

Revista do

ADVOGADO

Ano XXVIII Dezembro de 2008 nº 101

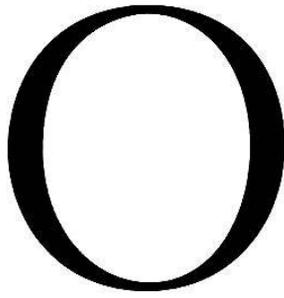


Direitos fundamentais da Criança
e do Adolescente: o "cuidado"



AASP

Associação dos Advogados
de São Paulo



cuidado como critério do Princípio do Melhor Interesse da Criança.

A questão da destituição do poder familiar.

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (Univali-SC). Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise da UFPR. Juiz de Direito em Santa Catarina.

Sumário

1. Introdução
2. Princípio no Sistema do Cuidado
3. O cuidado em Heidegger e Dussel
4. O poder familiar e sua destituição: uma aplicação do cuidado
5. Conclusão

1 Introdução

Quando Tânia da Silva Pereira me convidou, carinhosamente, para escrever um artigo a partir da noção de cuidado,¹ lembrei-me imediatamente de duas coisas. A primeira, foi que Heidegger² havia marcado minha construção teórica³ a partir da compreensão de homem como cuidado. A segunda, também relacionada à Tânia, é que tive acesso ao excelente trabalho sobre o melhor interesse da

1. Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (orgs.), *O Cuidado como Valor Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

2. Martin Heidegger, *Ser e tempo*, trad. Marcia Sá Cavalcante Schback, Petrópolis, Vozes, 2002, vol. 1 e 2. Martin Heidegger, *Ensaio e conferências*, trad. Emmanuel Carneiro Leão, Petrópolis, Vozes, 2001.

3. Alexandre Morais da Rosa, *Decisão Penal: a bricolage de significantes*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

criança,⁴ fundamento presente na legislação específica (família e criança e adolescente) como o norte das decisões. Assim, vinculando os discursos numa espécie de fusão de horizontes,⁵ procurei, no que segue, articular essa fusão desde um lugar enunciativo, com o objetivo de fixar o cuidado como o critério do princípio do melhor interesse da criança, dialogando com Heidegger e Dussel.

2 Princípio no Sistema do Cuidado

Embora a ciência se constitua como um discurso aparentemente completo, desde a mirada da Filosofia da Linguagem,⁶ pode-se dizer que a causalidade dos princípios é da ordem do real, eis que inexistem condições de enunciação de alguma relação de causalidade clássica (causa e efeito), mas o encontro com o impossível, com a falta: “Todos sabem que, para estruturar corretamente um saber, é preciso renunciar à questão das origens.”⁷ Logo, os princípios estão na beira do Real de Lacan – aquilo sobre o qual não se pode escrever –, sendo, assim, impossível de ser

dito no todo. Na origem está um mito, dado que é impossível dizer, apontar, de fato, como tudo começou. Atribui-se um princípio para dar conta da largada de significantes. A essência da essência da linguagem é da ordem do impossível; não se tem acesso, definitivamente, salvo pela transcendência Metafísica e/ou Imaginária. Por isto, quando Kant⁸ articula a noção de Sistema, o faz a partir de um princípio capaz de catalisar, por seu vazio iluminado, como palavra, o sentido que se articula, ao depois. O princípio surge, então, da impossibilidade de dizer o todo.⁹ Miranda Coutinho resgata a visão de princípio (do latim, *principium*) como o início, origem, causa, gênese, entendido como motivo conceitual sobre o qual se funda, por metonímia, a cadeia de significantes,¹⁰ podendo estar positivado (na lei) ou não.

Conquanto este momento primevo seja impossível, porque a verdade é muito – no início era o Verbo –, tal regresso se mostra absolutamente necessário, mesmo que seja um mito; mito necessário para o mundo da vida.¹¹ Consoante afirma Miranda Coutinho: “Nesta parca dimensão, o

4. Tânia da Silva Pereira (org.), *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

5. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis, Vozes, 2003.

6. Ludwig Wittgenstein, *Investigações filosóficas*, trad. José Carlos Bruni, São Paulo, Nova Cultural, 1999; Lenio Luiz Streck, *Verdade e Consenso*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

7. Jacques Lacan, *O seminário: o avesso da psicanálise*, trad. Ari Roitman, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1992, Livro 17, p. 16.

8. Emmanuel Kant, *Crítica da razão pura*, trad. J. Rodrigues de Meringe, Rio de Janeiro, Ediouro, 2000.

9. Agostinho Ramalho Marques Neto, “Sobre os fundamentos da ética: da filosofia à psicanálise”, in *Céfiso - Revista do Centro de Estudos Freudianos de Recife*, Recife, nº 14, 1999, p. 95: “Aquele suposição básica, aquele fundamento primeiro, aquele primeiro princípio não pode, todavia, ser ele próprio objeto de conhecimento racional, pois não pode ser demonstrado”.

10. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro”, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, nº 30, 1998, pp. 163-164: “Por evidente, falar de motivo conceitual, na aparência, é não dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos. Mas quem disse que se necessita, sempre, pelos significantes, dar conta dos significados? Ora, nessa impossibilidade é que se aninha a nossa humanidade, não raro despedaçada pela arrogância, sempre imaginária, de ser o homem →

→ o senhor absoluto do circundante; e sua razão o *summum* do seu ser. Ledo engano! Embora não seja, definitivamente, o caso de desistir-se de seguir lutando para tentar dar conta, o que, se não servisse para nada, serviria para justificar o motivo de seguir vivendo, o que não é pouco, diga-se *en passant*”.

11. *Idem*, *ibidem*, pp. 164-165: “De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer motivo conceitual, aqui, é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. (...) Daí o *big-bang* à Física moderna; Deus à teologia; o pai primevo a Freud e à psicanálise; a Grundnorm a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos. O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no *principium* está um mito; sempre! Só isso, por sinal, já seria suficiente para retirar, dos impertinentes legalistas, a muleta com a qual querem, em geral, sustentar, a qualquer preço, a segurança jurídica, só possível no imaginário, por elementar o lugar do logro, do engano, como disse Lacan; e aí está o direito. Para espaços mal-resolvidos nas pessoas - e veja-se que o individual está aqui e, portanto, todos -, o melhor continua sendo a terapia, que se há de preferir às investidas marotas que, usando por desculpa o jurídico, investem contra uma, algumas, dezenas, →

mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito". E o mito, uma vez instalado, reproduz um efeito alienante por parte dos atores jurídicos, caso não se o desvele como tal, isto é, como uma não-realidade que sustenta a realidade. Por outras palavras, não é a **causa do princípio** que está ausente, mas sua explicação que se encontra permeada pela **falta**, pelo inexplicável onticamente, valendo a descrição de Pessoa: "O mito é o nada que é tudo".¹²

Apesar de nenhum ator jurídico duvidar da preponderância da Constituição sobre leis de hierarquia inferior, sua ineficácia é patente, dado que existe certo constrangimento em não se saber lidar com **princípios**, quando em choque com **regras**, confundidas corriqueiramente com **normas**. A diferenciação entre **texto** e **norma** (Cordero),¹³ na interpretação, é pressuposta e indispensável. De qualquer forma, é preciso despir-se da visão meramente programática ou informadora de suas proposições, reconhecendo-se a eficácia cogente dos **princípios**. Os atores jurídicos, entretanto, não estão acostumados a lidar com **princípios**, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à **regra** jurídica. A incapacidade instrumental-prática dos **princípios**, portanto, fica prejudicada diante da formação positivista-legalista, leguleio, que

→ milhares, milhões de pessoas. Por outro lado - e para nós isso é fundamental -, depois do mito há que se pensar, necessariamente, no rito. Já se passa para outra dimensão, de vital importância, mormente quando em jogo estão questões referentes ao Direito Processual e, em especial, àquele Processual Penal".

12. Fernando Pessoa, *Poesias*, trad. Fernando Antonio Nogueira Pessoa, Porto Alegre, L&PM, 1996, p. 8.

13. Franco Cordero, *Guida alla procedura penale*, Torino, Utet, 1986, pp. 17-18.

14. Ernildo Stein, *Seis Estudos sobre 'Ser e Tempo'*, Petrópolis, Vozes, 1988, p. 85: "Com a definição do homem como cuidado, Heidegger quer encontrar uma estrutura prática que ele chamará de estar-no-mundo, numa espécie de confronto com o destaque teórico que aparece na definição tradicional de homem". Martin Heidegger, *ob. cit.*, pp. 243/300.

15. Ernildo Stein, *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*, Porto Alegre, Edipucrs, 1997, pp. 107-108.

informa o **senso comum teórico dos juristas** (Warat), com forte apropriação equivocada da racionalidade **Weberiana**, manifestada pelo **legalismo fetichista e rasteiro**. É urgente, contudo, dar-se efetividade aos princípios constitucionais, ciente de que entre **texto** e **norma** existe um intrincado processo de atribuição de sentido, bem sabe Lenio Streck, podendo-se indicar o **cuidado** como critério material, em dois tempos, primeiro com Heidegger e, depois, com Dussel.

Existe certo constrangimento em não se saber lidar com **princípios**, quando em choque com **regras**, confundidas corriqueiramente com **normas**.

3 O cuidado em Heidegger e Dussel

Com efeito, o **cuidado** –¹⁴ marca da condição humana no sentido existencial do **ser-aí** – implica no fato de que o homem não é mais exterior ao mundo, liquidando com a posição de observador; e em seus três momentos se funda de maneira diferente sobre a temporalidade existenciária do **ser-aí**, pois o **compreender/existência** liga-se ao **futuro** (o **ser-aí** projeta-se – o-**ser-adiante-de-si**), enquanto a **disposição/faticidade** refere-se ao **passado** (o **ser-aí** ter-sido – já-**ser-em**) e o **discurso/interpelação/decaída** vincula-se ao **presente**, podendo-se abrir para uma história singular.¹⁵ O caminho mais acessível à **autenticidade**, segundo Heidegger, é a **angústia**, entendida como sensação inefável que se não poderá compreender.

Nesse contexto, cumpre indicar, com Stein, que a alegoria da **cura/cuidado** foi inspirada na seguinte fábula: "Quando um dia o Cuidado atravessou um rio, viu ele terra em forma de barro: meditando, tomou uma parte dela e começou a dar-lhe forma. Enquanto medita sobre o que

havia criado, aproxima-se Júpiter. O Cuidado lhe pede que dê espírito a esta figura esculpida com barro. Isto Júpiter lhe concede com prazer. Quando, no entanto, o Cuidado quis dar seu nome a sua figura, Júpiter o proibiu e exigiu que lhe fosse dado o seu nome. Enquanto Cuidado e Júpiter discutiam sobre os nomes, levantou-se também a Terra e desejou que à figura fosse dado o seu nome, já que ela tinha-lhe oferecido uma parte do seu corpo. Os conflitantes tomaram Saturno para Juiz. Saturno pronunciou-lhe a seguinte sentença, aparentemente justa: Tu, Júpiter, porque deste o espírito, receberás na sua morte o espírito; tu, Terra, porque lhe presenteaste o corpo, receberás o corpo. Mas porque o Cuidado por primeiro formou esta criatura, irá o Cuidado possuí-la enquanto ela viver. Como, porém, há discordância sobre o nome, irá chamar-se *homo* já que é feita de *humus*" (sic).¹⁶

A dinâmica familiar, diante das novas conformações, perdeu, em grande parte, a intimidade.

Esta alegoria representa a pretensão de que o **cuidado** possua o homem enquanto este viver, sendo o **ser do ser-aí**, ao contrário da idéia de imanência ideal do eu. Dito de outra maneira, ao mundo se dedica o cuidado e o **ser** é aquele que dedica cuidado ao mundo, numa rede de atenções tanto em relação ao passado como ao futuro no presente, inseridas no mundo da linguagem.

De sorte que a estrutura sistemática de *Ser e Tempo* se dá pela fixação preliminar do sentido do **ser**, em seguida reconhece que o único ente que pode compreender é o homem, o **ser-aí**, o qual é **ser-no-mundo**; e **ser-no-mundo** é **cuidado**, o qual, por sua vez, é **temporal**. Esta noção, pois, de **cuidado**, como **ser-no-mundo**, implica, ao colocá-lo como critério do Sistema, a cadeia de

significantes que se articula, ao depois, como se pode vislumbrar no caso do poder familiar.

Acrescente-se, com efeito, nesta linha, que a vida e sua reprodução em condições aptas é o fundamento originário da existência. Imperioso destacar que Dussel, em sua *Ética da Libertação*, reconstrói um sistema pelo seu fundamento: a vida humana. Esse resgate primevo da condição de estar no mundo, todavia, não se faz com base no materialismo físico simplista; preocupa-se com o seu conteúdo universal (Princípio Material Ético), indicando como *Enunciado do Princípio Material Universal*: "Aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma 'vida boa' cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, além disso, com pretensão de universalidade".¹⁷ Neste sentido, o cuidado apontado por Heidegger ganha uma conotação material que congrega, na mesma noção, a articulação do critério material de Dussel e o cuidado que se dedica ao mundo.

4 O poder familiar e sua destituição: uma aplicação do cuidado

O paradigma da paternidade, no Direito brasileiro, herdeiro do Direito Romano, prenhe

16. Ernildo Stein, *ob. cit.*, pp. 87-88. Martin Heidegger, *ob. cit.*, pp. 263-264.

17. Enrique Dussel, *Ética da Libertação*, Petrópolis, Vozes, 2002, p. 143. Celso Luiz Ludwig, "Da ética à Filosofia Política crítica na transmodernidade: reflexões desde a Filosofia de Enrique Dussel", in *Repensando a Teoria do Estado*, Ricardo Marcelo Fonseca (org.), Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 289.

de presunções e acolhimentos subjetivos, com o desenrolar da ciência, principalmente o exame de DNA, passou a ser o que Legendre denomina como concepção “açougueira” de filiação, a saber, “carne gerando carne”. A filiação, que sempre foi um ato subjetivo de ocupação de uma função materna e paterna, passou a ser verificada em face dos cromossomos existentes na prole. Lebrun, citando Irène Théry, afirma que “crer que se pode fundar a segurança da filiação no fato biológico é uma das ilusões maiores de nosso tempo. Isso é confundir produzir carne humana e instituir filiação (Legendre) e, assim fazendo, trata-se, antes, de um retorno para aquilo de que o direito da filiação havia permitido se distanciar; este direito, com efeito, atestava que a paternidade não era tanto questão de hereditariedade quanto de palavra e que pai e genitor de modo algum deviam ser assimilados”.¹⁸ Com efeito, não se pode confundir pai com genitor, nem mãe com genitora. São funções diversas, cujo lugar ocupado na dimensão simbólica da criança precisa ser preservado. Assumir a função de pai é dar à criança o acesso ao simbólico, ou seja, à linguagem, ocupando o lugar da referência. Lacan bem aponta a situação: “Que pode querer dizer ser pai? (...) a questão é que a injunção destes fatos – copular com uma mulher, que ela porte em seguida alguma coisa durante certo tempo em seu ventre, que esse produto acabe por

ser ejetado – jamais terminará por constituir a noção do que é ser pai”.¹⁹ Assim é que este escrito rejeita a concepção cartesiana e ultrapassada de que pai e mãe são quem geraram a criança, dado que estes são os genitores. Nada mais! Pai e Mãe, enquanto função, por outro lado, são os que dão acesso à linguagem e ocupam, no dia-a-dia, as respectivas funções: paterna e materna. A materna, relativa à proteção e instauração da interdição via o significante Nome-do-Pai (Lacan), isto é, aquela função – paterna – que castra, restringe e frustra a criança, na sua pretensão de plenitude com o Outro materno, como bem aponta Quinet.²⁰ Os protagonistas, então, pai, mãe e filho, enodados simbolicamente pelo significante da falta, podem se articular. E esta articulação, por sua vez, em nada guarda referência com o acidente biológico da gestação e do nascimento.²¹ Esta é a diretriz, ademais, do artigo 1.593 do Código Civil de 2002.

