

ALBERTO VELLOZO MACHADO

**OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso
Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2000


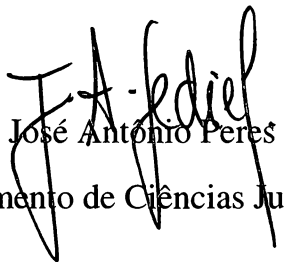
TERMO DE APROVAÇÃO

ALBERTO VELLOZO MACHADO

OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

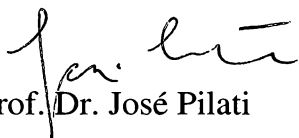
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora :

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel
Departamento de Ciências Jurídicas da UFPR



Prof.ª Dr.ª Carmem Lucia Silveira Ramos
Departamento de Ciências Jurídicas da UFPR

Prof. Dr. José Pilati
Departamento de Ciências Jurídicas da UFSC



Dedicatória

*Conspirando para uma melhor percepção da dignidade da pessoa humana
Dedico este trabalho às crianças e aos adolescentes brasileiros, bem assim
a todas as categorias de indivíduos que buscam, legitimamente,
reconhecimento e espaço no âmbito da família, da sociedade e do Estado.*

AGRADECIMENTOS

Esposa, Amigos, Professores, todos são co-autores deste trabalho.

Meu especial agradecimento ao Ministério Público do Estado do Paraná, inspirador do respeito às instituições, despertador de vocações, fomentador de embates em favor do Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	vii
RESUMO	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUÇÃO.....	1
<i>PARTE 1 OS PRIMEIROS PASSOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE INFÂNCIA E JUVENTUDE.....</i>	5
CAPÍTULO 1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: ASSISTENCIALISMO E REPRESSÃO	5
SEÇÃO 1 CÓDIGO CIVIL: A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO.....	5
SEÇÃO 2 CÓDIGO DE MENORES "MELLO MATTOS": A DESCOBERTA DA CRIANÇA INSTITUCIONALIZADA	15
SEÇÃO 3 CÓDIGO DE MENORES DE 1979: A SITUAÇÃO IRREGULAR.....	21
CAPÍTULO 2 OS RUMOS DA ORDEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA.....	26
SEÇÃO 1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CIDADANIA PARA TODOS.....	26
1.1 As Gerações dos Direitos Fundamentais	32
1.2 As Teorias das Esferas Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais	34
SEÇÃO 2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UM INSTRUMENTO DA CIDADANIA	42
<i>PARTE 2 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....</i>	48
CAPÍTULO 1 A IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DETERMINANTES DA POLÍTICA PROTETIVA.....	48
SEÇÃO 1 AS DIRETRIZES INTERNACIONAIS: UNIDADE PRINCIPIOLÓGICA E DIVERSIDADE SOCIAL.....	48
1.1 Declaração Universal dos Direitos do Homem.....	48
1.2 Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança	54
SEÇÃO 2 PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: A VISÃO OFICIAL.....	59
CAPÍTULO 2 AS PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO: UMA PECULIAR CONDIÇÃO DA VIDA EM SOCIEDADE	65

SEÇÃO 1 A INSTIGANTE QUESTÃO SOCIAL E SUA TRADUÇÃO JURÍDICA...	66
CAPÍTULO 3 A PROTEÇÃO INTEGRAL: DESCONTINUIDADE E	
PRESENÇA NO COTIDIANO DA JUVENTUDE	72
SEÇÃO 1 A INFANTO-ADOLESCÊNCIA E OS MODELOS DE ESTADO	
E A VIDA EM SOCIEDADE	73
SEÇÃO 2 A INFANTO-ADOLESCÊNCIA EM SUA RELAÇÃO COM A FAMÍLIA	90
SEÇÃO 3 A INFLUÊNCIA ROMÂNICA E RELIGIOSA NO DIREITO	
DE FAMÍLIA BRASILEIRO	104
3.1 Fontes do Código Civil Brasileiro	104
3.2 A Constituição Federal e a Análise da Atuação Familiar	106
PARTE 3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O ENCONTRO	
DAS SUAS RAÍZES.....	111
CAPÍTULO 1 DIGNIDADE HUMANA.....	111
SEÇÃO 1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	111
SEÇÃO 2 DEFINIÇÃO JURÍDICA	116
CAPÍTULO 2 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DOS DIREITOS	
DE PERSONALIDADE	121
SEÇÃO 1 INTEGRIDADE CORPORAL.....	133
SEÇÃO 2 INTEGRIDADE PSÍQUICA	136
SEÇÃO 3 PATRIMÔNIO MORAL	138
CAPÍTULO 3 NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E	
O DEBATE DOUTRINÁRIO	141
SEÇÃO 1 DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE.....	141
SEÇÃO 2 DIREITOS DE PERSONALIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA....	144
PARTE 4 A TUTELA DA PERSONALIDADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA	
E DO ADOLESCENTE	148
CAPÍTULO 1 O POVO BRASILEIRO E AS CONCEPÇÕES TEÓRICAS.....	148
SEÇÃO 1 DEFINIÇÃO JURÍDICA DE POVO.....	150
SEÇÃO 2 "POVO BRASILEIRO".....	152
CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA	
PRIORIDADE ABSOLUTA.....	162

SEÇÃO 1 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA.....	162
SEÇÃO 2 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A	
LEGISLAÇÃO INFANTO-ADOLESCENTE.....	177
CAPÍTULO 3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS	
DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	191
SEÇÃO 1 PERSPECTIVAS DE ATENDIMENTO À PRINCIPIOLOGIA	
CONSTITUCIONAL.....	191
1.1 Dos Sistemas.....	195
1.2 Das Normas.....	199
1.3 Constituição e Sistema.....	201
SEÇÃO 2 A INFLUÊNCIA DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS E DO	
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO	
DIREITO BRASILEIRO.....	210
2.1 O Direito Brasileiro e a Juventude.....	211
2.2 O Superior Interesse da Infanto-Adolescência.....	220
2.3 O Ministério Público: Novas Responsabilidades.....	234
CONCLUSÃO.....	238
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	242
APÊNDICE 1 QUESTIONAMENTOS COLHIDOS EM PALESTRAS A	
ESTUDANTES SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA	
E DO ADOLESCENTE.....	250

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	- Artigo
CC	- Código Civil
CCB	- Código Civil Brasileiro
CF	- Constituição Federal
CONANDA	- Conselho Nacional dos Direitos da Criança e dos Adolescentes
CPC	- Código de Processo Civil
CPP	- Código de Processo Civil
ECA	- Estatuto da Criança e do Adolescente
FEBEM	- Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor
FÓRUM DCA	- Fórum Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes
FUNABEM	- Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor
MNMMR	- Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua
OAB	- Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	- Organização das Nações Unidas
PNBEM/PNBM	- Política Nacional de Bem-Estar do Menor
PNDH	- Programa Nacional de Direitos Humanos
SAM	- Serviço de Assistência a Menores
TJRGS	- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
UNICEF	- Fundo das Nações Unidas para a Infância

RESUMO

A dissertação desenvolve dois eixos de pouca prospecção no direito brasileiro, quais sejam, a infanto-adolescência e os "direitos de personalidade". O trabalho contextualiza a criança e o adolescente ante as influências dos direitos humanos que plasmam das declarações internacionais, dando especial relevância à Convenção dos Direitos da Criança de 1989. Conecta os direitos humanos aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (CF), com destaque àqueles expressos no artigo 227, do Estatuto Supremo. Nesse dispositivo, realça, ainda, uma regra específica traduzida na expressão "absoluta prioridade", atribuindo a ela a qualidade de direito fundamental inerente à infância e à juventude. No exame do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) revisita os direitos fundamentais revelados na Carta Maior e traduzidos no seu artigo 227 e ali, utilizando os diversos ensinamentos sobre os direitos de personalidade, vem elaborada uma classificação desses direitos no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentro da coerência sistemática que a comunidade doutrinária delinea. O caráter conceitual deve, entretanto, conciliar-se às finalidades práticas da norma, isto é, à sua adequação, como instrumento, a servir ao direito e à justiça e, logo, o trabalho apresenta aspectos quanto à aplicabilidade das previsões constitucionais em favor da pessoa humana, conotando nessa perspectiva, a infância e a juventude. A preocupação com a manifestação da infanto-adolescência em face do sistema de justiça faz desenrolar proposta de como o direito doutrinário e o positivo devem acolher esta categoria sociojurídica, cujos indivíduos são sujeitos de direitos e não podem, assim, ser ignorados. Nesse tópico, a tônica é a de revelar que em toda e qualquer demanda, seja civil, administrativa ou penal, em que haja interesse direto ou indireto de criança ou adolescente, necessariamente as regras da Convenção de 1989, da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente serão observadas, em nome da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da infanto-adolescência. A abordagem da pesquisa atende, pois, tanto a seu objetivo geral, quanto aos específicos, delineados na introdução, pois analisa a presença dos direitos de personalidade na legislação infanto-juvenil, elaborando, aliás, um sintético desenvolvimento histórico a respeito, além de focar seus esforços no estudo do conteúdo principiológico que anima contemporaneamente a proteção das crianças e dos adolescentes, traduzido na "Doutrina da Proteção Integral" e na análise dos aspectos genéricos dos direitos de personalidade, seu papel e presença na ordem normativa nacional, investigando, finalmente, o fenômeno jurídico infância e juventude, com a demonstração da presença e a importância dos jovens na relação jurídico-social.

ABSTRACT

The thesis develops two connections of little study in the Brazilian right, which is the infant-adolescence and the personality rights. The approach to the child and the adolescent before the influences of the human rights that the essence of the international declarations, giving special importance to the Convention of the Children's rights of 1989. It connects the human rights to the fundamental rights foreseen in the Federal Constitution, with notability to those expressed in the article 227 of the Federal Statute. On this device, emphasizes a specific rule translated in the expression "absolute priority" attributing to it the quality of the fundamental right inherent to the childhood and youth. In the exam of the child and adolescent statute examine again the fundamental rights revealed in the Constitution and translated in the article 227 and there, using many instructions about the personality rights, comes organized classification of these rights in the child and adolescent statute in the systematic coherence that doctrinal community delimitates. The conceptual character must, however, reconcile to the practical intentions of the rule, that, to its adaptations, as instrument, to serve to the right and justice and, so, the task presents aspects as for the applicability of the constitutional predictions in favor of the human being, connoting on this perspective, the childhood and youth. The preoccupation with the manifestation of the infant-adolescence in face of the system of justice unrolls proposals of how the doctrinal right and the positive must accept this social-legal category, whose individuals are subject to rights and can't be ignored. In this topic, the keynote is the one that reveals that in every demand, being civil, administrative or penal, where there is direct or indirect interest in child and adolescent, necessarily the rules of the Convention of 1989, of the Federal Constitution and the child and adolescent statute will be observed in name of the doctrine of the whole protection and better interest of the infant-adolescence. The boarding of the research attends the general and specific objectives, outlined in the introduction, because it analyses the presence of the personality rights in the infant-adolescence legislation, making a concise historical development in this respect and focuses its efforts in the study of the principles that encourages contemporarily the children's and adolescent protection, translated in the Doctrine of the Whole Protection and in the analysis of the generic aspects of the personality rights, its part and presence in the national normative order, investigating, finally, the legal phenomenon childhood and youth, with the demonstration of the presence and the importance of the youth in the legal-social.

INTRODUÇÃO

A emergência da categoria jurídica – **crianças e adolescentes** –, aqui tratada genericamente de *juventude, jovens ou infanto-adolescência*, no contexto legislativo, jurídico e seus reflexos no social, alavancada pela edição da **Lei n.º 8069/90**, chamada de *Estatuto da Criança e do Adolescente*, instigou na sociedade legítima inquietação, a medida que estas personagens, sempre ocultas por detrás dos pais ou responsáveis, passaram a ser tidas como sujeitos de direitos, vale dizer, como pessoas dotadas de garantias e direitos, cujos interesses não ficaram limitados à instrumentalização através de um representante legal como ocorria até então, por força do regime do Código Civil. A titularidade aqui mencionada tomou as mesmas dimensões daquela concretizada pelos "adultos".

Nada obstante a perplexidade social, que fez resistir às "inovações estatutárias", temos, em realidade, algo não novo, pois as pessoas em qualquer estágio de sua formação biopsíquico-social gozam de direitos e, igualmente, são titulares de deveres. Inovadora, sim, foi a circunstância de se afirmar que os jovens poderiam exercer atuante papel em seu núcleo social, fosse perante os pais, os professores ou as autoridades.

Deveu-se a surpresa na afirmação dos direitos da juventude à estrutura patriarcal de nosso direito de família, a qual, formalmente, não sobreviveu à Carta de 1988 e que até o advento dessa nova Constituição não os reconhecia e os delimitava ao seu bel-prazer.

Ora, como poderiam as crianças e os adolescentes ter suas prerrogativas respeitadas sob a batuta de um direito posto pautado num poder desvestido de qualquer dialética de relação, mas robusto de imposições?

Nesse mesmo vetor, ainda, como poderiam exercer direitos ínsitos, mas despídos de qualquer conforto legislativo (não se cogita, por evidente, da seara do direito natural, onde teoricamente poderiam ser exercidos), inexistindo, igualmente, mecanismos e instituições expressamente previstos para, substituindo a autoridade parental, individual ou coletivamente, obviar seu gozo?

Para responder a tais indagações e fugir da arbitrariedade, fez-se necessária a presença do imperativo jurídico, da regra posta, que não deve esgotar ou cristalizar o direito, mas, ao menos, deve viabilizar os mais fundamentais.

Nessa contextualização veio ao mundo dos homens e das coisas o Estatuto da Criança e do Adolescente e atendendo a uma postura contemporânea, houve por bem catalogar direitos dos jovens, que em boa soma são direitos de personalidade.

Naturalmente, o mencionado normativo é resultado dos compromissos internacionais, das convenções de direitos humanos, que passam a reclamar a presença dos direitos personalíssimos aos jovens no plano jurídico dos entes signatários.

Questiona-se, no entanto, a razão dessas exigências: por que indagar sobre a "pessoa" na atualidade mais recente, vez que sempre foi o núcleo das atenções do mundo jurídico?

A resposta não é fácil.

Alguns dirão que há uma mitigação do positivismo e que o universo do dever-ser, finalmente, vem aceitando que por detrás da regra há o homem, a pessoa. Outros dirão que o momento social e político autoriza perscrutar as essências do ser, visto que este esteve sempre em evidência, ainda que virtualmente, como diria Michel Miaille,¹ aguardando o momento em que as circunstâncias lhe permitiriam fruir e defender suas questões fundamentais.

Parece, como sempre tem acontecido, que qualquer das assertivas e outras mais que se pudesse encontrar tem o seu fundo de veracidade.

Entre nós, porém, o que é mais patente, é que esse processo de constatação da "persona", ou repersonalização, tomou fôlego a partir da Constituição Federal de 1988, a qual, como se esperava, traçou ditames genéricos, mas claros, para searas onde somente o dito direito privado enveredava (ver, por exemplo, indenização por dano moral, casamento, infância e juventude, relações de consumo, portadores de deficiência, idosos etc.).

¹MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**: "Com efeito, o sujeito de direito é sujeito de direitos virtuais...". Lisboa: Editorial Estampa, 1989. p.118.

O fim desta incidência constitucional é bem claro e indica que a época da patrimonialização dos interesses privados deve ceder ao tempo dos direitos fundamentais, ou natos, sendo imposição da própria vida em democracia a distinção daquilo que se amesquinha pelos interesses dos metais, daquilo que sobreleva ao egoísmo da *res*. Nessa quadra, como por óbvio pode-se perceber, a linha tão distintamente traçada noutros momentos históricos entre os **topóis** *direito privado e público*, tornou-se tênue, quase inexistente.

Entende-se que o processo de constitucionalização foi o mecanismo eficaz a permitir o repensar do homem, como conjunto de qualitativos que formam sua personalidade, elementos estes que devem merecer cuidados, proteção.

É preciso recordar, ainda, que para alcançarmos a constitucionalização de temas relevantes à vida do homem, este, em sua batalha diária, já vinha se insinuando com potência, à medida que forçava soluções legislativas para as categorias jurídicas excluídas pela cristalização das codificações. Assim foram regras sobre meio ambiente, sobre divórcio, sobre mulher casada, sobre adoção, **sobre infância e juventude**, dentre outras, que se manifestaram em microssistemas que combatiam o sistema de exclusão dos códigos, tencionando guarnecer a dignidade da pessoa humana.

Embora sendo realidade que temas relevantes às pessoas estejam merecendo maior atenção dos legisladores e juristas, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda há pouca compreensão do mecanismo de redescobrimto da pessoa em desenvolvimento, de seu papel no meio social, de sua individualidade no coletivo, cuja leitura, diga-se, não deve ser feita em desfavor do todo, mas para garantir o todo, a partir da relevância de seus componentes, parecendo evidente, nesse quadrante, não ser possível a exclusão da juventude nos estudos pertinentes à manifestação do homem na sociedade e sua dignidade em face de seus semelhantes.

Na matéria em proposição visa-se à categoria social juventude, que englobaria, em termos de direito positivo, as pessoas com idade até 18 anos (Art. 2.º - Lei n.º 8.069/90), em relação à qual se pretende desenvolver o trabalho de pesquisa tendo como objetivo geral analisar a presença dos direitos de personalidade na legislação precitada, a

razão de seu arrolamento e respectiva relevância. Em antecipação, utilizando posicionamento de Ebe Campinha dos Santos, o valor da pesquisa dos direitos fundamentais de personalidade da juventude está em que "a criança e o adolescente, pela sua própria condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, caracteriza-se como o segmento mais vulnerável" a violações e desrespeito à sua dignidade.²

Para atingir essa derradeira idéia, o desenvolvimento focará seus esforços em estudar o conteúdo principiológico que anima contemporaneamente a proteção das crianças e dos adolescentes, traduzido na "Doutrina da Proteção Integral", bem assim em analisar os aspectos genéricos dos direitos de personalidade, seu papel e presença na ordem normativa nacional, e, por último, perscrutar o desenvolvimento dos direitos dos jovens, ou seja, o fenômeno jurídico propriamente dito, com a demonstração da existência e importância dos jovens na relação jurídico-social. Estes serão os objetivos específicos.

Na estruturação dos objetivos propostos faz-se, na primeira parte, uma abordagem legislativa, a qual, relativamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente se concentrará, especialmente, no plexo de direitos lançados em seu Livro I, restringindo-se a referência ao Livro II da norma estatutária a um fim complementar.

Num segundo momento, segue-se a análise sobre o universo da infância e juventude, as influências alienígenas no direito brasileiro, o direcionamento das políticas nacionais, bem assim as lições doutrinárias pertinentes. Na terceira etapa oferta-se visão geral acerca dos direitos de personalidade, para na quarta e derradeira divisão jungir os dados que entrelaçam a infância e juventude e direitos personalíssimos, procurando homogeneizá-los, para alcançar o projeto contido no tema do trabalho.

²SANTOS, Ebe Campinha dos. **Direitos humanos, representações no campo de defesa dos direitos infanto-juvenis no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.4.

PARTE 1

OS PRIMEIROS PASSOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE INFÂNCIA E JUVENTUDE

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: ASSISTENCIALISMO E REPRESSÃO

SEÇÃO 1

CÓDIGO CIVIL: A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO

Como se verá quanto aos Códigos de Menores ("Mello Mattos" e de 1979) e quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, o advento de uma legislação reclama circunstâncias, condições e aspectos sociais propícios à sua aparição e utilização no mundo fenomênico.

As normas do Código Civil, paupérrimas a respeito da infância e da juventude e quase alheias à situação generalizada de abandono dos jovens (crianças e adolescentes), e a inexistência de regras anteriores de ordem protetiva e assistencial são, por exemplo, o terreno fértil à edição do Código "Mello Mattos".

Falando sobre o sistema originário do Código Civil Brasileiro, Fachin retrata a mencionada deficiência desta codificação quando se refere a respeito dos filhos, logo, sobre crianças e adolescentes, demarcando o preconceito que impregna tal legislação, sendo que a "primeira nota do sistema é a de separar, de modo indisfarçável, a filiação 'legítima' da 'ilegítima', fazendo essa distinção repercutir no estabelecimento da filiação".³

Nessa mesma intensidade crítica tem-se Francisco Amaral, lembrando que a codificação civil é fruto de seu momento histórico e consagrou "os princípios do liberalismo das classes dominantes", mostrando-se "(t)ímido no reconhecimento da

³FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p.43.

filiação ilegítima", apesar de conter "algumas inovações progressistas para a época, como o deferimento do pátrio poder à mãe".⁴

Em igual linha de entendimento as palavras de Paulo de Lacerda, indicadoras de ser herdeiro, o Código Civil, de um quadro de vários séculos de omissão e descaso com as crianças, consoante a "synthese" da Lei n.º 3.017/16 (Código Civil) fornecida pelo precitado jurista, para quem o título IV, que versa sobre a dissolução do casamento e a proteção à pessoa dos filhos, "em substância"⁵ manteve o direito anterior.

Semelhantes referências ao Código Civil conduzem a um olhar para essa anterioridade, esse passado que nos noticia, até o fortalecimento do cristianismo na idade média, que tal segmento social foi olvidado quanto à preservação dos direitos mais elementares como vida e dignidade. "Não se pensava, como acreditamos hoje, que a criança já contivesse a personalidade de um homem".⁶

Com efeito, basta mirar no pretérito para verificar a veracidade da afirmação; na Lacedemônia de Licurgo, com os sacrifícios de recém-nascidos,⁷ na literatura da antiga Grécia, em *Medéia*, por exemplo, em que esta mata os filhos por vingança pela traição do marido Jasão,⁸ ou, ainda, na Roma clássica, onde se verifica a renitência à

⁴AMARAL, Francisco. **Direito Civil, Introdução**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.125-126.

⁵LACERDA, Paulo de. **Código Civil Brasileiro**. 18.ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1926. p.XL.

⁶ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flksman. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981. p.57.

⁷PLUTARCO. **Vidas paralelas**. São Paulo: Paumape, 1991. p.112. "Quando lhe nascia um filho, o pai não podia educá-lo: levava-o para um local chamado *lesche*, onde tomavam assento os anciãos da tribo. Estes examinavam o recém-nascido; se apresentasse robustez e boa conformação, ordenavam que fosse criado e consignavam-lhe um dos nove mil lotes de terra; se, porém fosse débil e disforme, mandavam-no para um sítio denominado Apotetas, que era um precipício do Taígeto. Achavam, com efeito, ser melhor para o Estado e para ele próprio não deixá-lo viver, já que era maldotado de nascença em saúde e força".

⁸PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e Adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. Biblioteca da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude – Textos Avulsos – www.abmp.org.br, p.1-2. oferta curiosa referência sobre os modos, ao longo da história, do tratamento dos filhos pelos pais: "Ajuria Guerra divide a história de acordo

filiação ilegítima e feminina, tanto que, segundo Fustel de Coulanges, "o laço de sangue isolado não constituía para o filho a família (...) o filho nascido de mulher não associada ao culto do esposo (...) a família não se perpetuaria por seu intermédio (...) este espúrio não houve direito à herança". Quanto às filhas, a discriminação é clara, eis que seu nascimento "não satisfazia ao fim do casamento (...) a filha não podia continuar com o culto". Nesse contexto romano, o pai, "a título de senhor e guarda vitalício do lar e de representante dos antepassados, devia pronunciar-se sobre se o recém-nascido era ou não da família".⁹

Pedro Caetano de Carvalho lembra que a "história da humanidade foi sempre a história dos adultos" e que as crianças sempre foram inexistentes para os registros da humanidade, pois nunca se considerou que a circunstância de nascer já garante direitos à própria existência. Por essa razão, entre os diferentes povos "há relatos de órfãos como Rômulo, Remo e Moisés ...".¹⁰

Bulhões Carvalho, a propósito do mundo romano, observa que o poder do pai sobre o filho era absoluto, e tal situação apenas começou a se modificar ao tempo dos imperadores romanos, onde há sinais de preservação da personalidade dos jovens, tais como o direito à vida e à integridade física. Somente no Século XIX é que se

com as razões psicológicas dos adultos, especialmente, a dos pais frente à criança. '1 - Modo infanticida - que se estende desde a Antiguidade até o século IV da era cristã, no qual o rechaço está em primeiro lugar. Na dificuldade de cuidar dos filhos, pela ansiedade, os pais os matam. A imagem de Medéia não é um simples mito, mas o reflexo da realidade. 2 - Modo do abandono - do século IV ao século XIII, corresponde a um período no qual os pais começam a aceitar que o menor tenha alma. Quando se sentem incapazes, os abandonam. 3 - Modo ambivalente - do século XIV ao século XVI, as crianças eram autorizadas a penetrar na vida emocional de seus pais, mas poderiam ser perigosas. Os pais tratam de modelá-las como patrões. 4 - Modo instrutivo - o século XVIII é época de grandes transições. Os pais começam a se aproximar da criança e ensaiam a conquista de seu espírito com a possibilidade de verdadeira empatia, sem considerar ainda o amor como importante. 5 - Modo social - do século XIX até meados do século XX a educação passa a ter importância. Ela é menos um processo de conquista de que um guia em seu próprio caminho. Educação com amor se torna um binômio importante. 6 - Modo de ajuda - os pais compreendem que os filhos sabem melhor que seus pais aquilo que necessitam em cada idade. O menor empurra seus pais (quando os tem) a tratar de compreender suas necessidades particulares' ".

⁹COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1953. p.69, 71-72.

¹⁰CARVALHO, Pedro Caetano de. **A família e o município, o melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Coordenação: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p186.

começa a tratar da assistência educativa das crianças e adolescentes, dando-se alguma relevância aos seus interesses.¹¹

Por pertinente a esta perspectiva, necessário declinar, nesse passo, o apontamento de Emilio Garcia Mendez sobre a infância, o qual, apegando-se em Philippe Ariés, indica inexistir antes do século XVI uma consciência social da "existência autônoma da infância, como uma categoria do gênero humano. Passado o estrito período de dependência física da mãe, estes indivíduos se incorporavam plenamente ao mundo dos adultos".¹²

No seu *Código Civil Brasileiro Interpretado* Carvalho Santos labora críticos apontamentos sobre a lei substantiva no respeitante aos filhos e ao "menor". A seu ver é conservador o Código Civil, pois a vedação do artigo 358 do reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos trata-se de, em relação ao direito anterior, "um regresso, um recuo, ou, pelo menos, uma parada que não se justifica, quando tudo o obrigava a dar um passo avante, acompanhando as últimas conquistas da doutrina".¹³

Quanto à disciplina do "menor abandonado", reafirma Carvalho Santos a ausência de critérios e de atenção a esta personagem social, a ponto de, apesar do que contém no artigo 412, reportar-se o autor, para interpretar o dispositivo, ao conceito e regras sobre o abandonado contidas no Código de Menores "Mello Mattos".¹⁴

¹¹CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.252-253, 255, 260. Igual afirmação é encontrada no artigo *El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción*, de FAURA, Norma V. López, contido na obra *Los derechos del niño en la familia, Discurso y realidad*, p.151: "Promediando el siglo XIX los adultos comienzan a modificar y redefinir su concepción sobre la infancia, identificándola como una particular etapa del desarrollo humano con una identidad psicológica, social y cultural propia que debe ser respetada y protegida de modo especial".

¹²MENDEZ, Emilio Garcia, COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994. p.82. Transcreve-se da já citada obra de Ariés sobre o tratamento das crianças na idade Média o seguinte comento: "Esse sentimento de indiferença com relação a uma infância demasiado frágil, em que a possibilidade de perda é muito grande, no fundo não está muito longe da insensibilidade das sociedades romanas ou chinesas, que praticavam o abandono das crianças recém-nascidas", p.57 e, ainda, esta passagem: "A criança, como vimos, não estava ausente da Idade Média, ao menos a partir do século XIII ...". p.56.

¹³CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. p.485. Vol.v.

¹⁴Ibid., p.236-237.

Sobre este mesmo ponto e de igual forma, obriga-se Pontes de Miranda a recorrer ao Código "Mello Mattos", reafirmando a fragilidade do Código Civil a acolher a infante-adolescência como categoria jurídica.¹⁵

Vêm, aliás, desse autor, inúmeras observações quanto às deficiências do Código Civil, interessando a esta dissertação aquelas pertinentes à temática da filiação e pátrio-poder.

A visão, diga-se, do Código Civil, de Pontes de Miranda, é a de uma legislação do século XIX, por isso apresentando "sinais evidentes desse impulso para trás, desse recuar no tempo, a que obrigava a massa social o exagerado coeficiente de estabilidade ...".¹⁶

A respeito da filiação assevera que buscou-se o velho direito;¹⁷ no que pertine ao pátrio poder diz que "ainda apresenta certas durezas patriarcais", não se fazendo, no Código Civil, senão "aparar o seiscentismo das Ordenações Filipinas;¹⁸ sobre alimentos, ao ver do jurista alagoano "mantiveram-se as regras do direito anterior, particularmente do Assento de 9 de abril de 1772".¹⁹

Na perspectiva do mesmo o impulso para trás, o direito velho, o direito anterior, que foi a base do Código Civil, remonta, como já anteriormente predito, a períodos do direito romano.

Fazendo breve exame do "período europeu-americano do Direito Civil Brasileiro", o mencionado autor, sobre pais e filhos, recorda que no direito romano-insular os pais tinham "direito de vida e morte, de venda e de exposição".²⁰

¹⁵MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.181.

¹⁶Ibid., p.6.

¹⁷Ibid., p.174.

¹⁸Ibid., p.170.

¹⁹Ibid., p.179.

²⁰Ibid., p.52.

Semelhante situação só viria melhorar com a influência visigótica, que afastou, por exemplo, o direito de venda dos filhos e instituiu a perda do pátrio poder por parte daquele que abandonava a prole. Nessa linha de supressões dos abusos, ainda segundo Pontes de Miranda, o direito português e, por consequência, o direito brasileiro, já não conheciam o direito de vida e morte e de venda, admitindo-se, no âmbito do pátrio poder, castigos moderados.

