homem**. São Paulo: EDIPRO, 2005.

PAIVA, Vanildo. **Família e Igreja: reconciliáveis?** São Paulo: Paulus, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3ª ed. rev. atual e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PELUZO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2007.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **A família e a justiça penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A nova Constituição e o direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha Pereira. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, João Aveiro. **A responsabilidade civil por actos jurisdicionais**. Coimbra: Coimbra, 2001.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Campinas: Russell, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psiconalítica. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____ (coord.). **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Concubinato e união estável**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____ (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Família, infância e juventude**: os desafios do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. 2ª ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PÉREZ, Jesús González. ***La dignidad de la persona***. 2ª ed. atual. Madri: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, M. O nó e o ninho. In: **Veja**: 25 anos – reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 2004.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do Art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIAGET, Jean. **O juízo moral na criança**. 3ª ed. atual. ampl. São Paulo: Summus, 1994.

PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito do civil**: introdução ao direito civil constitucional. São Paulo: Renovar, 2005.

PILATTI, Adriano. **Cadernos de soluções constitucionais**. São Paulo: ABDC, 2005. vol. I.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. **Constituição & ineficácia social**. Curitiba: Juruá, 2004.

_____ (coord.). **Direito constitucional em evolução**. Curitiba: Juruá, 2005.

PINA, Antonio Lopez. ***La garantia constitucional de los derechos fundamentales***. Madri: Civitas, 1991.

PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Direito de família**: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1995.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIVA, Rui Carvalho. **A legitimidade ativa da família na tutela de interesses difusos**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.

POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para a sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Tendências constitucionais no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

POSTER, M. **Teoria crítica da família**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1979.

POZZOLI, Lafayette; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (orgs.). **Ensaios em homenagem a Franco Montoro**: humanista e político. São Paulo: Edições Loyola, s.d.

PULIDO, Carlos Bernal. ***El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales***. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2000.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia. **O controle judicial de atos do poder legislativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAFFO, Julio C. **Introdução ao conhecimento jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. **Família sem casamento**: da relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O federalismo assimétrico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAZ, Joseph. **Valor, respeito e apego**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Filosofia do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Horizontes do direito e da história**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Cinco temas do culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

REIS, Carlos David S. Aarão. **Família e igualdade**: a chefia da sociedade conjugal em face da nova Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Fernando Armando. **Conflitos no Estado constitucional democrático**: por uma compreensão jurídica da desobediência civil. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Teoria geral do direito constitucional**. São Paulo: EDIPRO, 1997.

_____. **Teoria geral do Estado & ciência política**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: EDIPRO, 2001.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. 2ª rev. atual. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. 2ª ed. Tradução de José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROBLES, Alejandro Gutiérrez (coord.). ***La hermenêutica analógica****: hacia um nuevo orden de racionalidad*. San Rafael: P y V Editores, 2000.

_____. ***La hermenéutica***. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROBLES, Gregório. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. São Paulo: Manole, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Ler, 1990.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____ (coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Interesses coletivos**: ineficiência de sua tutela judicial. Curitiba: Juruá, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Introdução ao direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, João Batista Cascudo. **A mulher brasileira**: direitos civis e políticos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renes, 1982.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder constituinte supranacional**: esse novo personagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. VI.

RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança internacional e direitos humanos**: a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RODRIGUEZ, Jose Julio Fernandez. ***La inconstitucionalidad por omision***. Madri: Civitas, 1998.

ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de (coord.). **Temas relevantes de direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

ROSA, Alcides. **Manual de direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aurora, s.d.

ROSA JÚNIOR., Luiz Emygdiio F. da. **Manual de direito financeiro & tributário**. São Paulo: Jurídica, 2005.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tirag. (com acréscimo) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 2ª ed. atual. São Paulo: EDIPRO, 2000.

RUSSOMANO, Rosah. **O princípio do federalismo na Constituição brasileira**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1965.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovcki. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula vinculante**: análise crítica de sua adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____ (coord.). **Crises e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. **O poder geral de cautela do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANTORO, Emílio. **Estado de Direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Lejus, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Christianine Chaves. **Ações coletivas & coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de família**. Coimbra: Almedina, 1999.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**: parte geral. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1982. vol. II.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SARACENO, Chiara. **Sociologia da família**. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral – uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____ (coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____ (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARTI, Cyntia Andersen. **A família como espelho**: um estudo sobre a moral dos pobres. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.

SCAFF, Fernando Facuri. **Responsabilidade civil no Estado intervencionista**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: ***Verba juris***: anuário da pós-graduação em direito, vol. 04, nº 04. São Paulo: Fredys Orlando Sorto, jan./dez. 2005.