De outro lado, insistir na crise da família é uma contradição em termos. A família é sinônimo de crise.²² Se não houver crise no sentido de culpa, angústia, alguma coisa falha e o normal, no sentido que se quiser, acaba se instalando. Então, o seu mancar, falhar, é importante. Evidentemente que é portadora do estabelecimento da Lei-do-Pai e a única crise que se pode apontar, neste enleio de crises, é a do declínio da figura paterna, situação já apontada por Lacan desde a obra *Complexos Familiares*. Quando estão ausentes os limites simbólicos e o autoritarismo prepondera, a imagem do pai ideal se desfaz, não no sentido que se deseja da autonomia, mas da forclusão da Lei, com as conseqüências decorrentes na subjetividade do sujeito. A dinâmica familiar, diante das novas conformações, perdeu, em grande parte, a intimidade. Com a TV abrindo as portas da casa, cada vez mais é preciso ver e ser visto (Quinet), enfraquecendo os vínculos simbólicos que deveriam fundamentar as relações familiares. De qualquer forma, é preciso que a criança seja provida

18. Jean-Pierre Lebrun, *Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social*, trad. Sandra Regina Felgueiras, Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 2004, p. 25.

19. Jacques Lacan, *O Seminário, livro 3, As psicoses*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2002, p. 329.

20. Antônio Quinet, “O gozo, a lei e as versões do pai”, in *Direito de Família e Psicanálise*, Giselle Câmara Groeniga; Rodrigo da Cunha Pereira, Imago, 2003, pp. 55/65.

21. Lenite Pacheco Lemos Duarte, *A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

22. Elisabeth Roudinesco, *La familia en desorden*, trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002. Alexandre Moraes da Rosa, “Direito de Família Totalflex”, in *Direito e Processo*, Pedro Manoel Abreu; Pedro Miranda de Oliveira, Florianópolis, Conceito, 2007, pp. 25/37.

das funções maternas e paternas para que possa se desenvolver. A função paterna de proteger a criança ao mesmo tempo que impõe os interditos sociais (respeito, educação, crimes), contracena com a maternagem.

Assim, não resta dúvida de que a criança e o adolescente possuem o direito de crescer no seio familiar, nos termos do artigo 19, da Lei nº 8.069/1990, sendo que tal diretriz pode ser mitigada em face de violações dos seus direitos e garantias por parte dos responsáveis, os quais devem atender, de qualquer forma, ao melhor interesse da criança e do adolescente (viés interpretativo, ECA, art. 6º), o qual somente pode ser apurado *a posteriori*, ou seja, não se trata de um *a priori*, no sentido kantiano. Deve-se cotejar normativamente, em cada caso, qual dos *Direitos Fundamentais* (Ferrajoli)²³ deve preponderar, superando, claro, a postura de ponderação.²⁴ Isso porque o direito de convivência familiar não se pode dar ao preço do vilipêndio dos direitos e garantias da criança e do adolescente. Ambos são *Direitos Fundamentais* e, em caso de choque, deve ser aplicado o melhor interesse a partir do critério a se estabelecer ao sistema normativo, a saber, o cuidado.

Trata-se, pois, de aparente conflito entre bens constitucionalmente protegidos. Em tais casos, há que se optar por aquele que se revela de maior proeminência em face do critério adotado (cuidado), informado, evidente, pela perspectiva da criança e do adolescente. Nessa linha de entendimento é indubitável que o direito à vida (boa) é de maior magnitude do que o poder familiar irrestrito.

De sorte que quando estão em colisão o direito dos genitores, da família biológica e da criança, deve-se levar em conta o critério do cuidado, entendido para além das questões meramente objetivas, mas especialmente subjetivas, de filiação. É bom lembrar que, dentre as obrigações do poder familiar, encontra-se a de prestar os meios para o desenvolvimento moral e material, configurador, no caso do seu não-cumprimento, do abandono,

causa da destituição. Ciente das críticas procedentes indicadas por Marcos da Silva, no sentido de que função paterna não se compadece com a da realidade,²⁵ constituindo-se, ademais, muitas vezes, em requisito retórico para imposições (totalitárias) de modelos “chapa-branca” de família, não se pode, em nome dos cromossomos, acolher-se posturas “descuidadas”.

Neste contexto, no melhor interesse da criança, lugar vago por excelência, e lembrando-se, sempre, de Marques Neto, na pena de Miranda Coutinho, cumpre parafraseá-lo dizendo que, em um lugar tão vago, aparecem facilmente os conhecidos “justiceiros”, sempre lotados de “bondade”, em geral querendo o “bem” das crianças e dos adolescentes e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a “sua bondade” responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, “quem nos salva da bondade dos bons?”, na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto.²⁶

Entretanto, sempre é preciso decidir, adotando-se um critério. E esta escolha é a do fator cuidado, abjurando, também, uma concepção “açougueira” de família, como ressalta Legendre, traduzido por Marcos da Silva: “cabe aos operadores do Direito tomarem cuidado diante de uma corrente de concepção açougueira da filiação – carne gerando

23. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. Perfecto Andres Ibanez, Madrid, Trotta, 2001.

24. Alexandre Morais da Rosa, *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005. Lenio Luiz Streck, *Verdade e consenso*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

25. Cyro Marcos da Silva, *Entre autos e mundos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 28-30.

26. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito”, in *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001-2002), Rio de Janeiro, 2002, p. 188.

carne – sedutoramente circulando nos corredores dos Fóruns. Digo sedutoramente, porque acena com o fantasma do encontro dos ‘verdadeiros’ pais, enganando a divisão do sujeito e tentando dar resposta última à eterna e enigmática pergunta infantil escutada por Freud: ‘de onde vêm os bebês?’²⁷

Decidindo, então, o futuro dos sujeitos envolvidos em demandas da ordem do poder familiar, com a noção de cuidado na função de critério do Sistema, articulado com o critério material de Dussel, considerando as condições “descuidadas”, objetivas e subjetivas, pode-se apontar, democrati-

27. Cyro Marcos da Silva, *ob. cit.*, pp. 92-93.

camente, as posições de abandono (juridicamente falando).

5 Conclusão

Esta apertada síntese procurou demonstrar uma compreensão possível da noção de cuidado no campo do Direito, especificamente no do poder familiar. Antes de sua aplicação, procedeu-se ao desvelamento de seus condicionantes, preenchendo-se o Sistema com o cuidado provido de conteúdo, ou seja, a partir da contribuição de Heidegger e Dussel. Com isso, pois, abre-se uma nova possibilidade de enfrentamento da questão do poder familiar, relendo-se o Princípio do Melhor Interesse da Criança, com cuidado, sempre. ■

P

arto anônimo, planejamento familiar e direitos fundamentais da criança e do adolescente.¹

Ana Carolina Brochado Teixeira
Advogada. Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professora de Direito Civil. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Sumário

1. Introdução
2. Os direitos fundamentais da população infanto-juvenil
3. Parto anônimo: decorrência do direito ao livre planejamento familiar?
4. Parto anônimo e direitos fundamentais: avanço ou retrocesso?

Bibliografia

1 Introdução

Em razão da comemoração dos 20 anos do advento da Constituição, é o momento de se fazer uma análise crítica da realidade transformada pelos novos paradigmas constitucionais, principalmente para averiguar se há efetiva tutela da pessoa humana, vez que esta se tornou o centro do atual ordenamento jurídico. Decorrência disso foi a consideração pelo Direito da pessoa concreta, com suas particularidades,² inserida em determinadas situações jurídicas, em vez do sujeito de direitos abstrato, que levou a uma tutela diferenciada

1. Agradeço a Renata de Lima Rodrigues pela leitura prévia e críticas a este artigo.

2. Sobre o tema, recomenda-se Stefano Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, 2007.

das pessoas vulneráveis, como a criança, o adolescente, a pessoa portadora de deficiência e o idoso, em nome do Princípio da Igualdade Substancial. Quanto maior a vulnerabilidade, menor a autonomia e maior a interferência do Estado, para garantia de uma tutela qualitativamente diversa.

O cerne do parto anônimo é a possibilidade de a mãe entregar seu filho para adoção de forma anônima, a fim de minimizar a violência contra recém-nascidos.

Interessa para o presente estudo a efetividade dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil, de modo a se verificar se o parto anônimo – instituto cuja discussão iniciou-se há pouco no

3. Trata-se de uma renovação da discussão, uma vez que, no século XVIII, tal instituto já existia no Brasil, pela “roda dos expostos ou dos enjeitados”, local onde as crianças indesejadas eram abandonadas e adotadas à brasileira. “O nome roda se deu pelo fato de ser fixado no muro ou na janela, normalmente nas Santas Casas de Misericórdia, hospitais ou conventos, um artefato de madeira no qual era colocada a criança e mediante um giro era conduzida ao interior daquelas dependências. Um toque na campainha, ou um badalar de sino era o sinal dado que na ‘roda’ havia uma criança e quem a colocou não queria ser identificada.” (Fabíola Santos Albuquerque, “O instituto do parto anônimo no Direito brasileiro: avanços ou retrocessos?”, in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister, dez. 2007/jan. 2008, vol. 1, p. 143).

4. Em 28/1/2006, uma mãe jogou seu filho na Lagoa da Pampulha, Belo Horizonte-MG, alegando que, em função de a filha ter nascido prematura, não saberia como cuidar dela. A mãe foi condenada a 28 anos de prisão (disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u123929.shtml>; acesso em 19/4/2008). Uma criança recém-nascida foi encontrada dentro de uma sacola plástica no interior de São Paulo em 21/2/2007 (disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u132167.shtml>; acesso em 19/4/2008). Essas são apenas algumas situações que ensejaram o cabimento do parto anônimo no ordenamento jurídico atual.

5. Trata-se do Projeto de Lei nº 3.220/2008, que dispõe sobre o parto anônimo, em seu artigo 2º, da seguinte forma: “É assegurada à mulher, durante o período da gravidez ou até o dia em que deixar a unidade de saúde após o parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança que gerou”.

meio jurídico,³ não obstante sua origem remonte à “roda dos expostos” – representa uma garantia ou um atentado a esses mesmos direitos fundamentais. O debate acerca do tema veio a lume em razão de mães que têm cometido atentados terríveis contra seus filhos, seja matando-os ou abandonando-os à própria sorte,⁴ além de visar combater, também, abortos ilegais, que colocam em risco a integridade física da gestante.

Assim, o cerne do parto anônimo é a possibilidade de a mãe entregar seu filho para adoção de forma anônima, a fim de minimizar a violência contra recém-nascidos. Entretanto, questiona-se o risco e a legitimidade da chancela estatal ao abandono parental, o que pode se tornar um incentivo ao abandono. Examinar criticamente essa questão é a proposta do presente estudo, à luz da efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com o objetivo de se verificar se o parto anônimo estaria inserido no direito ao livre planejamento familiar dos pais – no caso, da mãe. Tais reflexões são bastante pertinentes, considerando que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM apresentou projeto de lei para regulamentar o tema, de modo a instigar o debate social, de todo desejado, principalmente, no plano da justificação ou no momento de elaboração das normas jurídicas.⁵

Antes de adentrar diretamente no tema, importante traçar um rápido panorama acerca dos direitos fundamentais da população menor de idade, de modo a, posteriormente, investigar sua efetividade.

2 Os direitos fundamentais da população infanto-juvenil

Uma das maiores demonstrações do fenômeno da personalização no âmbito do Direito de Família é o tratamento prioritário dado à criança e ao adolescente, como pessoas em desenvolvimento, e alvos da proteção integral da família, da sociedade

e do Estado, cujo melhor interesse deve ser sempre preservado. Os menores, além de serem dotados de dignidade, como qualquer pessoa, são, também, sujeitos de direitos fundamentais próprios à sua especial condição. Entretanto, seu diferencial reside em serem alvos de especial tratamento das entidades intermediárias, recebendo uma tutela diferenciada, inclusive, no âmbito da família, pela concretude do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Para garantir sua aplicação em toda e qualquer relação intersubjetiva, que tenha como parte criança e/ou adolescente, escora-se, também, na Doutrina da Proteção Integral e da Paternidade Responsável, diretrizes normativas e hermenêuticas para o intérprete, diante da situação fática que se apresenta.

Segundo Tânia da Silva Pereira, “a aplicação do Princípio do *Best Interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”.⁶ Não existe uniformidade ou definição rígida do que seja tal princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso. Afirma Maria Clara Sottomayor que, embora o interesse da criança ou do adolescente seja um conceito indeterminável pelo seu caráter vago e elástico, facilitando interpretações subjetivas, tem um núcleo conceitual que deve ser preenchido por valorações objetivas. Essas se atrelam à estabilidade de condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social.⁷

Pode-se dizer que tal núcleo conceitual encontra-se, exatamente, na possibilidade de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela criança e pelo adolescente. Tal princípio, aliado à doutrina da proteção integral, visa à proteção do menor, bem como de seus direitos, além de garantir-lhes as mesmas prerrogativas que cabem aos adultos. O dever de proteção é um ônus que não se limita ao Estado, sendo também atribuído à sociedade e à família, conforme determina o artigo 227 da Carta

Constitucional, constituindo-se, destarte, um dever social.⁸ Sua condição prioritária deve-se ao fato de serem pessoas em desenvolvimento, cuja personalidade deve ser protegida e promovida, mediante o exercício dos direitos fundamentais.⁹

Ao que nos parece, a relação parental é o modo prioritário, em regra, de assegurar à criança e ao adolescente a experiência e o acesso a tais direitos, haja vista ser o relacionamento familiar a primeira experiência do menor com o outro, principalmente, com os pais. É a experiência primeira da alteridade. Este “outro”, por sua vez, recebeu do Estado um múnus, um feixe de poderes e deveres a serem exercidos em benefício dos filhos, o que nos autoriza a caracterizar a autoridade parental como poder jurídico, no que tange às inúmeras categorias das situações jurídicas subjetivas.¹⁰

O dever de proteção é um ônus que não se limita ao Estado, sendo também atribuído à sociedade e à família.

Os direitos fundamentais, dessa forma, visam assegurar a essência do que é indispensável para que qualquer pessoa possa crescer e viver com dignidade. Esta foi especialmente vertida para a criança

6. Tânia da Silva Pereira (coord.), “O melhor interesse da criança”, in *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 3.

7. “Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos”, in *Revista Direito e Justiça*, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2002, vol. XVI, t. I, p. 197.

8. Tânia da Silva Pereira, *ob. cit.*, p. 14.

9. Tal condição lhes foi garantida pelo artigo 6º da Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujo teor é o seguinte: “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”.

10. Sobre o assunto, seja consentido remeter ao nosso *Família, guarda e autoridade parental*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

e o adolescente, no *caput* do artigo 227 da Carta Constitucional. Assim, eles têm sua dignidade assegurada não apenas de forma geral no artigo 1º da Constituição Federal, mas de forma específica no dispositivo supracitado, pois eles nos remetem à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas.¹¹

Não obstante o artigo 6º da Carta Constitucional prever a proteção à infância, ao estipular que são direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”, é o *caput* do artigo 227 da Constituição de 1988 o dispositivo reconhecido como a Declaração de Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil, afirmam Tânia da Silva Pereira e Carolina de Campos Melo.¹² Ensinam, ainda, que, embora o referido artigo não esteja dentro do catálogo dos direitos fundamentais, ele tem a mesma hierarquia constitucional dos demais.

Também não pode ser ignorada a concepção de deveres fundamentais, desenvolvida, entre outros, pelo jurista português José Carlos Vieira de Andrade.¹³ De fundo solidarista, os deveres fundamentais exprimem o sentido comunitário da vida em sociedade, de modo que sua liberdade não é absoluta, tendo responsabilidade para com outras pessoas, dependendo do vínculo que as atrelam.

A conjugação dos direitos e deveres fundamentais elimina qualquer dúvida no que tange à irrestrita consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, que exercem papel ativo no próprio processo educacional, e não como objeto das ações e dos direitos de

terceiros, principalmente dos adultos. Tornam-se co-partícipes das diretrizes da própria vida, à medida que adquirem discernimento. É por esse processo – principalmente pela relação com seus pais – que se constrói sua dignidade e se edifica a sua personalidade. Fazem-se necessários, portanto, o relacionamento com o outro e a percepção da alteridade.

Trata-se, assim, de colocar os menores em situação diferenciada, em função da vulnerabilidade que os acompanha, em face do *déficit* psíquico e físico inerente à idade. Para tanto, é fundamental que os pais cumpram seus deveres inerentes à autoridade parental, de modo que se efetive o cuidado, bem como as formas propícias para que possam se desenvolver de forma autônoma. Tais deveres, oriundos do Princípio da Solidariedade, independem do afeto, ou seja, eles existem independentemente de os filhos serem ou não desejados, amados e queridos por seus pais. Eles existem porque foram os pais os responsáveis por colocá-los no mundo e, por isso, devem zelar pelos mesmos. Quando isso não acontece, há uma série de sanções, como a perda judicial do poder familiar, prevista no artigo 1.638 do Código Civil.