Eis, dessa breve incursão, o caminho tomado pelo Código Civil e o seu evidente apego a determinadas fórmulas da conservadora tradição luso-brasileira quanto à família, aos filhos e à infanto-adolescência.

De acordo com Fachin, o "Código Civil Brasileiro, a par de ser patrimonial-imobiliário, portanto um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental de patrimônio imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado".²¹

Perseguindo a mesma vereda da lei civil, quando o mundo jurídico, ou melhor, normativo, lembrou-se de conotar o jovem como categoria jurídica, não o fez para considerá-lo pessoa, mas para incluí-lo na seara penal, havendo o entendimento no "início do século passado (...) (de que) todo menor que demonstrasse 'discernimento' era punível como se fosse adulto", em faixas etárias que variaram entre os nove (Código Penal de 1890), dezesseis e dezoito anos. A tendência do "novo direito" será, exatamente, sua exclusão do direito penal.²²

Instituto protetivo que guarda algum interesse e que se mostra como manifestação da herança cristã desenvolvida na idade média e uma mitigação à ignorância quanto ao bem-estar da infância, é a "Roda dos Expostos", que existiu e foi extinta na França e em Portugal e foi trazida para o Brasil no século XVIII.²³

²¹FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.25.

²²CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.1, 3.

²³SANTOS, Ebe Campinha dos. **Código civil brasileiro interpretado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.53.

Os governantes a criavam com o objetivo de salvar a vida dos recém-nascidos abandonados, para encaminhá-los depois para trabalhos produtivos e forçados. "Foi uma das iniciativas sociais de orientar a população pobre no sentido de transformá-la em classe trabalhadora e afastá-la da perigosa camada envolvida na prostituição". Sobre esta instituição houve sempre muitos debates, já que baseada na entrega de recém-natos às pessoas por ela responsáveis de forma anônima e este modelo, imaginava-se, "propiciava a licenciosidade e a irresponsabilidade" por parte dos pais.²⁴

Apesar de todas as críticas possíveis, aparentemente a "Roda dos Expostos"²⁵ sinaliza, de modo germinal, para o início de uma preocupação mais objetiva da preservação, pelo menos, da vida das crianças abandonadas e, portanto, do direito personalíssimo primeiro, uma vez que o índice de mortalidade de crianças no âmbito desse serviço era tão alto que provocou a meditação quanto a essas existências que se perdiam facilmente.

Cabe, ainda, sublinhar que esta incipiente atenção à infância, embora já atenta, por exemplo, à conservação de dados mínimos do exposto para fins de alguma identificação futura visando a uma possível devolução aos próprios pais, não tem, objetivamente, nenhuma preocupação com a estrutura familiar, como revela Mirian Lifchitz Moreira Leite, declinando depoimento de um diplomata estrangeiro a respeito da roda, onde vem expressamente apontado que "(n)ingué[m] sabe, nem se importa com quem deixou a criança. A própria construção da roda foi feita para manter o segredo".²⁶

Pode-se, com certa tranquilidade, de semelhantes ações comportamentais, concluir que as causas da exposição e do abandono não mereciam ou não deveriam ser investigadas. A sociedade de então se esconde nas voltas da roda.

²⁴LEITE, Mirian Lifchitz Moreira. O óbvio e contraditório da roda. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História da criança no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Contexto (Caminhos da História), 1998. p.99.

²⁵LEITE, Mirian Lifchitz Moreira, op. cit. p.104. Citando o diário do escritor norte-americano Thomas Ewbank, fornece clara descrição da roda: "O engenho para receber as crianças consta de um cilindro oco e vertical, e girando em torno de um eixo. Um terço dele é aberto para dar acesso ao interior, e o fundo é coberto com um almofada. O aparelho é constituído de tal modo que é impossível aos de dentro verem os do lado de fora".

²⁶Ibid., p.107.

Louva, em crítica à Roda, Alvarenga Netto, a "exclusão do systema de rodas" pelo Código de Menores "Mello Mattos", julgando este expediente um "incentivo ao crime, uma chaga moral, incompatível com a civilização moderna".²⁷

Baptista de Mello²⁸ precisa bem a desatenção às crianças ao tratar dos expostos e abandonados, chamando de ato bárbaro a conduta dos pais de abandonarem seus filhos logo depois do nascimento, ou para se livrarem das despesas da criação e educação, ou para se pouparem à infâmia. É claro que sua preocupação é a da defesa dos filhos ilegítimos, mas sua análise acaba por descrever o comportamento da sociedade civil relativamente à juventude.

Não escapou à sua criteriosa pena a evolução do direito brasileiro nessa área, apontando que o "velho direito reinicola, em disposições que se encontram nas Ords. 1, 88, §§11, 12 e 18, e no Alvará de 24 de outubro de 1814", especulou sobre a proteção dos abandonados. Segue indicando que o Esboço de Teixeira de Freitas, no artigo 1637, abordava a questão dos expostos e menores abandonados e que o artigo 412, do Código Civil, acautelou os menores, "ditos em direito – expostos ou engeitados". Cita, ainda, a Lei n.º 4242, de 5 de janeiro de 1921, destinada ao amparo dos que nasceram sem pai e sem mãe (e seu respectivo regulamento, veiculado pelo n.º 16.272, de 20.12.23) e a Lei n.º 5.083, de 1.º de dezembro de 1926, igualmente voltada à implementação de medidas de proteção à infância.

Bulhões Carvalho, coerente com este viés do direito infanto-juvenil brasileiro, não verifica contribuição do Código Civil no sentido de avançar na proteção da "menoridade", revelando, aliás, que tal codificação não assimilou a tendência dos direitos francês, belga e português, de uma interferência objetiva do juízo de menores com vistas a velar pela saúde, segurança, moralidade ou educação dos "menores" (prevenindo ou corrigindo), sem suspender ou cassar o pátrio-poder.²⁹

²⁷NETTO, Alvarenga. **Código de menores**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Leite Ribeiro, 1929. p.24.

²⁸MELLO FILHO, Joaquim Baptista de. **Direitos de bastardia**. São Paulo: Saraiva, 1933. p.326 e seguintes.

²⁹CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Op.cit., p.260.

Em comentário do mesmo autor pode-se extrair a falta de modernidade do Código Civil em face da infância e da adolescência, quando ao abordar o seu artigo 394, diz que o mesmo acabou, pela sua redação confusa, sendo compreendido como um reforço ao pátrio poder, sendo que a tendência seria entendê-lo como simples tutela, daí porque, no respeitante a "menores", a legislação epigrafada já sofreria modificações em 1921, pela Lei n.º 4242 e, em 1927, pelo Código de Menores.³⁰

Rigorosamente na mesma direção aponta Antonio Carlos Gomes da Costa, para quem, no Brasil, "não se registra" da chegada dos colonizadores até o início do século XX ações que possam ser caracterizadas "como política social", sendo o atendimento da população, neste campo, "entregue à Igreja Católica". Para ele, as primeiras iniciativas de ações sociais datam do período 1900-1930, merecendo destaque, em 1927, o Código de Menores "Mello Mattos".³¹

O Código Civil pouco contributo traz à situação da juventude necessitada, indicando, não obstante, que o Estado passa a definir a situação dos jovens a partir da classificação dos filhos (naturais, adulterinos e incestuosos), da valorização do pátrio poder, da punição aos abusos do pátrio poder, da determinação de obrigação dos pais para com a família e a possibilidade da propositura da investigação de paternidade.³²

Dessa franciscana colaboração pode-se citar, com Carvalho Santos, quando refere à dissolução da sociedade conjugal, de seu comentário ao artigo 327, do Código Civil, um aparente cuidado com a infanto-adolescência ao epigrafar, em face dos filhos, havendo motivo grave, que a autoridade judiciária poderia estabelecer a guarda ao seu prudente juízo, considerando o "sexo, o estado de saúde dos menores, as necessidades de sua educação, a conveniencia de retiral-os do convívio de más companhias, a defesa de sua moral, ameaçada pelos maús exemplos que poderiam receber com o convívio dos paes".³³

³⁰CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Op. cit., p.261-263.

³¹MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p.123-124.

³²CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Op. cit., p.5.

³³CARVALHO SANTOS. Op. cit., p.300, v. v.

Detecta-se em seus comentários outra cautela relativa à juventude, qual seja a unidade de tutela prevista no artigo 411, do Código Civil, isto é, havendo irmãos órfãos, a eles se dará um só tutor. Este princípio, que acolhe a unidade e a indivisibilidade da tutela é resultado, segundo o civilista, da noção de ser a tutela instituída em benefício do "menor".³⁴

Não se pode esquecer, porém, diante das lacunas sobre a infância e a juventude, que a lei civil "era destinada a uma classe de cidadãos de uma certa camada da sociedade: na prática, a tutela jurídica não atingia as famílias dos 'mendigos' dos 'vagabundos', das 'prostitutas', dos negros recém-libertados". Somente a família legítima encontrava valorização, com forte tendência de importância aos direitos patrimoniais e as demais manifestações familiares, o "'resto' era considerado como 'enjeitados' ou 'párias' desta mesma sociedade".³⁵

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando superar esta conotação excludente, vêm infundir profundas alterações no Código Civil, em especial "nas normas referentes às relações de parentesco (...) a partir do novo conceito de família e da proibição de qualquer discriminação de filiação" ali previstos, e tais inovações pelos declinados normativos e por outras "leis ordinárias (Lei n.º 78441/89, Lei n.º 8.560, de 29.12.92, Lei n.º 8.648, de 20.04.93, Lei n.º 8.971, de 29.12.94), no que se refere às relações de família, à guarda, à tutela, à adoção e a outras regras previstas" na codificação civil, alterando-a, exigem que esta deva "ter sua interpretação e aplicação integradas às referidas normas posteriores, principalmente, às regras constitucionais e estatutárias ...".³⁶

³⁴CARVALHO SANTOS. Op. cit., p.233, v. vi.

³⁵Ibid., p.5.

³⁶FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.43-44.

SEÇÃO 2

CÓDIGO DE MENORES "MELLO MATTOS": A DESCOBERTA DA CRIANÇA INSTITUCIONALIZADA

O Código de Menores de 12 de outubro de 1927, chamado de "Mello Mattos", vem completar o ciclo de normas declinado na seção anterior e que, segundo Francisco Pereira de Bulhões Carvalho,³⁷ "modificaram completamente a situação relativa aos menores abandonados e delinquentes", visando substituir a aplicação de penas "por medidas de prevenção criminal e assistência, conforme o grau de corrupção do menor", pretendendo fazer desaparecer a "classe do menor delincente (...) e mesmo toda classificação de menores, que apenas se distinguem pelo grau de inadaptação social, para aplicação duma medida protetora, reeducadora ou preventiva, conforme o menor esteja apenas em perigo em sua saúde, segurança, moralidade ou educação, ou já com as mesmas comprometidas".³⁸

O campo fértil à aprovação dessa legislação menorista é, com efeito, a nova perspectiva de *assistência e proteção social*, indispensável ante a presença da *criança abandonada, vadia ou infratora*.

A mudança força passagem para superar o tratamento da infância como "caso de polícia e de simples repressão urbana". Formar e educar os "menores" é a palavra de ordem, missão destinada ao Estado (institucionalização do direito de "menores") e voltada àqueles em "condição de desamparo material e moral".³⁹

As molas propulsoras da novel concepção são "a preocupação com a preservação da ordem social aparentemente ameaçada e o interesse em assegurar o

³⁷CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do Menor...** p.33.

³⁸Ibid., p.vii.

³⁹LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História da criança no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Contexto, 1998. p.140-143. (Caminhos da História)

modelo capitalista brasileiro",⁴⁰ ou, em outras palavras, não é a condição de criança ou adolescente, seu reconhecimento como sujeito de direitos, como categoria jurídica, o elemento catalisador das modificações, mas é, ainda, a concepção discriminadora e econômica que determina uma política de ordem unicamente assistencialista, incapaz de projetar, via juventude, uma sociedade em que fosse relevante a dignidade de seus componentes, de qualquer idade ou categoria social.

A mentalidade presente ao tempo do Código "Mello Mattos" acerca da infância e da juventude é, com efeito, tendencialmente penal e direcionada, especialmente, a abandonados e delinquentes.⁴¹

As décadas seguintes não evoluiriam este modo de ver a infanto-adolescência, persistente nesse modelo assistencialista-excludente, diga-se, até o advento da Carta Brasileira de 1988. Edson Passetti expressa bem esta estagnação com a seguinte formulação:

Caberá às instituições do Estado, em comum acordo com as comunidades das classes, curá-la. O que se pretende é curar a pobreza ou minimizar os impactos na oscilação da taxa de lucro?⁴²

Essa indagação/observação externa forte crítica à Política do Bem-estar do Menor (PNBM) e denota a faceta do assistencialismo que sempre se buscou esconder quando da instalação da FUNABEM e das FEBEMS, qual seja, não visar os seres humanos sujeitos ao atendimento, mas a manutenção do sistema econômico e a "transformação da personalidade individual" nos moldes desejados pelos dominadores.⁴³

O assistencialismo referido nada mais é do que continuação, quase meio século depois, das regras básicas do Código de Menores de 1927, com o trinômio

⁴⁰LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: PRIORE, Mary Del. (Org.) **História da Criança no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Contexto, 1998. p.143. (Caminhos da História).

⁴¹NETTO, Alvarenga. **Código de menores**. Rio de Janeiro: Livaria Editora Leite Ribeiro, 1929. p.5-7.

⁴²PASSETTI, Edson. O menor no Brasil republicano. In: PRIORE, Mary Del. (Org.). **História da Criança no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Contexto, 1998. p.154.

⁴³NETTO, Alvarenga. Op. cit., p.158.

"menor abandonado, menor explorado e menor anti-social (ou infrator)", ou, em outras palavras, o "menor" é considerado um "carençado socioeconômico".⁴⁴

Nesse período pós-código de 1927 (durante sua vigência), há, é preciso que não se oculte, sementes de uma abordagem sobre interdisciplinariedade e da compreensão de que a proteção do "menor" deve abranger as áreas de educação, da saúde, da recreação, amor e compreensão e segurança, âmbitos da existência que se acomodam nos direitos fundamentais de segunda geração num aspecto mais amplo e, numa acepção mais restrita e não excludente da anterior, encontram guarida dentre os direitos de personalidade.⁴⁵

Interessante focar a abrangência do Código "Mello Mattos" dada por Bulhões Carvalho, que a descreve em oito itens, não sem antes reverenciar a qualidade da legislação epigrafada, que teria tratado a matéria do direito do menor "em todas as suas faces". Declina-se, a seguir, o rol referido pelo menorista:

- a) Ao mesmo tempo que trata desenvolvidamente da liberdade vigiada, manda aplicá-la, no Art. 100, a diversas situações em que se encontram menores não infratores e seus pais, instituindo, praticamente o que hoje se denomina a 'assistência educativa';
- b) Admite um esboço de polícia privativa de menores, sob o nome de comissários de vigilância efetivos e voluntários;
- c) Institui um Conselho de Assistência e Proteção aos Menores, como órgão auxiliar de assistência ao menor (Art. 222), que não é apenas normativo, como a atual FUNABEM, mas também dá prestação direta de assistência ao menor (Art. 222);
- d) Prevê a cooperação da caridade particular (Art. 208) e da população em geral como participantes desse órgão assistencial (Art. 228);
- e) Prevê minuciosamente preceitos para o trabalho dos menores, muito antes das Leis de 1932, 1941 e da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 sobre essa matéria;
- f) Regulamenta as diversões públicas na parte relativa à participação de menores;
- g) Cria figuras penais novas, protegendo os menores;
- h) Cuida da situação dos infantes expostos e de primeira idade, abolindo o sistema da roda e regulamenta a ablatação da criança lactante por terceira pessoa mediante salário.⁴⁶

⁴⁴PASSETTI, op. cit., p.55-156, 159.

⁴⁵Ibid., p.167.

⁴⁶Ibid., p.335-336.

Tânia da Silva Pereira lembra que pelo Código Mello Mattos (José Cândido de Albuquerque Mello Mattos) se reconhece uma "ação social do juizado de menores" atribuindo-se-lhe o papel de declarar a condição da criança, "se 'abandonada' ou não, se 'delinquente' e qual o 'amparo' que deveria receber".

Esta legislação visa à assistência aos menores de 18 anos e num "avanço para sua época, mandou que se tivesse em vista o estado físico, moral e mental da criança, bem como a situação social, moral e econômica dos pais", indicando alguma atenção e cuidado com o processo de dignidade do indivíduo criança ou adolescente, quase atribuindo-lhe como direitos estas manifestações de sua personalidade.⁴⁷

Em artigo de 1937, quando então em vigor o Código "Mello Mattos", o Desembargador Vicente Piragibe ressalta a atenção de que a criança é merecedora, referindo a ensinamento de Jacqueline Hebrard, para quem "a primeira riqueza de um paiz é seu capital humano" e, logo, o cuidado com a infância, principalmente com a infância abandonada e delinquente, sobrepõe-se "a todas as questões porque está intimamente, visceralmente ligada à existencia da propria nação...".⁴⁸

Tal posicionamento, com cinquenta anos de antecedência, é convergente com o princípio da prioridade absoluta alojado no artigo 227, da Constituição de 1988, e que será objeto de abordagem em momento oportuno.

O referido articulista indica para uma interdisciplinariedade quando, no mesmo trabalho, comenta o erro de tratar-se a "infancia desvalida como um problema exclusivamente medico ou educacional, ou economico, ou jurídico, ou psicologico, porque é conjunto de todos esses problemas, porque é um problema medico-social". Refere-se, seqüencialmente, à extensão do "problema" e a fixa a partir dos capítulos do Código de Menores então vigente, relativamente aos abandonados, vadios, mendigos e libertinos, afirmando ser entre todas "essas categorias que se terá de exercer a assistência nas sua tres phases de investigação, de prevenção e de cura".⁴⁹

⁴⁷PEREIRA, Tânia da Silva. Op. cit., p.6.

⁴⁸PIRAGIBE, Vicente. Infancia abandonada e delinquente. **Revista Forense**, [s.l.], p.231, maio, 1937.

⁴⁹Ibid., p.232.

Há, indiscutivelmente, grande carga discriminatória e uma coisificação da juventude ao categorizá-la como vadios, libertinos, delinqüentes e abandonados, tidos como "vítimas dos tentáculos da miséria, da qual decorrem o abandono, as doenças, os vícios, os crimes e tudo o mais",⁵⁰ mas existe, paradoxalmente, algum enfoque humanizador no entendimento de que a problemática deve ser abordada de forma preferencial e sob vários matizes.

Pode-se, nessa direção, verificar cautelas em relação à higiene infantil e uma preocupação em determinados setores com a proteção da infância.

Alvarenga Netto, comentando o Código "Mello Mattos", refere a palestra de Moncorvo Filho proferida na sessão de abertura do Congresso de Proteção à Infância, realizado em 27 de agosto de 1922, em que se constata a existência de mobilização da imprensa e de parlamentares na defesa da infância,⁵¹ o que confirma a ocorrência de um movimento brasileiro em favor desse setor social e cômsona, faça-se justiça, com a Declaração dos Direitos da Criança de 1924 (Genebra), da Liga das Nações, que assimilou os princípios traçados pela International Union for Child Welfare, bases de um esboço de direitos de personalidade.

Gomes da Costa anota sobre esse tema e num ângulo mais realista, retornando ao enfoque de descaso com a juventude, que os reformatórios e casas de correção tiveram seu ambiente propício no período autoritário que vai de 1930 até 1945, com a criação do Serviço de Assistência ao Menor (SAM - 1942), que "funcionava como um equivalente do Sistema Penitenciário para a população menor de idade", tendo predominantemente uma orientação correicional-repressiva.⁵²

⁵⁰LYRA, Roberto. Promessas e realidades da assistência aos menores. **Revista Forense**, [s.l.], p.454, março 1927.

⁵¹NETTO, Alvarenga. Op. cit, p.16-17.

⁵²Ebe Campinha dos Santos, op. cit., p.56-57, sobre este período observa a importância de avaliar "o crescimento industrial esboçado na década de 30", bem assim "o movimento operário e a luta emergente dos direitos dos trabalhadores", dando azo a um intervencionismo estatal como resposta às questões sociais. No Estado Novo (1937/1945) dar-se-ia uma normatização dos direitos sociais, ambiente propício para a criação do Serviço de Assistência a Menores (SAM - 1941), que segue "a lógica do sistema penal adulto" e mesmo o normativo de 1943 que revisa o Código de Menores à luz

Revela, igualmente, que entre 1945 a 1964 o "ramo social do Estado Brasileiro" permanece constatante, havendo duas tendências, uma de aprofundar conquistas sociais e outra de refreá-las, resultando, semelhante antagonismo, no adiamento de decisões fundamentais.

Com a ditadura de 1964 manifesta-se uma nova corrente de pregação social pautada nos efeitos tecnológicos e econômicos, e nessa nova perspectiva é que se cria a Política do Bem-Estar do Menor (PNBEM - Lei n.º 4.513/64) e o Código de Menores veiculado pela Lei n.º 6.697/79, fincado ideologicamente na doutrina da "situação irregular", como ulteriormente se analisará de forma mais detida.⁵³

Relativamente à PNBEM, segundo Ebe Campinha dos Santos, foi estabelecido um "sistema centralizado e vertical de tratamento ao 'menor' ", sendo que o "órgão de controle e orientação passa a ser a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM), criada no intuito de corrigir as distorções do SAM, que com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU, passou a ser alvo de críticas e denúncias".⁵⁴

Sobre esta matéria, anota, ainda, a precitada autora, que a "nova política aponta uma mudança do enfoque do 'menor' como ameaça social, para a 'criança, carente e abandonada' (...) (n)o entanto, na realidade, o atendimento à infância e à adolescência pobres, continuou perpetuando a lógica carcerária com a qual dizia romper, acompanhando a lógica repressiva e de controle social instalada com o governo militar".⁵⁵

O assistencialismo perdura, como se vê, até a década de 1960, onde a depressão político-fiscal do Estado o arrasta mais uma vez em direção a governos

do Código Penal "modificando a noção de periculosidade, abandonando a categoria 'delinqüente' para utilizar a de 'infrator' (...) (só) vem a cristalizar de vez a visão da menoridade como um caso de polícia". Conclui a autora que o "autoritarismo, o paternalismo e o clientelismo que marcaram o Estado Novo, vão permear também o atendimento da infância e da adolescência neste período".

⁵³SANTOS, Ebe Campinha. Op. cit., p.124-125.

⁵⁴Ibid., p.56.

⁵⁵Ibid., p.57.

autoritários resistentes a manifestações sociais, forjando afastamento da ordem política e jurídica de iniciativas de fomento do social. O aspecto fiscal da crise conduz a uma severa redução na ação estatal assistencialista e os projetos voltados a tais concepções perdem um importante parceiro, que é exatamente o Estado-Subsidiário.⁵⁶

O modelo sóciojurídico é o ditado pelo regime autoritário e dirige-se para uma concepção mais moderna do atendimento da infanto-adolescência, centrada na "defesa social", desenvolvendo-se, nesse ambiente, a antes referida doutrina da "situação irregular",⁵⁷ que, em verdade, mantém a perspectiva de preservação do grupo dominante iniciada pelo Código "Mello Mattos".

SEÇÃO 3

CÓDIGO DE MENORES DE 1979: A SITUAÇÃO IRREGULAR

O Código de Menores de 1979 revoga o intitulado "Mello Mattos" e traz em seu cerne, exatamente, a retro indicada doutrina da "situação irregular", consistente em considerar indistintamente "menores" abandonados e delinquentes como um "sub-produto" da juventude, criado pelas crises socioeconômicas deste século.

Márcio Thadeu Silva Marques elabora profícua referência à mencionada doutrina, dispondo que no Brasil:

o Código de Menores foi instrumento mais poderoso na consolidação da chamada doutrina da situação irregular, esta instituída com foco estigmatizante, no mais das vezes, por se referir quase sempre àquele infanto-juvenil em situação de desajuste familiar, por questões principalmente de ordem econômica, alcançando notadamente meninas e meninos habitantes de rua, adictos ou de qualquer forma marginalizados, excluindo-os ainda mais do gozo dos direitos e garantias que teriam, se adultos fossem.⁵⁸

⁵⁶MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p.40-41.

⁵⁷Ibid., p.40, 57.

⁵⁸MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.468.

A situação irregular contida nessa lei do fim dos anos setenta tem escora no argumento de que todos os problemas se originam das crises mencionadas, não se investindo, com base em tal discurso, em projetos sociais, não se priorizando, por conseqüência, os setores hipossuficientes, enquadrados simplesmente num determinado modelo jurídico descompromissado em buscar sujeitos de direitos, mas, antes e isto sim, determinado a garantir a segregação das categorias não acolhidas pela esfera estatal no âmbito de seus programas. São, pois, comuns, a apreensão, a rotulação, o confinamento e a deportação institucional.⁵⁹

Não se reconhecendo a infância e a adolescência como categoria jurídica e seus integrantes como sujeitos de direitos, tem-se uma "categoria residual", excluída do eixo da aceitação social e somente recordada pelo sentimento da compaixão, nos quadros de miserabilidade, ou pela suposta necessidade de repressão à delinqüência.

A doutrina da "situação irregular" propicia, dessa forma, a existência de um nicho social com necessidades básicas supridas, ao qual se pode nominar de infância e adolescência e outro, cujas necessidades são total ou parcialmente privadas e cujos componentes são marcados pela expressão "menores" e basicamente são as crianças e adolescentes sem condições econômicas e sociais.

Todas essas observações são extraídas das considerações de Garcia Mendez , o qual, confrontando os dois universos, indica termo sintetizador do setor privilegiado, aquele das necessidades satisfeitas, como sendo o da "criança impune-proprietária" para o qual as normas de "menores" não se aplicam.

De outro lado, os excluídos, os "menores", têm sua existência relacionada ao termo "criança sancionada-expropriada", tendo em vista a submissão a um regime legal onde a marca registrada é a "disponibilidade estatal absoluta de sujeitos vulneráveis" que se curvam aos diversos meios de institucionalização, de modo arbitrário, combatendo-se, com isso, o efeito da violência e do abandono, com a retirada dos indivíduos "menores" dos olhos da sociedade.⁶⁰

⁵⁹MENDEZ , op. cit., p.68, 99.

⁶⁰Ibid., p.90-93.

Para Tânia da Silva Pereira, "(a) lei de menores era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões da família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos. O Código de Menores não se dirigia à prevenção, só cuidava do conflito instalado".⁶¹

Como se verifica não é, lamentavelmente, otimista o período de vigência do Código de Menores em apreço (11.10.79 a 12.10.90), cujo diploma pautou-se em combater o efeitos da crise familiar e juvenil, ao contrário do que se observará com a legislação que o sucederá – Lei n.º 8.069/90 –, que substituirá a verificação da situação irregular por uma "doutrina dos Direitos Fundamentais da Criança e do adolescente (...) (condutora de) profundas mudanças pois o Estatuto vai ao encontro (sic) das causas no que concerne aos direitos fundamentais ...".⁶²

Buscando os auspícios de Bulhões Carvalho em seu *Falhas do Novo Código de Menores*, extrai-se de seu cotejo com o vetusto Código "Mello Mattos" a detecção de dois grandes defeitos da Lei n.º 6.697/79.

O primeiro revela a não atenção com a "assistência educativa", que, em síntese, traduziria a nova tendência belga, francesa e portuguesa, de centrar seus interesses em "cada menor, cuja saúde, segurança, moralidade e educação estejam afetadas ou em perigo", atribuindo ao Judiciário poder para intervir em favor do menor. A segunda grande falha foi a não referência aos direitos fundamentais da criança (alimentos, habitação, recreação, assistência médica, educação). Em seu prefácio conclui que a então nova legislação em muito pouco inovou.⁶³

O cenário antes apresentado vem ratificado pela sensível obra *Abandonados*, de Lia Junqueira, na qual, em seu todo, há uma séria reflexão sobre a "política de menores", abordando delicadas questões como o trabalho, a vida na rua, na Febem e na família, a violência, ignorância e inoperância das instituições oficiais. As articulações laboradas na obra, infelizmente, continuam sendo atuais.

⁶¹PEREIRA, Tânia da Silva. Op. cit., p.7.

⁶²SIQUEIRA, Liborni (Coord.). **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.ix (prefácio).

⁶³CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Falhas do novo código...** p.10-14.

A autora culmina seu trabalho fazendo referência ao sancionamento do à época novo Código de Menores, sem comemorá-lo, pois percebe em suas disposições cuidado "em proteger a sociedade dos menores pobres e carenciados", mostrando o caráter negativo, antes anotado, da doutrina da "situação irregular", voltada ao bem-estar dos adultos.

Ressalta Lia Junqueira a severidade do regime penal imposto ao menor infrator, os riscos da adoção por estrangeiros, dizendo que "o Brasil abre mão de suas crianças", e as inúmeras reservas da lei, tanto que "dependendo de cada Juiz de Menores, ora serve para proteger, ora é usado para massacrar a criança".⁶⁴

O mesmo aspecto – o judicial – do Código de Menores, é destacado por Maria de Fátima Carrada Firmo. Tratando do papel do Estado quanto à nova política da proteção integral da criança e do adolescente, a autora afirma que este "novo posicionamento político brasileiro" conduziu a uma mudança de grandes proporções na legislação infanto-juvenil, não sendo suficiente uma reforma, apenas, da norma menorista, posto nela só se prever "a atuação do Estado, quando a criança e o adolescente se encontravam em situação irregular e, assim, restringia-se a normatizar as medidas aplicadas pelo Poder Judiciário".⁶⁵

Com efeito, ao Estado coube apenas este pobre papel de coadjuvante da manutenção do *status quo*, ou no dizer de Ebe Campinha dos Santos, analisando as hipótese do "menor" em situação irregular, "(m)ais uma vez, centra-se somente na família a responsabilidade por estas privações e irregularidades, omitindo desta o Estado e a sociedade".⁶⁶

Percebe-se, assim, o insucesso a que estava fadado o aludido Código de Menores, ante sua defasagem com as exigências contemporâneas de propiciar a dignidade da pessoa humana.