_____ (org.). **Constitucionalismo, tributação e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises**: os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Classificação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHERZBERG, Arno. **Para onde e de que forma vai o direito público?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

SEARLE, John R. **Expressão e significado**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SÉGUIN, Elida (org.). **Aspectos jurídicos da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____ (coord.). **Direito das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A política, o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais**: um reexame fenomenológico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Atlas, 2000.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Arthur Nunes da. **Direito processual**. Rio de Janeiro: Tip. da Comp. Sertaneja, 1940. vol. II.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação constitucional operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Claudio Augusto Vieira da. **A razão da idade**: mitos e verdades. Brasília: Ministério da Justiça, 2001.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Método, 2004.

SILVA, Gustavo Just da Costa. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 12ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. 3. tirag. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Adoção**: mitos e verdades. São Paulo: Revista Panorama da Justiça, 2001.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Poder constituinte originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise comparativa. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional de acordo com a reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado**: possibilidades e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SLEPOJ, Vera. **As relações de família**. Lisboa: Presença, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Jurídico Atlas, 1998.

SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common law***: introdução ao direito dos EUA. 2ª tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil**: decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, comentado e anotado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livreiro-Editor, 1895.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Regimes políticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOROMENHO-MARQUES, Viriato. **A era da cidadania**. Mem Martins: Biblioteca Universitária, 1996.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento da lacunas no direito**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

STEINER, Sylvia helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em terra *brasilis*. In: **Revista brasileira de direito constitucional**, nº 04. São Paulo: RBDC, jul./dez. 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRENGER, Irineu. **Mandado de injunção**. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

SUERIO, Maria E. Rovira. ***La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propria imagen***. Barcelona: Cedecs, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito administrativo ordenador**. 2ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 3ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Jurídica, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editor Celso Bastos, 1998.

_____. **Tratado da argüição de preceito fundamental**: lei nº 9.868/99 e lei nº 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Constituição do Brasil integrada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito constitucional brasileiro concretizado**: *hard cases* e soluções juridicamente adequadas. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à lei nº 11.417, de 19/12/06. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência civil e direito político de resistência**. Campinas: Edicamp, 2003.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, F. F. **Administração pública e direito administrativo**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **A Constituição, a assembléia constituinte e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

TENÓRIO, Fernando G. **Gestão de ONG's**: principais funções gerenciais. 6ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. tomo II.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

THOMAS, Tom. **Breve história do indivíduo**. Lisboa: Edições Dinossauro, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TREJOS, Geraldo. ***Introduccion al derecho de familia costarricense***. San José da Costa Rica: Juricentro S.A., 1977.

TREMPS, Pablo Perez, *La justicia constitucional en la actualidad: especial referencia a América Latina*. In: **Revista brasileira de direito constitucional**, vol 01. Madri: DTC, jan./jun. 2003.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. **Controle administrativo e parlamentar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VAZ, Manuel Afonso. **A responsabilidade civil do Estado**: considerações breves sobre o seu estatuto constitucional. Porto: Porto, 1995.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENDRAMEL, Aparecida. **Responsabilidade extracontratual do Estado**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito civil**: direito de família. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. VI.

VERDÚ, Pablo Lucas. ***Teoria general de las relaciones constitucionales***. Madri: Dykinson, 2000.

_____. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo de sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A luta pelo Estado de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil**: crimes contra a humanidade. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

VERUCCI, Florisa. **O direito da mulher em mutação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VIANA, Rui Geraldo Camargo (org.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VICENTE, Cenise Monte. **O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direitos humanos**: Estado de direito e a Constituição e a construção de paz. São Paulo: Quartien Latin, 2005.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **Responsabilização objetiva do Estado**: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados. Curitiba: Juruá, 2005.

VIGILAR, José Marcelo Menezes. **Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIGOTSKI, L. S. **A formação social da mente**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Causalidade e relação de direito**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: Amércia Jurídica, 2003.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VITAGLIANO, José Arnaldo. **Instrumentos processuais de garantia**. Curitiba: Juruá, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação do dano (aspectos substanciais e processuais)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

WEBER, Lídia Natália Dobriansky. **Pais e filhos por adoção no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2001.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WINGEN, Max. **A caminho de uma ciência da família?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

WINNICOTT, Donald W. **Privação e delinqüência**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Ideologia, Estado e direito**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Fundamentos de história do direito**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WUCHER, Gabi. **Minorias**: proteção internacional em prol da democracia. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea**: uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Título executivo e liquidação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao direito civil alemão e inglês**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZOLLINGER, Márcia. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006.