O que se pretende examinar é se, neste contexto de tutela da população menor de idade, o parto anônimo poderia ser admitido, de modo a contribuir com a proteção da criança e do adolescente e com a efetivação dos seus direitos fundamentais.

3 Parto anônimo: decorrência do direito ao livre planejamento familiar?

O artigo 226, § 7º, da Constituição Federal prevê o direito ao livre planejamento familiar, cujos limites expressos encontram-se nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável. Assim, toda pessoa tem direito de elaborar o seu projeto parental, no âmbito da construção do seu projeto de vida, de forma autônoma e responsável, não podendo o Estado

11. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, 2ª ed. rev. e ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 84.

12. “Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, jul./set. 2000, ano 1, vol. 3, p. 96.

13. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 155/166.

interferir nessa escolha, salvo por meio de condutas positivas, educativas, no exercício de seu papel prospectivo e promocional.¹⁴

Afirmar que a permissão à entrega do filho para adoção anonimamente é sempre melhor para ele é bastante perigosa.

A questão a ser examinada é se a liberdade do planejamento familiar inclui a possibilidade do parto anônimo, ou seja, de entregar o filho para adoção de maneira anônima, sem que haja um registro evidente da origem biológica da filiação.

Na verdade, a efetiva novidade é o anonimato da mãe, uma vez que a entrega do filho para adoção pode ocorrer desde o seu nascimento.¹⁵ Assim, o que deve ser examinado é se é justificada a supressão de direitos de personalidade da criança, que terá sua história genética suprimida pelo resguardo da identidade materna, em princípio, considerando que, desta forma, haveria, teoricamente, maior probabilidade de se preservar a vida da criança.¹⁶ No Projeto de Lei apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, o artigo 6º prevê o anonimato da mulher, que apenas será violado a pedido do filho de parto anônimo e por ordem judicial,¹⁷ de modo a resguardar, assim, o conhecimento da sua origem genética, em caso de necessidade de saúde ou psicológica. O que soa inadequado é que na adequação dos interesses em jogo tenha sido priorizado aqui o anonimato da mãe, em prol do exercício dos direitos de personalidade dos filhos, mesmo na ordem jurídica que se orienta pela doutrina da proteção integral e pelo princípio do melhor interesse, o que significa tutela da prioridade dos menores.

O grande problema aqui é o exercício de um direito de personalidade – direito ao conhecimento

da origem genética –¹⁸ estar condicionado a uma autorização judicial, que deve ser sempre positiva, ou seja, não fica a cargo do Juiz ou ao seu arbítrio autorizar ou não o acesso a tais dados, por se tratar de dados sensíveis, biométricos, que pertencem apenas à pessoa.¹⁹ Este é o grande problema, atrelado às dificuldades de acesso à justiça existentes no Brasil. Foi por essa razão que o Comitê dos Direitos das Crianças das Nações Unidas considerou o parto anônimo uma violação aos direitos da criança de conhecer sua identidade, além do grande problema causado se a criança não for adotada prontamente, pelo comprometimento imediato de outros direitos de personalidade como o direito ao nome, à filiação, etc.

Nesse contexto, afirmar que a permissão à entrega do filho para adoção anonimamente é sempre melhor para ele é bastante perigosa,²⁰ haja vista que a decisão de entregá-lo incognitadamente pode ocorrer em uma fase da vida da mãe em que ela tem a sua vontade viciada, como é o caso

14. Sobre o tema, remetemos ao nosso Ana Carolina Brochado Teixeira; Renata de Lima Rodrigues, "O direito ao livre planejamento familiar", in *O direito das famílias entre a norma e a realidade*, (no prelo).

15. O artigo 1.621 do CC/2002 afirma que a adoção está condicionada ao consentimento dos pais ou dos representantes legais, sem estabelecer nenhum marco temporal, o que leva a crer que ele pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, logo após o nascimento.

16. Na França, o parto anônimo existe desde 1993, sem que haja nenhum registro, mesmo que sigiloso, da identidade dos pais, razão pela qual é conhecido como *accouchement sous X*, uma vez que no lugar do nome dos pais, fica apenas X.

17. "Art. 6º - A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto. Parágrafo único - Os dados somente serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial."

18. Seja consentido remeter ao nosso Maria de Fátima Freire Sá; Ana Carolina Brochado Teixeira, *Filiação e biotecnologia*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2005, pp. 129/153.

19. Cf. Stefano Rodotà, "Transformações no corpo", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, jul./set. 2004, vol. 19, pp. 91/107.

20. Despiciendo anotar a impossibilidade de estabelecer um conteúdo apriorístico ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, dado seu conteúdo indeterminado, conforme já afirmado no item 2.

da depressão pós-parto.²¹ E no caso de arrependimento posterior, o ato jurídico seria invalidado por não estar a mãe, excepcionalmente, dotada de capacidade plena quando praticou o ato? Como ficaria o melhor interesse do filho nesse caso? O projeto prevê que será oferecido à mulher acompanhamento psicossocial como forma de esclarecer as conseqüências da sua decisão, o que não evita – embora iniba – situações problemáticas como a anteriormente narrada.

O verdadeiro conflito reside entre os direitos à autonomia da mãe e à ascendência genética da criança. Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Ribeiro Sales apontam o parto anônimo como uma forma conciliatória entre o direito a vida, saúde e dignidade do recém-nascido e o direito de liberdade da mãe.²² Entretanto, cumpre refletir se, de fato, o direito ao livre planejamento familiar, bem como a tutela da vida do filho permitiriam

21. Afirma-se que entre 60% e 80% das mulheres sofrem de depressão após o parto, informa a Organização Mundial de Saúde (OMS). A depressão pode consistir em “tristeza prolongada, com perda de auto-estima e motivação para a vida, podendo até mesmo tentar o suicídio” (sic) (disponível em http://www.mp.pe.gov.br/index.pl/clipagem2110_maes; acesso em 31/5/2008).

22. “Parto anônimo: uma janela para vida”, in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister, dez. 2007/ jan. 2008, vol. 1, p. 163.

23. Sobre tal princípio, remetemos a Maria Celina Bodin de Moraes, “O Princípio da Solidariedade”, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Manoel Messias Peixinho (et. al.), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, pp. 167/190.

24. Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/02/26/materia.2008-02-26.3491435286/view>; acesso em 20/4/2008.

25. Entendimento compartilhado por Luciana Dadalto, no seu *Os direitos de personalidade e o parto anônimo*. (No prelo)

26. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, nascem 800 mil crianças por ano sem o nome do pai na certidão de nascimento, em razão de os pais não assumirem seus filhos. Maria Celina Bodin de Moraes, “Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade”, in *A nova família: problemas e perspectivas*, Barreto (org.), Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 169-194). Muitos poderiam pensar que esta questão está diretamente afeta ao Princípio da Igualdade, à emancipação feminina, pois o homem estaria, por natureza, mais descompromissado com o filho. Entretanto, além de não ser este um parâmetro para igualdade, o papel do Direito é exatamente o contrário, pois deve impor a responsabilidade parental, não apenas como limitador ao planejamento familiar, mas também como dever de cuidado, inerente à autoridade parental, que independe do afeto.

tal desresponsabilização da mãe, com a total desvinculação da criança, o que englobaria o quase “rompimento dos vínculos biológicos”, haja vista que existiriam inúmeras dificuldades de o filho saber suas origens, dado o anonimato da mãe, de modo a obstá-lo de recorrer à semelhança genética para o tratamento de doenças, em flagrante ofensa ao Princípio da Solidariedade –²³ já que o exercício estaria condicionado à permissão judicial.

A verdadeira questão é se poderia a mãe, utilizando-se da prerrogativa do planejamento familiar, deixar seu filho para ser adotado de maneira anônima, já que aquele filho não foi planejado, desejado, querido. De acordo com Elizabeth Saar, gerente de projetos da Subsecretaria de Articulação Institucional, da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, mais de 50% das gestações são indesejadas, o que demonstra a falha no papel do Estado para efetivar políticas educacionais e informativas relativamente ao planejamento familiar.²⁴ Diante desses dados alarmantes, questiona-se: uma vez que o Estado não cumpre seu papel ativo-educacional, esta seria uma justificativa para as gestantes abandonarem seus filhos, o que poderia gerar mais de 50% do número total de gestações de filhos de parto anônimo? Seria essa uma forma de garantir os direitos fundamentais da criança já nascida, agindo de acordo com o seu melhor interesse e de modo responsável?

O que nos parece é que se o planejamento familiar frustrou-se – em razão de terem os genitores agido de maneira irresponsável por escolha ou por ausência de políticas públicas estatais – não há como, a princípio, legitimar-se a irresponsabilidade materna,²⁵ principalmente em um país onde dados graves são informados no sentido de os pais também não assumirem seus deveres parentais,²⁶ o que iria diametralmente contra a previsão constitucional. Dessa feita, não estaria o parto anônimo no âmbito do direito de livre planejamento familiar, pois encontraria como limitador o comando da paternidade responsável, dever irresoluto

atrelado àqueles que decidem pela filiação. Não se trata de um limitador externo, mas interno, inerente à decisão de ter filhos.²⁷

4 Parto anônimo e direitos fundamentais: avanço ou retrocesso?

A discussão sobre o parto anônimo aborda algumas questões essenciais, que têm como pano de fundo as seguintes reflexões: a primeira e mais importante é o direito da mulher ao aborto,²⁸ como decorrência ao direito à autonomia corporal. Há grande resistência em assumir o debate dessa polêmica, em razão dos inúmeros aspectos éticos, religiosos e morais que ela envolve. Entretanto, colocar em discussão a legalização do aborto, num país com a realidade em que vivemos deveria ser o verdadeiro foco do debate, haja vista que é por meio do exercício deste possível direito que a mulher teria autonomia para decidir ter ou não o filho, de forma responsável e de acordo com o projeto parental individual ou do casal. Esta seria a verdadeira solução para um projeto parental verdadeiramente livre e, principalmente, para os muitos abortos clandestinos que ocorrem, que colocam em risco a integridade física – e também psíquica – da mulher.²⁹

Ultrapassada essa questão, deve-se refletir sobre os direitos fundamentais que estão em jogo no parto anônimo, cujo destinatário é a criança, que tem como pano de fundo a seguinte questão fundamental: o anonimato justifica-se em prol da vida e da integridade psicofísica da criança, que deverá ser colocada, nos dez dias subsequentes ao nascimento ou à sua entrega, para adoção. Contudo, é impossível não fazer as seguintes perguntas: se ela não for adotada, como acontece com milhares de crianças que estão abandonadas em nosso país, como ficariam seus direitos ao nome, identidade e estado de filiação, todos corolários do Princípio da Dignidade Humana? Estariam eles

suficientemente tutelados, de modo a proteger a vulnerabilidade inerente a uma criança recém-nascida, pessoa em desenvolvimento e que, por isso, merece especial proteção do Estado?

O direito à identidade pessoal não estaria, a princípio, integralmente tutelado, já que à criança será dado um nome, mas não um sobrenome, até que seja adotada (arts. 8º e 9º do Projeto). Estaria a criança, dessa forma, exposta ao risco de uma situação vexatória, pois ela não terá restrito o exercício de seu direito ao nome. Ademais, se não for adotada, além de ter apenas o prenome, também não terá o direito ao estado de filiação – muito embora essa seja a situação de toda criança que não é adotada, vive em abrigos e não tem alguém que exerça sobre ela vínculos de socioafetividade. Trata-se, dessa forma, do exercício de uma vida cuja marca da dignidade se questiona.

27. Fabíola Albuquerque entende que, no Brasil, não há como falar em efetividade do direito ao planejamento familiar, considerando as condições sociais do país: "Como exigir responsabilidade de uma família, também vítima do ciclo do pauperismo e desestruturada em sua base econômica e social, via de regra monoparental e sem nenhuma ajuda pública, ladeada pelo alcoolismo, drogas, sem contar com os casos de violência doméstica e abuso sexual, quando há a figura do marido/companheiro. É importante que não façamos juízos apriorísticos e monolíticos, sem levar em conta as circunstâncias que levaram a esta separação, adite-se o fato de estas mulheres não terem tido qualquer apoio e orientação para enfrentar as pressões externas e internas". (Fabíola Santos Albuquerque, "O instituto do parto anônimo no Direito brasileiro: avanços ou retrocessos?" in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister, dez. 2007/jan. 2008, vol. 1, p. 151).

28. Muitos entendem que o parto anônimo é uma solução, embora paliativa: "Palmilhando essa trilha e preocupados com a afirmação da dignidade das pessoas envolvidas na questão, parece-nos que o parto anônimo, sem ser, é obvio, uma forma definitiva de solução dos problemas sérios atinentes à pobreza e à falta de educação, saúde e cultura do povo brasileiro, pode contribuir para diminuir o número de crianças mortas ou simplesmente abandonadas no meio de lagoas, rios poluídos, banheiros de estações de trem, escadarias de igreja, construções e outros lugares ainda mais assustadores, como noticia a imprensa brasileira a todo tempo". (Cristiano Chaves Farias; Nelson Ronsensvald, *Direito das famílias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 488-489).

29. Muito se debateu, em agosto de 2007, sobre comentário do Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que afirmou que o aborto, em razão do grande número de mortes que provoca no Brasil, é questão afeta à saúde pública (disponível em http://www.direitos.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3742; acesso em 28/5/2008).

A questão é altamente controversa, inclusive no sentido de se aferir se o parto anônimo representa avanço ou retrocesso para o exercício dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias entendem que "o parto anônimo se harmoniza com diversos princípios constitucionais, atendendo, além da dignidade das pessoas envolvidas, o direito a vida e a proteção especial da criança, além de assegurar a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio, antevistos pelo artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente".³⁰

Contudo, parece-nos que a questão deve ser submetida a um debate social mais amplo, para que a coletividade possa definir se o parto anônimo é a melhor alternativa neste momento histórico. A grande e efetiva preocupação gira em torno da responsabilidade parental. Sabe-se que o abandono paterno já existe e há um movimento para reverter essa situação, por meio de inúmeras alternativas, como o cabimento da responsabilidade civil por descumprimento dos deveres dos pais oriundos da autoridade parental. É por isso que questionamos se poder-se-ia haver a chancela estatal do abandono materno, mesmo sob a incidência dos Princípios da Solidariedade, indubitável fonte de deveres, e da Dignidade da Pessoa Humana.

30. Ob. cit., p. 489.

Ao que parece, uma efetiva solução para a questão é tratar do ponto central: a legalização do aborto. Aí, sim, a mulher poderá decidir.

Uma outra alternativa seria estabelecer políticas públicas de esclarecimento às gestantes, desde o primeiro contato, questionando-as sobre o desejo de ter o filho. Se este for negativo, elas deveriam ser encaminhadas ao Conselho Tutelar, para dar início ao processo de destituição de poder familiar, com necessário suporte psicológico, com o objetivo de agilizar o processo de adoção. Assim, as adoções poderiam ser mais céleres, até mesmo com a participação dos futuros pais no processo de gestação. Nesse raciocínio, o caminho seria dar efetividade ao artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, estabelecendo-se efetivas políticas públicas informativas e educacionais, que pudessem contribuir para a celeridade do processo de adoção, incentivando dessa feita, a responsabilidade parental, único caminho legítimo para se pensar no melhor interesse da criança.