⁶⁴JUNQUEIRA, Lia. **Abandonados**. São Paulo: Ícone, 1986. p.156, 157-165, 166.

⁶⁵FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op. cit., p.31-32.

⁶⁶SANTOS, Ebe Campinha dos. Op. cit., p.58.

Foi mais fácil, com sua edição, embora efêmera, responder aos reclamos de determinadas camadas sociais, alimentando a manutenção de arbitrariedades, do que assumir a necessidade de novos referenciais.

Elucidativa a postura convergente de Ebe Campinha dos Santos a estas constatações, quando indica que ao tempo da doutrina da situação irregular detecta-se "indignação pelas condições de encerramento de crianças e adolescentes abandonados e delinquentes", o que, diga-se, direciona-se para alguma preservação de valores personalíssimos. Semelhante atenção, porém, não foi capaz de alterar "a cultura hegemônica de seqüestro e segregação sociais".⁶⁷

Com isso, a criança ou adolescente estigmatizados pela pobreza, único setor em verdade sujeito à lei, viam-se submetidos a prisões ou tratamentos institucionais, sem o efetivo combate às causas de sua chamada "situação irregular", daí não se reconhecer em tais ações modos de proteção da juventude.

Em verdade, como se extrai dos escólios de Tânia da Silva Pereira, o Código de Menores de 1979 pouca modificação traz em relação ao "Mello Mattos" e normativos que dele derivaram, dando destaque à semelhança das instituições de política do "menor" que funcionaram ao tempo da nova codificação como aquela prevista pelo Decreto n.º 3.779/41, que criou o "Serviço de Assistência a Menores - SAM", que visando proteger "desvalidos e infratores", pautou-se "por seus métodos inadequados e pela repressão institucional à criança e ao jovem".⁶⁸

O legislador brasileiro só atentaria para mecanismos protetivos da infância e adolescência a partir da Constituição Federal de 1988, quando lhes atribuiu no artigo 227, de forma expressa, direitos fundamentais.

⁶⁷SANTOS, Ebe Campinha dos. Op. cit., p.35.

⁶⁸PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente...* p.18.

CAPÍTULO 2

OS RUMOS DA ORDEM JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

SEÇÃO 1

CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CIDADANIA PARA TODOS

Afere-se do escorço legislativo em torno da juventude, referido no capítulo anterior, que os direitos fundamentais da criança no Brasil são conquista mui recente, sendo necessário deixar indelével, desde logo, o "vício histórico das nossas Constituições anteriores: não consagrar um direito da criança independente do pai e da mãe". Com essa expressão Antonio Chaves, reportando-se a discurso do Deputado Nelson Aguiar, lembra ter este declarado que antes da Carta em vigor "tivemos sete Constituições e que em nenhuma delas o legislador constituinte preocupou-se em estabelecer os princípios do direito da criança no texto das mesmas (...)", tendo ficado "o direito da criança incorporado ao Direito de Família de tal forma" a ser exercido "através do pai e da mãe", significando "dizer que a criança sem família neste País não tinha direito".⁶⁹

A afirmação a respeito do silêncio constitucional sobre a infância e a juventude vem ratificar a pouca referência infraconstitucional e a rara atenção legal, até o Estatuto da Criança e do Adolescente, com essa categoria social. Efetivamente, apenas após a Constituição de 1988 é possível admitir que crianças e adolescentes têm direitos em face de sua peculiar condição de desenvolvimento, prerrogativas, aliás, passíveis de exercício independentemente das deliberações de pais ou responsáveis.⁷⁰

⁶⁹CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2.ed. São Paulo: LTr, 1997. p.41-42.

⁷⁰É pacífico que o tratamento específico, autônomo à infanto-adolescência, só se deu com a CF/1988, importa, entanto, apontar que alguma preocupação com a infância e a juventude foi manifestada em Constituições anteriores. Fazemos uso, para tanto, das palavras de Paulino Jacques, em seu Curso de Direito Constitucional, p.417-419, que noticia ter o Brasil, inspirado na Constituição Weimar (1919), introduzido um capítulo sobre a família na Constituição de 1934, onde há referência ao reconhecimento dos filhos naturais e à igualdade com filhos legítimos. De igual modo reporta que a Carta de 1937 dedicou da substância da família, patenteando expressamente dever dos pais com a

É a infância e a juventude, com o novo enquadramento constitucional, um segmento que *per se* passa a ter relevância no mundo jurídico.

Dessa maneira, o ângulo que se pretende tomar do compromisso básico da sociedade e do Estado é aquele pertinente à sua assimilação dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e, portanto, sua apreensão dos chamados direitos fundamentais.

Releva aos estudiosos o valor constitucional dado a determinados direitos, que, contidos em princípios ou em regras constitucionais, têm potencial efetivo para imprimir no estatal e no social o agir necessário à implementação.

Não é, contudo, inovadora tal postura, que, aliás, vem sendo diuturnamente reavivada, exatamente com fins de buscar na Constituição a efetividade que dela se espera, para que suas instituições reproduzam suas normas.

Não obstante, por sua atualidade, reproduzi-se o lamento de Baptista de Mello, que nos idos de 1933, em seu *Direitos de Bastardia*, assim se pronunciava:

Há seculo e meio, quasi, que a Assembléa Nacional revolucionaria de 1791 ditou ao mundo o credo sublime da justiça e da equidade, declarando de fórma immortal e indestructiveo os direitos do homem; ha perto de meio seculo que a Constituinte Brasileira de 1891 prescreveu para a nossa patria livre e liberal a igualdade de todos os seus filhos perante a lei – e a França e o Brazil, abolindo os privilégios de sangue e de raça, consentiram que esses mesmos privilégios continuassem a ter existência legal...

O que não se compreende, porém, ante a lógica e razão, é como os princípios declarativos de direitos, assignalados nas cartas constitucionaes de ambos os paizes, estabelecendo a igualdade de nascimento de seus concidadãos, possam ser derogados ou limitados...

Mais consentanea com a logica e com a razão seria a supressão de taes dispositivos constitucionaes, que, sendo o ideal de todos os seres humanos, não passam, todavia, de um jogo de palavras, assente no tablado da sociedade fementida e iconoclasta dos tempos hodiernos.⁷¹ (sem grifos no original).

educação integral da prole, a igualdade jurídica dos filhos naturais com os legítimos, sendo garantido àqueles os mesmos direitos desses, e, tal qual em 1934, "mandou amparar 'a infância e a juventude', cabendo ao Estado tomar 'todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades", importando o seu abandono em falta grave dos responsáveis por sua educação, criando para o Estado o dever de provê-los de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Finalmente, sobre a Constituição de 1946, revela que nada inovou em relação ao diploma anterior.

⁷¹MELLO FILHO, Joaquim Baptista. *Direitos de bastardia*. São Paulo: Saraiva, 1953. p.5-6.

Lastimavelmente, os motivos de preocupação e insatisfação do jurista permanecem até nossos dias, muito embora, é verdade, mostrem-se as contemporâneas Constituições mais claras e objetivas quanto à proteção das categorias sociais.

A adequada compreensão, no entanto, do papel das Constituições como receptáculos dos direitos fundamentais e, no caso do estudo ora desenvolvido, dos direitos básicos da juventude, passa por um exame da estrutura dos direitos fundantes, temática, frise-se, da qual não nos afastaremos durante todo o trabalho.

Estabelecendo comparação entre a Lei Fundamental alemã e o Estatuto Magno Brasileiro de 1988, Friedrich Müller observa que um quadro constitucional onde o Estado de Direito e a democracia estejam presentes é o resultado de uma conquista para incorporar estes elementos e sua existência propicia que "uma parte relevante da vida social seja determinada pela democracia, à medida que ela ainda possa ser genericamente controlada pelo direito".⁷²

A manifestação desse perfil constitucionalizado do Estado é relevante para o autor germano com vistas à realização dos direitos fundamentais, e o ponto crucial de um envolvimento nesse vetor em nossa Carta mostra-se na "invocação do povo no preâmbulo, a finalidade da outorga da Constituição comprometida (igualmente no preâmbulo) com o Estado democrático de Direito (com o Art. 1 da Constituição Brasileira) e a identificação do povo como fonte de 'todo o poder' (Art. 1, parágrafo único)" e por isto o termo "deve ser compreendido como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), deve ser levado a sério como conceito jurídico e ser interpretado *lege artis*".⁷³

Pertinente, quanto à introjeção dos direitos fundamentais, referir as palavras de Heloísa Helena Barboza, no sentido de que a Constituição Federal reconhece às "crianças e adolescentes o seu lugar na família e na sociedade, não mais em atitude protecionista, mas declarando os direitos que lhe são próprios como *pessoas em*

⁷²MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.87.

⁷³Ibid., p.83, 89.

desenvolvimento", indicando, de tal maneira, qual deve ser o exercício intelectual para trabalhar, a partir do Estatuto Supremo, os direitos da juventude.⁷⁴

Desse modo, a Carta da 1988 (e o Estatuto da Criança e do Adolescente) revela "três fundamentos que dão novo direcionamento à proteção da infanto-adolescência", quais sejam, a condição de sujeitos de direitos das crianças e adolescentes, que assim "deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de Direitos Fundamentais", a condição de pessoas em peculiar condição de desenvolvimento e a "mudança na gestão da política de atendimento à infância e à juventude, tendo por diretrizes a 'descentralização político-administrativa' e a 'participação da população por meio de suas organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações e todos os níveis', previstas no Art. 204 - CF".⁷⁵

E deve ser assim, porque, tal qual nos noticia Cecilia P. Grosman em relação ao direito argentino "*el mandato constitucional, de acuerdo con el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no sólo va dirigido a resolver problemas privados en el ámbito judicial o administrativo, sino que la protección del 'interés superior del niño' se erige en responsabilidad primordial del Estado a la hora de diseñar las leyes tendientes a la protección de la infancia*", e, logo "*los derechos acordados a los niños configuran, precisamente, el poder que se les otorga destinado a tutelar sus intereses vitales mediante el reclamo de determinados comportamientos, tanto por parte del Estado como de las personas que los tienen bajo sus cuidados*", *concluyendo que "(a) punto tal se ha dado valor a tales derechos que algunos autores sugieren reemplazar la noción del 'interés del niño', por una definición clara y rigurosa de sus derechos, creando los medios necesarios para hacerlos respetar"*.⁷⁶

⁷⁴BARBOZA, Heloísa Helena. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.110.

⁷⁵PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e ...** p.28-29.

⁷⁶GROSMANN, Cecilia P. et al. **Los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998. p.43, 45-46.

Há que se anunciar, para maior clareza, a miríade de expressões destinadas a indicar direitos fundamentais, dentre as quais destacamos, segundo leciona Ingo Wolfgang Sarlet,⁷⁷ as que a própria Constituição Brasileira elenca, tais como *direitos humanos* (Art. 4.º, inc.II), *direitos e garantias fundamentais* (epígrafe do Título II e Art. 5.º, §1.º), *direitos e liberdades constitucionais* (Art. 5.º, inc.LXXI) e *direitos e garantias individuais* (Art. 60, §4.º, inc. IV).

Apropriando-nos do título e da alentada pesquisa de Sarlet, pode-se apontar o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais em três etapas: (a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; (b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; (c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Primeira fase - a pré-história dos direitos fundamentais importa na compreensão do legado do mundo antigo, isto é, a sua herança são as idéias-chave que nortearam o pensamento jusnaturalista de que o ser humano, pelo fato de existir, é titular de direitos inalienáveis. As idéias, os valores deixados estão ligados à concepção da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade dos homens, que encontram conforto a partir da filosofia greco-romana e do pensamento cristão.

Segunda fase - coincide com o desenvolvimento das doutrinas jusnaturalistas, que continuam substrato suprapositivo orientador e limitador do poder e com elemento a dar-lhe (ou não) legitimação. Destaca-se, nessa etapa, São Tomás de Aquino e sua idéia de duas ordens distintas, a do direito natural e a do direito positivo, este agrilhado por aquele.

Esta fase é o berço do desenvolvimento do sentimento, da compreensão em torno do que é dignidade humana, como expresso valor da personalidade humana.

No desdobrar das correntes, destaca-se o desenvolvimento, por Hugo Grócio,⁷⁸ da idéia de direito subjetivo, definido, no limiar da Idade Moderna, como "faculdade da pessoa que a torna apta para possuir ou fazer algo justamente".

⁷⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.29.

⁷⁸LEITE, Eduardo de Oliveira, **Tratado de direito de família**. 1. Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991. p.272-273. "O imenso tratado de Grotius, **Du droit de la guerre et la paix** (...) é marco decisivo na história do século XVIII, não só como fundador da Escola do Direito Natural, mas, também, e sobretudo, como fundador do que Rousseau chamará, mais tarde, o 'direito político'".

Terceira fase - manifesta-se com o ponto culminante do jusnaturalismo por meio das teorias contratualistas séculos XVI a XVIII, marcando a laicização do direito natural, com seu apogeu no iluminismo (jusracionalismo). Nessa fase inicia-se a reivindicação de reconhecer direitos naturais dos indivíduos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana.

Idéia que acompanha este desenvolvimento é a dos direitos de personalidade, então concebida como aqueles que englobavam os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem (séc. XVI).

Sem desconsiderar o papel inglês para a formação da base iluminista (séc.XVII - *Edward Coke e John Locke*) que contribuiu definitivamente para firmar-se como finalidade precípua da sociedade civil e princípio legitimador do poder à defesa dos direitos naturais à vida, liberdade e propriedade e que desaguou no constitucionalismo, há que se dar destaque à Declaração de Direitos do Povo da Virgínia e à Declaração Francesa de 1789,⁷⁹ sendo que esta última é a nota maior de um novo regime em que os direitos do ser humano passam a ser considerados inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis e de todos os homens e não apenas "de uma casta ou estamento" e foi "contribuição decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX".⁸⁰

Consoante descreve Hélio Bicudo, as formulações sobre direitos e garantias individuais urdidas "pelas revoluções americana e francesa, apareceram nas constituições (brasileiras) do Império e da República",⁸¹ demonstrando que o Brasil foi, efetivamente, afetado pela evolução dos direitos fundamentais.

⁷⁹JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p.65. Sobre tais documentos assim se expressa: "A Declaração de Direitos, que a França votou em 1789, não teve outro paradigma que a Declaração da Virgínia, de 12 de junho de 1776...". Canotilho, no seu *Direito Constitucional*, p.510, ressaltando que o desenvolvimento histórico não é linear, observa que quanto aos direitos fundamentais costuma-se realizar uma "separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao *Virgínia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à idéia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais".

⁸⁰SARLET, op. cit., p.37-46. Também Ebe Campinha dos Santos, op. cit., p.14, 16-17.

⁸¹BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção: os direitos humanos da criança e do jovem**. São Paulo: FTD, 1997. p.109.

O Estado de Direito é devedor dessa terceira fase, pois propiciadora da positivação dos direitos fundamentais, e esta normatização indica a concepção liberal-burguesa de Estado de Direito e que se caracterizou para a assim denominada "primeira dimensão" (ou primeira geração destes direitos).

1.1 As Gerações dos Direitos Fundamentais

À medida que a sociedade avança na compreensão de suas relações e necessidades, aprimora-se a leitura que se faz dos deveres e dos seus direitos, e nessa marcha foram levados os direitos fundamentais, falando-se atualmente de três gerações (contemporaneamente já de uma quarta) de direitos essenciais aos indivíduos e à sua vida social.⁸²

Evitando delongas desnecessárias para os fins do presente trabalho, é possível estabelecer que as gerações ou dimensões dos direitos dividem-se consoante aquele primeiro momento do Estado liberal (primeira geração), em que se reconheceu ao homem os direitos à vida, à liberdade e à igualdade e à participação política (também à propriedade – direitos negativos ou de defesa, de não intervencionismo estatal e demarcadores da autonomia do indivíduo – direitos civis e políticos).

Seguiram-se momentos históricos em que as reivindicações sociais, nascidas do desenvolvimento do comércio, da indústria e em face das guerras mundiais, expandiram-se, manifestando-se o Estado Social, e com ele a segunda dimensão, com os chamados direitos sociais, econômicos e culturais (intervencionismo estatal para a justiça social – direitos positivos – liberdade por intermédio do Estado – direitos a prestações sociais estatais – realce do princípio da igualdade material).

Finalmente, no Estado contemporâneo, ciosa a sociedade de seus direitos individuais e sociais, acabou por levar à criação/verificação dos direitos coletivos/difusos (de solidariedade e fraternidade – direitos à paz, à autodeterminação

⁸²SARLET, op. cit., p.36-46.

dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, conservação do patrimônio público, histórico, cultural e de comunicação – titularidade coletiva), ou seja, aqueles de interesse de todo e qualquer grupo social, como um todo, aos quais se tem atribuído a denominação de direitos de terceira geração.⁸³

Relativamente aos elementos para a compreensão dos direitos em análise, citamos Karl Larenz, que referindo-se aos princípios éticos-jurídicos que devem nortear a interpretação constitucional, reporta-se aos direitos fundamentais, dando especial destaque à prevalência da dignidade da pessoa humana, à tutela geral do espaço de liberdade pessoal, ao princípio da igualdade, à idéia de Estado de Direito, realçando, quanto a este, a importância do poder judicial, da democracia parlamentar, sublinhando, finalmente, a idéia de Estado Social.

Lembra o jurista, em face dos princípios enunciados, a precedência da norma constitucional na constelação do ordenamento jurídico, deixando claro, portanto, a supremacia dos direitos fundamentais e a necessidade imperiosa da leitura do direito posto sob seus auspícios, em face do reconhecimento da presença no Estatuto Magno de valores humanos gerais "como, sobretudo, a dignidade humana e o valor da personalidade humana, e que para a tutela destes valores foram atribuídos (exatamente) direitos fundamentais amplamente tutelados, como também se elevou a Direito vigente de escalão constitucional certos princípios éticos-jurídicos e políticos-constitucionais – como o princípio da igualdade, do Estado de Direito e do Estado Social".⁸⁴

⁸³SARLET, op. cit., p.46-52. De José Luiz Bolzan de Moraes, op. cit., p.162, extrai-se igual conceituação: "(...) direitos de primeira geração (direitos da liberdade), circunscritos às liberdades negativas como oposição à atuação estatal (...) de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), vinculados à positividade da ação estatal e preocupados com a questão da igualdade, aparecem como pretensão a uma atuação corretiva por parte dos Estados (...) de terceira geração que se afastam consideravelmente dos anteriores, por incorporarem, agora, sim, um conteúdo de universalidade não como projeção, mas como compactuação, comunhão, como direitos de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente saudável, à comunicação".

⁸⁴LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 2.ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1983. p.410, 413.

1.2 As Teorias das Esferas Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais

Larenz, ainda se direcionando aos direitos fundamentais e ao direito geral de personalidade e ao modo de solucionar colisões de princípios e normas, aclara que o Tribunal Constitucional Federal alemão serve-se do método da "ponderação de bens no caso concreto", devendo-se isto, e é o que interessa para o trabalho em andamento, "pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não delimitação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é 'exigível' ". Registra, pois, a inexistência de definitivos limites desses direitos, que são em certa medida "abertos", "móveis".⁸⁵

Pode-se, dessa maneira, afirmar, de modo simplista, que os direitos fundamentais são aqueles que pertinem aos valores ético-jurídicos dos indivíduos, localizados numa idéia central de dignidade da pessoa humana, que conduz a outra de tutela da liberdade e da igualdade (e justiça), dotados de supremacia em face sua posição constitucional.⁸⁶

Quanto à estrutura dos fundamentais direitos, explica Canotilho que, na moderna constitucionalística, "à riqueza de formas da constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais",⁸⁷ indicando-nos, com isso, que as normas, ou seja, os princípios e regras insculpidos numa Constituição, fazem plasmar de seu conteúdo os mais diferenciados alcances, denotando complexa estrutura, insinuando-se os direitos fundamentais como aqueles cuja serventia dirige-se a preservar o homem ora na sua esfera privada, ora em sua existência coletiva.

⁸⁵LARENZ, op. cit., p.490-491.

⁸⁶SARLET, op. cit., p.33, oferece como conceito de direitos fundamentais: "o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo próprio estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito". O mesmo autor, às p.59-60, explica que os direitos fundamentais, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional. É o que, aliás, Canotilho chama de **reserva de constituição**, cfe. op. cit., p.110-111.

⁸⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992. p.171-172.

Bem nesse sentido, Ingo W. Sarlet dispõe que os direitos fundamentais "constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal...",⁸⁸ possuindo caráter de defesa da liberdade individual e sendo considerados elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

Em seu clarificador texto e procurando decompor a complexa estrutura das normas constitucionais, Canotilho as examina sob algumas perspectivas, às quais denomina *tipos básicos de posições normativas*.⁸⁹

Numa síntese possível, verifica-se que o mencionado autor explica, antes de mais nada, o direito subjetivo que exsurge de uma norma, observando sua operacionalização na medida de atribuir a um titular "direito" a determinado ato em face de um destinatário, o qual possui o dever de para com aquele praticá-lo, e daí verifica-se uma "relação trilateral", pois há o titular do direito, o destinatário e o respectivo objeto. Exemplifica com o direito à vida, que o indivíduo tem-no seja em relação ao Estado, seja em relação aos demais indivíduos, -de não sofrer contra o mesmo disposições (p. ex.: pena de morte) ou atentados, que se revela como dever de abstenção de qualquer modo de ameaçar a existência e o gozo do direito.

Na perspectiva das normas consagradoras de um dever objetivo, há a demarcação do aspecto coletivo, geral dos direitos fundamentais, em face de uma norma vincular objetivamente um sujeito, sem a geração de direitos subjetivos, pois estabelece deveres genéricos não dirigidos para determinados titulares, mas voltados à coordenação da sociedade, como, por exemplo, a manutenção do sistema previdenciário.

Quanto aos princípios e regras do Pacto Fundamental, tem-se que princípios constitucionais "são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seu postulados básicos e seus fins" e se manifestam como "fundamentos ou qualificações

⁸⁸CANOTILHO, op. cit., p.61.

⁸⁹Ibid., p.543-551.

essenciais da ordem jurídica que institui",⁹⁰ nada proibindo, permitindo ou exigindo num antagonismo – tudo ou nada – "impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica".⁹¹

Os princípios (normas-princípio) distinguem-se das regras (normas-disposição), em vista de que os primeiros "têm, normalmente, maior teor de abstracção e uma finalidade mais destacada dentro do sistema" e enquanto as segundas são as referidas como as que "têm eficácia restrita às situações às quais se dirigem",⁹² ou seja, "são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer excepção (direito definitivo)".⁹³

Registra Canotilho, pois, uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva das posições normativas, e neste tópico tanto os princípios quanto as regras podem oferecer dimensões subjetivas ou objetivas, a medida que aqueles, apesar de sua conotação mais abstrata, podem conter direitos subjetivos e deveres objetivos ao Estado (a liberdade, por exemplo, manifesta-se ora como direito – liberdade profissional –, ora como princípio, por exemplo, a liberdade de expressão); as regras, igualmente, podem ser consideradas ou detectadas enquanto dimensão objetiva ou subjetiva.

Numa concepção que se assemelha à de Canotilho, pode-se citar Guilherme Braga Peña de Moraes,⁹⁴ para o qual há um plano objetivo e um subjetivo dos direitos

⁹⁰BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.141. A respeito de princípios genéricos e específicos, distingue-os, quanto ao raio de atuação e influência em fundamentais, gerais e setoriais ou específicos, atribuindo aos primeiros o conteúdo das decisões políticas estruturais do Estado; aos segundos o carácter de especificações dos princípios fundamentais, com menor grau de abstracção e que ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam, irradiando-se por toda a ordem jurídica como desdobramentos dos fundamentais; designa os terceiros como aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinada tema, capítulo ou título da Constituição, sendo de irradiação limitada e por vezes mero detalhamento dos gerais. p.144-146. Oportuno citar de Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra *Manual de Interpretação Constitucional*, a afirmação de que o princípio é a pedra angular de um determinado sistema, p.40.

⁹¹CANOTILHO, op. cit. p.545.

⁹²BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.141.

⁹³CANOTILHO, op. cit. p.544.

⁹⁴MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais**. Contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997. p.133.

fundamentais, exatamente porque possuem dimensão de direitos subjetivos e ao mesmo tempo são elementos essenciais de um ordenamento objetivo de uma comunidade.

Utilizando lição de Celso Lafer, que a seguir será transcrita, cabe, parece, neste momento, compatibilizar as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais em relação à sua estrutura subjetiva e objetiva.

Há, necessariamente, uma matriz dos direitos fundamentais pautada, no mínimo, pelos princípios da igualdade e da liberdade.

A partir dessa fonte e atendendo à demanda social, o exercício dos dois direitos-princípios recebem uma carga de coletivização.

Em face disso, afigura-se claro que a conotação subjetiva está relacionada com o exercício individual de direitos fundamentais e que o ângulo objetivo refere-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, logo, são predominantemente os direitos de primeira geração os forjadores dos direitos subjetivos e os de segunda dimensão os que constroem os deveres do Estado.

Bem por isso, inicialmente se propicia uma abordagem dos direitos fundamentais que previnam a integridade do indivíduo, para, ao depois, apreciarem-se as contingências do homem coletivo. Vê-se nessa contextualização, portanto, tanto a influência do Estado Liberal, quanto do Estado Social. Com excelente exame a respeito, sustenta Celso Lafer que:

A heterogeneidade jurídica que diferencia as liberdades clássicas dos direitos de crédito explica porque, tecnicamente, no plano internacional, foram elaborados dois pactos distintos no sistema de tutela dos direitos humanos na ONU: um para os direitos civis e políticos e outro para os direitos econômicos e sociais.

De fato, os direitos civis e políticos comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo internacional, que pode resultar de uma garantia-coletiva criada pelos Estados. (...) Já os direitos econômicos-sociais e culturais, pelas suas características de "objetivos" a serem realizados progressivamente por uma coletividade, através de ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata.

.....
 (...) e é por essa razão que entendo que esta desarmonia em relação ao papel do Estado na sociedade, na passagem da primeira para a segunda geração de direitos, obedece, como foi dito, na perspectiva *ex parte populi*, a uma dialética que subordina a contradição e a

complementaridade, pois as duas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irreducibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que sua dignidade se afirmará com mais liberdade e menos privilégio.⁹⁵

Ensina Canotilho que a base subjetiva das normas concretizadoras de direitos fundamentais dá-se "quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o *particular*, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para a sua liberdade" (p. ex.: liberdade e pensamento), ou seja, detecta o jurista português a relação do direito fundamental com a esfera de vida privada do indivíduo, "equivalendo o fundamento subjetivo ou individual com a relevância da norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideais".⁹⁶

Já a estrutura objetiva se evidencia a partir da norma que verte um direito fundamental mostrando bases objetivas "quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária". São os valores gerais que justificam a existência de deveres por parte da potestade pública, de prestações, nutridores da saudável convivência social.⁹⁷

Indica-nos o autor português a existência de uma presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, entendendo-os, num primeiro plano, como direitos individuais, resultando disso a conclusão de que, constitucionalmente protegidos como individuais, tal proteção "efectua-se sob a forma de *direito subjetivo*". Assim, o reconhecimento de direitos dirigidos a determinada coletividade, como, por exemplo, dos trabalhadores, em primeiro lugar há que se lê-los como sendo para servirem a defesa dos interesses dos trabalhadores e, "não, principalmente, como garantia de ordem objetiva ou de bens colectivos".⁹⁸

⁹⁵LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.129-131.

⁹⁶CANOTILHO, op. cit., p.546.

⁹⁷Id.

⁹⁸Ibid., p.547-548.

Canotilho, finalmente, expõe sobre as facetas de direitos subjetivos ofertadas pelos direitos fundamentais e apegando-se ao texto do Art. 27.º/1 da Constituição Portuguesa, que trata da garantia de liberdade e segurança a todos, vê ali eloqüente exemplo de uma norma universal da qual se manifesta um direito subjetivo, constituindo, pois, *posições e relações individuais*, equivale dizer, que não obstante a proposição geral e porque não dizer principiológica da norma apresentada, dela é possível retirar preceitos voltados ao indivíduo e suas particularidades, antes de dirigidos à pessoa como unidade interativa, como centro de referência de relações sociais. Chama a essa manifestação subjetivista de *posições e relações individuais*, as quais, seguindo sua orientação, explicitaremos nos tópicos seguintes.⁹⁹

Na seqüência do exame da expressão dos direitos fundamentais como subjetivos, um primeiro posicionamento individual vem denominado de *direitos a atos negativos* – citando o autor que estes eclodem sob tripla característica: "(1) direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados actos ...; (2) direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídicos-subjectivas ...; (3) direito à não eliminação de posições jurídicas ...". Com tal fórmula Gomes Canotilho nos indica a primeira manifestação dos direitos fundamentais em face do Estado Liberal, cujo papel era o de não interferir com a liberdade dos indivíduos, garantindo-lhes, doutra banda, suas aquisições materiais e intelectuais; para tanto, nos dois primeiros casos exemplifica com o direito de livre expressão e de comunicação e informação, e no terceiro, com a proteção ao direito de propriedade.¹⁰⁰

Simetricamente à ordem de idéias que persegue, urde a concepção de que os direitos dos indivíduos reclamam ações positivas do Estado, que são os conhecidos direitos a prestações do Estado, em duas modalidades:

- 1) as fáticas, equivalentes a um fazer, por exemplo, implementar o sistema de saúde; e
- 2) as normativas, resultantes da edição de normativo hábil à proteção de direitos como a vida, a integridade física, a imagem etc.

⁹⁹CANOTILHO, op. cit., p.548.

¹⁰⁰Ibid., p.549.

A categoria jurídico-dogmática *liberdades* vem ligada àquela idéia acima mencionada de não-intervenção do Estado na vida dos indivíduos, ou seja, ligada à noção de direitos de defesa perante o Estado.