Ao nosso sentir, essas são as soluções verdadeiramente legítimas, que promovem o exercício dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em busca da realização da principiologia constitucional, de modo que nos próximos 20 anos da Constituição, possamos ao fim, comemorar os avanços em termos de efetividade da Carta de Direitos Fundamentais especialmente vertida para a população menor de idade. ■

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. "O instituto do parto anônimo no Direito brasileiro: avanços ou retrocessos?", in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister, dez. 2007/jan. 2008, vol. 1, pp. 143/159.
- DADALTO, Luciana. *Os direitos de personalidade o parto anônimo* (no prelo).
- FARIAS, Cristiano Chaves; RONSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. "O Princípio da Solidariedade", in PEIXINHO, Manoel Messias (et. al.), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, pp. 167/190.
- _____. "Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade", in BARRETTO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 169/194.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SALES, Ana Amélia Ribeiro. "Parto anônimo: uma janela para vida", in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister, dez. 2007/jan. 2008, vol. 1, pp. 160/168.
- PEREIRA, Tânia da Silva. "O melhor interesse da criança", in PEREIRA, Tânia da Silva (coord.), *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 1/101.
- _____; MELO, Carolina de Campos. "Infância e juventude: os direitos fundamentais e os Princípios Constitucionais consolidados na Constituição de 1988", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, jul./set. 2000, ano 1, vol. 3, pp. 89/109.
- RODOTÀ, Stefano. "Transformações no corpo", in *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, jul./set. 2004, vol. 19, pp. 91/107.
- _____. *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, 2007.
- SÁ, Maria de Fátima Freire; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, 2ª ed. rev. e ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. "Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Direito e Justiça*", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, 2002, vol. XVI, t. I, p. 197.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- _____; RODRIGUES, Renata de Lima. "O direito ao livre planejamento familiar", in *O direito das famílias entre a norma e a realidade* (no prelo).
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001.

J

ustiza Restaurativa: a arte do encontro.

Egberto de Almeida Penido

Juiz Assessor da Presidência da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Coordenador do Centro de Estudos de Justiça Restaurativa da Escola Paulista da Magistratura. Coordenador do projeto piloto de Justiça Restaurativa nas Varas Especiais da Infância e Juventude da Capital (região de Heliópolis-SP).

Sumário

1. Três alunos e uma bomba: a construção de um encontro
2. Justiça Restaurativa: um conceito em aberto
3. Justiça Restaurativa no mundo e no Brasil
4. Justiça Restaurativa em Heliópolis
5. Conclusão

1 Três alunos e uma bomba: a construção de um encontro

Em junho de 2007, três alunos de uma escola estadual localizada no bairro de Heliópolis, em São Paulo, insatisfeitos com algumas decisões tomadas pela direção da escola, resolveram soltar uma pequena “bomba caseira” próximo ao banheiro destinado aos funcionários da administração, com o fim de “dar um susto”.

Na hora de soltarem o petardo, o aluno que o tinha levado ficou com medo, fazendo com que um de seus companheiros pegasse e jogasse o artefato aceso. Ao lançar a bomba, esta caiu no pátio, fora do local planejado inicialmente. Assim, um terceiro aluno correu e chutou a bomba na direção originalmente planejada; mas o artefato se deslocou para uma quadra próxima, indo parar ao lado de onde se encontravam três alunas. Um daqueles alunos chegou a gritar para elas correrem, mas o petardo explodiu, logo em seguida. Alguns pequenos fragmentos deste artefato atingiram levemente as pernas das alunas; afora o imenso susto a que foram submetidas. Outros alunos saíram

da sala de aula, com o barulho. Alguns professores ficaram alarmados e interromperam suas aulas, perguntando o que tinha acontecido. Houve uma grande movimentação dos funcionários, assustados e preocupados com o ocorrido. Os pais das alunas ao serem contatados, preocupados, rapidamente foram até a escola, querendo entender o ocorrido, formulando perguntas, como: por que aconteceu isso? Nossas filhas foram escolhidas intencionalmente para serem atingidas?

Após os atendimentos necessários, os alunos foram encaminhados para a direção da escola. A intenção inicial por parte da direção era promover a transferência dos alunos para outra unidade escolar – havia um “cansaço” por parte dos integrantes dessa direção com situações envolvendo bombas, principalmente em época “junina”. Se isso de fato ocorresse, esses jovens dificilmente entenderiam o impacto do que tinham causado. Poderiam, até mesmo, verem-se como vítimas, porque não tinham agido com a intenção de causar danos às alunas e agora estavam sofrendo os desconfortos – para se falar o mínimo – de todo procedimento desencadeado após o ato a que deram causa (posteriormente, o fato foi comunicado à autoridade policial, desencadeando o procedimento formal para situações dessa natureza). Além disso, a razão pela qual o ato foi praticado pelos alunos e as conseqüências decorrentes dessa ação ficariam também sem ser trabalhadas.

Sucede que esta escola tinha começado a participar do projeto piloto de Justiça Restaurativa: “Justiça e Educação: parceria para a cidadania”,¹ que, para situações de violência ou conflito, viabilizou a opção de ser realizados círculos restaurativos no interior da referida unidade escolar ou em locais previamente preparados na comunidade de Heliópolis – comunidade próxima àquela escola.

Com a concordância prévia dos alunos, alunas, pais, diretora da escola, coordenador pedagógico, entre outros, optou-se pela realização de um

círculo restaurativo com a participação de todos. Esse círculo restaurativo foi realizado no ambiente do Conselho Tutelar da Região do Ipiranga (onde, também em decorrência do projeto, duas conselheiras tutelares estavam capacitadas para atuarem como facilitadoras restaurativas).

Cumpridas as etapas de preparação para a realização do círculo, todos se encontraram num mesmo espaço para dialogarem, por meio da facilitação das conselheiras tutelares. Seguiu-se dinâmica – com passos preestabelecidos – baseada em técnicas de comunicação, resolução de conflito de modo não-violento e mediação, propiciando um processo de compreensão mútua de reflexão de todos os participantes (sobremaneira acerca da responsabilidade que compete a cada um e como responder a essa responsabilidade), a relação entre aqueles alunos e alunas e seus pais foi restaurada, bem como a relação dos alunos e a direção da escola. Entre os encaminhamentos que resultaram do encontro, no qual todos os participantes se engajaram de alguma forma, ficou acordado: (a) um pedido de desculpas dos alunos para as alunas, seus pais e direção da escola, feito espontaneamente e de modo sincero durante a parte final do encontro; (b) os alunos e as alunas visitariam o Corpo de Bombeiros da região, recebendo orientações de cuidados preventivos; (c) as conselheiras tutelares providenciariam este encontro no Corpo de Bombeiros junto com os genitores; (d) os alunos e as alunas reativariam um antigo “jornalzinho” feito pelos alunos na escola, construindo um canal a mais de informes e diálogo, com os outros alunos e com a própria direção da escola; (e) a notícia dessa iniciativa seria transmitida pelos alunos e alunas para os demais alunos da escola (mostrando, indiretamente, inclusive, a reconciliação entre eles); (f) a direção da escola iria propiciar o espaço de realização desse jornal.

1. Ver a íntegra do projeto no site do Tribunal de Justiça www.tjsp.jus.br/FDE/Default.aspx.

Após esse círculo restaurativo, não houve mais nenhum caso de bomba no período em que aqueles alunos estudavam.

Em um encontro posterior ao círculo, denominado de pós-círculo (com o objetivo de acompanhar o que foi acordado), verificou-se que: (a) a relação entre os alunos e alunas fluía bem; (b) o grupo tinha ido até o Corpo de Bombeiros e recebido as orientações de prevenção e cuidados; (c) os alunos passaram a se sentir incluídos na escola, aumentando a autonomia e a competência escolar; e (d) o espaço para a realização do jornal foi arranjado (a elaboração do jornal foi suspensa com a saída da diretora da escola, mas, agora, os alunos estão conversando com a nova direção, numa nova postura de diálogo para avançar em seus projetos).

A Justiça Restaurativa é um modelo complementar de resolução de conflitos, consubstanciada numa lógica distinta da punitiva.

Essa é uma das diversas histórias que começam a ser construídas no Estado de São Paulo e em outros Estados do país, por meio de projetos pioneiros de Justiça Restaurativa. Ao conflito que gerou toda dinâmica poderiam ser dados variados encaminhamentos, calcados em diversos valores e, conseqüentemente, chegando a numerosos resultados. Optou-se pelo caminho da Justiça Restaurativa, o qual: (a) aumenta a probabilidade de os envolvidos em um conflito entenderem as causas que levaram a ele possibilitando, assim, que

não ocorram recaídas em situações semelhantes; (b) possibilita que se lide diretamente com as conseqüências do dano; (c) proporciona uma efetiva reflexão do valor da norma rompida com a ação danosa; (d) aproxima vítima e ofensores, possibilitando que relações sejam restauradas ou construídas; (e) evita que haja a jurisdicionalização desses casos; (f) promove a autonomia na resolução de conflitos, possibilitando a vivência de experiências que mostram que cada qual pode dar conta de seus conflitos, dentro de canais eficazes de diálogo; (g) evita que ocorra a sensação de nova vitimização – por parte de quem comete o dano e, sem reflexão, entende que está sendo duplamente injustiçado; (h) evita a estigmatização, e, conseqüentemente, que aqueles que praticaram o dano se tornem mais vulneráveis ao envolvimento em outros atos danosos; (i) promove o envolvimento da família, aproximando seus integrantes; (j) leva à reflexão da responsabilidade dos agentes públicos; e (k) rompe com o ciclo de violência.

Como veremos a seguir, a opção pela Justiça Restaurativa constitui-se em uma opção calcada em experiência de vivência de valores, em que a própria maneira de resolver o conflito ou a situação de violência transmite, em si, os valores que se busca alcançar. O meio é indissociável do fim almejado.

Vejamos, então, o que vem sendo entendido como Justiça Restaurativa e como está estruturado o projeto de Justiça Restaurativa na cidade de São Paulo.

2 Justiça Restaurativa: um conceito em aberto

A Justiça Restaurativa é um modelo complementar de resolução de conflitos, consubstanciada numa lógica distinta da punitiva. Embora seja um conceito ainda em construção,² não possuindo uma conceituação única e consensual, pode-se dizer que: “numa de suas dimensões, pauta-se pelo

2. Para Leonardo Sica: “Mais que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria”, in *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*, Lúmen Júris, 2007.

encontro da 'vítima' com o 'ofensor', seus suportes e membros da comunidade para, juntos, identificarem as possibilidades de resolução de conflitos a partir das necessidades dele decorrentes, notadamente a reparação de danos, o desenvolvimento de habilidades para evitar nova recaída na situação conflitiva e o atendimento, por suporte social, das necessidades desveladas".³

A Justiça Restaurativa teve início e começou a tomar forma no bojo de diversos movimentos sociais que, a partir da década de 1970, problematizaram o sistema de justiça criminal do Ocidente, predominantemente retributivo.

Nesse sistema retributivo, o crime é uma violação ao Estado, definida pelo descumprimento da lei e pela culpabilidade. A justiça determina a culpa e administra a pena mediante procedimento contencioso entre o ofensor e o Estado, dirigido por regras sistemáticas.⁴ Dessa referência do modelo retributivo, podemos pontuar as seguintes características: (a) o olhar é para o passado: busca-se produzir provas para que se possa culpar o ofensor e impor uma sanção (na grande maioria das vezes de natureza afluiva); (b) a relação é entre o Estado e o réu (não participam a vítima, a comunidade, as pessoas indiretamente atingidas pelo dano e as pessoas que podem eventualmente contribuir com apoios); (c) a vítima é ouvida como mero meio de prova (as suas necessidades, sobremaneira aquelas advindas após o ilícito, não são consideradas) – e, em alguns casos, submetidas a uma segunda "violência" (ao entrar em contato com as dinâmicas de atendimento de nossos serviços públicos, onde, muitas vezes, o serviço prestado fica em muito aquém do cuidado necessário); (d) busca-se uma responsabilização individual (e não coletiva); (e) a responsabilização é passiva, pois compete a um terceiro (uma autoridade legitimamente investida com tal poder) dizer o que é certo ou errado e impor o que deve ser feito (inviabilizando eventual reflexão por parte do ofensor e de todos que possuem alguma

parcela de responsabilidade do valor da norma rompida); e (f) na grande maioria das vezes, não se resolve o conflito, limitando-se a administrá-lo momentaneamente.

Na Justiça Restaurativa, são construídos encontros embasados em processos dialógicos e inclusivos, fundados na autonomia da vontade e na participação das partes afetadas por um delito ou um conflito, onde, de modo coletivo, elas podem lidar com as causas e conseqüências do conflito, buscando atender as necessidades de todos envolvidos e suas implicações para o futuro.

Dessa referência do modelo restaurativo, podemos destacar as seguintes características: (a) o olhar é para o futuro; (b) por meio de um processo dialógico e inclusivo, busca-se esclarecer as responsabilidades dos envolvidos, para daí realizar planos de ação que possam evitar nova recaída na situação conflitiva; (c) a vítima (diretamente atingida) e aqueles que indiretamente foram também afetados são ouvidos em suas necessidades atuais; (d) busca-se refletir sobre a responsabilidade do ofensor, e de todos diretamente atingidos, onde cada qual se conscientiza de como foi afetado e de como sua ação afetou o outro; (e) a responsabilização se faz de modo ativo (através de dinâmicas ordenadas de comunicação), em que a reparação ou os planos de ações são escolhas feitas a partir do entendimento de toda a situação.

3 Justiça Restaurativa no mundo e no Brasil

Diversos países do mundo vêm aplicando Justiça Restaurativa, sendo exitosos seus resultados. Em face desses resultados, documentos internacionais oficiais da ONU e da União Européia

3. Daniel Van Ness & Karen H. Strong, *Restoring Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing, 1997.

4. Howard Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Waterloo, Herald Press, 1990.

foram produzidos, legitimando e recomendando a Justiça Restaurativa.⁵

No Brasil, a Justiça Restaurativa foi introduzida formalmente em 2004, pelo Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria da Reforma do Judiciário, que elaborou o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” e, juntamente com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), apoiou três projetos pilotos de Justiça Restaurativa, sendo um deles no Estado de São Paulo, na Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul. Os outros dois projetos foram implementados no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirante, em Brasília-DF, e na 3ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre-RS, com competência para executar as medidas socioeducativas. Cada um desses projetos pilotos, implementados com base nos princípios da Justiça Restaurativa, ganharam contornos distintos, fazendo uso de práticas restaurativas nem sempre idênticas, em face das peculiaridades de cada Juízo, bem como das localidades em que estavam sendo implementados e, ainda, da circunstância de serem “pilotos”, que buscam na experimentação a construção do modelo regional e/ou nacional de Justiça Restaurativa mais adequado para as realidades brasileiras.⁶

4 Justiça Restaurativa em Heliópolis

Em 2006, as iniciativas de Justiça Restaurativa se expandiram para a capital de São Paulo, na região de Heliópolis⁷ (e também para a cidade de Guarulhos). Firmou-se uma parceria entre a Secretaria Estadual da Educação e o Judiciário para

que, no que diz respeito à região de Heliópolis, ocorresse a implantação de práticas restaurativas em 10 (dez) escolas públicas de Ensino Médio na região de Heliópolis. Foram capacitados 10 (dez) educadores por escola, 8 (oito) membros das equipes técnicas do Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude da Capital e integrantes da comunidade do entorno das unidades escolares.

Diversos países do mundo vêm aplicando Justiça Restaurativa, sendo exitosos seus resultados.

Esse projeto, denominado “Justiça e Educação: parceria para a cidadania” (já como uma expansão geográfica das iniciativas do modelo de São Caetano do Sul), objetiva contribuir para a transformação de escolas e comunidades que vivenciam situações de violência em espaços de diálogo e resolução pacífica de conflitos, por meio da colaboração entre o Sistema Judiciário e Educacional (do trabalho com a Rede de Apoio e da parceria com a comunidade). No âmbito do Judiciário, o projeto visa contribuir para o aperfeiçoamento do Sistema de Justiça da Infância e Juventude. Nessa parceria, busca-se tornar a Justiça mais educativa e a Educação mais justa.

Objetivou-se criar espaços de realização de círculos restaurativos nas escolas, para que conflitos ou situações de violência, envolvendo eventuais atos infracionais referidos a delitos de menor potencial ofensivo, pudessem ser resolvidos por meio desses círculos restaurativos, facilitados e organizados por pessoas da própria comunidade escolar. Uma vez realizados os círculos – como no exemplo acima descrito – os acordos são encaminhados para a Diretoria de Ensino da região e, eventualmente, tratando-se de atos referidos a delitos podem ser encaminhados ao representante do Ministério Público designado para atuar no projeto,

5. Acesse os documentos em www.restorativejustice.org/rj3/rjUNintro2.html.

6. Justiça e Educação: parceria para a cidadania - www.tjsp.jus.br/FDE/Default.aspx.

7. Heliópolis - maior favela da cidade de São Paulo (125 mil habitantes - 51% crianças/adolescentes - com um milhão de m²).

o qual, não constatando qualquer irregularidade, sugere a remissão ao Juiz responsável pelo projeto, que a homologa.

Do mesmo modo, foram criados espaços de resolução de conflitos, na própria comunidade do entorno das unidades escolares, onde os conflitos ali surgidos podem ser resolvidos por meio de círculos restaurativos. Na comunidade, os acordos são encaminhados diretamente ao Ministério Público, seguindo, a partir de então, a mesma seqüência descrita no parágrafo anterior.

Por fim, se eventualmente vier a ser lavrado um boletim de ocorrência e o caso for formalmente encaminhado para o Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude, estando presentes as condições necessárias, estabeleceu-se o seguinte fluxo: é proposta aos envolvidos a suspensão do procedimento (ainda na fase do art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou mesmo depois, até antes da sentença), e os envolvidos são encaminhados para o círculo restaurativo (o qual poderá ser realizado no ambiente do Fórum, na própria comunidade ou na escola de um dos envolvidos). Elaborado o acordo, retornam os autos ao Ministério Público que, da mesma forma que nas situações anteriores, requer a aplicação da remissão, que é homologada.

Os círculos restaurativos são facilitados por pessoas, as quais foram capacitadas em seminários de mais de 80 horas. Os círculos restaurativos possuem três fases: o pré-círculo (em que se pontua o foco do conflito a ser trabalhado, estabelece-se quem participará do encontro e toda a logística dele); o círculo restaurativo (o qual se faz de modo ordenado, mediante técnicas de comunicação e mediação e resolução de conflito de modo não

violento); e o pós-círculo (em que se verifica se o acordo elaborado no círculo restaurativo foi cumprido ou não – e nesse último caso as causas desse descumprimento).

São requisitos para ocorrer o círculo restaurativo: (a) a voluntariedade de todos (não se faz o círculo de modo imposto); e (b) o reconhecimento pelo causador do dano da ação que a ele é imputada (no círculo, portanto, não se discutirá se ele fez ou não aquela ação; não se trata de uma câmara de julgamento, na qual serão ouvidas testemunhas). O sigilo no círculo é observado.

Por fim, é importante ainda ressaltar, que concomitante à realização dos círculos, busca-se a articulação de uma rede de apoio, que atue de modo sistêmico e interdisciplinarmente; e também mudanças institucionais e educacionais nas escolas e nas Varas da Infância e Juventude, possibilitando as condições físicas e organizacionais para que os princípios que informam a Justiça Restaurativa possam fazer parte do projeto pedagógico da escola e das redes de atendimento do Judiciário.

5 Conclusão

A Justiça Restaurativa se mostra um meio eficaz de se lidar com o conflito e com o complexo fenômeno da violência, com uma real transformação das pessoas envolvidas, possibilitando que o processo de resolução do conflito seja a fonte criadora de consciência para elas e para a comunidade, permitindo, inclusive, que o tecido social seja restabelecido, e enriquecido com a experiência de conscientização e superação vivenciadas pelos autores sociais. ■

As políticas públicas e o Ministério Público como agentes garantidores do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes abrigados.¹

Lucia Maria Teixeira Ferreira

Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, titular da 9ª Promotoria de Justiça de Família da Comarca da Capital. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Especialista em nível de Pós-Graduação em Sociologia Urbana pelo Departamento de Ciências Sociais da UERJ. Professora convidada do Curso de Direito Especial da Criança e do Adolescente da UERJ.

Sávio Renato Bittencourt

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Titular da 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Meio Ambiente da Capital. Mestre em História pela Universidade Severino Sombra e Doutor em Geografia Humana pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Leciona nos programas de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

"O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. (...) Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamada corretamente de 'direito'?"²

Sumário

1. Introdução
2. A implementação de políticas públicas
3. Pressupostos teóricos e metodológicos
4. O abrigamento de crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária

1. Este artigo apresenta um resumo da tese defendida pelos autores no I Congresso Jurídico Amperj/Femperj, ocorrido no mês de dezembro de 2007, no auditório do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. A tese foi premiada com o 2º lugar no concurso.

2. Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, São Paulo, Campus, pp. 77-78.

5. O plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária
6. O cuidado como valor jurídico
7. Propostas e metas de políticas públicas – a atuação do Ministério Público

1 Introdução

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas – ONU de 1989, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/1990, adota a doutrina jurídica da proteção integral de crianças e adolescentes, incorporada pelo artigo 227 da Constituição da República e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Destaca-se na Convenção o Princípio do Melhor Interesse da Criança (art. 3º) e o reconhecimento ao direito à convivência familiar, seja na família biológica ou na família substituta, considerando que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão” (preâmbulo).

Partindo dos estudos que demonstram que é na família estruturada que crianças e adolescentes terão o seu desenvolvimento biopsicossocial pleno, defendemos a tese de que para cada criança ou adolescente abrigado deve ser instaurado um inquérito civil, presidido pelo Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, para investigar as causas do abrigamento e as possibilidades de retorno a sua família de origem. Verificada a impossibilidade desse retorno, em tempo curto e previsível, e esgotadas as medidas de proteção que promovam o resgate dos vínculos familiares biológicos, o respeito ao mandamento constitucional obriga o

3. Artigo “Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos Direitos Humanos”, consultado no site www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm. Acesso em dez/2008.

Parquet à adoção de medidas que levem à formação de novos vínculos familiares e comunitários, como a destituição do poder familiar e a colocação em família substituta.

Diante da normativa civil-constitucional, cabe ainda ao Promotor de Justiça a adoção de providências e medidas que dêem ensejo à criação e à promoção de políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes abrigados, seja por meio de programas de apoio às famílias de origem, seja por meio de projetos e estratégias que consistam em políticas públicas necessárias para a formação de novos vínculos que assegurem o direito à convivência familiar e comunitária.

2 A implementação de políticas públicas

A nossa tese trata da implementação de políticas públicas extremamente relevantes para a concretização do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes abrigados.

Como esclarece Maria Paula Dallari Bucci, as políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados. “Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas (*polícies*) são proposições que descrevem objetivos”.³ As políticas públicas atuam num plano mais operacional no Direito.

Quanto à atuação do Ministério Público para a concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes abrigados, não se trata apenas de exigir e acompanhar a realização de políticas públicas pelos entes federativos, mas trabalhar pela concretização desses direitos por meio do aperfeiçoamento da atuação institucional.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, “toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular.

Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização”.⁴ Todos esses elementos são defendidos pela nossa tese, como desenvolveremos a seguir.

3 Pressupostos teóricos e metodológicos

Os pressupostos teóricos são as considerações em relação à Constituição da República, que incorporou a doutrina jurídica da proteção integral de crianças e adolescentes, adotada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/1990, em que se destaca o Princípio do Melhor Interesse da Criança. O artigo 227 da Constituição Federal prevê, dentre os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o direito à convivência familiar e comunitária.

Um outro pressuposto teórico da nossa tese é a formulação do cuidado como valor jurídico.

Os artigos 227 e 204 da Constituição – o qual prevê a descentralização político-administrativa e a participação popular na formulação das políticas públicas e no controle das ações – foram regulamentados pelo ECA, no qual o Ministério Público foi alçado ao papel de grande agente garantidor da rede de proteção infanto-juvenil, possuindo atribuições que visam à fiscalização do funcionamento da rede e à garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Um outro pressuposto teórico da nossa tese é a formulação do **cuidado** como valor jurídico⁵ de forma a que se alterem as políticas e antigas práticas de atendimento ainda fortemente instaladas. A nossa tese apresenta dados que demonstram

que a institucionalização de crianças e adolescentes pelo Poder Público consagrou-se, ao longo de várias décadas, como uma das formas de solucionar o problema da infância abandonada e vítima de violências em geral e que o abrigo de crianças e adolescentes consolidou-se como estratégia adotada por familiares diante das demandas postas para a sua sobrevivência, tendo a prática da institucionalização assumido “característica de política social direcionada a dar conta do risco social que assume o contingente infanto-juvenil de abandonados”.⁶ A consequência é a permanência indeterminada desses infantes em abrigos, muitas vezes sem o conhecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público, como demonstram os dados da pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA que serão analisados abaixo.

4 O abrigo de crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária

Irene e Irma Rizzini analisam que o tipo de educação em internatos, “na qual o indivíduo é gerido no tempo e no espaço pelas normas institucionais, sob relações de poder totalmente desiguais, é mantido para os pobres até a atualidade”.⁷ Ressaltam as pesquisadoras que, em

4. *Op. cit.*

5. Sobre os temas desenvolvidos neste trabalho, *vide* os seguintes artigos publicados na obra *O cuidado como valor jurídico*, coordenada por Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 2007: Tânia da Silva Pereira, “Abrigo e alternativas de acolhimento familiar”; Lucia Maria Teixeira Ferreira, “Crianças abandonadas e o cuidado: estudo a partir do final do século XIX até a construção do amanhã”; Sávio Renato Bittencourt, “O cuidado e a paternidade responsável”.

6. Solange Correia Picado e Mônica Furtado Rodrigues, “Reflexões sobre a prática da institucionalização e o direito à convivência familiar”. Em pauta *Revista da Faculdade de Serviço Social da UERJ*, UERJ, Rio de Janeiro, nº 17, jan./jun. 2002, p. 107.

7. Irene Rizzini e Irma Rizzini, *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*, Rio de Janeiro, PUC-RJ; São Paulo, Loyola, 2004, p. 22.

seminários e debates ocorridos em todo o país, ouve-se falar que diversos institutos mantêm o tipo de atendimento asilar do passado, funcionando como grandes internatos ou orfanatos, embora sejam denominados de abrigos.⁸ Esses e outros graves problemas foram detectados pelo *Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes*,⁹ pesquisa realizada em 2004 pelo IPEA em 589 abrigos beneficiados com recursos do governo federal repassados por meio da Rede de Serviços de Ação Continuada (Rede SAC) do Ministério do Desenvolvimento Social.

Mesmo em face da mudança de paradigmas adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda predomina a cultura do Código de Menores.

Na pesquisa realizada pelo IPEA, nas instituições predomina o regime de permanência continuada (78,4%), em que crianças e adolescentes fazem do abrigo seu local de moradia. Apenas 57,6% dos abrigos atendiam a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente para o atendimento em pequenos grupos.

Das cerca de 20 mil crianças encontradas em abrigos no período da checagem, 55,2% estavam ali num período que variava de 7 meses a 5 anos, estando a parcela mais significativa (32,9%) nos abrigos há um período entre 2 e 5 anos, em que pese o ECA estabelecer a medida de abrigo como

excepcional e provisória (parágrafo único do art. 101).

De acordo com os dados do *Levantamento Nacional*, apenas metade (54,6%) das crianças e dos adolescentes abrigados nas instituições pesquisadas tinha processo nas Varas da Infância e da Juventude.¹⁰ Pode-se supor que as demais crianças talvez estivessem nas instituições não havendo sequer conhecimento judicial. É importante ressaltar que o ECA, em seu artigo 93, determina que as instituições de abrigo têm até dois dias úteis para comunicar à Justiça sobre crianças e adolescentes acolhidos em seus programas sem medida judicial, o que deveria ocorrer apenas em caráter emergencial e de urgência.

O ECA prevê a inclusão das famílias em programas oficiais ou comunitários de auxílio quando os pais ou responsáveis não conseguem cumprir com suas obrigações de criação e educação dos filhos por motivo de carência material (parágrafo único do art. 23 e art. 129, inc. II). Contudo, o principal motivo apontado para o abrigamento foi a pobreza, sendo esta também citada pelos dirigentes dos abrigos como a dificuldade fundamental para a reinserção familiar das crianças e dos adolescentes abrigados.

Por conseguinte, mesmo em face da mudança de paradigmas adotada pelo ECA, ainda predomina a cultura do Código de Menores, fruto do legado sociohistórico que considera a institucionalização a solução para crianças em situação de risco e suas respectivas famílias, como criticam Picado e Rodrigues, ao afirmar que o Estatuto, como norteador das diretrizes de atendimento à infância, não conseguiu a coesão das instituições de abrigo: “Embora o ECA legalize uma nova concepção de infância, é visível o descompasso entre a letra legal e a realidade desvendada nos abrigos”.¹¹

Em que pese o ECA dar destaque ao direito à convivência familiar e comunitária, ressaltando a **excepcionalidade e provisoriedade da medida de abrigo** (parágrafo único do art. 101), na

8. Irene Rizzini e Irma Rizzini, *op. cit.*

9. Enid Rocha Andrade da Silva (coord.), *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*, Brasília, IPEA/Conanda, 2004.

10. Enid Rocha Andrade da Silva (coord.), *op. cit.*, 2004, p. 65.

11. Solange Correia Picado e Mônica Furtado Rodrigues, *op. cit.*, p. 112.

prática mantém-se a institucionalização de crianças e adolescentes em face da insuficiência dos programas de auxílio e reestruturação familiar e das dificuldades em relação à reintegração familiar e à colocação em família substituta.¹²

No tocante ao atendimento das crianças abandonadas, foram publicados incontáveis trabalhos interdisciplinares que indicam as efetivas dificuldades que acometem a pessoa institucionalizada. Como destaca Tânia da Silva Pereira, “a falta de identificação com alguma pessoa de forma continuada e afetuosa conduz ao desenvolvimento de um quadro conhecido como hospitalismo, manifestado em crianças abrigadas em instituições, sem afastar a possibilidade de se desenvolver um quadro psicotizante pela falta de uma segura referência materna e familiar”.¹³

Além dos pressupostos jurídicos, partimos dos estudos interdisciplinares que demonstram ser na família estruturada que crianças e adolescentes têm o seu desenvolvimento biopsicossocial pleno e que cabe ao Promotor de Justiça a adoção de providências e medidas que dêem ensejo à criação e à promoção de políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes abrigados.

5 O plano nacional de promoção, proteção e defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária

Reconhecendo a importância da mobilização de Estado e sociedade para que as crianças e os adolescentes sejam vistos de forma indissociável de seu contexto familiar e comunitário, foi lançado pelo Governo Federal o ambicioso **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**.¹⁴ O Plano se auto-intitula um marco nas políticas públicas

no Brasil, “ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”.¹⁵ O Plano preconiza, ainda, a formulação das políticas públicas necessárias para a formação de novos vínculos que garantam o direito à convivência familiar e comunitária caso ocorra a impossibilidade de resgate dos vínculos originais.

O Plano prevê diversas metas que contam com a atuação articulada do Ministério Público com outros atores do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, como os itens que seguem abaixo:

- a) Participação no programa de “mutirão interinstitucional” para revisão de casos de crianças e adolescentes sob medida protetiva de abrigo em entidade (art. 101, inc. VII, do ECA), iniciando-se pelos programas de acolhimento institucional financiados pelo Governo Federal (p. 93);
- b) Implementação de ações de reintegração familiar (p. 94);
- c) Adequação dos programas de acolhimento institucional à legislação vigente (p. 94);
- d) Aprimoramento e consolidação dos procedimentos de adoção (pp. 98-99);
- e) Regularização da situação de crianças e adolescentes que vivem em famílias com quem não possuem vínculo legalizado (p. 102);
- f) Garantia de aplicação dos conceitos de provisoriedade e excepcionalidade dos programas de acolhimento institucional previstos no ECA (pp. 104-105);

12. Cf. nota nº 5.

13. Tânia da Silva Pereira, “Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar”, in *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Rodrigo da Cunha Pereira, pp. 651-652.

14. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Brasília-DF, Conanda, 2006.

15. *Idem*.

g) Aprimoramento dos instrumentos legais de proteção contra a suspensão ou destituição do poder familiar (pp. 106-107).

O cuidado como valor jurídico reflete os Princípios da Solidariedade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Defendemos, ainda, que uma boa política pública também propiciará a transformação de visões preconceituosas que a sociedade ainda têm, especialmente a idéia de que a família biológica é a única que determina os vínculos de uma criança. Pelo contrário, os critérios que determinam a filiação são múltiplos e a adoção é entendida como a expressão do afeto no fenômeno da filiação. É importante ressaltar que a doutrina e a jurisprudência mais abalizadas consideram que a filiação socioafetiva é modalidade de parentesco, conceito que foi incorporado pelo Projeto de Lei Estatuto das Famílias, que está tramitando no Congresso Nacional.