Tratada no singular, a expressão liberdade visa exprimir o direito à liberdade física, de movimentos, ou seja, "o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado a um espaço, ou impedido de se manifestar. Trata-se da liberdade pessoal".¹⁰¹

Em sentido plural, as liberdades¹⁰² exortam as posições fundamentais de natureza defensiva anteriormente mencionadas, que reclamam as ações negativas (direitos de defesa). Segundo Canotilho, as liberdades são dotadas de um traço específico que é o da alternativa de comportamentos, significando a possibilidade de escolha de um comportamento, diferentemente do direito à vida, que embora sendo um direito de defesa não admite opções como – viver ou morrer. Daí porque, a seu ver, pode-se encontrar distinção nos elementos que formam a expressão 'direitos, liberdades e garantias', centrada nesse elemento de escolha que demarca as liberdades.

Num derradeiro ponto sobre "competências", provoca Canotilho a reflexão acerca dos limites do exercício dos direitos, da competência, então, de praticá-los e da necessidade de algumas vezes entendê-los amplos e capazes de ir estabelecendo modificações oportunas no mundo concreto a partir das posições jurídicas, tidas, assim, como extensíveis, e por outras vezes, restringir, impor restrições à manipulação de certas competências, pois capazes de ferirem o núcleo essencial de um direito. Numa ou noutra hipótese não se poderá, porém, privar os direitos fundamentais de sua essência, objeto de exame nos itens anteriores.¹⁰³

¹⁰¹CANOTILHO, op. cit., p.550.

¹⁰²De expressão, de informação, de consciência, religião e culto, de criação cultural, de associação. Op. cit. p.550.

¹⁰³Op. cit., p.551. Nesse sentido LARENZ, Karl, op. cit., p.413 (parte final), quando observa que embora admitindo-se que leis gerais possam restringir direitos fundamentais, não se deve afastar a primazia desses mesmos direitos.

Nessa textura de fundamentais se manifestam os direitos de personalidade, os quais, segundo Oliveira Ascensão, desmerecem autonomia pelos códigos porque "a maior parte dos preceitos relativos aos direitos de personalidade consta da própria Constituição Política, onde vêm tratados como direitos e garantias individuais".¹⁰⁴

Os direitos da criança e do adolescente apresentados no artigo 227 e §§ da Constituição Federal Brasileira, devem ser considerados dentro dessa conotação estrutural de subjetivação e objetivação, permissiva de atingirmos os efeitos sócio-jurídicos de maneira mais contundente, como se verá no exame do Princípio da Prioridade Absoluta.

Necessário enfatizar que o novo dimensionamento destes direitos, por força da Constituição de 1988, subverte a noção de situação irregular, sustentando-se estar nessa situação Estado, Família e Sociedade caso a proteção integral e o seu conseqüente constitucional - a prioridade absoluta -, resem desatendidos.

Essa mudança de foco tem explicação no fato de que as disposições contidas no artigo 227, do Estatuto Maior, encontram raízes nos estudos elaborados pelo Grupo de Trabalho da Comissão de Direitos Humanos responsável pelo advento, em 1989, da Convenção dos Direitos da Criança,¹⁰⁵ bem como no Fórum Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Fórum DCA), que mobiliza movimentos internacionais e organiza-se, especialmente, através de diversas entidades como o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMNR), "Pastoral do Menor, centrais sindicais, organizações da sociedade civil, Ministério Público (...) (e) assume contornos de movimento social nacional (...) (e) no plano legal introduz, então, duas emendas de iniciativa popular (...) (cujos) textos foram fundidos e acabaram constituindo" a regra constitucional predita.¹⁰⁶

¹⁰⁴ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Uma perspectiva Luso-Brasileira. 4.ed. Lisboa: Verbo, 1987. p.281.

¹⁰⁵LINDGREN ALVES, José Augusto. Direitos de personalidade do nascituro. In: Direitos da personalidade e responsabilidade civil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.38, p175, dez. 1992.

¹⁰⁶SANTOS, Ebe Campinha dos, op. cit., p.59-60.

É exatamente o que indica Naiara Brancher ao reportar-se à "nova Justiça da Infância e da Juventude", que fornece esclarecedor dimensionamento de sua esfera de abrangência ao dizer que esta não julga

... apenas crianças e adolescentes em conflito com a sociedade, mas também o próprio Estado, quando esse encontrar-se em situação irregular por ameaça ou violação dos direitos difusos e coletivos de crianças e adolescentes previstos no artigo 208 do Estatuto, a saber: saúde, educação, assistência social, profissionalização. Amaral e Silva entende que em casos de descumprimento por parte da família, ou do Estado, do direito objetivo (normas estatutárias de proteção integral) surge para a criança ou adolescente o direito subjetivo de invocar a aplicação coercitiva da norma, o que pode ser exclusivamente feito através da jurisdição.¹⁰⁷

SEÇÃO 2

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UM INSTRUMENTO DA CIDADANIA

Das necessidades aos direitos - esta é a tarefa da ordem contemporânea para superar a visão da juventude miserável e deficitária das necessidades mais básicas e recepcionar este setor social de pessoas detentoras de direitos fundamentais passíveis de violação, consoante argutamente referido por Felício Pontes Júnior, em seu prefácio da obra *Das Necessidades aos Direitos*, de autoria de Emílio Garcia Mendez e Antonio Carlos Gomes da Costa.¹⁰⁸

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069/90 –, sem qualquer relação com a estrutura jurídica menorista que o antecede, emerge a partir da Constituição Federal de 1988 e é receptáculo de todas as tendências para a defesa da dignidade da infante-adolescência, merecendo de Garcia Mendez descrição, com feliz adequação, de sua relevância para a sociedade brasileira, dizendo-o instrumento que

¹⁰⁷BRANCHER, Naiara. O estatuto da criança e do adolescente e o novo papel do Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia Silva da. (Coord.). Op. cit., p.138-139.

¹⁰⁸MENDEZ, Emílio Garcia Costa; Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1984. p.1.

rompe com a doutrina da "situação irregular", substituindo-a pela doutrina da "proteção integral", com requintes de "superação positiva de seus princípios básicos", em especial no referente às garantias substanciais e processuais destinadas a assegurar os direitos consagrados.¹⁰⁹

Trata-se de revogar, com o Estatuto, "o velho paradigma, representado pelas Leis n.ºs 4.513/64 (Política Nacional de Bem-estar do Menor) e n.º 6.697/79 (Código de Menores)", e criar "condições legais para que se desencadeie uma verdadeira revolução, tanto na formulação das políticas públicas para a infância e a juventude, como na estrutura e funcionamento dos organismos que atuam na área ", adotando a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.¹¹⁰

É uma proposição contida na norma para romper com "a divisão 'menor' e criança, numa tentativa de se reverter a imagem negativa historicamente utilizada para segregar e reprimir a criança e o adolescente pobres, criando uma lei para todas as crianças e adolescentes brasileiros, independentemente de sua condição social, etnia, crença etc".¹¹¹

Esta nova abrangência trazida pela norma estatutária "representa uma verdadeira revolução em termos de doutrina, idéias, práxis, atitudes nacionais ante a criança". O Estatuto da Criança e do Adolescente contou, para alcançar uma proposta mais ética e realista, consoante anteriormente alinhado, "com intensa e ampla participação do Governo e, sobretudo da Sociedade, expressa em organizações como a Pastoral do Menor, o UNICEF, a OAB, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, movimentos de Igrejas e universidades dentre tantos outros organismos".¹¹²

No trabalho intitulado *É possível mudar*, de Antônio Carlos Gomes da Costa, pode-se antever o escopo desta dissertação em explorar o "Estatuto da Criança e do

¹⁰⁹MENDEZ, op.cit., p.53, 55, 76.

¹¹⁰FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op. cit., p.32.

¹¹¹SANTOS, Ebe Campinha dos. Op. cit., p.61.

¹¹²MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coord.). **A construção dos direitos da criança brasileira. Século XX.** Cultura dos direito humanos. São Paulo: LTr, 1998. p.82.

Adolescente", haja vista apresentar o mencionado autor um quadro sinóptico comparativo entre o Código de Menores de 1979, a legislação da Política do Bem-Estar do Menor e a lei estatutária, em que se consegue divisar, a partir da nova lei (Lei n.º 8.069/90), o rompimento com a tradição menorista brasileira e a adoção, para uma nova proposição, da influência internacional sobre direitos humanos.

O referido quadro aponta, especialmente, para a transformação político-social da compreensão dos setores da infância e adolescência, assegurando-lhes, inicialmente, direitos que redundarão num instrumento de identificação dos indivíduos crianças e adolescentes não como objetos do jurídico, mas como seus sujeitos, propiciando-lhes, assim, uma emancipação social, curando-se de sua peculiar condição de serem jovens, a qual reclama uma prioridade especial.

Há um caráter protetivo à juventude, porém, não de controle social, e direcionado à sua integridade como pessoa humana; por isso no catálogo de seus direitos incluem-se o devido processo legal, a limitação à restrição ou privação de liberdade, a indicação de algumas políticas sociais básicas, a previsão de mecanismos de participação da sociedade, o reconhecimento de que a condição de pobreza do grupo familiar não pode implicar prejuízo da convivência nesse núcleo e o estabelecimento de instrumentos de defesa dos interesses individuais e coletivos.¹¹³

Insera-se, como se vê, o Estatuto da Criança e do Adolescente num universo interdisciplinar e complexo de princípios e regras promanados da Constituição Federal, sendo sua fortuna veicular a concretização do roteiro constitucional, destinado à "proteção de qualquer criança e adolescente com menos de 18 anos e em casos especiais, menores de 21 anos: TODOS SÃO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESTINATÁRIOS DE PRIORIDADE ABSOLUTA."¹¹⁴

¹¹³COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar. A criança, o adolescente e família na política social do Município**. São Paulo: Malheiros, 1993. p.84-87. (Série Direitos da Criança 1).

¹¹⁴PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e...** p.8.

Esta legislação é o veículo dos direitos e garantias precipitados na Constituição Federal e traz "avanços sociais de ampla magnitude além de estabelecer direitos e deveres".¹¹⁵

As novidades estatutárias ligam-se ao fato de ter o Diploma Maior priorizado "a positivação normativa dos direitos humanos, acolhendo os princípios daqueles direitos, reconhecidos internacionalmente a partir da Carta das Nações Unidas - ONU, da qual resultaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (...) bem como as declarações referentes à criança e ao adolescente, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), as Regras de Beijing (...) (1985), e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança - ONU (1989) ...".¹¹⁶

Dirige-se nesse sentido Lindgren Alves, segundo o qual a legislação infanto-juvenil brasileira – Lei n.º 8.069/90 –, é qualificada pelo UNICEF "como um dos instrumentos legislativos mais avançados do mundo sobre a matéria", tendo precedido a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, ultrapassando-a "em diversos aspectos, sublinhando mais marcadamente a imprescindível parceria governo-sociedade", adotando o "enfoque abrangente (...) da proteção integral à criança".¹¹⁷

A proposta contida na lei diz respeito ao superior ou melhor interesse da infanto-adolescência, daí ser abrangente, pretendendo envolver a participação social, ter cunho preventivo e acima de tudo ofertar proteção integral.

"A nova lei reconhece a criança e o adolescente como cidadãos", diz Ebe Campinha dos Santos, declinando suas linhas gerais:

- a) uma articulação do Estado com a sociedade na operacionalização da política para a infância, com a criação dos conselhos de direitos, dos conselhos tutelares e fundos, geridos por estes conselhos;

¹¹⁵ZAGAGLIA, Rosângela Martins Alcântara. Algumas considerações interdisciplinares na aplicação das medidas sócio-educativas visando ao melhor interesse do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.720.

¹¹⁶FIRMO, Maria de Fátima Carrada, op. cit., p.11.

¹¹⁷ALVES, LINDGREN, op. cit., p.175-176.

- b) descentraliza a política de atendimento pela criação destes conselhos de direitos em nível estadual e municipal e estabelece que em cada município deve haver no mínimo um conselho tutelar, cujos membros são escolhidos pela comunidade local, com o objetivo de zelar pelo cumprimento destes direitos;
- c) estabelece medidas de prevenção, uma política especial de atendimento, um acesso digno a justiça com a obrigatoriedade do contraditório;
- d) institui que a falta de condições materiais não constitui motivo suficiente para a destituição do pátrio poder;
- e) a internação passa a ser uma medida em casos excepcionais, mediante a gravidade do delito e;
- f) amplia dentro de uma perspectiva pedagógica, o elenco de medidas aplicáveis ao adolescente autor de ato infracional, incluindo a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços comunitários, prevendo ainda medidas de proteção especial (Art. 101, inciso I a VI);
- g) limita o poder do Juiz de Menores e amplia as atribuições o Ministério Público.¹¹⁸

Não há que ignorar as críticas possíveis à legislação estatutária, porém, estando esta em vigor, deverão ser direcionadas a objetivos propiciadores de aferir a sua capacidade instrumental, deixando de lado revanchismos e melindres pela quebra de paradigma.

É de Antonio Chaves o pensamento de que o mérito da legislação em comento está na incorporação da maioria "das reivindicações dos especialistas" e na assimilação das "diretrizes da Convenção dos Direitos da Criança", superando "o critério seguido pelo Código de Menores, restrito àqueles em situação irregular, isto é, privados das condições mínimas de sobrevivência e de educação" e procurando amparar a todas as crianças e adolescentes em todas as fases de sua vida, inclusive "antes mesmo do nascimento".¹¹⁹

Sérgio Matheus Gomes Garcez elabora comparação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores antes em vigência e anota que a nova lei ampliou seu objeto, deixando, porém, de ampliar os mecanismos para o "exercício dos direitos do ser humano em processo de formação". Sustenta que houve

¹¹⁸SANTOS, Ebe Campinha da. Op. cit., p.60-61.

¹¹⁹CHAVES, Antonio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1997. p.847-848.

estagnação das formas de exercício, que a seu ver deveriam ter se estendido para a criação de uma "tutela administrativa de menores", propiciando-lhes que um órgão estatal representasse seus direitos civis.¹²⁰

A proposição merece meditação, mas serve sua postura crítica a revelar um dos elementos essenciais na política da infância e da juventude, que é o papel do Estado, como, diga-se, o próprio artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, determina seja exercitado nos moldes que delinea. Assim, talvez inexista de modo expreso uma instância administrativa em prol da infância e da juventude, mas é imperioso que para a defesa da infanto-adolescência mostre-se atuante o Estado.

¹²⁰GARCEZ, Sérgio Matheus Santos. A tutela estatal de conteúdo civil: o dever de proteção do Estado às crianças e aos adolescentes (menores não infratores). **Revista de Direito Civil**, ano 18, n.68, p.68, abr.-jun. 1994.

PARTE 2
A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

CAPÍTULO 1
A IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS
DETERMINANTES DA POLÍTICA PROTETIVA

SEÇÃO 1
AS DIRETRIZES INTERNACIONAIS:
UNIDADE PRINCIPIOLÓGICA E DIVERSIDADE SOCIAL

1.1 Declaração Universal dos Direitos do Homem

Não é crível tratar de direitos de personalidade da infância e da juventude sem realizar uma breve incursão na Declaração Universal dos Direitos do Homem,¹²¹ considerando-se, como se explorará adiante, quanto aos direitos personalíssimos, "que parte da doutrina constitucionalista (...) identifica sua raiz comum com os direitos humanos, e reivindica a necessidade de tratamento conjunto desses direitos, com base na indivisibilidade dos direitos humanos ou fundamentais".¹²²

À temática desta monografia importa averbar que as inúmeras provações sofridas após as explorações da revolução industrial e os horrores das guerras mundiais, especialmente a segunda, forneceram ambiente propício ao debate dos direitos humanos e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, calcado na reação à agressão da pessoa humana e "visa atingir o Homem todo e todos os homens e propugna por sua felicidade e seu bem-estar; buscando subordinar o privado ao

¹²¹DOTTI, René Ariel. **Declaração universal dos direitos do homem e notas da legislação brasileira**. Curitiba: J.M. Ed., 1999.

¹²²GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.64.

público. Valoriza a família, a comunidade, os interesses, as necessidades e as aspirações sociais do povo. Expressa uma ética que garante a condição de verdadeiro". O desenvolvimento do conceito de cidadania aprofunda-se com a doutrina dos Direitos Humanos, centrando-se "no conjunto de direitos e responsabilidades necessárias para garantir a cada indivíduo sua participação plena na sociedade".¹²³

Este documento universalizante conjuga "o valor da liberdade com o valor da igualdade", demarcando "a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível", fixando "a idéia de que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade" e amalgamando os direitos civis e políticos aos direitos sociais, econômicos e culturais, de modo que as gerações dos direitos humanos não se substituam umas às outras, mas antes sejam cumulativas.¹²⁴

É considerado inaugurado, como se vê, pela Declaração Universal, o *Direito Internacional dos direitos humanos*, pois "transformou o indivíduo, cidadão ou não do Estado implicado, em sujeito de Direito Internacional", possibilitando "petições individuais diretas aos órgãos internacionais encarregados de seu controle. Representa, dessa forma, "no mundo contemporâneo, o referencial básico do Estado de Direito" e "constitui (...) a baliza de avaliação da legitimidade de qualquer governo pela comunidade internacional e pelos seus próprios cidadãos". Tem cunho objetivo e "define de maneira clara e singela os direitos essenciais, iguais e inalienáveis de todos os seres humanos como alicerces da liberdade, da justiça e da paz no mundo", sem pautar-se em fundamentos religiosos ou filosóficos, projetando-se "tão-somente à 'dignidade inerente a todos os membros da família humana'".¹²⁵

¹²³MARCÍLIO, Maria Luiza. Op. cit., p.78.

¹²⁴PIOVESAN, Flavia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coord.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998. p.137-139.

¹²⁵ALVES, LINDGREN, José Augusto. Op. cit., p.15, 26.

Trata-se de um marco da atualidade acerca do consenso ou do fundamento dos direitos dos homens, como indica Bobbio, para o qual é a fonte primária de um respeito universalizado das prerrogativas da pessoa pela possibilidade de, ainda que num recorte histórico, "ser factualmente comprovado". Para ele, um concerto entre povos a respeito de uma pauta era visto com desconfiança à falta de sua expressão documental, de um manifesto explícito, o qual passou a existir quando "foi aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas; e, a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só dos Estados, mas de indivíduos livres e iguais".¹²⁶

Desde o preâmbulo do aludido compromisso vêm traçados os elementos básicos que nortearão as disposições acerca de direitos fundamentais que serão estipuladas nas constituições contemporâneas, adequadas, é claro, à diversidade sociocultural de cada nação.

Extraí-se dos prolegômenos, de feito, a referência à dignidade a todos os membros da família humana, bem como a afirmação da igualdade, da liberdade, da justiça e da paz. De mesmo modo, dirige-se aos indivíduos e à sociedade como ferramenta da preservação desses bens.

Na leitura dos seus trinta artigos percebe-se, claramente, a existência dos direitos fundamentais de primeira geração, consistentes na afirmação da vida, da liberdade, da igualdade e da propriedade como garantias dos indivíduos, bem assim estão presentes os interesses de segunda geração, traduzidos nas prestações atinentes à educação, saúde, trabalho e segurança (Arts. XXII a XXIX).

A preocupação em conceituar a família e defini-la no contexto da sociedade e do Estado (Art. XVI) demonstra a tentativa de coerência com a preservação da dignidade do homem (Art. I), posto que como "núcleo natural e fundamental da sociedade" o desenvolvimento e a ruína desta liga-se umbilicalmente à saúde da família, ou seja, à sua integridade biopsíquica-moral.

¹²⁶BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.25-28.

Cabe a afirmação de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem acaba sendo a baliza para uma atual compreensão dos direitos da pessoa humana na perspectiva de estabelecer as bases para a defesa de um projeto de vida dos indivíduos. É, no dizer de Bobbio, o continente da "síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais".¹²⁷

No âmbito dos direitos das crianças nutre-se a Declaração Universal de anterior proposição da Liga das Nações, que reunida em 1924 incorpora os princípios traçados pela International Union-for Child Welfare, emitindo a primeira Declaração dos Direitos da Criança (de Genebra), abordando os seguintes itens:

1. a criança tem o direito de se desenvolver de maneira normal, material e espiritualmente;
2. a criança que tem fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser tratada; a criança retardada deve ser encorajada; o órfão e o abandonado devem ser abrigados e protegidos;
3. a criança deve ser preparada para ganhar sua vida e deve ser protegida contra todo tipo de exploração;
4. a criança deve ser educada dentro do sentimento de que suas melhores qualidades devem ser postas a serviço de seus irmãos.¹²⁸

Comentário sobre a Declaração de Genebra e que conduz à meditação, é o que realiza Anderson Pereira de Andrade, segundo o qual a "situação vivida pela infância no início deste século, agravada pelo flagelo que representou a Primeira Guerra Mundial, levou a Sociedade das Nações, precursora da atual ONU, a adotar a primeira Declaração em que se recolhiam os direitos da criança, no ano de 1924,

¹²⁷BOBBIO, Norberto. Op. cit., p.31.

¹²⁸LINDGREN ALVES, op. cit., p.162, averba este caráter precursor da Declaração de Genebra, lembrando que "foi a vulnerabilidade particular da criança, especialmente à luz das provações a que foram submetidas na Guerra de 1914-1918, que levou a Liga das Nações a adotar, já em 1924, uma Declaração sobre os Direitos da Criança, composta de um preâmbulo e cinco princípios. (...) essa Declaração tem relevância precursora não negligenciável, até porque antecedeu de muito a Declaração Universal dos Direitos Humanos".

conhecida como Declaração de Genebra".¹²⁹ Leva a refletir, esta anotação, como se disse, sobre a natureza humana e sua aparente incapacidade de auxiliar e de fornecer dignidade aos componentes de sua comunidade, salvo a partir da privação, da dor, da miséria, dos momentos limites, na qual, para uma restauração do humanismo de que tanto se jacta, resgata seus indivíduos através de compromissos com o futuro.

Contemporaneamente ao compromisso universal, segundo relata Antonio Carlos Gomes da Costa, a ONU "amplia ligeiramente os direitos constantes" da Declaração de Genebra de 1924, na qual foram fixadas tratativas contendo princípios básicos da proteção à infância (Art. 25, §2.º)¹³⁰ e cria abertura suficiente para que, onze anos depois, "em 1959, a Assembléia Geral, órgão máximo da Organização das Nações Unidas, (aprove) a Declaração Universal dos Direitos da Criança, um texto contendo dez princípios, aumentando, assim, substancialmente o elenco dos direitos aplicáveis à população infantil".¹³¹

A proclamação da declaração de 1959 trouxe "significativo e profundo impacto nas atitudes de cada nação diante da infância", passando a criança "a ser considerada, pela primeira vez na História, *prioridade absoluta e sujeito de Direito*", sendo enfatizada "a importância de se intensificar esforços nacionais para a promoção dos direitos da criança à sobrevivência, proteção, desenvolvimento e participação".¹³²

¹²⁹ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, n.15, p.10-11, jan./jun. 2000.

¹³⁰"A maternidade e a infância tem direito a cuidados especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção especial". René A. Dotti em seu **Declaração Universal dos Direitos do homem e notas da legislação brasileira**, 2.ed., p.49-50, em comento ao dispositivo em apreço, relaciona-o, quanto à proteção à infância, com os Arts. 203, I e 227, CF e com os Arts. 7.º a 24, ECA.

¹³¹COSTA, Antonio Carlos Gomes da. A convenção internacional dos direitos da criança. In: SIMONETTI, Cecília et al. Do avesso ao direito. **Seminário Latino-Americano**. São Paulo: Malheiros, 1993. p.18. (Série Direitos da Criança 1).

¹³²MARCÍLIO, Maria Luiza. Op. cit., p.80.

Este documento internacional voltado à criança tem o cunho de revelar o constante aprimoramento da Declaração dos Direitos do Homem e demonstra a necessidade de não deixá-la "cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias" e quando "apresenta o problema dos direitos da criança" o faz como "uma especificação da solução dada ao problema dos direitos do homem" e, de tal modo, "os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação ao *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico".¹³³

Percebe-se, assim, uma coerência temporal entre a declaração dos direitos do homem e a percepção da existência de uma classe da sociedade identificada como "criança", que passará a ocupar espaço nos debates da preservação da pessoa humana, dando ensejo para que, junto com as modificações socioeconômicas das próximas três décadas, aprove-se, em 1989, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Sensível ao novo e bom momento de ver a infância e a juventude, a respeito discorre Antonio Chaves, lembrando que a Declaração de Genebra de 1924 "foi a primeira manifestação internacional em prol dos direitos dos menores de idade", sendo sucedida, em "1959, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança (...) sem dúvida um documento fundamental da nossa civilização", que marcou época e foi "atualizada, sistematizada e complementada através de um compromisso mais forte (...) aos 20.11.89, com a assinatura da Convenção dos Direitos da Criança, passo importantíssimo para a sua defesa internacional, que obriga os países signatários a adaptar suas normas à legislação interna".¹³⁴

¹³³BOBBIO, Norberto, op. cit., p.35.

¹³⁴CHAVES, Antônio. **Os dez mandamentos em defesa da criança**. p.123

1.2 Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança

Emílio Garcia Mendez lembra a importância dos momentos sociais que acabam criando positivos resultados e cita, em específico, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, cujo grande mérito é o fornecimento de elementos para uma mudança legislativa "que pretende considerar a infanto-adolescência como sujeito de direito e, nunca mais, como objeto de compaixão".¹³⁵

Para ele, a Convenção marca a ruptura radical do enfoque jurídico da infância, por determinar a categoria *infanto-adolescência* como dotada de sujeitos de direitos, inumando, conseqüentemente, a doutrina da situação irregular.¹³⁶

Com efeito, a estipulação internacional tem uma finalidade bem definida de opor-se à cultura da pobreza em suas múltiplas expressões e de construir uma cultura da cidadania como alternativa.¹³⁷

Como instrumento de direito a convenção é "mais forte que uma declaração. A declaração sugere princípios pelos quais os povos devem guiar-se, no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente. A convenção vai mais além, ela estabelece normas, isto é, deveres e obrigações aos países que a ela formalizem sua adesão. Ela confere a esses direitos a força de lei internacional".¹³⁸

Uma convenção, de acordo com Flávia Piovesan, figura na classificação do sistema normativo global de proteção dos direitos humanos como um sistema especial (o geral comporta os Pactos, tendo "por endereço toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade") e tem como característica realçar "o processo de

¹³⁵MENDEZ GARCIA. Op. cit., p.40.

¹³⁶Ibid., p.96.

¹³⁷BIANCHI, Maria Del Carmen. *Infância, Crisis y Políticas Públicas en América Latina*. In: SIMONETTI, Cecília (Coord.) et al. **Do avesso ao Direito, III Seminário Latino-Americano**. São Paulo: Malheiros, 1994. p.72. "*La oposición a la cultura de la pobreza en sus múltiples expresiones y la construcción de una cultura de la ciudadanía como alternativa, está en la base de la Convención de los Derechos e 1.ª Infancia ...*".

¹³⁸COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **A convenção internacional dos...** p.18.

especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex.: protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres etc.)".¹³⁹ Este é o perfil jurídico da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Inclui-se o compromisso internacional sob apreciação, segundo Lindgren Alves, ratificando o retro exposto, dentre as "grandes convenções" e mostra-se como uma manifestação da "tendência à 'especialização' e à 'multiplicação' dos direitos humanos", sem que represente "qualquer ruptura na concepção universalista de tais direitos", antes fortalece, com um ajuste do momento histórico, a idéia de universalismo dos direitos humanos.¹⁴⁰

O mesmo autor revela que o enfoque da Convenção propicia uma superação quanto a "divergências doutrinárias sobre as 'gerações' de direitos, afirmando o conceito do desenvolvimento integral da criança", equivalendo dizer que se atribui à infante-adolescência tanto os direitos civis quanto políticos, econômicos, culturais, sociais, coletivos etc., donde o reconhecimento da condição de sujeitos de direitos dos indivíduos que compõem o segmento, "cujas opiniões devem ser ouvidas e respeitadas em todas as instâncias pertinentes".

Por tal abrangência a considera "o documento normativo com maior capacidade mobilizadora desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948", com um conteúdo que não se circunscreve a uma perspectiva de direitos humanos "ocidental" porque se projeta a qualquer criança e suas relações familiares e sociais, daí porque se tornou "o instrumento jurídico de direitos humanos com o maior número de ratificações e adesões".¹⁴¹

Essa projeção encontrou eco, de acordo com Mary Beloff, especialmente no "*contexto latinoamericano y también europeo*", onde a "*lucha por los derechos del*

¹³⁹PIOVESAN, Flavia. **A Constituição Brasileira...** p.140.

¹⁴⁰LINDGREN ALVES. Op. cit., p.84-86.

¹⁴¹Ibid., p.161-166.

*menor en el plano legal adquirió una intensidad particular como consecuencia de la aprobación y posterior ratificación por todos los países de orbe – con excepción de dos: Estados Unidos y Somália – de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño".*¹⁴²

No âmbito brasileiro, frisa Lindgren, embora "praticamente todos os dispositivos da Convenção sejam de interesse", avultarem aqueles voltados a coibir a exploração do trabalho infantil, a participação de crianças no uso e tráfico de drogas, a exploração sexual de jovens, o seqüestro e o tráfico de crianças, dentre outros.¹⁴³

Denota, tal apontamento, a fragilidade dessa categoria social e o longo e difícil caminho para que os jovens brasileiros adquiram a condição de pessoas com suas prerrogativas essenciais da personalidade preservadas.

Os fundamentos dessa "verdadeira Carta Internacional dos Direitos Humanos"¹⁴⁴ encontram raízes nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e nelas pautadas "a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos promoveu em 1989" o tratado em comento, sendo que a convenção sob testilha e estes outros documentos foram o terreno fértil à convocação de "outras reuniões internacionais para cuidar de graves problemas contemporâneos que afetam a vida e o desenvolvimento de milhões de crianças no mundo todo, como o Congresso Mundial contra a exploração Sexual Comercial de Crianças (Estocolmo, 1996), a Conferência de Cúpula sobre o Trabalho Infantil (Oslo, 1997), o Encontro de Cúpula Asiático sobre os Direitos da Criança e os Meios de Comunicação (Manila, 1996)".¹⁴⁵

¹⁴²BELOFF, Mary. *Derecho, infancia y familia*. (Compilação: Mary Beloff). Barcelona: Editorial Gedisa, 2000. p.10.