6 O cuidado como valor jurídico

O agravamento da situação das crianças e jovens carentes, abandonados e desamparados nos grandes centros urbanos, e o aumento da rede de criminalidade que busca cooptar esses jovens têm gerado propostas de “limpeza urbana” e confinamento dessa população infanto-juvenil.

Como destacamos anteriormente, a institucionalização de crianças e adolescentes pelo Poder Público consagrou-se, ao longo de várias décadas, como uma das formas de solucionar o problema da infância abandonada e vítima de violências em

geral. Contudo, constatou-se que o abrigo de crianças e adolescentes consolidou-se como estratégia adotada por familiares diante das demandas postas para a sua sobrevivência, tendo sido assumida a prática da institucionalização como uma das principais políticas sociais destinadas a atender o contingente de crianças e adolescentes abandonados e vítimas de violência por parte da família.

Os reflexos da ausência política do cuidar diante do fenômeno do aumento do risco social e da piora das condições em que vivem as crianças desamparadas chamam a atenção para o fato de que não foram criados mecanismos de integração e de inclusão social, o que torna a discussão sobre o cuidado como valor jurídico urgente e imprescindível, de forma a que se alterem as políticas e antigas práticas de atendimento ainda fortemente instaladas.

O cuidado como valor jurídico reflete os Princípios da Solidariedade e da Dignidade da Pessoa Humana, concretizando o ideal da fraternidade tão caro para a civilização ocidental. No tocante aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, Tânia da Silva Pereira destaca que o cuidado é a sua base, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal: o cuidado está presente no 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. Ademais, “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão refletem o descaso, a falta de cuidado, o abandono”.¹⁶

É imprescindível que o cuidado seja introduzido na esfera macro de gestão da rede de atendimento à criança e ao adolescente, devendo o Estado assumir o seu papel como orientador e supervisor das ações, buscando o levantamento e a atualização constante dos dados quantitativos de todos os programas de atendimento, especialmente, a totalidade dos abrigos e a população atendida. Devem ser apurados também dados qualitativos que analisem a qualidade do atendimento prestado,

16. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, *op. cit.*, “A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos Tribunais”.

a integração dos setores envolvidos e a necessidade de se mudar o entendimento equivocado que ainda cerca essas questões.

Concordamos com Irene e Irma Rizzini que destacam a inexistência de dados no tocante à totalidade das instituições de abrigo existentes e à população infanto-juvenil atendida nos diferentes Estados brasileiros.¹⁷ Esta falta de dados denota também a falta de integração dos diversos setores da rede de atendimento, como o Judiciário, os Conselhos Tutelares, o Ministério Público, os Conselhos de Direitos e o Poder Executivo, bem como sinaliza para a urgência da solução para esta falta de integração.

O cuidado se revela como a forma perceptível do afeto.

Em que pese o ECA prever a inclusão das famílias em programas oficiais de auxílio quando os pais ou responsáveis não conseguem cumprir com suas obrigações de criação e educação dos filhos por motivo de carência material, a pesquisa realizada pelo IPEA¹⁸ demonstra que continua a aplicação indiscriminada da medida de abrigo, o que infringe o Princípio da Excepcionalidade desta medida prevista no Estatuto. O principal motivo apontado para o abrigamento foi a pobreza, sendo esta também citada pelos dirigentes dos abrigos como a principal dificuldade para a reinserção familiar das crianças e dos adolescentes abrigados.

A questão da criança e do adolescente não é coisa do passado ou do atraso; é questão sempre atual, exigindo permanente reflexão, engajamento e ação de todos os setores da sociedade nacional e internacional, de forma a concretizar os direitos fundamentais infanto-juvenis tendo o cuidado como a sua base, o que nos levará a uma sociedade mais justa, solidária e digna.

Leonardo Boff nos inspira e influencia com a reflexão sobre o cuidado como um novo paradigma,

sonhando com uma sociedade mundializada, no planeta Terra – a nossa grande casa comum, “onde os valores estruturantes se construirão ao redor do cuidado com as pessoas, sobretudo com os diferentes culturalmente, com os penalizados pela natureza ou pela história, cuidado com os espoliados e excluídos, as crianças, os velhos, os moribundos, cuidado com as plantas, os animais, as paisagens queridas e especialmente cuidado com a nossa grande e generosa mãe, a Terra”.¹⁹

O cuidado se revela como a forma perceptível do afeto. Por isso seu valor jurídico deve ser reconhecido para que se preservem os laços afetivos criados nas relações pessoais. Pode-se dizer que o cuidado é o corpo de delito do amor. Sua verificação é de suma importância para que a ordem jurídica possa tutelar os valores maiores do ser humano com eficácia.

7 Propostas e metas de políticas públicas – a atuação do Ministério Público

Estamos na era dos direitos, como enfatizou Norberto Bobbio, e o conteúdo jurídico da dignidade humana amplia-se à medida que novos direitos são reconhecidos e agregados ao rol dos direitos fundamentais, de forma a serem concretizados diante das especificidades e peculiaridades das situações individuais. Dessa forma, apresentamos as seguintes proposições:

I – Cada criança ou adolescente abrigado tem violado o seu direito individual indisponível à convivência familiar e comunitária, razão pela qual tal fato deve ser objeto de instauração de um inquérito civil pelo Promotor de Justiça da

17. Irene Rizzini e Irma Rizzini, *op. cit.*

18. Enid Rocha Andrade da Silva (coord.), *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*, Brasília, IPEA/Conanda, 2004.

19. Leonardo Boff, *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra*, Petrópolis, Vozes, 2003, p. 14.

Infância e da Juventude. Assim, parece aos autores que seria de grande valia a formulação de uma recomendação pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça aos Promotores de Justiça para enfatizar essa urgente prioridade institucional. Esse inquérito civil tem como principal escopo dar suporte probatório mínimo a todas as ações e medidas que busquem a tutela dos direitos individuais indisponíveis da criança, principalmente o direito constitucional à convivência familiar, seja pela reintegração à família de origem, seja pela colocação em família substituta, em tempo hábil a minimizar os nefastos impactos da institucionalização.

II – Formulação de um Plano de Ação do Ministério Público para a defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, qualificado como verdadeira política pública ministerial, com a participação dos Promotores de Justiça de Infância e Juventude na sua formulação, a ser capitaneada pela Chefia Institucional, por meio do Centro de Apoio Operacional competente. O plano deverá contemplar os seguintes itens:

a) a fixação de metas e prazos para enfrentar o abrigamento indiscriminado de crianças e adolescentes, inclusive com a previsão de realização de mutirões para a instauração dos procedimentos destinados a investigar a situação de cada criança abrigada, sua possibilidade de reintegração a sua família de origem ou a necessidade de destituição do poder familiar, bem como a exigência de medidas administrativas de proteção individual;

b) propiciar a criação de mecanismos de acompanhamento da execução das propostas e metas do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, partilhando-se as informações entre todos os Promotores de Justiça com atribuição legal; e

c) promover o levantamento das crianças e dos adolescentes abrigados, nos moldes da metodologia utilizada na pesquisa do IPEA, a fim de se identificar o tipo de atendimento, o regime de permanência, o tempo de permanência da criança no abrigo, o motivo do abrigamento e as possibilidades de reintegração ou a necessidade de colocação em família substituta. Nesse sentido será de grande valia a implementação total do denominado Módulo MCA, programa de informática desenvolvido pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que tem a capacidade de gerenciar todas as informações relevantes sobre a criança abrigada. Para tal fim, também seria de grande utilidade a formulação de uma recomendação do Procurador-Geral de Justiça nesse sentido, demonstrando a urgência dessa prioridade institucional, no sentido de orientar os Promotores de Justiça a zelar pela alimentação correta e tempestiva dos dados referentes a cada criança institucionalizada, para que abrigos, Conselhos Tutelares e Juizados efetivamente forneçam as informações relevantes.

III – Das propostas de aperfeiçoamento legislativo:

a) articular, por meio das representações Associativas e Institucionais, com o Poder Legislativo propondo que o artigo 93 do ECA seja modificado, a fim de que a comunicação do abrigamento ao Ministério Público também seja obrigatória, no prazo de dois dias; e

b) articular, por meio das representações já citadas, com o Poder Legislativo, para que o ECA seja modificado a fim que seja obrigatória a nomeação de curador especial para a criança ou o adolescente abrigado no procedimento judicial que verifique sua situação, ampliando a gama de legitimados para a tutela de seus interesses. ■

O cuidado como novo fator de reinserção social do adolescente em conflito com a lei, privado de liberdade.

Rosângela Martins Alcantara Zagaglia

Defensora Pública. Professora de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Estácio de Sá (Unesa) e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenadora de pós-graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente da UERJ e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade del Museo Social Argentino (UMSA).

O crescente índice de infrações cometidas por adolescentes demonstra o aumento da crise político-socioeconômica que assola as várias instituições que compõem a sociedade brasileira e como conseqüência a incapacidade do Estado em promover o desenvolvimento social, demonstrando “que o ser humano ainda não foi alçado a elemento central da sociedade ou ao fim a que se objetiva o desenvolvimento econômico”¹.

A violência desses adolescentes, em sua maioria, reflete a violência e opressão que o meio exerce sobre eles.

O Estado possui o dever concorrente à Família e à Sociedade de implementar os direitos fundamentais à pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, pondo a salvo de qualquer violência, crueldade, opressão, negligência, discriminação, exploração (art. 227 da CF e art. 5º do ECA).

Assim, o Estado que não tem proporcionado adequadamente à família sua proteção especial, como determina o artigo 226 da Constituição Federal (*caput*), ao dificultar para um número

1. Graziela Oliveira, *Dignidade e Direitos Humanos*, Curitiba, UFPR, 2003, p. 150.

considerável de famílias a promoção das condições necessárias e indispensáveis ao desenvolvimento dos filhos, pessoas em peculiar condição de seu crescer (físico, mental, moral, espiritual, social, afetivo, etc.). Cristalino é o dever constitucional de assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

É no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa.

Esses direitos precisam ser empreendidos, pela Família, pelo Estado e pela Sociedade, de forma contributiva simultânea e construtiva para uma verdadeira revolução político-social por meio da acepção maior do cuidado. Essa é a nova tendência de família, a que se estabelece pelos laços afetivos.

A Constituição Federal – CF, no § 8º do artigo 226, absorveu o princípio eudemonista² no ordenamento, o qual modifica a visão da proteção jurídica à família, transferindo do ente instituição para o sujeito, o que preleciona Maria Berenice Dias.³

“A idéia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações

afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador.

(...)

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano de igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.”⁴

Percebe-se que a falta de apoio conduz esses jovens a adentrar na marginalidade, fazendo deles atores de trágica dramaturgia na qual somente existem vítimas.

Entretanto, antes de pensar em punir esses adolescentes, mister se faz refletir sobre a sociedade que construímos. E, se não é essa que pretendíamos, a nova sociedade só se estabelecerá se seguirmos o ensinamento de Luciano Mendes, do Grupo de Estudos e Pesquisa em História da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) “a idéia de que nossa história é de nossa responsabilidade”.⁵ Esse ensinamento auxilia o rompimento da postura de conto de fadas, em que um cidadão permanece adormecido por um longo tempo e acorda num mundo em que grandes surpresas e transformações ocorrem e ele se depara com mudanças tecnológicas e com a conformação da família.

A pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) e a Secretaria

2. “Expressão que, na sua origem grega, liga-se ao adjetivo feliz e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade”, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Curitiba, Positivo, 2007, p. 592.

3. Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo, RT, 2007, p. 52.

4. *Idem*, p. 53.

5. Luciano Mendes, *Revista Época*, edição 466, abr./2007, p. 91.

de Direitos Humanos do Estado de São Paulo (SEDH-SP)⁶ teve como objetivo a reavaliação do sistema de execução de medida socioeducativa, em especial a internação, apresentando algumas conclusões:

“1 – O gasto com o adolescente, no cumprimento da medida de internação em instituições especializadas, custa aos cofres públicos entre 2 mil a 7 mil reais, nas 190 instituições de privação de liberdade para adolescentes (masculino e feminino) no Brasil;

2 – Mesmo sendo o custo alto, o atendimento se dá de forma precária e os serviços prestados (saúde, educação e profissionalização) são ineficazes;

3 – Há a reprodução da filosofia dos presídios. ‘Com isso, não se dá ao interno a oportunidade de recuperação. Eles aprendem a ser criminosos’.

4 – Há superlotação nas unidades. Embora constante na pesquisa que há cerca de 10 mil adolescentes internados e esse percentual corresponde a 3 adolescentes em cada grupo de 10 mil da mesma faixa etária;

5 – O roubo e o homicídio são os responsáveis pelo maior número de internações, seguidos de furto e tráfico de drogas;

6 – Cerca de 81% dos adolescentes residiam com os pais na época da prática infracional;

7 – Índice alto de reincidência: de 30%, em SP;

8 – O custo com a vigilância e com os monitores é demasiado, levando-se em conta o custo-benefício;

9 – No país, dos 10 mil adolescentes internados, 90% são homens, dos quais 76% estão na faixa etária entre 16 e 18 anos, e 51% não frequentam escola;

10 – Dos adolescentes internados, 85% eram usuários de drogas;

11 – O acúmulo de denúncias de torturas e maus-tratos ocorre, principalmente, nas unidades grandes.”

As conclusões da pesquisa nos conduzem a efetiva reflexão de que certamente esses adolescentes

procuram nas drogas um refúgio, ante uma realidade adversa (o desamor, a desesperança, o vazio de suas vidas) e a prática de furtos/roubos é, tão-somente, uma maneira de obter recursos para continuar sua interminável fuga (de si mesmo, da família e do contexto social).

Nesse diapasão, interessa mais à sociedade que esses infratores sejam corretamente tratados, sendo desnecessária sua segregação social para o intuito de resgatá-los à cidadania.

O ponto crucial para a reflexão acerca do cumprimento da medida de internação tem como desafio estabelecer a dimensão e amplitude da execução dessa medida socioeducativa e a garantia dos direitos do adolescente privado de liberdade. Para tanto, foram elencados direitos ao adolescente internado no artigo 124, incisos I a XVI, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. É curioso observar, de início, que constitui infração administrativa, artigo 246 do referido Estatuto, o impedimento desses direitos, por responsável ou funcionário de entidade de atendimento, quanto aos incisos II, III, VII, VIII e XI do artigo 124 da Lei nº 8.069/1990.

A Doutrina Jurídica da Proteção Integral (art. 1º da Lei nº 8.069/1990) confere à criança e ao adolescente instrumento de defesa e promoção, reconhecidos como pessoa humana, sujeito pleno de direitos.

É de acordo com essa ótica que o artigo 124 do ECA deve ser trabalhado, pois a internação constitui realmente privação de liberdade. Passa-se em visita aos incisos do artigo 124 do ECA, a saber:

1 – No inciso I do artigo 124 do ECA, o legislador estabelece que o adolescente tem o direito de entrevistar-se com o Ministério Público e essa mesma garantia encontra-se prevista no artigo 141 do mesmo diploma legal, com a peculiaridade da forma pessoal, haja vista o significado da

6. Lígia Formenti, in matéria publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, p. C4 - Cidades, 2002.

7. Lígia Formenti, ob cit., p. 93.

palavra "entrevistar-se". O *Parquet*, com atribuição funcional do processo de execução, é a autoridade competente para ouvir pessoalmente o adolescente privado de liberdade como garantia processual. Assim, as normas dos artigos 124, inciso I, e 111, inciso V, do ECA completam-se sistemicamente, em face da importância outorgada à função do Ministério Público no ECA.

A atividade profissional do Defensor Público ou Privado (Advogado) não cessa com o trânsito em julgado da sentença.

2 – O direito de peticionar diretamente a qualquer autoridade (art. 124, inc. II, do ECA) guarda identidade com o "direito constitucional de petição". Essa poderá ser encaminhada ao Poder Público quando em defesa de seus direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

O legislador apurou o cuidado quanto ao termo "peticionar diretamente" porque tem um significado especial de solicitar a atenção necessária a sua situação psicossociojurídica de institucionalização e que retira a possibilidade de intermediação entre a Direção da Universidade (que terá ciência, mas não, interferência para o encaminhamento), e a pessoa a quem é dirigida, no caso, a autoridade integrante do Poder Público.

Assim é que não poderá ser obstada a seqüência do encaminhamento da missiva petítória do adolescente privado de liberdade, sob pena de cometimento de infração administrativa prevista no artigo 246 do ECA.

O legislador reconhece o *status* de direito à correspondência encaminhada a qualquer autoridade que tenha por fim relação com sua situação jurídica. Assim, não tem sido disciplinado o seguimento de qualquer correspondência, haja vista que essa passa por um crivo de discricionariedade

do Direito da unidade de privação de liberdade, da mesma forma que para o adulto/detento, ainda que previsto o direito de corresponder-se com familiares e amigos (art. 124, inc. VIII, do ECA).

3 – No inciso III do artigo 124 do ECA, o direito de "avistar-se reservadamente com seu Defensor" tem sede constitucional (art. 133, CF), haja vista que o "Advogado é indispensável à administração da justiça". Esse direito estabelece um *múnus* especial ao Advogado/Defensor, o de assegurar os princípios básicos da igualdade perante a lei, da ampla defesa e do contraditório. O item em comento é parte integrante das garantias processuais previstas no artigo 111, inciso II, do ECA, que segue a diretriz do artigo 227, § 3º, inciso IV, da CF.

É importante ressaltar que a atividade profissional do Defensor Público ou Privado (Advogado) não cessa com o trânsito em julgado da sentença que aplica medida de internação. Isso porque as medidas aplicadas à pessoa em peculiar condição de desenvolvimento podem ser revistas a qualquer tempo (art. 99, do ECA - *in fine*). Assim, há necessidade da atuação constante do profissional técnico habilitado para o devido acompanhamento da execução da medida.

4 – Nessa fase, o adolescente internado tem o direito de ser informado sobre a sua situação processual, (art. 124, inc. IV, do ECA). Inciso esse que tem muita relação com os que o antecedem por estarem inter-relacionados. A curiosidade repousa, entretanto, na expressão "sempre que solicitada", isto é, quando o adolescente exerce seu direito de acompanhar as condições da execução e cumprimento de sua medida. Esse inciso é desdobramento sistêmico das garantias processuais dispostas no artigo 111, incisos I e II, do ECA, que tem sede no artigo 227, § 3º, inciso IV, da CF.

Esse sistema garantista dá ao adolescente, e somente a ele, o exercício discricionário de saber sobre seu processo de execução, pois a lei garante ao adolescente o respeito ao princípio maior-exercício de escolha. Vale dizer, que aquele que

tem o dever jurídico de informar não tem a mesma possibilidade de opção, pois deverá cumprir o seu dever por estar vinculado à lei (art. 5º, inc. XIV, da CF).

O item em comento, além de garantir ao adolescente a ciência do andamento do processo, abre a oportunidade à reflexão do mesmo, quanto às razões que o levaram ao cumprimento da medida. Essa possibilidade é salutar na contribuição da maturidade para a “vida adulta” ser alcançada. Pela interpretação teleológica, o legislador visou imprimir ao adolescente a possibilidade de escolha como exercício construtivo para a cidadania.

Nenhuma razão autoriza a incomunicabilidade do adolescente privado de liberdade.

5 – Ao estabelecer respeito e dignidade ao tratamento do adolescente privado de liberdade (art. 124, inc. V, do ECA), o legislador afirma que a Doutrina Jurídica da Proteção Integral não pode ser rompida, mesmo para o infrator, o qual só tem suspenso, temporariamente, o direito à liberdade, em razão de cumprimento de medida de internação.

Dessa maneira, os artigos 3º, 15 (com a restrição referida quanto à liberdade), 17, 18 e 73 do ECA são aplicáveis também ao adolescente internado, pelo reforço que o legislador empreendeu quando disciplinou expressamente no inciso V do artigo 124 e no artigo 94, inciso IV, ambos da Lei nº 8.069/1990, ou seja, a dignidade e o respeito ao adolescente internado.

6 – O inciso VI do ECA, relativo aos direitos do adolescente privado de liberdade, visa reforçar o princípio contido em seu artigo 100, ou seja, o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, o qual encontra sustentação no direito fundamental à convivência familiar e comunitária do

artigo 227 da CF. Este há de ser exercido com observância do sistema de cumprimento da medida de privação de liberdade (art. 94, incisos V e VI, do ECA). Haverá visita, ao menos, semanalmente, (inciso VII do art. 124 do ECA). É certo que o legislador autoriza a suspensão do direito de visita, de forma temporária, até para os pais ou responsável, quando existir motivo sério e fundado e que possa causar prejuízo ao adolescente internado. Nenhuma razão autoriza a incomunicabilidade do adolescente privado de liberdade ainda que haja por sua parte desatenção às normas da Instituição.

7 – O Diretor da “Unidade de Internação” tem a responsabilidade semelhante à do guardião quanto ao adolescente internado, embora o parágrafo único do artigo 92 do ECA não o determine expressamente, pelo que se observa nos artigos 124, incisos IX, X e XV, e 94, incisos VII, VIII e IX, todos do ECA. Da mesma forma, o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde e o de ensino fundamental, pré-escola ou creche tem responsabilidade pelo bem-estar, pelos direitos, pelos deveres e pelo fornecimento de material indispensável à condição de seus atendidos. Essa é a atuação que o Diretor/responsável por instituições de privação de liberdade há de cumprir.

8 – No inciso XI do artigo 124 do ECA está reafirmado o direito de receber escolarização e profissionalização da mesma forma que teria/deveria receber o adolescente se não estivesse em privação de liberdade (art. 94, inc. X, do ECA). Esse direito do adolescente está elencado como dever no parágrafo único do artigo 123 do ECA e deve ser oferecido pelo Estado, o qual zela pela sua integridade física e mental (art. 125 do ECA).

9 – As atividades culturais, esportivas e de lazer (inc. XII do art. 124 do ECA) e o direito de ter acesso aos meios de comunicação social (inc. XIII do art. 124 do ECA), pelos mesmos fundamentos apresentados no item anterior, devem ser promovidos aos adolescentes internados, haja vista que também constituem direitos fundamentais.

Alerte-se, também, para o inciso XI do ECA, que estabelece para as Instituições que desenvolvem programas de internação, como obrigação/dever, "propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer".

10 – A assistência religiosa (art. 5º, inc. VII, da CF), prevista no inciso XIV do artigo 124 do ECA, deve ser prestada, segundo a crença que professe o adolescente privado de liberdade, somente na hipótese de manifestação de interesse dele. Mais uma vez o legislador garante o direito, mas deixa seu exercício a discricionariedade do adolescente institucionalizado.

11 – O adolescente privado de liberdade tem direito de ter a posse de objetos pessoais e, para tanto, a Direção da Instituição de internamento há de viabilizar local para que ele possa guardá-los de forma segura para lhe permitir a disponibilidade dos mesmos, desde que esses não venham a causar prejuízos ao próprio adolescente ou aos demais. Nesse caso, a Instituição promoverá o depósito dos objetos fornecendo-lhe guia. E com a desinstitucionalização os objetos depositados lhe serão entregues.

Os direitos elencados no artigo 124 do ECA encontram, em sua grande maioria, similaridade nas obrigações que as Entidades, as quais desenvolvem programa de internação, têm de garantir aos adolescentes privados de liberdade, os quais estão contidos no artigo 94 da Lei nº 8.069/1990.

É assim que o conjunto de direitos dos adolescentes privados de liberdade e os deveres inerentes às Entidades que desenvolvem programas de internação contemplam condições materiais e imateriais elencadas que refletem a essência do "direito ao respeito" indicado no artigo 17 do ECA; conduz também à idéia do cuidado como **responsabilidade e compromisso**, síntese da **proteção integral** preconizada no Estatuto e nos **Documentos internacionais**.

Outro ponto que merece destaque na questão do cuidado é a situação dos adolescentes internados

com doença ou deficiência mental. Se forem para cumprimento de medida de internação juntamente dos demais, sem que seja levado em consideração o § 3º do artigo 112 do ECA, ou seja, "tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições".

A autorização legal permanece adormecida aos olhos dos aplicadores da lei e dos garantidores de direitos.

A interpretação teleológica deixa fluir que o adolescente, em face da ausência de condições mentais, não está sujeito ao regime de internação como os demais, considerando a ausência de entendimento quanto ao cumprimento da medida.

O legislador estabeleceu uma forma diferenciada, perante as condições desse adolescente, para o cumprimento desta medida, haja vista o comprometimento mental (em maior ou menor grau), qual seja o **cuidado qualificado** que precisa receber. Apesar da previsão expressa, o Sistema não faz distinção dessa situação pessoal dos adolescentes, tratando-os da mesma forma, sem que seja observado o preceito mínimo da personalização do atendimento **tratamento individual e especializado**.

Com certeza o legislador ao estabelecer **local adequado às suas condições** teve como referência os trabalhos preexistentes, os quais se incumbem dos portadores de doença ou deficiência mental, na qualidade especial de cuidadores de "pessoas portadoras de necessidades especiais".

A legislação autoriza que o Juiz da execução encaminhe o adolescente a profissional habilitado em cuidar dessa condição especial do adolescente, para que ele receba a proteção integral a que faz jus. Vale lembrar que essa autorização legal permanece adormecida aos olhos dos aplicadores da lei e dos garantidores de direitos.

O inciso IX do artigo 94 do ECA exige tão somente que os programas de internação ofereçam cuidados médicos (é claro que são os não especiais), psicológicos, odontológicos e farmacêuticos. Com a entrada em vigor da Lei nº 11.185/2005, que altera o artigo 11 do ECA, ao substituir o **atendimento médico pelo atendimento integral pelo Sistema Único de Saúde**, o que evidentemente se estende ao adolescente privado de liberdade. Este fato ratifica o conteúdo do artigo 112, § 3º, do ECA. Fica evidente o desrespeito à Constituição Federal, pois o que é garantido pela Lei nº 8.069/1990 não é oferecido pelo Estado.

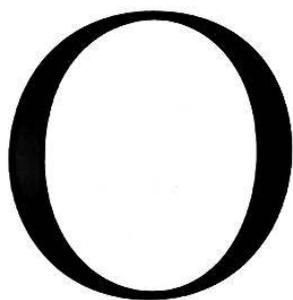
Para a reversão das condições adversas e bem-estar da maioria da população torna-se necessário que a sociedade participe ativamente reorientando os valores sociais, culturais e morais como a aplicação do próprio direito. A apresentação de alguns pontos referentes ao adolescente interno ressalta que o cuidado compõe a dignidade da pessoa humana capaz de possibilitar a reinserção social dele (art. 1º, inc. III, da CF).

Em relação a adolescentes institucionalizados, por estarem em uma condição de privação de liberdade, não perdem a sua situação jurídica de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, de

sujeito de direitos e responsabilidades com prioridade absoluta e garantia de atendimento integral, personalizado e especializado em face da situação *sui generis* em que se encontram. A incompletude institucional a que são submetidos esses adolescentes no cumprimento de medida de privação de liberdade, em nome da segurança que o Estado tem o dever de garantir, priva muito mais que liberdade.

São negadas, muitas vezes, ao adolescente a capacidade do próprio cumprimento de medida na forma socioeducativa, na acepção vernacular, o que, pela ausência do cuidado, no trabalho institucionalizante desenvolvido inviabiliza a conquista da reinserção social plena, que lhe garante a dignidade da pessoa humana por ser fundamento básico do projeto sociopolítico da sociedade brasileira.

A inclusão do cuidado como novo paradigma produzirá a tão necessária alteração de perspectiva de vulnerabilidade e risco em que o adolescente interno se vê envolvido. Aumentar o grau de confiança pelo cuidado leva o adolescente à produção de conscientização de sua importância no meio social, proporcionando coesão e pertencimento à coletividade e emancipação da sua vulnerabilidade e de seu *apartheid* urbano. ■



O direito fundamental ao cuidado no âmbito das famílias, infância e juventude.

Tânia da Silva Pereira

Advogada. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e equivalência do título pela Universidade de Coimbra. Professora de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Diretora da Comissão Nacional para Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Roberta Tupinambá

Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Membro da Diretoria Estadual do IBDFAM do Rio de Janeiro.

Sumário

1. Considerações iniciais
2. O cuidado como princípio jurídico a cotejar o patamar de direito fundamental
3. A acepção e a aplicação do direito fundamental ao cuidado no âmbito do direito das famílias, da criança e do adolescente
4. Conclusão

1 Considerações iniciais

As relações humanas, em especial as relações familiares, vêm experimentando mudanças significativas, sobretudo após o advento da Constituição Federal – CF de 1988. Pelo que se vislumbra, hoje, há uma completa alteração dos parâmetros relativos aos conceitos de poder familiar, da convivência e da própria estrutura familiar de um modo geral.

A consistência jurídica dos princípios constitucionais, a vigência do Código Civil de 2002, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, do Estatuto do Idoso, e ainda a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, por meio do Decreto nº 99.710/1990, delinearão novos paradigmas no âmbito das relações familiares, que se reportam à análise das conquistas e

controvérsias que envolvem o Direito de Família, da Criança e do Adolescente nos últimos 20 anos.

Diante do reconhecimento expresso dos direitos fundamentais infanto-juvenis no artigo 227 da CF, pretende-se identificar o cuidado como um subprincípio da dignidade humana e um direito fundamental da criança e do adolescente, pois o cuidado consiste no denominador comum dos direitos elencados no referido dispositivo constitucional, a ser assumido como ponto norteador e como uma das dimensões do macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

E mais. A abordagem do cuidado ganha ainda maior relevo neste momento em que o Brasil comemora os 20 anos dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, reconhecidos e declarados na Constituição Federal de 1988, pois se busca um novo paradigma de proteção, especialmente no âmbito das relações familiares.

2 O cuidado como princípio jurídico a cotejar o patamar de direito fundamental

Em meio a essas mudanças, emerge o cuidado como valor jurídico e vislumbra-se seu aspecto de princípio jurídico e na acepção de direito fundamental.

O desenvolvimento e a cada vez maior complexidade das relações humanas contemporâneas invocam a necessidade de aperfeiçoamento das técnicas para solução e prevenção de novos conflitos.

Quase sempre, a lei positivada e a sua interpretação gramatical não são suficientes para solucionar casos concretos submetidos à apreciação

judicial, principalmente no que atina aos casos que versam sobre Direito de Família, que evidenciam com ainda mais clareza a incapacidade dos textos legais em acompanhar evolução social da família.¹

O cuidado como valor jurídico vislumbra seu aspecto de princípio jurídico, na acepção de direito fundamental.

A abordagem do cuidado como princípio jurídico só se torna viável diante do reconhecimento da importância da aplicação dos princípios na solução de determinados dissídios, que escapam ao alcance da letra fria da lei.

Nos estudos sobre os princípios, destaca-se o trabalho de Ronald Dworkin, o qual, em contundente crítica ao Positivismo Jurídico, afirma que as regras, se presentes seus pressupostos fáticos, são subsumidas ao caso concreto ou são consideradas inválidas para ele (não-aplicáveis) – daí a sua conhecida expressão “*all or nothing*”.²

Merece também referência a contribuição de Robert Alexy, jusfilósofo e constitucionalista alemão, ao descrever o denominado sistema civil ou continental, família à qual pertence a sistemática brasileira. Para ele, os princípios teriam caráter mais geral que as normas. A distinção entre as regras e princípios seria qualitativa, mas diferenciam-se, ainda, pela forma por meio da qual solucionam seus conflitos e colisões, respectivamente.³

Reforça-se a necessidade de se abordar o aspecto normativo dos princípios, dada a sua fluidez se comparados com as regras, de modo a ensejar adequação a um leque maior de hipóteses.

A proposta do cuidado como princípio se apresenta como um desafio à Doutrina e aos operadores do Direito.

1. Rodrigo da Cunha Pereira, “Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família”, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 35.

2. Ronald Dworkin, “Taking Rights Seriously”, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 24.

3. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 87.

Atendo-se exclusivamente ao alcance do sentido mais significativo do **cuidado**, percebe-se que sua aplicação não se restringe ao mero cumprimento dos deveres cívicos por parte da sociedade, contempla também a interação do ser humano com o seu meio, pois o ser humano cuidadoso é capaz de perceber a crise de valores que o mundo atual enfrenta em todos os aspectos.