¹⁴³LINDGREN ALVES, op. cit., p.171.

¹⁴⁴Ibid., p.166.

¹⁴⁵MARCÍLIO, Maria Luiza. Op. cit., p.80-81.

O mérito da convenção é o seu amplo debate pelo comunidade internacional e a convergência da compreensão de deter a criança um valor intrínseco enquanto "pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, condição que faz da criança credora de atenção e cuidados especiais" e um valor prospectivo, isto é, "são portadores do futuro (...) da continuidade de sua família, da continuidade do seu povo e da continuidade da espécie humana", razão do reconhecimento de sua titularidade de direitos fundamentais nas três dimensões ou gerações.¹⁴⁶

Guy Raymond, remetendo à Convenção, observa que este documento internacional afirma o direito da criança a uma proteção de sua individualidade física, especialmente nos artigos 6.º, 19 e 39, quando a carta garante seu direito à vida, cabendo tal papel aos Estados-partes, os quais fomentarão sua sobrevivência e seu desenvolvimento, salvaguardando-a da violência, do abandono e da negligência. O autor resume na higidez física da criança a proteção de sua vida e de sua saúde.¹⁴⁷

A proteção da infanto-adolescência quanto à sua individualidade moral e psicológica, ainda segundo Raymond, à luz da Convenção Internacional, está assentada nos artigos 17, 27, 31 e 34, que determinam aos Estados-partes reconhecer o direito de toda a criança a um nível de vida suficiente para permitir seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, traduzindo-se a integridade psíquica e moral no direito à informação, à resposta, ao lazer, à proteção contra a exploração sexual, dentre outros.¹⁴⁸

Nesse contexto de medidas de proteção física e psicológica é que se aloja o respeito à natureza e dignidade da juventude.¹⁴⁹

¹⁴⁶COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **A convenção internacional dos...** p.18-19.

¹⁴⁷RAYMOND, Guy. *Droit de l'enfance e de l'adolescence: Le droit français et-il conforme a la Convention Internationale des droits de l'enfant?* Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1995. p.169, 237.

¹⁴⁸Ibid., p.213.

¹⁴⁹Ibid., p.237.

Maria de Fátima Carrada Firmo, referindo a esse aspecto holístico da Convenção, lembra que ela é o "resultado de um trabalho de representantes de diversos países, que, durante 10 anos, buscaram definir quais os direitos humanos comuns a todas as crianças, capazes de abranger as diferentes conjunturas socioculturais existentes entre os povos, recomendando que a criança seja prioridade imediata e absoluta e reafirmando o princípio do interesse maior da criança, tendo sido promulgada no Brasil através do Dec. n.º 99.710, de 1990".¹⁵⁰

Ø doutrinador argentino Daniel Hugo D'antonio¹⁵¹ sintetiza a Convenção em três partes:

- a) na primeira há uma declaração dos direitos das crianças, pelos quais se obrigam os Estados-parte, sem quaisquer distinções por razões de raça, cor, sexo, idioma, religião etc.;
- b) a segunda parte se dedica à necessária difusão de seus princípios e disposições e à criação de um comitê para fins de acompanhar os progressos dos Estados no cumprimento das obrigações assumidas na primeira parte;
- c) a terceira parte contém disposições gerais de direito internacional, tais como a entrada em vigor (Art. 49), emendas (Art. 50), reservas (Art. 51) e denúncia, forma e efeitos (Art. 52).

O mesmo autor observa no prólogo à quarta edição da obra "*Derecho de Menores*" que a Convenção sobre os Direitos da criança "*constituye, sin lugar a dudas, el marco jurídico básico que habrá de contener todos los demás principios y elementos vinculados con el menor, y conforma el estatuto básico de los derechos minoriles, sin descuidar lo que constituye su correlato inexorable, es decir, los deberes de los representantes legales y de los Estados parte*".¹⁵²

¹⁵⁰FIRMO, Maria de Fátima Carrada. Op. cit., p.11-12.

¹⁵¹D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de menores*. 4.ed. Buenos Aires: Astrea, 1994. p.451-452.

¹⁵²Ibid., p.vii.

A missão fundamental da Convenção está em sua primeira parte, especificamente no artigo 3.º, que trata do "interesse superior da criança", princípio alavancador da doutrina da proteção integral, indicativa de que as necessidades essenciais da criança deverão ser satisfeitas e que esta possui um lugar relevante na família e na sociedade, o qual deve ser respeitado.¹⁵³

Deverão, assim, ser dados passos "efetivos para sua implementação real no que se refere à adequação da ordem legal, da prática judicial e do sistema de atendimento à infância e juventude".¹⁵⁴

Parece relevante, ultimando este tópico, apontar com Lindgren Alves algumas críticas elaboradas à Convenção, que ao "facilitar a mobilidade entre países e continentes, favoreceu (...) o crime organizado", nele incluindo-se "o tráfico de crianças, seja na forma de adoções 'comerciais', seja para a prostituição, (...) para exploração de seu trabalho, seja, até, para sua utilização em conflitos armados" e outros fins não comprovados, como "transplantes ilegais de órgãos, (...) 'doações' de sangue por trapaça, à força ou contra pagamentos irrisórios em dinheiro".¹⁵⁵

SEÇÃO 2

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: A VISÃO OFICIAL

Da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mercê da influência dos catálogos internacionais de direitos humanos, extrai-se de forma clara a concepção de uma política protetiva da infância e da juventude.

Útil, pois, ao desenvolvimento desta pesquisa, é perscrutar a informação oficial, governamental em torno desse caráter de proteção integral, e nada mais apropriado do que

¹⁵³GROSMANN, Cecilia P. et al. *Los Derechos del niño...* p.40

¹⁵⁴ROJAS, Valéria Luco. *Derecho de niñas, niños y jóvenes en Chile - El Estado y las organizaciones no gubernamentales*. In: SIMONETTI, Cecília (Org.), et al. *Do avesso ao direito. Seminário Latino-Americano*. São Paulo: Malheiros, 1994. p.361.

¹⁵⁵LINDGREN ALVES, op. cit., p.176.

investigar as linhas principais do "Programa Nacional de Direitos Humanos"¹⁵⁶ para aferir se o Estado Brasileiro cooptou uma política de proteção, considerando-se, é claro, esta expressão, no sentido de privilegiar a infanto-adolescência como categoria que compreende sujeitos de direitos e não como um mero alvo de assistencialismo, posto que este modo de tratar dos jovens já se mostrou ineficiente.

No decorrer do trabalho serão utilizadas as proposições da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH) para subsidiar argumentos de ordem doutrinária; presentemente a pretensão é a de extrair do Programa Nacional as "intenções" sobre a infância e juventude.

Na introdução do programa já se verifica o reconhecimento de que crianças e adolescentes possuem direitos fundamentais e que são considerados "pessoas", merecendo respeito, e bem assim proteção à sua integridade física.

Ali também se encontra o largo espectro de identificação dos direitos humanos, que se espraiam em diversos campos da atividade humana, tais como o direito de ir e vir sem ser molestado; de ser tratado condignamente pelos agentes do Estado; ao devido processo legal; de ser; pensar; crer; manifestar-se etc. Em síntese, são os direitos humanos "aqueles que garantem existência digna a qualquer pessoa".

O objetivo do programa está definido ainda na parte introdutória como sendo o de, em conjunto com a sociedade, "eleger prioridades e apresentar propostas concretas de caráter administrativo, legislativo e político-cultural que busquem equacionar os mais graves problemas que hoje impossibilitam ou dificultam a sua plena realização".

No corpo do programa temos o elenco das propostas governamentais de curto, médio e longo prazo, inclusive para as crianças e adolescentes.

As medidas de curto prazo se reúnem em torno de iniciativas a propiciar a intervenção social nas políticas nacionais da infância e da juventude através do funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente -

¹⁵⁶BRASIL: Documentação Civil. Política Antidiscriminatória. **Crimes de Tortura.** Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 1998. p.59-97.

Conanda; de programas de orientação familiar; de alterações legislativas; e de campanhas as mais variegadas.

Em médio prazo a pretensão aponta para:

- 1) a capacitação de profissionais e encarregados da implementação da política de direitos da criança e dos adolescentes nas esferas governamentais e não-governamentais;
- 2) a implementação de um sistema nacional e sistemas estaduais de informação e monitoramento da situação da criança e do adolescente, focalizando, principalmente, a criação e funcionamento de Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e Conselhos Tutelares;
- 3) a localização de crianças e adolescentes desaparecidos;
- 4) o combate a violação de direitos de crianças e adolescentes, que contemple o número de denúncias, número de processos, local de ocorrência, faixa etária e cor dos envolvidos e o número de casos;
- 5) o combate à prostituição infanto-juvenil e às mortes violentas de crianças e adolescentes.

Finalmente, a longo prazo, o programa propõe o incentivo ao reordenamento das instituições privativas de liberdade para "menores" infratores, reduzindo o número de adolescentes autores de ato infracional por unidade de atendimento, com prioridade na implementação das demais medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e indica apoiar a criação, pelo Poder Judiciário, Ministério Público e pelos Governos Estaduais, de varas, promotorias e delegacias especializadas em infrações envolvendo "menores", como previsto na legislação estatutária.

Efetuando um traço comparativo do programa com a Convenção Internacional e com a Constituição Brasileira, verifica-se que o mesmo está muito aquém do superior interesse e da absoluta prioridade de que tratam as cartas.

Na verdade, para o programa, a infanto-adolescência é mais um setor a ser observado, sem, contudo, ser incisivo em questões fundamentais como educação e alimentação. Somente de modo oblíquo se pode retirar, por exemplo, que haverá

estímulos ao professorado ou que se investirá em creches para que os pais possam trabalhar mais tranqüilos, imaginando seus filhos seguros em local apropriado.

Comete, além disso, o pecadilho de repetir a estigmatizadora expressão "menor infrator", tão cara ao assistencialismo e que indica uma imaturidade do setor estatal quanto à condição de pessoa das crianças e dos adolescentes.

O programa mostra-se tímido ante a real necessidade de proteção integral da infância e da juventude, mesmo quando trata da questão familiar e da colocação em família substituta (adoção), descurando, por exemplo, dos estímulos à guarda, consoante preconizado na Constituição Federal ou mesmo, negligenciando quanto à previsão de instalação de abrigos para as tão comuns situações emergenciais.

Avulta a sensação de que o Estado é espectador de tais políticas, incentivando e propondo, sem, contudo, indicar que parcelas orçamentárias serão destinadas à sua programação. Parece ocupar-se, especialmente, com a juventude imersa na violência, plasmando mais uma preocupação classe média com a segurança, quando, em verdade, a juventude é a maior vítima de sua falta.

Há, sem dúvida, o avanço estatal ao admitir que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, mas o modo de encarar essa categoria de pessoas está longe de atender às exigências internacionais e constitucionais.¹⁵⁷

Semelhante às observações sobre o plano nacional ora feitas, são aquelas laboradas na obra *Los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad*, em que Marta Polakiewicz, falando a respeito da estratégia do Estado Argentino sobre a política de infância e juventude, critica a má eleição de prioridades e destinação de recursos, que "*no se compadece con las posibilidades que refleja el nivel de desarrollo*

¹⁵⁷Revelador, nesse mesmo sentido, as palavras de ROJAS, Valéria Luco. *Derecho de niñas, niños y jóvenes en Chile - El Estado y las organizaciones no gubernamentales*. In: *Do avesso ao direito*. Seminário Latino-Americano, p.361, descrevendo o não engajado comportamento governamental do Chile nas ações pertinentes à infância e juventude: "*Los problemas de un aparato estatal poco flexible y sin capacidad operativa, mas el peso de un sistema de atención a la infancia obsoleto, hacen que sea muy difícil la tarea de su modernización, agrandándose por el hecho que los niños, indudablemente, no son prioridad política ni aún para los setores más progresistas de la sociedad chilena*".

*humano alcanzado, ya que se constata una postergación que amenaza con excluir del proceso de modernización a una parte sustantiva de los niños".*¹⁵⁸

Ao propósito de evitar a pecha de parcialidade às presentes observações, cumpre anotar que a primeira proposição governamental do programa, a curto prazo, é a de apoiar "o funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)" e esse colegiado, com efeito, traçou diretrizes para a ação na área da infância e da adolescência nos diversos setores, tais como:

- 1) educação, pretendendo: socializar conhecimentos sobre a educação infantil junto às famílias, creches e pré-escolas; garantir que o atendimento à criança de 0 a 6 anos seja ampliado, envolvendo articuladamente as áreas de educação, saúde e assistência social; garantir a obtenção de melhores resultados das crianças e adolescentes nas escolas, assegurando o acesso, regresso, permanência e o sucesso; assegurar que seja ampliada a cobertura do atendimento educacional à população em idade escolar; assegurar que sejam reduzidos os índices de repetência, sobretudo na 1.^a e 5.^a séries; incrementar e acompanhar a distribuição dos recursos financeiros para a educação, de forma a garantir a ampliação do percentual do gasto público em educação, a equidade e eficiência na utilização destes recursos; garantir a ampliação do atendimento a adolescentes no ensino fundamental; oferecer a estudantes adolescentes oportunidades de educação para o trabalho; garantir que todas as escolas de ensino fundamental, urbanas e rurais, estaduais e municipais, sejam dotadas de condições básicas de funcionamento; assegurar o desenvolvimento do programa de saúde escolar, incluindo-se a participação de pais e professores, prevendo o saneamento ambiental, a prevenção de acidentes, a incorporação de conhecimentos sobre as ações básicas de saúde, educação sexual e planejamento familiar, esclarecimentos sobre DST/AIDS, abuso de drogas, educação para a vida familiar e comunitária; articular e estabelecer referência entre a escola e as unidades do SUS para atendimento à saúde da criança e do adolescente; garantir o atendimento aos portadores de necessidades educativas especiais integrados ou não na rede regular de ensino; assegurar que todas as crianças e adolescentes que freqüentam escolas públicas sejam atendidas pelos programas de merenda escolar e do livro didático; garantir que os cursos de licenciatura e de escola normal sejam revistos, criticamente, assegurando um novo padrão de qualidade de ensino; garantir o aumento progressivo de remuneração do magistério público, através de plano de carreira; garantir a participação dos pais, individualmente ou através de associações representativas, no processo educacional de seus filhos; garantir a capacitação permanente e a troca de experiências entre professores e diretores da educação básica; reordenar e reaparelhar os organismos governamentais que atendam adolescentes em regime de privação de liberdade e semi-liberdade, visando o cumprimento das medidas sócio-educativas de modo eficaz, inclusive com programas aprimorados de educação e formação profissional; utilizar permanentemente os meios

¹⁵⁸ROJAS, Valéria Luco. Op. cit., p.95.

de comunicação social para a difusão de propostas informativas e educativas, na redução da violência e de todas as formas de negligência, discriminação e exploração de crianças e adolescentes;

- 2) políticas públicas (saúde, trabalho, assistência social), visando garantir à criança e ao adolescente o direito à vida e ao desenvolvimento integral;
- 3) direito, almejando fomentar a implementação e o correto funcionamento dos Conselhos de Direitos da Criança e Adolescente e Conselhos Tutelares por meio de sistema de monitoramento e a correta utilização dos institutos jurídicos previstos no Estatuto da Criança e Adolescente; atender ao adolescente autor de ato infracional, com programas implementadores das medidas sócio-educativas; reordenar e reaparelhar os organismos governamentais que atendem em regime de privação de liberdade e semi-liberdade, visando o cumprimento das medidas sócio-educativas de modo eficaz; apoiar a implementação de centros integrados operacionais e juizados regionais da infância e juventude; apoiar a implementação de Defensorias Públicas solicitando a designação de defensores especializados nas varas da infância e juventude; apoiar a implementação de serviços de Polícia Judiciária para a apuração de crimes praticados contra a criança e o adolescente; fortalecer as entidades de defesa dos direitos da criança e adolescente, visando, entre outras finalidades, diminuir a impunidade pelos crimes praticados contra a infância e juventude; promover serviços e/ou projetos de proteção às testemunhas para crimes praticados contra, ou em que estejam envolvidos, crianças e adolescentes; criar cadastro de adoção, das Comissões Estaduais de Adoção e similares, do controle de adoção internacional; apoiar serviços de identificação e localização de pais, de responsáveis e de crianças e adolescentes desaparecidos; apoiar campanhas de esclarecimentos e divulgação sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente destacando-se: Crianças vítimas de maus tratos; crianças exploradas no mundo do trabalho e mortes violentas de crianças e adolescentes; apoiar campanhas, ações e programas de atenção às crianças e adolescentes explorados sexualmente; apoiar os serviços de tratamento e orientação a crianças e adolescentes usuários de drogas e interface com o CONFEM e os Conselhos Estaduais e parceria com entidades financiadoras internacionais, Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais; apoiar a elaboração de Diagnóstico e subsídios relativos aos regimes de atendimento previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

As linhas demarcadas pelo Conanda são, efetivamente, as mais abrangentes, indicando que a higidez biopsíquica-moral da infanto-adolescência é o seu foco de atenções. Resta, porém, o alerta, ainda tomando como base o programa nacional de direitos humanos, que a manter, tão-só, compromissos de ordem moral, sem que o Conanda se utilize do seu poder deliberativo, *ex vi* do inciso II, do artigo 88, do Estatuto da Criança e do Adolescente, suplantando, por vezes, o aludido programa, as inúmeras ações acima transcritas terão o mesmo fado do decantado programa, qual seja, o seu aparente descompromisso com medidas de ordem a dar efetividade ao discurso apresentado.

CAPÍTULO 2

AS PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO: UMA PECULIAR CONDIÇÃO DA VIDA EM SOCIEDADE

Antônio Carlos Gomes da Costa aponta a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989 pela Assembleia Geral da ONU, como um instrumento pautado no reconhecimento do valor intrínseco da criança como pessoa humana, identificando-lhe "condição peculiar de desenvolvimento" justificadora de integral proteção em virtude de "as crianças freqüentemente não conhecerem de modo pleno seus direitos; as crianças não terem condições de fazer valer e defender esses direitos; as crianças não deterem condições de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas; e de as crianças serem seres humanos em pleno desenvolvimento físico, mental, afetivo e espiritual".¹⁵⁹

É assim, a "condição peculiar de desenvolvimento" da criança, reveladora de que a infância, em especial, é "frágil como um papel" e "é o mais perfeito indicador do desenvolvimento de uma nação. Revela melhor a realidade do que o ritmo de crescimento econômico ou renda *per capita*" e logo se justifica à juventude uma política protetiva de caráter abrangente.¹⁶⁰

Propõe-se nesse tópico um ingresso nos aspectos sociais e jurídicos permissivos da individualização desse caráter de "pessoa em desenvolvimento", a partir da pauta ora declinada.

¹⁵⁹COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **A convenção internacional dos ...** p.18.

¹⁶⁰DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: a infância e adolescência e os direitos humanos no Brasil.** São Paulo: Ática, 1995. p.8.

SEÇÃO 1

A INSTIGANTE QUESTÃO SOCIAL E SUA TRADUÇÃO JURÍDICA

A questão social sob a ótica das pessoas em desenvolvimento pretende revelar o perfil das crianças e adolescentes em sua contingência comunitária, em seu cotidiano, em suas realizações e frustrações.

Visa este momento da abordagem apontar para a relevância social da juventude, sua condição de partícipe de seu meio e a contribuição da criança e do adolescente para si próprio enquanto indivíduo e para a comunidade como pessoa.

Oportuna, por isto mesmo, a leitura de Edson Passetti sobre as fontes onde se foi inspirar o Plano Nacional do Bem-Estar do Menor, agora transcrita:

No sistema social urbano são caracterizados três tipos de população: a integrada, a subintegrada e a em vias de marginalização. Esta apresenta características específicas analisáveis dentro de um processo social marginalizante (...) tais como: baixos níveis de renda, habitação sub-humana, subalimentação, analfabetismo e baixo nível de escolaridade, baixos níveis sanitários e de higiene, falta de qualificação social (...) Esses fatores levam à desorganização a estrutura do grupo familiar em suas funções básicas – alimentação, proteção de saúde, recreação, amor e socialização.¹⁶¹

Apesar de o autor evidenciar criticamente este recorte do ambiente social, pois que utilizado como ferramenta maniqueísta para embasar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, parece ser de todo oportuna a constatação de que tais elementos é que mobilizam, ainda hoje, os estudos e os conceitos em torno da categoria *criança e adolescente*.

Não é por outro motivo que Hélio Bicudo, examinando os direitos humanos dos jovens, procura demonstrar que a questão dos direitos da infanto-adolescência não se subsume à discussão da idade para a responsabilidade penal, ou ao exercício do voto ou à faixa etária para dirigir veículos, mas deve considerar "a luta diária pela sobrevivência" da menina e do menino de rua, as discriminações sofridas, o analfabetismo e o acesso à

¹⁶¹PASSETTI, Edson. Op. cit. p.157.

escola, e a "falência das políticas sociais públicas necessárias ao atendimento da população na faixa etária até 18 anos (que) é um dado da realidade, expresso nos índices de mortalidade infantil, de evasão escolar, de desnutrição, de fome e miséria".¹⁶²

O que há de novo é a concepção de criança e adolescente integrados ou não.

Não se trata de integração ao modelo político-econômico, mas, ao contrário, adaptação deste às necessidades das pessoas em desenvolvimento, das pessoas que estão adquirindo a carga psicossocial de sua comunidade e que ao longo de seu processo de maturação exigem proteção no sentido mais amplo.

Nesse universo de proteção outra inovação pode ser registrada.

É a busca para a superação da idéia dos subintegrados e dos em via de marginalização.

Parte-se da matriz de que toda criança e adolescente, de qualquer nível social ou, diga-se de forma mais crua, pobre ou rica, está se desenvolvendo não para ser um adulto útil economicamente, mas para tornar-se um indivíduo relevante para si e para a sociedade em cada momento de sua existência, podendo vir a ser, por óbvio, produtivo em todos os matizes imagináveis.

Bem por esta razão é que se sustenta a *proteção integral* como uma ampla busca do equilíbrio biopsico-social, da preservação da personalidade dos jovens. Seu futuro é importante, mas sua integridade imediata indispensável. Lutar-se-á contra a pobreza e contra a marginalização, resistindo a um modelo exclusivamente econômico e investindo numa proposta predominantemente de cunho igualitário, cabível para qualquer modelo de sociedade. Os jovens ricos podem não padecer da falta de bens materiais, são passíveis, porém, de ser vítimas, por exemplo, de abandono intelectual e afetivo. Também para estes propõe-se proteção.

O caráter social é, assim, esta verificação de que em qualquer patamar da sociedade a personalidade da criança e do adolescente, o seu projeto de vida, seus anseios, sonhos e sua integridade psico-física, exigem uma defesa a mais significativa

¹⁶²BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção**: os direitos humanos da criança e do jovem. São Paulo: FTD, 1997. p.111-113.

e prioritária possível, não como meta de formar o homem de amanhã, antes, sim, de estimular o desenvolvimento da pessoa de hoje em todas as suas manifestações.

Para tanto, o interesse da criança e do adolescente *"se asocia, igualmente, a una serie de cuestiones sociales que es necesario contemplar, como el embarazo de las adolescentes, el abandono escolar, la violencia familiar, la drogadicción, la prostitución, el tráfico y la explotación infantil, etc, problemas todos ellos que afectan gravemente el destino de los niños y adolescentes, perturban su adecuada socialización y el desarrollo de sus potencialidades"*, e, desse modo, *"la defensa y la vigencia de los derechos humanos de la infancia depende significativamente de un cambio en las representaciones sociales, valores y credencias que la sociedad tiene respecto de la infancia"*.¹⁶³

A constante e integral proteção nada mais é do que suprir os protagonistas sociais, as pessoas, daquele mínimo existencial indispensável para se conquistar a dignidade.

Não se trata de mero assistencialismo, é algo bem mais ambicioso, visa-se dotar o ser humano de estruturas extrínsecas e intrínsecas hábeis a formar seu temperamento e a permitir, a cada passo de sua vida, as escolhas mais propícias ao seu bem-estar. Investe-se, sem dúvida nenhuma, não só no aparato externo, dar moradia, comida, roupas, atendimento médico etc., mas no pessoal, no caráter, na auto-estima.

Para Maria Del Carmen Bianchi, as crises econômicas e políticas conduzem a um tipo de atrofia social e de cidadania, há deficiência dos serviços públicos e resistência no investimento de setores que não correspondam ao crescimento econômico. Esse é o meio propício para a política de "proteção especial" desinteressada da "condición ciudadana" do beneficiado.¹⁶⁴

O reporte aos movimentos de recuperação democrática ocorridos na década de 1980, mostra, entanto, a presença do econômico como continuação do político e,

¹⁶³GROSMANN, Cecilia P. Op. cit., p.45, 101.

¹⁶⁴BIANCHI, Maria Del Carmen. Op. cit., p.68-72.

por conseqüência, um racionalização, nesse vetor, do Estado, evidenciando-se um afastamento das razões humanas.

Em tal direção, pois, move-se a "proteção desinteressada", substituindo as políticas básicas, ainda que, por vezes, sua referência a uma grande faixa da população faça-a transparecer como se fomentasse ações de natureza fundamental. Há um caráter nitidamente assistencial no agir estatal, e sobre este assistencialismo "no se hace necesario emitir ningún juicio de valor, sino afirmar la diferencia".¹⁶⁵

Há nessa política a instalação da cultura da pobreza e a conseqüente diferenciação social, significando crianças e adolescentes marcados pela proteção especial ou pela repressão.

Revela importância, porém, tal quadro, considerando a constatação de que o espaço público não pertence somente ao Estado, mas contém, igualmente, a sociedade.

Bianchi apresenta elementos que a seu ver são capazes de indicar um outro eixo para o trato social, mostrando que a luta pelos direitos das crianças e jovens é política e se expressa como a recuperação da cidadania. Assim, a juventude, em face desses direitos, é reconhecida como o conjunto de cidadãos artífices e usuários da instituições públicas (hospitais, escolas etc.) e não meros elementos de programas especiais.

Quanto à conquista de seus direitos, de conformidade com o já desenvolvido neste trabalho, fácil fica a percepção de que as crianças e os adolescentes, pelo menos até a Carta de 1988, não foram contemplados como categoria juridicamente relevante no Brasil.

Tardiamente e "forçada" pelas orientações internacionais, a vontade política brasileira voltou suas atenções a esta parcela da sociedade que, até então, era considerada, na mais otimista visão, um projeto de "adulto", uma promessa de futuro.

Mas, infelizmente, desmerecia o tratamento jurídico de pessoa, não se lhe atribuindo senão um papel coadjuvante no seio onde se desenvolvia. Claro, nesse

¹⁶⁵BIANCHI, Maria Del Carmen. Op. cit., p.70.

ponto, que havia alguma proteção legal, mas toda ela voltada ao porvir deste ser, sem considerar o seu presente.

São eloqüentes as palavras de Garcia Mendez a respeito da lacuna legal sobre crianças e adolescentes, quando lembra que nas décadas de 1950 e 1960, e antes também, inexistem garantias jurídicas para os jovens.¹⁶⁶

O meio para a atribuição das referidas garantias, no universo jurídico, dá-se com a sua inclusão nele, quando há o reconhecimento pela ordem jurídico-legal de que determinado segmento tem sujeitos de direitos.

Numa conceituação que não pretende criar ou ser mais clara do que as oferecidas pelo saber especializado, é possível admitir que todas as pessoas e "entes" a que o sistema proporciona personalidade (e que prevê, desta forma, seu modo de aquisição), serão sujeitos de direitos ou de dever jurídico.

Esta formulação encontra conforto no direito civil clássico, que conceitua a pessoa como todo ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações e, logo, sujeito de direitos.¹⁶⁷

Do conceito clássico decorrem duas ilações:

- 1) a de ente, que, genericamente, enfeixará tanto a idéia de pessoa natural, quanto a de pessoa jurídica;
- 2) a de que, como a personalidade exprime a idéia de aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações,¹⁶⁸ só o ente que possui personalidade é sujeito de direitos.

Pois bem, sendo esta a estrutura do raciocínio sobre sujeito de direitos, avulta, significativamente, que num determinado sistema nem todas as pessoas virão a ser sujeitos de direitos, já que o conceito laborado prende-se às categorias já sistematizadas, produzindo um processo de exclusão e de marginalização.¹⁶⁹

¹⁶⁶MENDEZ, Emílio Garcia. Op. cit. p.39.

¹⁶⁷MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva. p.56. V.i.

¹⁶⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.142, v.i.

¹⁶⁹FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.48

Muito embora não seja o direito da criança e adolescente contemplado na legislação geral e se manifeste mediante de um sistema próprio, em verdade verifica-se que somente foi possível a atribuição e o reconhecimento de direitos próprios à infante-adolescência a partir da edição de normativo específico, ou seja, não houvesse a Constituição Federal e, posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, determinado garantias e regras protetivas, se estaria, ainda, a buscar, talvez na essência humana, mecanismos de preservação da personalidade dos jovens.

Bastaria, numa concepção mais contemporânea, reconhecer-se a dignidade da pessoa humana para se lhe identificar os decorrentes direitos e os meios de invocá-los. Entrementes, apesar de todos os esforços, o detalhamento em norma é que tem permitido essa condição.

CAPÍTULO 3

A PROTEÇÃO INTEGRAL: DESCONTINUIDADE E PRESENÇA NO COTIDIANO DA JUVENTUDE

Esta nova política deslegitima política e sobretudo juridicamente o velho direito de menores.¹⁷⁰

O assistencialismo e doutrina da "situação irregular" combateram infrutiferamente os efeitos do abandono e a violência, e trataram as crianças e adolescentes marginalizadas como fantasmas sociais, a serem manipulados e esquecidos ao talante dos responsáveis pelas políticas sociais. Não havia prerrogativas ou garantias.