Partindo da análise do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal ao prever que os direitos e as garantias expressos em seu corpo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, acrescentamos que a sistemática constitucional trouxe densa dose de **cuidado** ao ordenamento jurídico brasileiro, ao sugerir que este deve ser reconhecido como um componente significativo das regras vigentes, convocando-se o Judiciário a apreciar casos concretos sob a sua égide, sempre se atentando para a efetivação da ética, pois o princípio do **cuidado** é uma das dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, como verdadeiro subprincípio que lhe é.⁴

Por conseguinte o **cuidado** consiste em verdadeiro substrato da dignidade da pessoa humana, integrando o rol dos direitos fundamentais, que os ordenamentos jurídicos mais civilizados buscam assegurar a todos os seus subordinados.

Dessa forma, tem-se que, se a mera aplicação de uma norma, muitas vezes, escapa do objetivo que se pretendeu atingir quando da sua elaboração, o cotejamento da norma positiva à luz do **cuidado** é medida que se impõe.

“Dentro do sistema jurídico, os princípios passam por um processo de concretização e classificação sucessiva, através de princípios mais específicos e subprincípios, até adquirirem a concretização das regras. Tal concretização não se dá através de um simples processo lógico-formal, no qual sejam os princípios mais específicos deduzidos dos mais gerais. (...) O que ocorre na verdade é um procedimento dialético, no qual cada subprincípio em que se desdobra o princípio original adiciona a este novas dimensões e possibilidades,

subsistindo o original no papel de vetor exegético dos cânones mais específicos. Há um ‘esclarecimento recíproco’ de que o princípio se ilumina através de suas concretizações, as quais, por sua vez, só assumem seu sentido pleno ao lume do princípio que lhes engendrou.”⁵

O cuidado consiste em verdadeiro substrato da dignidade da pessoa humana, integrando o rol dos direitos fundamentais.

Constituem os princípios jurídicos verdadeiros meios de desenvolvimento, integração e complementação do Direito. Complete-se: “os princípios exercem função de otimização do Direito”.⁶

Nesse segmento, repita-se, à exaustão, haja vista a evidente e ostensiva impossibilidade de resolução de dissídios pela mera subsunção da regra jurídica ao caso concreto, não só em virtude de antinomias, lacunas e incoerências, mas também e, sobretudo, pelo fato de existirem situações novas a cada dia, que nem sequer foram previstas pelo ordenamento jurídico, a consideração e a aplicação dos princípios são as medidas que devem ser impostas.

Aliás, se assim não for, a conseqüência vislumbrada será a insuficiência do ordenamento jurídico no que tange a sua finalidade de apaziguamento dos conflitos sociais.

Com isso, os parâmetros hermenêuticos que norteavam as decisões judiciais foram alterados, sendo imperativa a coexistência das regras e dos

4. Roberta Tupinambá, “O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares”, in *O cuidado como valor jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 357-358.

5. Daniel Sarmento, “Os princípios constitucionais e a ponderação de bens”, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 51.

6. Rodrigo da Cunha Pereira, *op. cit.*, p. 36.

princípios em um sistema jurídico, ambos com o devido patamar de norma, a fim de que o Direito possa atingir a finalidade a que se destina e de que possam ser sanadas todas as insuficiências eventualmente apresentadas nos conflitos cotidianos dos Tribunais.

Nesse sentido, ganha relevância e merece atenção a defesa do cuidado como princípio constitucional implícito no ordenamento jurídico. Trata-se de um dos significados ocultos, uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, razão pela qual deve ser abordado, como subprincípio ou como princípio jurídico propriamente dito, almejando o patamar de direito fundamental.

Certo é que “os princípios, na acepção clássica, constituem os mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e a integração de todo o setor do ordenamento em que radicam”.⁷

Exatamente esses são os pontos de vista defendidos, tendo como horizonte as relações familiares e assumindo como ponto norteador o estudo do cuidado como uma das dimensões do macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Tem-se, pois, que o já mencionado desenvolvimento das relações humanas invocou a necessidade de desenvolvimento das técnicas jurídicas de solução e prevenção de dissídios que atingem as relações familiares atuais, impondo-se, justamente

neste contexto, a aceção do cuidado como princípio dentro do ordenamento jurídico, o qual informará qualquer decisão que se pretenda justa, especialmente no âmbito das relações familiares.

“Diante disso, o papel dos princípios é, também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico”,⁸ conforme ensina Rodrigo da Cunha Pereira.

Esse é também o entendimento de Gustavo Tepedino: “a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas está a significar uma alteração valorativa que modifica o próprio conceito de ordem pública, tendo a dignidade da pessoa humana o valor maior, posto no ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional”.⁹

O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, considerado como cláusula aberta, encerra a não tipicidade dos direitos fundamentais, de forma a confirmar o não-congelamento desses direitos naqueles determinados no processo constituinte. E, ainda, como leciona Sarlet, os direitos fundamentais “podem ter acento em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais e internacionais”.¹⁰

Portanto, podemos afirmar com segurança que já se incorporou ao nosso sistema jurídico a idéia de que os **Direitos Fundamentais Dispersos**, preconizados por Canotilho,¹¹ são considerados direitos

7. Daniel Sarmiento, *op. cit.*, p. 50.

8. Rodrigo da Cunha Pereira, *op. cit.*, pp. 18-19.

9. Gustavo Tepedino, in editorial da *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 4, Rio de Janeiro, Padma, out./dez. 2000, p. IV.

10. I. Sarlet (1) *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 85. O autor alerta para as circunstâncias de que, na esfera do Direito Constitucional interno, essa evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação de “novos” direitos fundamentais nos textos constitucionais, mas principalmente em nível de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos tradicionais”, *op. cit.*, p. 54.

11. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Lisboa, Almedina, 1999, p. 380.

e garantias fundamentais da mesma hierarquia daqueles que ocupam diversas posições na Constituição Federal de 1988.¹² Na Doutrina Nacional, Sarlet identifica os “Direitos Fundamentais fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal”, os quais, segundo ele, “são idênticos no que tange à sua técnica de positivação e eficácia”.¹³

Destaca Sarlet, “talvez fosse mais correto afirmar que, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, pode-se falar também em um direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que assegurem e promovam, justamente, a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade”.¹⁴

O artigo 227, *caput*, da Carta Magna é expreso ao determinar 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, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, o que demonstra, *a contrario sensu*, a abordagem do cuidado no texto constitucional.

Não fossem suficientes os argumentos de que são direitos e garantias aqueles “decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, da CF), como se vê, o próprio *caput* do artigo 227 da CF, *a contrario sensu*, aborda o cuidado.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – Organização das Nações Unidas/1989, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/1990, no artigo 3º, indica que os Estados Partes se certificarão de que “as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da direção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes”. Da mesma forma, o artigo 7º

assegura à criança o direito de conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. Outrossim, o artigo 9º determina que uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência se a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados. O artigo 18 destaca que os Estados Partes envidarão esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns em relação à educação e ao desenvolvimento da criança, garantindo-lhes a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

Tais elementos conduzem ao reconhecimento do cuidado como um componente significativo das regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, decorrentes do texto constitucional e do Decreto nº 99.710/1990.¹⁵

Portanto, foi o próprio texto constitucional que previu a possibilidade de se cogitar novos direitos que decorrem dos direitos e garantias preceituados em sua própria sistemática, ou dos princípios, sendo certo que, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, todas as atenções se voltaram para o estudo da real dimensão e do real significado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como Rodrigo da Cunha Pereira bem avaliou: “a dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais”.¹⁶

Feitas essas considerações, comprova-se que o cuidado pode – e deve – ser concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, pois apresenta incontestável fundamento, qual

12. Tânia da Silva Pereira e Carolina de Campos Melo, “Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988”, in *Revista Trimestral de Direito Civil* nº 3, Rio de Janeiro, Padma, 2000, p. 109.

13. I. Sarlet, (1), *op. cit.*, p. 124.

14. I. Sarlet, (2), *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 100-101.

15. Tânia da Silva Pereira, “O cuidado como valor jurídico”, in *A ética da convivência: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais*, Tânia da Silva Pereira e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.), Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 231.

16. Rodrigo da Cunha Pereira, *op. cit.*, p. 94.

seja o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal e o próprio *caput* do artigo 227 da CF.

Conclui-se, portanto, que não se resume o cuidado a um princípio jurídico. O cuidado guarda em seu conteúdo traços irrefutáveis de direitos fundamentais, sobretudo pelo fato de seu significado se concretizar no Macroprincípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Com base nesse entendimento é que, justamente, encontramos abrigo ao cuidado no bojo dos direitos fundamentais.

Sarlet sustenta “a existência de uma consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana”, concluindo que “o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (...). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.¹⁷

17. I. Sarlet (2), *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, pp. 88-89.

18. I. Sarlet (1), *op. cit.* pp. 122/124.

19. Citem-se, ainda, outros direitos fundamentais da criança e do adolescente na Constituição Federal: (I) a proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos, conforme redação dada ao artigo 7, inciso XXXIII, pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998. Observe-se que tal emenda ampliou campo de proteção ao trabalho infanto-juvenil, já que a redação original proibia qualquer trabalho apenas aos menores de 14 anos; (II) a equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação, consoante o artigo 226, § 6º; (III) a inimputabilidade dos menores de 18 anos, sujeitos à legislação especial, conforme o artigo 228; (IV) assistência e educação por parte dos pais, de acordo com o artigo 229.

Com base nesse entendimento é que, justamente, encontramos abrigo ao cuidado no bojo dos direitos fundamentais, pois se o cuidado é subprincípio da dignidade da pessoa humana e nele se concretiza, não há como afastar sua dimensão de direito fundamental.

3 A acepção e a aplicação do direito fundamental ao cuidado no âmbito do direito das famílias, da criança e do adolescente

Como sujeitos de direitos, crianças e adolescentes deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de direitos fundamentais.

Segundo Sarlet, o artigo 227 do CF, relativo aos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, é reconhecido como a “Declaração de Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil”.¹⁸ Outros direitos fundamentais infanto-juvenis dispersos no texto constitucional não perdem o *status* de direitos fundamentais, devendo ser tratados da mesma forma que todos os demais.¹⁹

Defendemos a tese de que o exercício do poder familiar é um cuidado compartilhado. Valores e sentimentos especiais abrangem a responsabilidade paterna, a exemplo do carinho, do respeito, da privacidade, da paciência, da qualidade, do tempo, da compreensão das deficiências e estímulo das capacidades, dos limites como forma de proteção e sentimento de segurança. Igualmente, cuidar é saber ouvir, não enganar, não ludibriar ou iludir, não criar expectativas que não serão satisfeitas, etc.

Refletindo a essência do cuidado, o § 1º do artigo 28 do ECA autoriza a oitiva dos menores de 18 anos “sempre que possível”, devendo ser considerada sua opinião. Tendo o Brasil ratificado a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990), o artigo 12 assegura à criança e ao adolescente, que estiverem capacitados para formular seus próprios juízos,

expressar suas opiniões livremente, sobre todos os assuntos que envolvam seus interesses, levando em consideração sua idade e maturidade. Não se justifica, portanto, submetê-los a constrangimentos se não têm conhecimento dos fatos alegados e se o assunto envolve interesses de terceiros.

O artigo 1.621 do Código Civil condiciona a adoção de maiores de 12 anos à concordância expressa destes; o artigo 1.740 do mesmo Código inovou ao convocar o tutelado, após atingir a mesma idade, manifestar-se sobre os assuntos que envolvem os deveres que normalmente cabem aos pais.

Decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como Relator o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, ao julgar Agravo de Instrumento que apreciava a suspensão do poder familiar, destacou: 1 – “provada a negligência e a falta de cuidado dos genitores para com os filhos, resta configurada uma situação de risco, que justifica a suspensão do poder familiar. 2 – A finalidade da suspensão é permitir que os genitores tenham condições de se reestruturar a fim de dar aos filhos, crianças e adolescentes, condições de se desenvolverem de forma saudável para que possam ter uma vida com um mínimo de dignidade.”²⁰

Destaque-se, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o trabalho precursor do Desembargador Antônio Carlos Mathias Coltro ao introduzir importantes julgados fundados no cuidado. Cite-se a Decisão da 5ª Câmara da Seção de Direito Privado do referido Tribunal, reconhecendo que “ao declarar a interdição, parcial ou total em relação a determinada pessoa, nada mais faz o Judiciário do que exercer aquilo que lhe cabe no tocante ao cuidado necessário em relação ao destinatário da providência, em seu benefício e da sociedade.”²¹

Entendeu no mesmo sentido a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgando a Apelação Cível nº 2005.001.52599, decorrente de uma Ação de Alimentos, em que o

alimentando era estudante universitário. Como Revisor, o Desembargador Siro Darlan de Oliveira confirmou a sentença que julgou procedente em parte o pedido para condenar o réu ao pagamento de alimentos da ordem de 20% dos seus rendimentos líquidos. Fundamentando a decisão na solidariedade humana reinante nas relações familiares e inspirada na preservação da dignidade da pessoa humana, de modo a garantir a subsistência de quem não consegue sobreviver por seus próprios meios, concluiu: “o cuidado é parte integral da vida humana: nenhum tipo de vida subsiste sem cuidado. Envolvendo um processo eminentemente interativo, dinâmico e criativo reflete interesse e solidariedade. Aquele que é, será cuidado. A responsabilidade e o compromisso completam a verdadeira dimensão da ‘presença’ proposta por Heidegger”.²²

Como destaca Vera Regina Waldow, o “cuidado humano é uma atitude ética em que seres humanos percebem e reconhecem os direitos uns dos outros. Pessoas se relacionam numa forma a promover o crescimento e o bem-estar da outra”.²³

4 Conclusão

Notadamente, versa este trabalho sobre matéria que, nem de longe, afigura-se exaurida, mas que, aos poucos, está sendo sedimentada na Doutrina e na Jurisprudência, haja vista os precedentes de aplicação do cuidado anteriormente apontados.

20. TJRS; 7ª Câm. Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; AI nº 70019363878-Camaquã-RS; j. 27/6/2007.

21. TJSP; 5ª Câm. da Seção de Direito Privado; Apelação nº 445.343.4/5-00; Voto nº 12.668; Comarca de Pinhalzinho/Bragança (1ª Vara - Processo nº 54/2005); j. 18/9/2006.

22. TJRJ; 12ª Câm. Cível; Apelação Cível nº 2005.001.52599; Natureza da ação: Ação de Alimentos; j. 29/8/2006; por maioria de votos deu-se parcial provimento ao Recurso, vencida a Relatora, Des. Nanci Mahfuz, que lhe dava provimento. Acórdão do Revisor Des. Siro Darlan de Oliveira.

23. Vera Regina Waldow, *Cuidar: expressão humanizadora da enfermagem*, Petrópolis, Vozes, 2006, p. 61.

Os princípios têm o condão de dar vida a outras normas (subprincípios ou regras) sem qualquer sinal de esgotamento, eis que possuem capacidade reprodutora.²⁴

Nessa seara, grife-se a importância do Macro-Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico brasileiro, que, mediante autorização constitucional expressa (art. 5º, § 2º), dá vida a subprincípios tais quais o **cuidado**, cujos conteúdos são determinantes no sentido de se fazer valer o justo nas decisões judiciais.

Assim é que o **cuidado** afigura-se, de fato, como princípio constitucional implícito, que, por se concretizar na dignidade da pessoa humana, faz jus ao patamar de direito fundamental.

O artigo 227 da CF, ao declarar direitos fundamentais da criança e do adolescente, autoriza o

reconhecimento do **cuidado** como denominador comum do exercício desses direitos, razão pela qual podemos afirmar, com segurança, que o **cuidado** é um direito fundamental.

Os artigos 5º, § 2º, e 227, *caput*, ambos da Constituição Federal, dão azo à acepção do **cuidado** como princípio jurídico, sem afastar o seu reconhecimento como direito fundamental.

Há que se considerar sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o que conduz à identificação de atributos da personalidade infanto-juvenil diversos da personalidade dos adultos. Deve-se considerar a igualdade jurídica, gozando da mesma gama de direitos fundamentais, independentemente da posição que ocupem no seio da sociedade.

Com essas reflexões, buscamos demonstrar a juridicidade da acepção do **cuidado** como princípio representativo de um direito fundamental e a praticidade de sua aplicação no âmbito do direito das famílias, da criança e do adolescente. ■

24. (12) Regina Quaresma e Francisco de Guimaraens, "Princípios fundamentais e garantias constitucionais", in *Os Princípios da Constituição de 1988*, Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (orgs.), Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2001, p. 388.