A grande função da regra disposta no artigo 227, da Constituição Federal, foi a de converter a "situação irregular", que era modo de reagir aos jovens, em "situação de risco", em que os sujeitos de direitos *crianças e adolescentes* não mais são um mero resultado das contingências socioeconômicas, sendo, sim, prejudicados em face da omissão ou inexistência das ações sociais básicas.¹⁷¹ Significa, pois, que as crianças e adolescentes são destinatários de mecanismos jurídicos a seu serviço para evitar ou remediar os prejuízos que possam sofrer aos seus respectivos e lícitos interesses.

Esta nova concepção encontra ambiente propício durante as décadas de 1980 e 1990, em que, apesar de novas dificuldades econômicas, manifesta-se um desenvolvimento político-comunitário propiciador da conscientização para problemas sociais. Os olhares voltam-se, por exemplo, para as crianças e adolescentes que faziam da rua "seu espaço de sobrevivência e até mesmo de moradia".¹⁷²

A novel percepção da sociedade traz consigo uma consciência da impotência dos mecanismos existentes para debelar a infeliz situação do segmento conhecido por infante-adolescência.

¹⁷⁰MENDEZ, Emilio Garcia. Op. cit. p.98.

¹⁷¹Ibid., p.99.

¹⁷²Ibid., p.133.

Voltaram-se, desse modo, as atenções para os indivíduos, para os seres e, assim, eclodiu a constatação, tardia, aliás, de que a questão das crianças e adolescentes estava jungida à "violação de seus direitos de pessoas humanas e de cidadãos".¹⁷³

A Carta de 1988, empolgada pelo discurso da democratização do País, incorporou as propostas internacionais atinentes aos direitos da juventude e positivou mediante do antes referido artigo 227, *caput*, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, reafirmando o rol do artigo 5.º, do mesmo diploma e garantindo o ingresso dos jovens, de modo indiscutível, no universo dos sujeitos de direitos. Estabeleceu a Constituição Federal peculiar direito fundamental à infanto-adolescência, qual seja a *absoluta prioridade*, que será objeto de abordagem em tópico próprio.

Esta abrangência dos direitos e garantias das crianças e adolescentes, a serem asseguradas pela família, pela sociedade e pelo Estado, em todas as áreas, é conhecida como proteção integral.

SEÇÃO 1

A INFANTO-ADOLESCÊNCIA E OS MODELOS DE ESTADO E A VIDA EM SOCIEDADE

O Pacto Fundante do Brasil, promulgado em 05 de outubro de 1988, erigiu a proteção aos direitos personalíssimos das crianças e dos adolescentes como um dever do Estado (igualmente da família e da sociedade), consoante expressa disposição do *caput* do artigo 227.

Da singela leitura dos parágrafos do mencionado dispositivo, extrai-se caber ao Estado uma positiva atuação no setor da saúde (§1.º), da deficiência física, sensorial ou mental (§1.º, I e §2.º), do trabalho, do devido processo legal, da guarda e da adoção (§3.º e §6.º), da higidez sexual (§4.º), da igualdade de filiação (§6.º), dentre outros.

A norma constitucional não olvidou, outrossim, a base financeira das ações estatais, preconizando o §7.º, do artigo 227, a observância ao artigo 204, do mesmo

¹⁷³Gomes da Costa, op. cit. p.135.

diploma superior, que trata de esclarecer que as ações governamentais na área social, além de outros recursos, serão realizadas com aqueles do orçamento da seguridade social.

Eis, em pinceladas rápidas, o papel positivado na Constituição Federal do Estado brasileiro em face da infanto-adolescência.

Parece, porém, oportuno divagar sobre este agir do Estado e, antes disso, brevemente, procurar compreender este nível estatal ao qual se atribui relevantíssimo atuar.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari¹⁷⁴ examinando as principais teorias dedicadas a estudar a formação originária do Estado, chega-se a uma classificação com dois grandes grupos:

Teorias que afirmam a formação natural ou espontânea do Estado (...) tendo todas em comum a afirmação de que o Estado se formou naturalmente, não por um ato puramente voluntário.

Teorias que sustentam a formação contratual dos Estados apresentando em comum (...) a crença em que foi a vontade de alguns homens, ou então de todos os homens, que levou à criação do Estado. De maneira geral, os adeptos da formação contratual da sociedade é que defendem a tese de criação contratualista do Estado.

Não refoge da classificação posta Alexandre Groppali¹⁷⁵ quando ordena as teorias sobre o fundamento do Estado, após tecer críticas sobre as classificações de Jellineck, Orlando e Bonucci, dispondo da importância não de "estudar a formação do Estado, mas sim de estabelecer quais sejam as razões profundas pelas quais os cidadãos sujeitam a própria vontade à vontade estatal, ou seja, as supremas razões que justificam em substância, a existência de um ente soberano ...".

Observa que Jellineck tentou fazer a classificação delas, agrupando-as em:

- a) de ordem religiosa;
- b) de ordem físico material;
- c) de ordem jurídica;
- d) de ordem ética;

¹⁷⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.45 e seg.

¹⁷⁵GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Tradução: Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1962. p.272-294.

- e) de ordem psicológica", registrando que as doutrinas teológico-religiosas "assumiram vários aspectos e desenvolvimentos especialmente em função da obra de S. Agostinho e S. Tomás, sendo até agora seguidas, afirmam que o Estado é uma instituição divina, à qual os indivíduos devem obedecer pela determinação imposta pela própria divindade", rematando que sobre esses pressupostos se "fundam as teorias do legitimismo e deles tira sua razão de ser a forma do Estado absolutista, nas quais o monarca concentra em si todos os poderes e se coloca como querido e instituído por Deus de quem se afirma representante (*non est potestas nisi a Deo* - S.Paulo)".

Paralelamente ao legitimismo, faz referência à doutrina que justifica o Estado à base de uma necessidade de ordem físico-material (tendo como precursores Protágoras e Epicuro, retomada pela escola dos realistas Seidel, Smith etc.) e "essa doutrina reduz qualquer forma do Estado ao domínio dos mais fortes e explica a obediência às leis pelo simples fato da vontade dos súditos ser mais débil do que a vontade dos governantes, devendo portanto subordinar-se a esta".

Para o que se julga de destaque, ensina, ainda, a respeito da doutrina que atribui os fundamentos dos Estados a exigências de ordem jurídica, dividindo-se em três correntes que "ora sustenta ser o Estado uma derivação de um ordenamento preexistente e superior (família), ora ser a consequência e reflexo de direitos reais (Estado patrimonial), ora ser produto de um acordo (teoria contratualística)".

Estabelece duas categorias diversas de acordo com a colocação da razão de ser do Estado:

em um complexo de forças e leis existentes fora da sociedade, ou em um complexo de leis e forças que operam dentro da própria sociedade (...) não levamos em conta a teoria que funda a legitimidade do Estado no fim para o qual tende, de realizar para a coletividade o bem comum, porque todas as teorias assinalando essa mesma finalidade para o Estado, não pode essa razão constituir, como é evidente, o elemento diferenciador entre as teorias.

Finalmente, reportando-se à força obrigatória da Constituição, conclui que remontando de ato em ato "chegamos a esta última norma fundamental, é preciso então parar porque dela já não se pode dar uma explicação jurídica, mas, quando muito, uma explicação de fato (...) ao dizer que a Constituição assim estabeleceu, porque o povo, organizando-se por meio dela em estado, assim o quis, ou por intermédio (...) de um monarca, ou por meio da deliberação de uma assembléia constituinte", reconhecendo que importa à compreensão do Estado o modo de sua formação.

Perseguindo a sistemática das teorias do estado, cabe aqui citar a perspectiva quanto aos fins do Estado, como proposta por Paulo Bonavides (Teoria do Estado), que sem ignorar o cunho teológico, naturalista, contratualista ou ético do Estado, oferece abordagem sobre o seu caráter teleológico, ou seja, qual o papel do indivíduo e da coletividade no meio social, seus direitos e prerrogativas face ao Estado.

Após discorrer sobre o obscurantismo em que recaiu a teoria finalística em vista da adoção do positivismo jurídico, lembra a relevância do tema em decorrência da necessidade, aliás contemporânea, de se perquirir as questões essenciais e não as pontuais (vale dizer: sem o conhecimento dos fins, não se conhece as instituições propiciadas pela existência do Estado).¹⁷⁶

Ensina que a teleologia estatal pode ser estudada no plano do escola filosófica (formalismo), dominada pelo jusnaturalismo, alojando as teorias dos fins absolutos do Estado, que findam em Kant e Hegel e no plano da escola histórica (pragmatismo), acomodando as teorias relativistas, cujo teor positivista se revela ao direito "depois que Hegel firmou na teoria do espírito objetivo a consciência do contraste entre o individual e o social e vinculou definitivamente, segundo a mesma esteira do historicismo jurídico de Savigny, o direito à sociedade".¹⁷⁷

Para Bonavides o melhor critério metodológico para se chegar à consideração do problema "seria situá-lo historicamente, e daí submetê-lo às reflexões da filosofia, da história, da política e do direito, ou seja, tratá-lo no plano metafísico ou positivo que abranger, segundo as idéias dominantes em cada época. Teríamos assim por único ponto de partida o histórico, que (...) permitiria o subsequente exame da matéria debaixo de todos os possíveis ângulos de indagação".¹⁷⁸

Relembra Bonavides que a noção organicista de Estado deve ser atribuída a Aristóteles (Política), pois ofertou a idéia do Estado "como ser natural e anímico,

¹⁷⁶BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.19-23.

¹⁷⁷Ibid., p.23.

¹⁷⁸Ibid., p.25.

anterior ao indivíduo, em que o todo tem precedência sobre as partes" (o indivíduo em função do Estado, não o Estado em função daquele).¹⁷⁹

Fica claro que tal concepção é a matriz do pensamento absolutista, posteriormente resistida pela patrística medieva, não em termos de afastá-lo (o absolutismo), mas de incluir o elemento sobrenatural (teoria teológica), revelando a qualidade de resistir ao despotismo e indicando o germe dos sistemas individualistas do direito natural.

A resistência ao despotismo da igreja e sua queda ética, dão vazão, consoante Bonavides, a aceitar como principal escopo do Estado o direito, um dos fundamentos do jusnaturalismo, tendo em meta que derivando o Estado do indivíduo, seus fins estão unidos à esfera individual. Logo, o indivíduo é a matriz do direito e do Estado.¹⁸⁰

Aceita essa evolução, está propiciado o ambiente para o jusnaturalismo racional, de direção filosófica individualista, apoiado em teorias contratuais.

O jusnaturalismo, porém, pautado na natureza humana, esbarraria no pensamento Kantiano da impossibilidade de alcançar-se sua verdadeira essência, cujo questionamento na esfera do direito teria os empiristas (Savigny) como protagonistas, que afetaria o crédito da filosofia jusnaturalista. Este é o marco do ocaso da chamada Teoria Individualista de Grotius, que apresentava "como fim do Estado a segurança dos direitos individuais".¹⁸¹

De qualquer modo, conclui Bonavides, graças à noção de liberdade traçada pelo jusnaturalismo, apoiada em textos constitucionais, garantiu-se a preservação dos direitos inalienáveis da pessoa humana, daí o seu caráter supostamente revolucionário, com a conotação de vinculação entre o chamado estado natural e o direito de resistência (leia-se defesa pessoal aos direitos de personalidade).¹⁸²

¹⁷⁹BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.26.

¹⁸⁰Ibid., p.30.

¹⁸¹Ibid., p.33.

¹⁸²Ibid., p.33-34.

Em oposição ao jusnaturalismo apresentou-se Kelsen, dizendo-o utópico e em relação ao Estado ordem anárquica. Aqui registra-se a Teoria do Estado numa perspectiva de entidade jurídica.¹⁸³ Para Kelsen, o direito natural é conservador e não revolucionário, a não ser na perspectiva que lhe deu Rousseau.

Bonavides descreve, derradeiramente, o Estado Policial, o Estado de Direito e o Estado Ético-Cultural.¹⁸⁴

Por Estado Policial (de Christian Wolf) tem-se o fundamento de que o fim do Estado é a "suficiência de vida, tranqüilidade e segurança. Desde que se alcance esse alvo, a favor da pessoa humana, desce a liberdade a plano secundário". Teria similitude com a filosofia jusnaturalista.

Por Estado de Direito, abstraindo-se a inicial idéia do liberalismo de manter o Estado à distância, e quanto mais longe melhor, saída da resistência ao absolutismo, entenda-se aquela percepção que tem como dogma central a liberdade, protegida mediante ordem jurídica, a qual recepciona "um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição".¹⁸⁵

Bonavides atribui a Kant uma Teoria de Contrato Social diferente da de Rousseau e Hobbes, por não se referir a fato histórico, mas sim a uma idéia racional, na indagação de razão de ser do homem. A lei deve estar acima do arbítrio e isso só se dá com a divisão dos três poderes, independentes e harmônicos entre si; nesse momento se daria a passagem do *status naturalis* ao *status civilis*, isto é, no primeiro a liberdade é provisória, precária, no outro as formas se cristalizarão - estado jurídico.¹⁸⁶

¹⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p.183. "O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. **De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica**".

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.47-57.

¹⁸⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.68.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.45.

No Estado de Direito, de acordo com José Luis Bolzan de Moraes, que é o modelo ocidental predominante, há a manifestação do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

Para o precitado autor, o "conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo", traduzido no princípio da legalidade, na divisão de poderes e na garantia dos direitos individuais, tendo o Estado Liberal um papel mínimo, assegurador da "liberdade de atuação dos indivíduos". Não admite, porém, mesmo na perspectiva liberal do Estado, que este venha "descontextualizado de seu vínculo material", ou seja, seu conceito diz com "o conteúdo da ação estatal e da relação Estado-cidadão".¹⁸⁷

Inúmeras dificuldades fazem emergir o Estado Social – questões políticas das grandes guerras e depressão econômica da década de 1930 –, sendo que, consoante Bolzan de Moraes, trata-se de, em face do Estado Liberal, uma "modificação de suas próprias funções e na reformulação de sua principiologia original, um refúgio que evite o colapso, passando, mais em virtude de reclamos dos cidadãos do que por iniciativa própria, então, a garantir níveis mínimos de renda, de saúde, escolaridade e de benefícios (...) (p)assa a ser um Estado do Bem-Estar Social - *Welfare state*. Essa tendência se verifica, principalmente, do início deste século em diante".¹⁸⁸

O Estado Social,¹⁸⁹ continua Bolzan de Moraes, não logra solucionar a questão da "igualdade" e essa, dentre outras razões, conduz a um novo conceito, conjugando as "conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social" e "constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a *transformação do status quo*", assumindo o conteúdo da legalidade "a forma de busca efetiva de concretização da igualdade", visando "*intervenções que impliquem uma*

¹⁸⁷MORAIS, José Luiz Bolzan. Op. cit., p.70-71.

¹⁸⁸Ibid., p.92-93.

¹⁸⁹José Fernando de Castro Farias sobre o Estado Social que também pode ser designado como "Estado providência" aduz que no "Brasil, esse debate parece estar deslocado, considerando o fato de que o Brasil não tem efetivamente um Estado providência". Op. cit., p.2.

alteração na situação da comunidade".¹⁹⁰ A isto nomina Estado Democrático de Direito, que seria um passo adiante em face da concepção de Estado Social de Direito, pois tem "um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência".¹⁹¹

Por Estado ético-cultural verifica-se a proposição hegeliana, segundo Bonavides, do Estado como é, histórico concreto. O Estado se encontraria na filosofia do direito, transcendental ao plano jurídico, abrangendo todos os limites e determinações de vontade. O direito é a existência da vontade livre, o espírito objetivo em si, correspondente ao conceito hegeliano de liberdade, mas que não se refere ao indivíduo com seus impulsos, ambições, tendências e inclinações, mas à exteriorização abstrata do direito na coletividade. Coletividade que poderia ser concebida pelas três esferas que procura tal conceituação abarcar: família, sociedade e Estado.¹⁹²

Derradeiramente, extraímos de Bonavides seu escólio sobre a Teoria Marxista do Estado, que se funda na transmissão do poder político da antiga nobreza feudal à burguesia industrial e comercial, forjando a revolução industrial, que reclamava do proletariado responsável pela produção de novo momento, agora econômico, condições de vida piores que aquelas do homem medievo.¹⁹³

Encerrando a abordagem sobre as Teorias do Estado, sobreleva declinar a postura de Darcy Azambuja,¹⁹⁴ o qual, sem divergir do conteúdo dos conceitos já apresentados, as classifica, quanto a origem, em da Origem Familiar do Estado, da

¹⁹⁰BOLZAN DE MORAIS. Op. cit., p.74.

¹⁹¹Id., p.74.

¹⁹²BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado...** p.46- 48.

¹⁹³BOLZAN DE MORAIS. Op. cit., p.57. "O Estado de doutrina marxista não é o Estado jurídico ou ético, que se nos depara, por exemplo, na filosofia de Kant e Hegel. Os seus pressupostos político-sociais implicam na nova teoria do estado. Teoria de cunho essencialmente econômico, em que o social, cuja exageração principiara com Hegel, destrona em definitivo, o individual, tão caro aos pensadores do século XVIII, nomeadamente aos que construíram sobre ele as teorias jurídicas do Estado, interrogadas pelas concepções sociais e políticas do século imediato".

¹⁹⁴AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 4.ed. Porto Alegre: Globo.p.14,101-104.

Origem Contratual do Estado, da Origem Violenta do Estado, Formação Natural do Estado, Formação Histórica de Estados e Formação Jurídica do Estado, sintetizando-as no início de sua obra na seguinte expressão: "Ao Estado, tal como é, os sistemas filosóficos e as doutrinas opõem o Estado como devia ser, ao Estado real, um Estado ideal". E conclui: "Essa discordância constitui um dos fatores mais evidentes das transformações pacíficas ou violentas por que passam as sociedades políticas".

Denota-se, da resumida digressão, o não afastamento, por nenhuma das teorias declinadas, da fórmula **indivíduo-família-sociedade**, seja para defini-la submetida a um comando de homens ou grupos, sem liberdade, seja para enquadrá-la num contexto em que há uma ordem absoluta para todos, com os respectivos parâmetros de igualdade e liberdade.

O Estado Brasileiro decorre, apesar de seus muitos percalços, da escolha pela existência de critérios de liberdade e igualdade indistintos, pelo menos formalmente, para todos os indivíduos. É, assim, a teor do *caput* do artigo 1.º, da Constituição Federal, um "Estado Democrático de Direito", protegido pela ordem jurídica e garante, pelo direito, a existência da vontade livre, cabendo-lhe assegurar ao indivíduo seus projetos de vida (impulsos, ambições, tendências e vocações), e compatibilizá-los com os da coletividade (família e sociedade).

Dessa maneira, há que se vislumbrar um perfeito funcionamento das três funções do Estado: a executiva, a legislativa e a judiciária.¹⁹⁵

¹⁹⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1994. p.56-57. " Os Poderes do Estado, na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada nos Estados de Direito, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis (CF, Art. 2.º).

Esses Poderes são imanentes e estruturais do Estado (diversamente dos poderes administrativos, que são incidentais e instrumentais da Administração), a cada um deles correspondendo uma função que lhe é atribuída com precipuidade. Assim, a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa); a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial). Referimo-nos à função precípua de cada Poder de Estado porque, embora o ideal fosse a privatividade de cada função para cada Poder, na realidade isto não ocorre, uma vez que todos os Poderes...desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder".

Prega-se que essas funções devem ser harmônicas entre si, imaginando-se, pois, que o aspecto administrativo, precipuamente, competirá ao Executivo, o de aprovar leis, ao Legislativo e o de garantir o respeito as leis e instituições, ao Judiciário.

Logo, para o Estado cumprir seu dever de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos da criança e do adolescente, imperioso se mostra que existam estipulações normativas infraconstitucionais naqueles casos em que não há imediata aplicabilidade da Constituição; que haja o cumprimento fiel, pelo Estado-administração, do normativo superior e complementar; e que o exija, ordene, o Estado-juiz, que as demais funções sejam efetivamente realizadas, cumprindo, ele próprio, assim, com a sua.

Como acima dito e adiante se realçará, não há Estado sem família e sociedade, porém, estes dois últimos elementos formadores da coletividade, sucumbem, desorientam-se, ante um Estado omissivo e débil.

Diz Marta Polakiewicz no livro *Los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad*, da erronia da ação estatal em relação ao indivíduo isoladamente, vertendo assim suas impressões:

El análisis de la evolución histórica y los fundamentos ideológicos de ese modo de relación entre el Estado y los "menores" permite descubrir la imposibilidad de implementar cualquier forma de política destinada a la infancia prescindiendo de una política familiar fundamentalmente preventiva, orientadora y contenedora, con preeminencia de la función solidaria en la socialización de los niños.¹⁹⁶

De tal modo, sendo o Estado o resultado da mobilização da vontade geral, indispensável curar do seu cunho teleológico, voltado à dignidade da pessoa humana e, nesse viés, considerando o conjunto de suas funções, é que se define seu papel em face da infância e da juventude. Todas as suas ações, seus programas, suas normas e sentenças devem priorizar a liberdade e a igualdade, propiciando às crianças e adolescentes a convivência familiar e comunitária.

Em outras palavras, ao Estado incumbirá manter ou reencaminhar o jovem para o seio da sociedade e da família, mas, para isso, deverá proporcionar um meio

¹⁹⁶Marta Polakiewicz; et. al. Op. cit., p.78.

social e familiar saudável. Daí, seus esforços, obviamente, não poderão isolar a família e a sociedade, mas deverão apontar para envolvê-los em suas metas, como estabelecido, diga-se, nos incisos I e II, do artigo 204, da Constituição Federal.¹⁹⁷

Da doutrina piemontesa haurimos parecer de Alfredo Carlo Moro sobre a tutela da infanto-adolescência no plano administrativo, apontando para a indispensabilidade de delinear e fazer atuante política específica a favor do sujeito em formação, caso se queira "perseguir o objetivo de assegurar à infância e à adolescência (...) um efetivo exercício dos direitos legislativamente reconhecidos ...".¹⁹⁸

À guisa de exemplificar uma atuação estatal voltada para a infanto-adolescência, indica-se o rol de "medidas de proteção" apresentado no artigo 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que propõe a existência de programas de orientação, apoio e acompanhamento temporários; de auxílio à família, à criança e ao adolescente; de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, inclusive voltado ao alcoolismo e à dependência de entorpecentes; de abrigo; e de colocação em família substituta.

Muito embora as medidas de proteção estejam voltadas ao adolescente ou à criança em situação de risco, ou seja, quando houver ameaça ou violação dos direitos da juventude por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou, mesmo, em razão de sua conduta (artigo 98), as hipóteses de serviços ali arroladas são eloqüentes balizas para o Estado planejar sua interpenetração com a família e a sociedade nos assuntos da infância e da juventude, prevenindo, se possível, as situações de risco apresentadas.

¹⁹⁷ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no Art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis".

¹⁹⁸ MORO, Alfredo Carlo. *Manuale di diritto minorile*. 2.ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2000. p.62.

O Estado se manifesta no núcleo social e, desse modo, é na vida em sociedade que se extrai a essência estatal, sua adequação às exigências dos membros que a compõem. Bem por isso Torraine sustenta que a sociedade *"no es ni la creación de la historia ni la creación de um príncipe; es um campo de conflictos, de negociaciones y de mediaciones entre la racionalización y la subjetivación, que constituyen las dos caras complementarias y opuestas de la modernidad"*.¹⁹⁹

O termo "sociedade" certamente tem merecido repetidas referências (também Estado e Família) e avulta considerá-lo aqui como o elemento intermediário entre o Estado e a Família.

A família, diz Guy Raymond, é um dos valores essenciais sobre o qual se funda a sociedade.²⁰⁰

Compete à sociedade, complementando a atividade da família de velar pelo porvir dos filhos, assegurar à juventude as condições de um desenvolvimento o mais harmônico possível. É no meio social, com a garantia de que os poderes públicos funcionarão em favor da proteção da juventude (e esta é uma parte relevantíssima da missão da sociedade), que se preservará a infanto-adolescência, reconhecendo-a como o conjunto de indivíduos que necessitam de proteção e que não são seres de segunda categoria à mercê dos pais ou dos adultos.²⁰¹

Explicando melhor, como se aborda a questão da personalidade dos indivíduos crianças e adolescentes na Sociedade e no Estado, buscando revelar a essência da preservação da individualidade no coletivo, porém em harmonia com este, cresce a importância de verificar a coerência possível, o equilíbrio encontrável, a simbiose entre indivíduo e Sociedade.

¹⁹⁹TOURAINÉ, Alain. **Crítica de la modernidad**. 4.reimp. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1998. p.351.

²⁰⁰RAYMOND, Guy. *Droit de l'enfance e de l'adolescence: Le droit français et-il conforme a la Convention Internationale des droits de l'enfant?* Paris: Librairie de La Cour de cassation, 1995. p.27.

²⁰¹Ibid., p.165.

Em seu *A origem do direito de solidariedade*, José F. de Castro Farias indica que a vida social é a conciliação entre liberdade e solidariedade, donde resultará a justiça social, ou, em suas palavras, esta (justiça social) é "baseada na liberdade, (e) a sociedade é vista como um meio de felicidade a serviço do indivíduo, mas um meio necessário uma vez que a ação dos indivíduos é contrabalançada pela ação dos grupos sociais".²⁰²

Tal se dará, o amálgama indivíduo-sociedade, quando coincidir a personalidade individualista, com a coletiva, ou seja, o Estado é o reflexo de sua realidade interna, do conjunto de ações oficiais e sociais realizadas em torno de um elemento determinado que é o homem, o indivíduo.

Inocorrendo providências oficiais e/ou sociais que efetivamente visem o exercício fundamental da liberdade e da igualdade, é perfeitamente viável imaginar a existência de uma ordem controladora, mas não de um Estado.

E não se o detectará exatamente porque falta-lhe a liga, o elo social.

Há, em tal situação, a ausência da personalidade do Estado, isto é, carece a referida ordem de uma legitimação porque incapaz de reproduzir no conjunto os anseios dos indivíduos.

Com efeito, a sociedade é a personificação do feixe de interesses das pessoas, não, é claro, ferramenta do individualismo, mas meio garantidor de que o homem encontra numa determinada organização segurança suficiente para desenvolver sua existência com dignidade.

O aparato estatal deve, consoante se verifica, ser o resultado dos valores individuais "filtrados" pela sociedade, a qual tem, exatamente, a missão de equilibrar, de homogeneizar tais valores, indicando os pontos em comuns, a identidade entre as pessoas.²⁰³

²⁰²FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.60.

²⁰³Id.

Admitindo-se, desse modo, que o Estado é demarcado pela sociedade, esta, por sua vez, é a personalidade do Estado, e, por isso mesmo, conta da equação *família-sociedade-estado*, porque são estes tópicos as manifestações dos homens e a harmonia dos três elementos é a síntese da personalidade das pessoas.

Onde a sociedade não for participativa, por exemplo, não o será o Estado e, portanto, a igualdade de oportunidades para as pessoas será de difícil existência, o que afetará, de certa maneira, a liberdade e, automaticamente, o processo de realização da dignidade humana. Ao contrário, a interação dessas três vertentes da vida social, propiciará, exatamente, a dignificação do homem e, por conseqüência, a preservação de sua personalidade.

Este posicionamento não se conforma, evidentemente, com a figura de sociedade na sociologia clássica como leciona Touraine, dizendo-a embasada numa "interiorização de normas, a correspondência entre as instituições que elaboram e fazem respeitar as normas e as instituições encarregadas de socializar aos membros da coletividade, especialmente aos recém chegados, crianças e imigrantes".²⁰⁴

Perlingieri argutamente escreve que não se deve considerar o indivíduo como pré-social, pois desse modo "acentua-se um isolamento do indivíduo e dos seus problemas daqueles da sociedade" e semelhante emolduramento colide com a tutela da personalidade, vez que não é esta "orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento".²⁰⁵

Sendo a *meta optata* desta monografia desvelar os direitos de personalidade da infante-adolescência no contexto da legislação brasileira, impende dizer que tais direitos, evidentemente, encontram um ponto comum nos chamados direitos do homem (mínima bagagem de prerrogativas e garantias de uma existência digna) e

²⁰⁴TOURAINÉ, Alain. Op. cit., p.345.

²⁰⁵PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil.Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3.ed. (rev. e ampliada) Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.38.

buscando apoio em Bobbio, é possível sustentar que tais direitos são um fenômeno social, ou seja, consoante as exigências e o esclarecimento da sociedade ela avança e isto num processo interminável de mutações de paradigmas ao longo da história onde, conseqüentemente, o leque dos direitos se amplia.

O mestre italiano atribui a multiplicação dos direitos ao aumento de bens a serem tutelados, à diversificação de titulares de direitos e por que os indivíduos passam a ser considerados não como entidades abstratas, mas concretas em suas variadas contingências no seio da sociedade, assim os velhos, as crianças, as mulheres, os doentes etc., são objeto de atenção social, funcionando como verdadeiros reagentes da química do grupo em que vivem.

Os sujeitos de direitos, assim, são o resultado da ebulição da sociedade, indicando Bobbio as sucessivas e reconhecidas gerações dos direitos, que migram da consideração do indivíduo *uti singulus* e suas liberdades negativas (de reunião, de religião, de opinião, de imprensa etc.), para os direitos sociais e políticos, onde a "pessoa" é substituída por sujeitos diferentes dos indivíduos, "como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto ...".

Nessa marcha, há, ainda, um terceiro processo, o qual interessa mais de perto, por referir-se à sociedade, que é a passagem "do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção".²⁰⁶

A percepção da realidade social, das suas contradições e mudanças, conduz a um ambiente propício ao debate do papel da pessoa humana em seu contexto e disso Bobbio acentua "que o nascimento, e agora também o crescimento, dos direitos do homem são estreitamente ligados à transformação da sociedade ...".²⁰⁷

²⁰⁶BOBBIO, Norberto. Op. cit., p.68-69: "A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes etc.".

²⁰⁷Ibid., p.73.

A sociedade provoca a transformação e em seguida é por ela transformada e é a dinâmica social que propicia os compromissos internacionais acerca de categorias determinadas, tendo sido a juventude acolhida nesse movimento.

O relevantíssimo papel da sociedade é demarcado com vigor por Hegel, insistindo que os indivíduos pertencem, sempre, a uma ordem social, sustentando que suas possibilidades estão ligadas ao social e que "sempre a sociedade se limita a observar como se comporta o indivíduo, se realiza com êxito os seus fins, quais os obstáculos e as contrariedades que se opõe a ele, quais as complicações acidentais ou necessárias que dificultam ou facilitam o êxito final etc.", pretendendo, com tal afirmação, argumentar que a pessoa só se desenvolve "dentro dos quadros" da sociedade.²⁰⁸

O filósofo reconhece no indivíduo apenas um embrião do estado ideal do mundo, uma unidade substancial de forças harmônicas, de transformação de particularidades e generalidades²⁰⁹ e nesse referencial traz um conceito de sociedade perfeitamente adequado ao mundo contemporâneo, consoante o vetor indicado por Bobbio, onde determinados caracteres individuais, mais comuns entre as pessoas, formam categorias recepcionadas pelo direito. Consoante essas duas visões, de tempos e mundos diferentes, pode-se aferir que a sociedade é que vem sendo o ponto de confluência das coisas dos homens e dos interesses do Estado.²¹⁰

A categoria infante-adolescência, consoante o escólio de Bobbio, encontrou o seu terreno fértil de desenvolvimento no âmbito da multiplicação dos direitos do homem e, como dito, o campo enriquecido de tal crescimento foi, está sendo e será a sociedade.

Não se deve abandonar, entretanto, o aspecto crítico dado por Touraine à concepção de sociedade, tendo-a como o palco para os debates sobre medidas políticas

²⁰⁸HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **O belo artístico ou o ideal**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p.205.

²⁰⁹Ibid., p.207.

²¹⁰GAARDER, Jostein. **O mundo de sofia**. São Paulo: Cia. das Letra, 1996. p.394. "...Hegel não perde totalmente de vista o indivíduo, mas o vê sobretudo como uma parte orgânica de uma comunidade. Para Hegel, a razão ou o espírito do mundo só se tornam visíveis na interação das pessoas". "Para Hegel, o Estado é 'mais' do que o cidadão isolado. Ele é mais do que a soma de todos os cidadãos".

sociais e liberdades públicas, a ponto de perceber também nesse coletivismo a preservação de uma subjetividade protetora da liberdade dos indivíduos, defendendo a sua identidade, seus particularismos culturais, tais como a língua, a religião, o território e a etnia. Há um sistema com atores, funcionando para compatibilizar o racional e o subjetivo.²¹¹

É na sociedade que se encontra a família e é na família que a criança aprende as primeiras noções da sua relação no grupo. Na escola e nas atividades extracurriculares e, eventualmente, no trabalho, o jovem sedimentará o que aprendeu através de inter-relacionamento com aqueles de mesma faixa etária e mesmo meio social. Nesse, ponto, aliás, descobrirá que a sociedade, tal qual a família, é ponto de conflitos, de embates, de discriminações. A criança e o adolescente são frutos de tal realidade.

Como está disposto na Carta Magna, no decantado artigo 227, o papel da sociedade, em face da criança e do adolescente, é o de propiciar-lhe um meio capaz de superação de todos os aspectos negativos imediatamente acima declinados.

A Constituição propõe um desafio à sociedade: sair de uma postura passiva, testemunha de demoradas mudanças históricas, para se transformar em instrumento de mutação do meio envolvente.

Os Conselhos de Direitos das Crianças e dos Adolescentes e os Conselhos Tutelares, os primeiros com participação paritária de agentes dos governos e representantes de setores sociais e os segundos compostos de pessoas vocacionadas à causa da infância e juventude, são exemplos da participação ativa da sociedade.

Outras formas, ainda, são os programas comunitários e as parcerias com o Poder Público.

A sociedade, enfim, representa, de um lado, a família e os indivíduos e, de outro, o Estado. Ficou comentado que é na liga indivíduos/família e Estado que se encontrará o elo social e é, por essa causa especialíssima, impensável excluir-se da garantia da absoluta prioridade aos direitos da infância e da juventude a intervenção do corpo social.

²¹¹TOURAINÉ, Alain. Op. cit., p.346-351.

De tal significatividade é o papel da sociedade em colaboração com a infante-adolescência, que Antônio Carlos Gomes da Costa assim se manifestou:

As recentes mudanças no panorama legal brasileiro, na área da promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, abriram amplos espaços de participação à cidadania organizada na formulação e controle das políticas públicas. O campo de ação que se estende diante dos que querem trabalhar e lutar pelos direitos da população infante juvenil é vasto, complexo e comporta possibilidades inéditas de ação. Ocupá-lo de forma competente, responsável e madura tornou-se o grande desafio deste início de década para todos os que atuam neste campo.²¹²

SEÇÃO 2

A INFANTE-ADOLESCÊNCIA EM SUA RELAÇÃO COM A FAMÍLIA

Na temática em desenvolvimento, já se disse, a expressão família foi declinada inúmeras vezes, quase, imagina-se, na mesma proporção em que se fala de criança e adolescente.

No esforço da compreensão da noção de proteção integral e sua abrangência no social, no jurídico, no econômico e no cultural, cresce em relevância o papel da família, em vista do reconhecimento de partir dessa matriz, desse núcleo, a parcela infante-juvenil a quem se pretende dar cidadania e reconhecer sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Explica Alfredo Carlo Moro que a identidade do jovem, seja no plano individual, seja no coletivo, constrói-se sobre uma base de pertencer a determinado grupo e que o conjunto essencial, especialmente para os mais novos, é a família. Firma, outrossim, que "a possibilidade de abrir-se a outra *appartenenze* é condicionada fortemente à possibilidade de experimentar plenamente esta fundamental *appartenenza*" familiar.²¹³

²¹²COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar...** p.68.

²¹³MORO, Alfredo Carlo. Op. cit., p.109.

Para, decifrar porém, o papel da família na questão do superior interesse da criança e do adolescente, consoante a pauta da Convenção de 1989, da Constituição Federal Brasileira de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, impende considerar qual é o retrato do conjunto familiar.

A ligação entre crianças e seus pais é universal, afirma Guy Raymond, para quem, entanto, há que se encarar uma estrutura familiar consoante o preconizado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, isto é, numa concepção mais ampla do que aquela dos laços de sangue, mantendo-se, porém, sua tarefa essencial de proporcionar à criança ajuda, proteção e educação.²¹⁴

Essa visão do conjunto familiar, pontue-se, apesar das ressalvas possíveis, plasma já do Código Civil Brasileiro, não, é claro, quanto ao afastamento dos liames sangüíneos, mas quanto aos seus caracteres próprios ante a estrutura do direito, autorizadores da constatação por Carvalho Santos de "que nas relações de família nem tudo é direito, pois há também grande número de deveres a cumprir, como os referentes à educação, criação (...)", dentre outros.²¹⁵

Como se compõe a família brasileira?

Eis, sem dúvida nenhuma, o questionamento mais sensível quanto ao aspecto da formação cultural do Brasil.

Para que modelo de família os diplomas jurídicos se voltaram? É possível admitir um dinamismo no normativismo para acolher todas as manifestações familiares? E, ainda, como se alcançará a cidadania, a proteção dos direitos fundamentais em geral, ou dos de personalidade, em particular, caso se constatem inúmeras e variegadas modalidades familiares?

Para além disso, há ou haverá um investimento sociocultural-político-econômico voltado à família para que se permita almejar com um projeto de dignidade dos indivíduos, inclusive as crianças e os adolescentes?

²¹⁴RAYMOND, Guy. Op. cit., p.25.

²¹⁵CARVALHO SANTOS, op. cit., p.9.

Eduardo de O. Leite²¹⁶ ensina que o casamento e as instituições familiares acompanham as novas realidades, e que o direito deve se adaptar ou renovar ante as novas realidades.

Não foi sem razão, dessa forma, que as regras constitucionais passaram a nortear o direito de família brasileiro e, para além disso, assimilando fórmulas familiares totalmente afastadas do conceito patriarcalista (este tributário da tradição romanista), consagraram os princípios da absoluta igualdade entre os cônjuges (inexiste, portanto, a chefia da família) e entre os filhos (não se fala mais em ilegitimidade) e da pluralidade de entidades familiares (o que, na verdade, sempre existiu, havendo, entretanto, resistências de ordem moral ou legal).

A verdade por detrás das regras morais ou jurídicas é que a família é um núcleo formalizado pela afinidade e pela união das pessoas e respectiva procriação. Naturalmente, pertencentes esses indivíduos a uma coletividade, viram-se forçados à submissão de dados ordenamentos, o que modifica a noção simplista de unir e procriar; mas esta mesma idéia acaba por se repetir na resistência às imposições, realizadas às escondidas as uniões proscritas, até que em dado momento histórico haja desenvolvimento tal a garantir as opções fisiológicas e sentimentais, sem que isso ameace o meio social. A contemporaneidade parece ter alcançado essa fase da história.

A face da família brasileira e, portanto, da infante-adolescência, por conta do que impõem as formas oficiais, é resultado das inúmeras influências histórico-sociais advindas do mundo romano e medieval, quadro que reclama, forçosamente, breve visita.

Segundo John Gillisen,²¹⁷ "a família romana é de tipo patriarcal: o pai da família (*paterfamilias*), enquanto vive, é o chefe de todos os descendentes. Só ele é *sui iuris*, por oposição aos seus descendentes que apenas são *alieni iuris*. Goza, relativamente a estes, de um poder mais ou menos ilimitado. Os filhos estão, portanto, submetidos ao poder do pai (*patria potestas*)".

Durante todo o desenvolvimento da era romana, até a idade média, essa feição não se modifica; o *paterfamilias* domina os destinos de todo o clã, inclusive, os

²¹⁶LEITE Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.xi.

²¹⁷GILLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p.611.

dos filhos casados. A família romana não sofre interferências do Estado Romano e nem da religião.

Quanto à mulher, ela "tem o dever de fidelidade em relação ao seu marido; o adultério não é previsto senão a seu respeito. Não tem o dever de obediência, não gozando o marido (...) de direito de correcção ou, pelo menos apenas podendo exercê-lo perante um espécie de tribunal doméstico, composto pelos seus parentes próximos (...) não podia exercer nenhuma função administrativa ou judicial. A sua inferioridade resultava (...) da sua *imbecillitas sexus*".²¹⁸

Relativamente aos filhos, fator importante na manutenção da família, a idéia de legitimidade é predominante e segundo Fustel de Coulanges,²¹⁹ "o grande interesse na vida humana está em continuar-se com a descendência para com esta se continuar com o culto (dos antepassados). Mas não bastava gerar um filho. O filho que perpetuaria a religião doméstica, devia ser fruto de casamento religioso. O bastardo, o filho natural, aquele que (...) os latinos denominavam de *spurius*, não podia desempenhar o papel pela religião determinado ao filho". A filiação ilegítima, como se vê e anteriormente foi abordado, não encontra conforto na família romana. Quanto às relações de parentesco em Roma, "seus respectivos graus, são calculados como no direito moderno, na linha colateral, tendo sido, de igual forma, mantida a afinidade".

O casamento romano repousa indestrutível sobre a noção de acordo, consentimento das vontades dos nubentes, sem nenhuma solenidade legal.²²⁰ "No direito romano do Baixo Império, o casamento é um acto essencialmente privado e contratual; existe a partir do momento em que os esposos estão de acordo em serem, daí para o futuro, marido e mulher. Trata-se de uma convenção puramente consensual, sendo despida de qualquer formalismo".²²¹

²¹⁸GILLISEN, Op. cit., p.601.

²¹⁹COULANGES, Faustel de. **A cidade antiga**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1953. p.68-69.

²²⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.177.

²²¹GILLISEN. Op.cit., p.565.

Em Roma, o casamento era mantido por manifestação puramente espontânea, calcada na afeição, na intenção de viverem como marido e mulher. Existiam, no entanto, certas proibições ao casamento, como, por exemplo, no fim da República, a afinidade impede o casamento em linha reta bem assim na linha reta do parentesco e na colateral, em relação ao irmão ou irmã germanos, consangüíneos ou uterinos,²²² que revelam semelhanças com os impedimentos de nosso Código Civil.

É possível a dissolução do casamento romano, e para cada modalidade matrimonial²²³ existe a respectiva forma de desfazimento da união, assim:

- a) *Confarreatio* - dissolvia-se pela *diffareatio*;
- b) *Coemptio* - dissolvia-se pela *remancipatio*;
- c) *Usus* - dissolvia-se pela *remancipatio*.

Esses três tipos de casamento eram conhecidos como *cum manu*, ou seja, a mulher se encontrava "sob a mão do marido", equivale a dizer, passando a integrar a família do esposo (agnação), submetendo-se à *potestas* do mesmo com todos os seus bens.

Em conformidade com esta descrição Rui Geraldo Camargo Viana explica que a palavra família "deriva do latim *familia, ae*, designando o conjunto de escravos e servidores (*famuli*) que viviam sob a jurisdição do *pater familias*" e que posteriormente tornou-se "sinônimo de *Gens*: o conjunto de *agnados* (os submetidos ao poder do *pater familias*, em decorrência do casamento *cum manu*) e os *cognados* (parentes pelo lado materno)".²²⁴

Outras duas formas de dissolução matrimonial eram conhecidas:

- 1) O *divortium* (separar-se); e

²²²LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.70.

²²³GILLISEN. Op. cit., p.565. "Nada resta portanto das antigas formas de casamento que faziam cair a mulher sob a *manus* (poder) do seu marido (casamento *cum manu*): casamento religioso (*confarreatio*), casamento por compra (*coemptio*), casamento por prescrição aquisitiva da *manus* (*usus*)".

²²⁴VIANA, Rui Geraldo Camargo (Coord.); NERY, Rosa Maria de Andrade. **A família**. São Paulo: RT, 2000. p.22. (Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal).

2) o *repudium* (afastar o cônjuge). Correspondem ao casamento *sine manu*, modalidade mais recente, onde a mulher não fica sujeita ao marido como na forma *cum manu*, possuindo, inclusive, seus próprios bens.²²⁵

Na transição do direito de família romano para aquele norteado pelo cristianismo, em especial na interpretação deste último dada pelos apóstolos,²²⁶ e, em particular, no que pertine ao casamento, percebe-se que há flagrante preocupação com a sexualidade, fator não determinante entre os romanos, que buscavam basicamente a procriação (perpetuidade do culto familiar, pelo menos na família primitiva romana).

A atenção, porém, ofertada à sexualidade envereda por articulações a respeito da idéia de mal, de pecado,²²⁷ daí porque "controlada por uma série de tabus: do adultério, do incesto, da virgindade, da sexualidade anárquica, sempre severamente castigados, a gravidade de condenação variando de um grupo para outro".²²⁸

Não "foi a religião que criou a família: esta é fruto espontâneo da evolução humana, mas, como veremos agora, seguramente foi a religião que lhe impôs as regras, os contornos legais, a forma jurídica, como hoje a entendemos e estudamos".²²⁹

O homem cristão "até a segunda metade do século XX" vive sob o estigma de que "tudo o que é carnal é colocado necessariamente sob o império do mal".²³⁰

A presença apostolar é marcante na sociedade cristã, com destaque a Paulo, que "(e)mbara não condene o casamento – que lhe serve de base para a analogia da união entre Cristo e sua Igreja –, (...) submete as relações familiares às exigências soberanas da religião".²³¹

²²⁵LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.95.

²²⁶Ibid., p.99.

²²⁷Eduardo de Oliveira Leite aponta como pecado: a fornicação, o adultério, a homossexualidade e o aborto.

²²⁸Ibid., p.129

²²⁹Ibid., p.111.

²³⁰Ibid., p.113-114.

²³¹Ibid., p.117.

Sendo frágil a igreja até Constantino, obteve seu reconhecimento e teve sua "legitimidade (...) garantida, embora relegando a mulher a uma situação inferior; (...) a duras penas, pelo trabalho lento mas perseverante dos doutores da Igreja".²³²

Prova disso, segundo Eduardo Leite,

é a forma como a fidelidade conjugal estava protegida pela lei. O adultério era considerado um pecado contra Deus, infidelidade ao consorte e desacato à propriedade alheia. Aconselhava-se a fidelidade conjugal ao marido, mas a sua infidelidade não era castigada; ao contrário, a infidelidade feminina era tratada com o máximo vigor.²³³

E continua, relativamente ao papel da mulher na família cristã, que

"(u)m (...) último aspecto, extremamente paradoxal, mas verdadeiro, é o que diz respeito ao ressurgimento (...) de princípios de direito romano familiar, baseados na absoluta desigualdade dos sexos. Na medida em que os apóstolos pregam a submissão e a inferioridade da mulher, ratificam a autoridade marital, o poder do marido". Efetua-se um retrocesso, uma "redescoberta do direito romano, com suas mazelas e vantagens, justiça e excessos".²³⁴

Graças a Paulo de Tarso e à sua formação religiosa (hebraica),²³⁵ conclui-se que a mensagem ao gentios, ao contrário de pregar a igualdade cristã, acaba buscando no Gênesis uma noção de desigualdade no casamento e, portanto, na família. Em verdade, não constitui novidade alguma essa tendência de inferiorizar a mulher, haja vista que os regimes familiares então vigentes, notadamente o romano, fazia uso de tal expediente.

A conversão do Imperador Constantino ao cristianismo permitiu a recepção da Igreja no Estado, sua institucionalização, a qual viabiliza seu desenvolvimento, tanto no campo espiritual como no campo patrimonial.²³⁶

²³²Nesse contexto, segundo Eduardo de Oliveira Leite, eram apenas, como já referidas na nota 227, a fornicação, o adultério, a homossexualidade e o aborto.

²³³Ibid., p.121.

²³⁴Ibid., p.123.

²³⁵Em "São Paulo, Conquistador de Cristo", de Daniel Rops (Livraria Tavares Martins) é possível aferir a influência da formação de Paulo e o grande desafio de superá-la para a prática do evangelho.

²³⁶LEITE, Edurado de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.146.

Diz Wieacker²³⁷ que para "se estudar a influência da canonística sobre o direito secular, tem de se partir das competências atribuídas ao direito da Igreja mesmo fora do domínio das coisas espirituais (*causae spirituales*: casamento ...)".

A temática da sexualidade vai assombrar o mundo cristão "favorecendo a castidade, ou a continência total na vida, mais próximas de Deus, que as uniões matrimoniais, inevitavelmente impuras, necessariamente realizadas e vivenciadas em estado pecaminoso".²³⁸

Na idade média, em seu início, o casamento não é priorizado, nem a família, sendo valorizada, como se viu, a idéia de pureza, mais próxima de Cristo.²³⁹

Nesse período dá-se "a conversão dos povos germânicos ao Cristianismo e sua incorporação à Igreja Católica, fato que durará quase 800 anos, é o acontecimento mais importante".²⁴⁰

Marca desse momento é o antagonismo do imposto pela Igreja e os hábitos das culturas alcançadas por ela, que acabaram por resultar, no âmbito da família, nas primeiras notícias sobre impedimentos matrimoniais decorrentes de parentesco (casamento entre parentes próximos e a união da viúva com um cunhado) e vedações de outras práticas familiares como o concubinato e adoção;²⁴¹ merece registro o fato de que a própria Igreja propiciava o que proibia no que respeita ao concubinato, em face das prescrições inibindo as segundas núpcias, a poligamia, impossibilidade de divórcio, estímulo à permanência no estado de viuvez.²⁴²

²³⁷WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p.73.

²³⁸LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.139.

²³⁹Ibid., p.152.

²⁴⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.154 e 156. "Lateralmente à cristianização dos povos germânicos, ocorre outro acontecimento, de capital importância, negligenciado, equivocadamente, pelos historiadores da Igreja e de grande repercussão na história da família: a invasão árabe do século VIII, na Península Ibérica" (p.154) - "é na Península Ibérica (Portugal e Espanha) que se encontra a origem da história brasileira e as fontes do direito de família pátrio". (p.156)

²⁴¹Ibid., p.156, 159.

²⁴²Ibid., p.160.

Não é diferente o modo de Franz Wieacker²⁴³ encarar a família medieval, ao registrar que o casamento na Idade Média apesar de ser uma sociedade de tipo cooperativo, não é, em verdade, paritário, figurando o homem como chefe natural tanto da mulher como da família, ficando excluído o divórcio (indissolubilidade do casamento). Aponta que o monogamismo cristão é um aperfeiçoamento da lei de Cristo e não advém do direito natural, revelando, igualmente, que os impedimentos, a maior parte deles, são estranhos ao direito natural, mas resultam urdidos de opções da ética prática.

Apesar de Constantino ter propiciado a constituição da Igreja cristã "como um só corpo visível e organizado, ainda faltava a estrutura jurídica que definisse seus poderes e atividades, pela inexistência de um instrumento suficientemente amplo e poderoso que regulamentasse todo o poder terreno da mesma (...) (que) será definitivamente estruturado na Baixa Idade Média e chamar-se-á, daí para frente, de Direito Canônico".²⁴⁴

Inteligentemente e, aparentemente, percebendo que por detrás de seus preconceitos quanto ao casamento, em realidade a eles não-se curvavam os fiéis, a Igreja procura celebrar este ato, e "propondo-o como situação possível de ser vivida como existência virtuosa, eles alcançariam sua meta. Para consolidar as bases da sociedade secular, o clero recorreu a um estratagema simples, mas acumulado de efeitos: moralizou o casamento. O que antes era nefasto transforma-se numa instituição divina":²⁴⁵ a procriação justifica o casamento, não o gozo.

É desse tempo (escolástica) o fortalecimento das heresias, as quais atacam o casamento, preferindo a libertinagem.

Tais movimentos acabam por obrigar a Igreja a reestruturar seu modo de encarar o casamento, dando início a uma fase nova nas relações conjugais, a partir das

²⁴³WEACKER, Franz. Op.cit., p.335-37.

²⁴⁴LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.164.

²⁴⁵Ibid., p.170-171.

sentenças de Pierre Lombard, pois que além da intenção de procriar, "invoca-se o afeto conjugal". Tal doutrina veio a sofrer, apesar de sua prolongada influência, reformulação "numa ótica pessimista e rigorosa". Sobreveio, porém, a obra de Tomás de Aquino – *Suma Teológica* – que substituiu "o ranço excessivo do rigorismo e pessimismo por uma moral sexual normal, adequada à condição humana".²⁴⁶

Outros problemas prejudicavam os esforços de unificação da ordem jurídica. As legislações e costumes, de origem romana e germânica, com seus próprios princípios e regras sobre formas de celebração, impedimentos de parentesco e casos determinantes de rupturas, geravam conflitos entre as tendências locais e direito único.²⁴⁷

Nessa fase há um renascimento do direito romano e a Igreja, a partir de conceitos *jus* romanistas, apropria-se dos mesmos dando-lhe os contornos característicos de sua própria doutrina, mas passa a cogitar de questões formais como o consentimento (que não exige somente a concorrência da vontade, mas o juramento) dos nubentes (e seu suprimento), o momento em que se forma o casamento, o afastamento das modalidades de dissolução.

Tormentoso é o momento da definição de quando se criam os laços matrimoniais, posto estar ligado à questão do ato conjugal, que por sua vez não se libertou da idéia de pecado e, por isso, as soluções tendentes a justificá-lo trabalham com a idéia de finalidade única de procriação, sendo que outras intenções são ilícitas e que a bênção nupcial garante a virtude do remédio que constitui o casamento contra a concupiscência.²⁴⁸

A seqüência da doutrina matrimonial conduz à especificação dos deveres do casamento e ao *debitum* conjugal, reconhecendo naturalidade no ato conjugal (cumpre-se sem pecado a união carnal pelo casamento). Desenvolve-se uma linha de compreensão do casamento como uma sociedade, retirando a mulher de um papel

²⁴⁶LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p.176.

²⁴⁷Ibid., p.177.

²⁴⁸Ibid., p.182.

especialmente secundário, para vê-la como associada, ainda que ligeiramente inferior ao homem, não obstante o entendimento de que pelo pacto conjugal há o empenho da vida em comum para sempre. Fica determinado que o consentimento, além de atual (não se atribui valor ao juramento de noivado), deve ser legítimo, isto é, não-anulável por impedimento.²⁴⁹

Tão relevante mostrou-se o consentimento, que as solenidades passaram a ser secundárias, chegando a Igreja a dispensar a presença dos contraentes, anunciando-se, nessa época, o casamento por procuração.²⁵⁰

O casamento (de caráter indissolúvel, marca essencial de diferenciação dos direitos romano e cristão) passa a ser encarado como um estado, um contrato e um sacramento. Assim será regido pelo direito natural, pelo direito civil e pelo direito divino (natural, honesto e santo, sujeito o consentimento à autorização de Deus, ou seja, com a participação da Igreja, que, aliás, dispõe de total legitimidade para atribuir validade à união ou reconhecer sua nulidade), atribuindo-se a cada aspecto o que é seu.²⁵¹

A noção de contrato, de consensualismo, permite aos canonistas justificar o emprego da condição no casamento e esta, por sua vez, autoriza admitir condicionamentos contrários à substância do casamento, que o tornam nulo e, também, reconhecer vícios do consentimento, como o temor e o erro, condutores da invalidade do casamento. "A propósito do erro sobre pessoa, os canonistas chegam à conclusão, ainda hoje constante do CCB (Art. 219), que o casamento é nulo quando um dos cônjuges é enganado sobre a individualidade civil e social do outro cônjuge".²⁵²

A "duração do casamento" no direito cristão está ligada à "imposição de um contrato divino (o que Deus uniu, que o homem não separe)", afastando a noção de livre-arbítrio, esquecendo a Igreja dos principais interessados no ato: os cônjuges. Dá-

²⁴⁹LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p.183-184.

²⁵⁰Ibid., p.184-185, 193.

²⁵¹Ibid., p.199.

²⁵²Ibid., p.207.

se a substituição da figura da "*datio parentum* (a entrega dos pais) dos filhos" pela maior intervenção do padre na cerimônia (prova cabal da ação e da jurisdição eclesiástica em matéria matrimonial).²⁵³

As relações clandestinas são tidas como ilícitas, sujeitas a penas canônicas, embora o ato do casamento informal seja válido. Também o casamento putativo, que embora nulo, produzia efeito de válido, durante o tempo precedente à declaração de nulidade, e quanto aos filhos já nascidos ou concebidos.²⁵⁴

Em direitos e deveres, nesta fase da relação matrimonial, os cônjuges são considerados iguais, sendo o marido, entanto, o chefe da família. No que pertine à legitimidade das crianças, "as oriundas de casamento são legítimas e as que nasceram antes do casamento podem ser legitimadas" (deve-se a São Tomás a idéia de que o casamento se inclina a certas coisas, à criação dos filhos e à ajuda mútua dos esposos, mostrando-se, necessário, pois, a manutenção da criança e sua educação).²⁵⁵

Em relação aos filhos é de se acentuar que o direito cristão foi desfavorável àqueles nascidos fora do casamento. Como ensina Gillisen,²⁵⁶ apenas "os filhos de pais casados um com o outro são legítimos e gozam de todos os direitos. Qualquer filho nascido fora do casamento é ilegítimo; é um filho natural ou, como se dizia então, um bastardo".

O casamento, como já se disse, é indissolúvel e a noção de indissolubilidade do casamento está ligada à idéia de que Cristo e a Igreja estão unidos indissolúvelmente.²⁵⁷

É o casamento considerado um sacramento e, dessa forma, é "um sinal e uma causa da graça", deixando "de ter seu começo na união carnal: o *debitum conjugale* (débito

²⁵³LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p.207-208.

²⁵⁴Ibid., p.209.

²⁵⁵Ibid., p.210.

²⁵⁶GILLISEN, John. Op. cit., p.612.

²⁵⁷GILLISEN, op.cit., p.572. Admitiam-se, no entanto, meios de amenizar os inconvenientes da indissolubilidade, através da **nulidade do casamento** (sendo viciado o consentimento casamento é nulo) e da **separação das pessoas** (suspende a vida em comum dos esposos, mantida a união - tinha como causa o ingresso em ordem religiosa, o adultério, a heresia e sevícias graves de um cônjuge sobre o outro).

conjugal) passa a ser efeito do contrato". Sendo sacramento, fica afastada a intervenção de qualquer "autoridade na regulamentação da matéria; a Igreja se reserva um largo poder regulamentar".²⁵⁸

No seu ocaso, a idade média conhecerá "um estigma que a acompanhará até a Reforma: a supremacia do leigo sobre o eclesiástico. Cai o predomínio, até então indiscutível, do clero, quer no campo político e terreno, quer no campo espiritual".²⁵⁹

A Reforma e o Renascimento representarão papel decisivo na mudança radical da história do ocidente, e nesse redemoinho de mudança foi, igualmente, envolvida a Igreja.

Com uma evidente dominação do coletivo pelo clerical, com limitações exageradas para o desenvolvimento do indivíduo e a busca da felicidade sem culpas, o campo para a redescoberta da beleza e da liberdade de expressão era fértil e o tempo fez com que o homem procurasse esses valores fora da Igreja, que não podia abrir mão do seu controle, sob pena de perder poder temporal e correr riscos patrimoniais. Assim, acabou forçando uma fuga do rigoroso controle, para uma busca antropocêntrica:

Não há dúvida nenhuma de que a Renascença era um mundo masculino, um mundo individual do homem, nobre, romântico, com uma inesgotável capacidade para o heroísmo ou a tragédia. O culto da individualidade e a busca incessante de auto-expressão geraram desumanidades e só não descambaram para a imoralidade graças ao verniz de urbanidade que revestia a real unicidade do homem renascentista. As mulheres, embora menos aquinhoadas, começaram a desempenhar uma papel reconhecível na vida religiosa, política e mesmo social. Nenhuma vitória decisiva havia sido ganha, mas os alicerces tinham sido lançados.²⁶⁰

Por esse período surge Lutero e seu inconformismo ante o uso das indulgências levou-o a redigir "suas dúvidas acerca dos abusos contidos na *instancio summaria*", que abriu a portas para a "Reforma".²⁶¹

²⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.214-215.

²⁵⁹ Ibid., p.218.

²⁶⁰ Ibid., p.228.

²⁶¹ Ibid., p.230.

Dentre o que foi pregado pela Reforma e que convergia com a visão antropocêntrica do Renascentismo, temos como relevante a discussão dos limites da jurisdição do Papa e aliando-se esta concepção com a discussão da própria validade do casamento, levam as mesmas a afirmação pelos reformistas de que o matrimônio é negócio civil e não religioso. E, como posto, a sua regulamentação e jurisdição deveriam pertencer ao Estado. "Quanto ao casamento considerado em si mesmo, (...) de maneira simples e clara é colocado um princípio há muito anulado: o casamento é uma necessidade imposta pela natureza, uma necessidade física".²⁶²

Com Lutero tem-se a noção germinal da incompatibilidade de gênios, no reconhecimento de manter vinculados "cônjuges que não podem obter um do outro o abrandamento de seus desejos carnis". Nesse e em grande número de casos admitia a resilição do casamento, fulminando, com isso, a concepção de indissolubilidade, aliada à afirmação de que o casamento não é um sacramento (perda da jurisdição em matéria matrimonial).²⁶³

Retoma-se a idéia de consentimento aliada à anuência e interferência dos pais, havendo, em decorrência disso, a paulatina supressão da participação do padre e com a queda da indissolubilidade do casamento, o divórcio passa a ser admitido em dois casos principais: a)adultério e b)impotência. Em casos secundários, igualmente, para alguns reformadores, em face de heresia, sevícias, abandono de lar e conduta desregrada da mulher anterior ao casamento.²⁶⁴

Não obstante, porém, a Reforma e o Renascimento terem exposto as feridas da Igreja, ela não abandonou sua postura clássica sobre a questão familiar e matrimonial e, apesar de não se coadunar, em muitos pontos, com a realidade vivida pelos fiéis, suas imposições lograram sobreviver às resistências, indo encontrar conforto nas legislações futuras.²⁶⁵

²⁶²LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família...** p.232-233..

²⁶³Ibid., p.233.

²⁶⁴Ibid., p.234.

²⁶⁵Ibid., p.254: "Razão tem Orlando Gomes em afirmar que o direito canônico influiu decisivamente ' na formação e no desenvolvimento do direito civil,notadamente dos povos ocidentais (...) principalmente, no cam,po das relações familiares' " .

SEÇÃO 3

A INFLUÊNCIA ROMÂNICA E RELIGIOSA NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

3.1 Fontes do Código Civil Brasileiro

É preciso determinar, e isto em rápidas linhas, que a família acolhida pelo Código Civil Brasileiro é aquela do "século XIX, patriarcal, heterossexual, hierarquizada e matrimonializada. Uma família com a qual o Estado de antes se preocupava mas pouco intervinha. Uma família com diversas missões, dentre elas a procriação, a formação de mão-de-obra, a transmissão de patrimônio e de uma primeira fase de aprendizado".²⁶⁶

Da tão só referência a tal estrutura familiar tem-se que remonta à origem romanista, conduzindo à constatação do domínio do pai sobre o membros do núcleo, dando-se relevância ao casamento e à prole.

Ora, essa concepção *per se* é reveladora de que o Código, forçosamente, terá regras limitadoras à mulher e aos filhos. Haverá, por óbvio, regramento sobre a filiação e sua legitimidade, sobre o casamento e impedimentos, como na tradição privada e religiosa.

O Art. 9.º do CCB fala da maioridade, mas no parágrafo primeiro, ao tratar da emancipação, indica a hierarquização entre pai e mãe e o consentimento familiar para os atos da vida civil. Avulta, em tal dispositivo, características encontradas tanto no direito romano quanto no canônico (salvo, para este último, o consentimento dos pais, que era desnecessário).

A questão da habilitação para casamento (Art. 180) tem perfil de tradição canônica, no sentido de procurarem os nubentes a igreja (ofício do registro civil) para convolarem suas núpcias e obterem o reconhecimento do padre e a prova do consentimento.

²⁶⁶FACHIN, Luiz Edson. *Da função pública ao espaço privado...* p.146.

O artigo 183 arrola os impedimentos matrimoniais e, aqui, embora os cânones tenham sido mais profícuos na elaboração desses, em seus limites há ingerência tanto do direito romano quanto do direito clerical. Nos incisos I, III, IV e V, ressalta a preocupação com o incesto, tipicamente romana. Os incisos XIII e XIV lembram a resistência canônica ao casamento das viúvas. Os artigos 207 e 209 distinguem os impedimentos nulos e anuláveis.²⁶⁷

O artigo 184 trata da filiação espúria, que bem se amolda às noções de filiação ilegítima romana e canônica (também os artigos 217, 219, 359, 361 e 363). Impende apontar que a atribuição de "ilegítimo" ao filho nascido fora do matrimônio é expressão encontrada na idade média.

A noção de consentimento (Art. 185, 186 e 187) é típica herança da família romana e o suprimento deste parece se amoldar na tradição católica de que bastava o consentimento dos cônjuges, sem a interferência dos pais, desde que consagrado o enlace pela autoridade clerical.

Pela predominância do consentimento o direito canônico chegou a dispensar a presença dos noivos, desde que aquele fosse certo. Esta é a origem do casamento por procuração (Art. 194/201).

O casamento putativo (Art. 221) é reconhecido pelos cânones e a fórmula do CCB obedeceu rigorosamente à sua tradição. Bem assim a questão do erro (Arts. 218/219) foi objeto de preocupação do casamento como instituição divina.

Os deveres conjugais resultam de forma mais nítida e orgânica do direito religioso (Art. 231) e, de igual forma, a redação dos Arts. 233, 234 e 380, que estabelecem o marido como chefe da sociedade conjugal, auxiliado pela mulher.

²⁶⁷GILLISEN, Op. cit. p.571. "A igreja elaborou, sobretudo no Séc.XIII, a teoria dos impedimentos (*impedimenta*). Uns, chamados dirimentes (de *dirimire*, romper) constituem condições de fundo, a tal ponto essenciais à própria natureza do casamento que a sua violação leva à nulidade: são a idade (catorze anos para os homens, doze para as mulheres), a disparidade de culto, a impotência anterior ao casamento, um casamento anterior não dissolvido, a entrada em ordens sacras, um vício (*sic* - vício) de consentimento, a violência, o erro acerca da identidade da pessoa (...), o parentesco natural até o quarto grau (mais tarde, grau canônico)..."

Os bens reservados (Art. 246) e os parafernais (Art. 310) parecem ter origem exatamente na noção de parafernais da esposa romana.

A dissolução da comunhão como disposta no Art. 267 é oriunda de nossa tradição romanista, inexistindo a dissolubilidade do casamento em face do direito canônico.

Como anteriormente ficou posto, as relações de parentesco em Roma, seus respectivos graus, são calculados como no direito moderno, na linha colateral, tendo sido, de igual forma, mantida a afinidade. Dessa maneira, os Arts. 330 a 335 parecem urdidos de conformidade com o direito romano.

A previsão expressa de deveres dos pais em relação aos filhos está ligada ao processo de humanização cristã, fomentada pelo direito canônico (Art. 384/397).

Resultante dessa perspectiva conservadora, arraigada em séculos de preconceitos e moldes diversos da realidade brasileira, mostrou-se imperativa uma aprofundada mutação e, de tal modo foi, que as questões ligadas à infância e juventude passaram a ser tratadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e as ligadas ao casamento, a relação entre o homem e a mulher e destes com os filhos, sofreram profundas interferências e modificações pela Constituição Federal, como se verá no próximo e derradeiro item.

3.2 A Constituição Federal e a Análise da Atuação Familiar

Ficou dito, nessa análise do desenvolvimento familiar, na parte da família romana, que o casamento era instituição privada.

O *caput* do artigo 226, da Constituição Federal Brasileira, supera essa concepção ao determinar que a "família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", revelando, à toda evidência, a sua laicização e estatização, demonstrativas de profundas mudanças em relação à concepção privatística ou religiosa, vez que obriga a conscientização de que a realidade deve ser acolhida, sem os pudores e preconceitos canonistas e, ao mesmo tempo, não deixa tal instituição ao juízo dos indivíduos, colocando o Estado como seu protetor.

O parágrafo 1.º, do mesmo dispositivo, traz comando de ser gratuita a celebração do casamento civil, donde extraem-se duas intenções. A primeira é a de estimular a união matrimonial, quando se estipula sua gratuidade, e a segunda é indicar que o casamento é instituição estatal e, nesse sentido, civil (muito embora o § 2.º faça referência ao casamento religioso, ressalva que este tem efeito civil e nos termos da lei, ou seja, do Estado).

A recepção da realidade referida na parte introdutória desse item diz respeito ao que se contém do parágrafo 3.º ao 8.º do artigo sob comento.²⁶⁸

O legislador constituinte reconheceu, de modo insofismável, a existência de relações estáveis fora do casamento (§ 3.º), prática, aliás, muito comum desde a sociedade romana e que perdurou teimosamente na idade média, apesar de todos os esforços canonistas para controlar sob o matrimônio as relações homem/mulher.

Irresistível, desse modo, comparar a união privilegiada na norma com duas modalidades romanas.

A primeira com características semelhantes é o casamento chamado *usus*, que se mostra próximo à nossa atual união livre estável, no referente à convivência comum durante certo período, se não houver impedimentos (não se ignora a submissão à autoridade do marido e as limitações da mulher, fatos que dissociam o instituto romano do nosso).

A segunda e, talvez, a que tenha a maior similitude com a união livre, foi o concubinato romano, que se revestia como uma união inferior mas lícita e que conhecia somente vedações relacionadas a se aperfeiçoar entre pessoas casadas e parentes próximos, sem possuir qualquer outra formalidade e baseado no interesse do casal de ficar unido, garantindo direitos sucessórios à concubina e seus filhos.

²⁶⁸§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

A Carta Magna traz, igualmente, reconhecimento de outra formação familiar (§4.º), revelando modalidade de família pós-nuclear, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, em contraposição à família nuclear, formada por ambos os pais e os filhos. Logo não guarda similitude nem com o direito romano, nem com o canônico.

De mesmo modo, não há similitude nem com o direito romano, nem com o canônico (embora tenha havido, quanto a este último, uma diminuição na hierarquização entre os sexos), na previsão do parágrafo 5.º relativa ao igual exercício dos direitos e deveres atinentes à sociedade conjugal.

Já o parágrafo 6.º retoma a aceitação do direito romano quanto à dissolução do casamento, totalmente vedada no direito canônico.

A Constituição, ao contrário do direito romano e aprofundando-se na preocupação com a prole demonstrada pelo clero a partir de Tomás de Aquino,²⁶⁹ estabeleceu deveres ao núcleo, ao coletivo e à instituição estatal nesse sentido. Essa é a prescrição:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Interessa ao desfecho do presente tópico a referência à consagração da igualdade da filiação, chamada por Fachin de princípio da unidade da filiação,²⁷⁰ trazida pelo parágrafo 6.º, do precitado artigo: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

²⁶⁹"A razão natural inclina ao casamento de duas maneiras: predispondo os pais a criar seus filhos, e os esposos a se ajudarem mutuamente numa associação durável. A geração de um novo ser não é o único objetivo determinado pela natureza ao pai; é necessário, ainda, acrescentar a manutenção da criança, sua educação completa..." LEITE, E. O. Op.cit., p.199-200.

²⁷⁰FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p.166.

Com essa regra caem por terra as classificações de filiação ilegítima exploradas pelo clero medievo e se estabelece um novo horizonte à família e à prole, sem qualquer proximidade com os direitos romano e canônico.

No mundo ocidental, conforme apresentado (e também no Brasil), aparentemente as relações familiares adquiriram liberdade suficiente para assumirem os perfis que mais se acomodem às suas realidades.

O jurídico, aqui, fará apenas o papel da personalização ou da repersonalização, dotando as manifestações sociais do respectivo estofo legal, permitindo ao sujeito de direito transitar no mundo do dever-ser, o qual se mostrou capaz de absorver algo do concreto.

Assim, conviveremos com a tradicional família nuclear, mas a família pós-nuclear é, agora, realidade jurídico-constitucional, assimilando-se as relações não matrimoniais e as famílias formadas por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mais relevante, talvez, é a assunção da igualdade entre mulheres e homens em direitos e deveres e a igualdade dos filhos, afastando-se toda ordem de discriminação.

O caminho para alcançar o atual modelo, porém, foi longo, diga-se, de milênios e pleno de percalços para a mulher, os filhos e a liberdade. Sim, na idade média (na moderna e na contemporânea), além da desigualdade entre marido e esposa, e a exclusão dos filhos não advindos do matrimônio, ainda havia a necessidade de submissão ao modelo canônico, cheio de pecados, culpas, disputa de poder, confusão entre o divino e o terreno, proibitivo do assentimento em seu sentido mais natural: o desejo de conviver.

Os romanos compreenderam melhor a liberdade e se seu momento histórico não permitia antever a igualdade entre homem e mulher e se a legitimidade era o único mecanismo de proteção da família, mesmo assim, intuíram que a família formava-se pela vontade, sempre renovada, de mútua convivência e, por isso mesmo, assimilaram a dissolução do matrimônio, que eventualmente, (podia e) pode garantir a sobrevivência da própria entidade familiar, encarada, claro, como o é na atualidade.

Do levantamento histórico e da comparação das regras sobre a família e suas instituições, fica exposto que a vocação das normas contemporâneas é a da pluralidade e a da alteralidade.

Não responde esse normativo a todos os questionamentos antes propostos, pois a discriminação, a violência e a indiferença estão mais do que presentes, porém, em outra perspectiva, mostra-se mais flexível a acolher o real para o qual foi destinado, deixando de impor modelos e restrições. Além disso, indica que o Estado (a sociedade também) há de proteger a família, seja a nuclear, seja a pós-nuclear.

Assim, afigura-se que a Constituição Federal e as leis que a regulamentam estão voltadas ao manifesto da sociedade em suas incontáveis variações e a família, portanto, está sendo recepcionada de conformidade com suas múltiplas manifestações, tendo todas, em princípio, o traço comum da existência de responsáveis pelo núcleo familiar e prole.

O próximo passo é compreender as multifárias formas familiares e preservar a dignidade dos indivíduos que a compõem. Logo, admitindo-se que a marcha social criou e recriou contornos familiares específicos, seu papel na formação da infanto-adolescência estará jungido à superação das eventuais patologias sociais residentes nos nichos de convivência.

O investimento, assim, na família, tem a mesma prioridade que aquele para a infância e a juventude, exatamente porque somente no reconhecimento do que é a família brasileira, na detecção de suas qualidades e defeitos, é que extrairá a sua contribuição na formação dos filhos e, pois, da infanto-adolescência.²⁷¹

²⁷¹Rui Geraldo Camargo Viana, op. cit., p.50, anotando as dificuldades de uma condificação do direito de família, argutamente cita a dispersão do normativo a respeito, exemplificando com as regras contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

PARTE 3
OS DIREITOS DE PERSONALIDADE
E O ENCONTRO DAS SUAS RAÍZES

CAPÍTULO 1
DIGNIDADE HUMANA

SEÇÃO 1
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Segundo o Novo Dicionário Aurélio,²⁷² há cinco sentidos possíveis para a palavra dignidade, dos quais três são de interesse para a presente pesquisa, quais sejam:

3. Autoridade moral; honestidade; honra; respeitabilidade, ...;
4. Decência, decoro;
5. Respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor.

De modo cristalino é possível retirar desses conceitos não jurídicos a percepção de que dignidade está ligada ao ser, ao humano, à possibilidade de o homem estar investido das características que o autorizam a conviver socialmente: agir com moralidade, ser honesto, ter honra, respeito, decência, decoro. Todas essas expressões querem significar a pessoa no seu mais alto patamar, qual seja, a viabilidade de auto-realização individual em consonância com as regras do bem comum.

Tão relevante são essas qualidades do gênero humano, que em diversas Constituições a dignidade humana foi convertida em princípio. Felizmente, muito embora não conheça muita efetividade, na Constituição Federal Brasileira de 1988 a *dignidade da pessoa humana* encontra-se vertida em princípio fundamental da República Federativa do Brasil, consoante redação do artigo 1.º, nos seguintes termos:

²⁷²FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2.ed. (revista e argumentada) Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p.589.

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

J. J. Gomes Canotilho,²⁷³ em seu *Direito Constitucional*, ao tratar dos princípios constitucionais estruturantes, na alínea c, respeitante ao item sobre a concretização constitucional do princípio da democracia econômica e social, oferece interessante incursão na conceituação do princípio da dignidade humana.

Procurando fazer plasmar um conceito efetivo de princípio da democracia social, dentro do item "Constituição Social", que seria o aspecto constitucional a respeito dos direitos e princípios de natureza social, sobre dignidade da pessoa humana faz as seguintes ponderações:

Para além da dimensão subjectiva do princípio da democracia social, implícita no reconhecimento de numerosos direitos sociais (direitos subjectivos públicos), o princípio da democracia social, como *princípio objectivo*, pode derivar-se ainda de outras disposições constitucionais. Desde logo, a *dignidade da pessoa humana* (cfr. Art. 1.º) é considerada noutros países como um princípio objectivo e uma 'via de derivação política dos direitos sociais'.

Do *princípio da igualdade* (dignidade social, Art. 13.º), deriva-se a *imposição*, sobretudo dirigida ao legislador, no sentido de criar condições sociais (cfr., também, Art. 9.º/d) que assegurem uma dignidade social em todos os aspectos (cfr., por ex., Arts. 81/a,b e d e 96/c). Do conjunto de princípios referentes à organização económica (cfr. Arts. citados), deduz-se que a transformação das estruturas económicas visa também uma igualdade social. Neste sentido, o princípio da democracia social não se reduz um esquema de segurança, previdência e assistência social, antes abrange um conjunto de tarefas conformadoras, tendentes a assegurar uma verdadeira 'dignidade social' ao cidadão. ...²⁷⁴

²⁷³CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p.483-486: "Com efeito, é coerente o raciocínio, na exata medida em que a pessoa humana pauta-se em dois grandes alicerces, quais sejam, a liberdade e a igualdade. Avançando na noção de liberdade, pode-se com facilidade concluir que somente onde houver igualdade a mesma pode ser conquistada, pois havendo desequilíbrio, desigualdade, não pode haver liberdade. Ora, o termo equilibrado conducente à igualdade só pode ser traduzido como aquele em que os indivíduos, em suas manifestações intrínsecas e nas suas relações com o meio, sentem-se em condições de buscar seus projetos de vida, podendo antever, pelo menos, uma perspectiva de uma existência passível de realizações e de um certo apaziguamento e alguma segurança. Isto é liberdade. A expressão que revela este rito de passagem é: dignidade".

²⁷⁴CANOTILHO. Op. cit., p.483.

Verifica-se uma leitura ampla que o constitucionalista português faz do princípio da dignidade humana, transportando-o do indivíduo para a sociedade, numa clara compreensão de que se não houver uma mínima estrutura institucional, igualmente não se alcançará o respeito ao elemento humano da sociedade.

Prossegue Canotilho falando da estreita ligação entre o princípio da democracia econômica e social com o da igualdade, lembrando que a dignidade social é que propicia o dinamismo da igualdade, sem a qual seria de cunho meramente formal, incapaz de combater as desigualdades.²⁷⁵

Aparentemente a doutrina brasileira, diferentemente da de outros países, não percebeu ou não quer perceber a importância do princípio em apontamento, sempre o tratando de forma insignificante, quando alguma referência lhe faz.

Celso Ribeiro Bastos, em seu Curso de Direito Constitucional,²⁷⁶ fugindo a esta regra, ao comentar os fundamentos da República Federativa do Brasil, indica a dignidade humana como embasamento do Estado, encontrando-se dentre os valores primordiais que não podem ser afastados ou olvidados.

Especificamente sobre a dignidade oferece breves considerações, nos seguintes termos:

Embora dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. Por outro lado, o termo 'dignidade da pessoa' visa a condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia-a-dia de nosso país. Este foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana com fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico.

De forma mais objetiva, Eros Roberto Grau trata do tema nos seguintes moldes:

²⁷⁵Op. cit., p.485.

²⁷⁶BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.157-158.

A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1.º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (Art. 170, caput - "a ordem econômica... tem por fim assegurar a todos existência digna").

.....
Embora assumida concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.

Quanto a ela, observam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira que fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e econômicos – mas também à organização econômica. Isso, sem nenhuma dúvida, torna-se plenamente evidente no sistema da Constituição de 1988, no seio do qual, como se vê, é ela – a dignidade da pessoa humana – não apenas fundamento da República Federativa do Brasil, mas também o fim ao qual deve se voltar a ordem econômica (...) (significando que) *deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar.²⁷⁷

Relevantíssimo tópico deveria estar merecendo considerações ainda mais alentadas, especialmente sobre sua relevância não só no sistema econômico, como no contexto constitucional como um todo.

Sem desmerecer os doutrinadores antes declinados, parece-nos que a obra *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, da lavra de Ingo Wolfgang Sarlet, merece destaque pelo relevo que dá ao comentado princípio.

Já no prefácio do livro percebe-se a preocupação com a temática, quando Juarez Freitas chama a atenção para a vereda do reconhecimento dos direitos fundamentais e seu valor à democracia, conectando a esses os direitos humanos e sua efetivação objetiva e positiva, fortalecedora do Estado, investindo-o de legitimidade se se mostrar apto a viabilizar, "mormente em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade humana. Com efeito, existe imbricação intensa entre o princípio da legitimidade e o resguardo jurídico da pessoa em sua essência, porque, está claro, os princípios fundamentais constituem-se mutuamente e jamais devem se eliminar".²⁷⁸

Ingo W. Sarlet, falando dos direitos de primeira a terceira dimensão, comenta que os mesmos gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa

²⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.p.217-218.

²⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais...* p.12.

– liberdade, igualdade e fraternidade –, que corresponderiam a três dimensões, e revela que a seu ver:

... esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual – em que pese a discussão travada sobre sua caracterização como direito ou princípio fundamental – se encontra na base da mais variada gama de direitos, ainda que exista alguma controvérsia no que concerne ao grau de vinculação do conteúdo de todos os direitos fundamentais às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. ...²⁷⁹

Finalmente, desse trabalho de fôlego de Ingo W. Sarlet, cabe, ainda, uma derradeira transcrição, que dá o encadeamento à matéria que se pretende explorar (direitos de personalidade) e pertine à apreciação que o autor faz dos elementos caracterizadores de um sistema de direitos fundamentais, na passagem que a seguir se reproduz:

A idéia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental. A aplicação da noção de sistema ao conjunto dos direitos fundamentais não é, contudo, inovadora e tem sido discutida acirradamente na dogmática constitucional e estrangeira.²⁸⁰

Em suma, com base nas considerações anteriores podemos concluir que o princípio da dignidade da pessoa orienta todo o sistema constitucional e, dessa forma, a cada direito detectado no corpo da Carta Maior e que esparja seus efeitos na esfera infraconstitucional em face do processo de constitucionalização de nosso direito posto, poderá ser reclamada, para sua efetividade, a faceta pertinente ao processo de dignificação da pessoa. Logo, há que ser lida a dignidade quando se falar em direito ambiental, educacional, de informação, de proteção da integridade física, moral e intelectual, de lazer, de privacidade, à vida, de igualdade, de liberdade, de trabalho, de filiação etc.²⁸¹

²⁷⁹SARLET. Op. cit., p.56-57.

²⁸⁰Ibid., p.73.

²⁸¹GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Noção de pessoa no direito brasileiro. Direitos de personalidade*, p.319-349, nesse mesmo sentido aponta o acolhimento dos direitos de personalidade pela Constituição Federal aduzindo: "Onde, entretanto, a matéria vem de receber unificada consagração

SEÇÃO 2

DEFINIÇÃO JURÍDICA

Evidenciado o alcance constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, releva precisar uma definição do que se entende nele contido, qual o significado de tal expressão.

Dignidade é, assim, o conjunto das condições que permitem à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente.²⁸² De modo mais claro, como cita Capelo de Sousa, trata-se do "elemento indicativo da posição predominante de todo e qualquer homem no Universo, particularmente face aos outros animais, decorrente da estrutura espiritual presente em todos os homens e que habilita cada um deles a realizar uma sua particularmente dada tarefa de criar cultura, de realizar os valores éticos e de se construir a si mesmo". O autor extrai esta concepção de escólio de Heinrich Hubman, para quem a personalidade na perspectiva ética se comporia de três elementos característicos, ocupando a dignidade humana o primeiro lugar, seguindo-se a individualidade e seria o "terceiro sinal distintivo do homem, também a serviço das suas tarefas éticas, a sua *personalidade* (...) a sua qualidade de indivíduo humano em relacionamento com os outros homens, com o mundo exterior, consigo mesmo e com os valores éticos e que nesse relacionamento afirma e defende a sua individualidade e autonomia".²⁸³

normativa é na recente Constituição federal, que, em seu pósito, elenca os direitos e garantias individuais, inscrevendo, como primeiro deles, no *caput* do Art. 5.º, o direito à vida". Na seqüência o autor declina como direitos de personalidade e extraídos do mesmo artigo a livre manifestação de pensamento (inc.IV), o direito de resposta (inc.V), a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inc. IX), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas (inc.X), o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução das obras pelos autores (inc.XVII e XVIII), o privilégio temporário das invenções (inc.XXIX)".

²⁸²PERLINGIERI, Pietro, op. cit. p.34: " Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos 'interesses da personalidade no direito privado'; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não como uma redução ou aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça".

²⁸³SOUSA, Rabindranath V.A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.143-144.

A autonomia dos indivíduos, que lhes autoriza atuar e fiscalizar o Estado e fazê-los componentes da coletividade política exige, exatamente, a busca e a concretização de sua dignidade.²⁸⁴

Onde, sem auto-realização e estima pode-se conferir autonomia?

Nossa realidade, que exclui tantos, pode-se dizê-la como conferindo dignidade aos oprimidos, rejeitados e esquecidos?

Infelizmente não! E sendo em tal sentido a constatação, há evidente esquecimento dos ditames constitucionais, que pregam dignidade, liberdade e igualdade, segundo leciona Francisco Amaral,²⁸⁵ quando lembra a incidência da Constituição no direito civil, realçando que a Carta Magna "incorporou ao seu texto os valores, princípios e institutos básicos do direito civil, como a liberdade, a segurança, a igualdade (...), a dignidade humana (...) os direitos de personalidade (...) dotados (...) de eficácia imediata e direta".

Afigura-se, nada obstante a constatação acima, que o princípio da dignidade da pessoa tal como se mostrou pelos contornos antes ofertados, tem a amplitude necessária para uma honesta interpretação em nome da preservação da pessoa e pode, dessa maneira, servir-nos como "direito geral de personalidade, ou seja, o respeito e a proteção à dignidade humana e aos direitos fundamentais do homem".²⁸⁶ O

²⁸⁴ "Não se deve ver na exortação da dignidade humana ou dos direitos de personalidade a vetusta concepção de individualismo e egoísmo, capricho do ser em olvido do mundo que o cerca, ao contrário, como sustenta NALIN, Paulo R. Ribeiro. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*, in *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, p.194: "(...) quando se busca a valorização e dignificação do homem como centro das atenções do Direito, equivocadamente se poderia julgar tal valorização como um retrocesso aos antigos valores d igualdade e liberdade, base do voluntarismo iluminista. Assim não se deve entender. A valorização do homem moderno se dá no âmbito social, em que a norma jurídica o compreende incluso em plúrimas relações jurídicas. Não mais se tolera o homem para si, como núcleo absoluto dos favores legais, mas sim o **homem pelo homem**".

²⁸⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.76.

²⁸⁶ SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p.359 e AMARAL, Francisco, op. cit., p.238. "A tutela jurídica dos direitos de personalidade (...) é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no Art. 1.º, III, da Constituição Federal Brasileira, da dignidade da pessoa humana. Significa este princípio, que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, que a pessoa humana, é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito". Útil, aqui, declinarmos ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p.229, a sua concepção de cláusula geral: "(...) havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos". Tratando-se a questão de referir-se aos direitos de personalidade, embora fosse interessante haver alguns tipos que

pensamento lusitano parece ser cúmplice dessa perspectiva consoante cita Capelo de Sousa interpretando o artigo 1.º, da Constituição Portuguesa, o qual faz de Portugal uma "República 'baseada na *dignidade da pessoa humana*' " e a essa e ao "desenvolvimento da pessoa humana é-lhes *inerente* no nosso sistema jurídico o direito geral de personalidade previsto no Art. 70.º do Código Civil, que a nossa Constituição, por via dos seus Arts. 1.º e 2.º, desde logo recolhe".²⁸⁷

Endossa, igualmente, este entendimento, o Professor Belga Francis Delpérée,²⁸⁸ para quem "nos tratados internacionais, nos documentos legislativos e na jurisprudência, o destaque maior é dado à noção de dignidade humana", pois esta "se entende não mais como o respeito que seria devido por uma pessoa a uma instituição, mas como aquele que, dentro de uma preocupação humanista, deve ser concedido – tanto pelas instituições como pelos particulares – a toda pessoa humana".

Referido autor realça o carácter de direito referencial da dignidade humana, que se presta a traçar o contorno de outros direitos, configurando-se como a fonte desses outros direitos, especialmente dos económicos, sociais e culturais. Cita mais, dizendo-o uma manifestação do direito à vida, "não apenas um direito inicial à existência, mas um direito de conduzir sua própria vida segundo suas capacidades, suas opiniões, suas possibilidades".²⁸⁹

fornecessem pelos menos um carácter exemplificativo, o mérito da cláusula geral é exatamente não aprisionar no direito posto determinadas situações fáticas, em face mesmo de nosso modelo de sistema jurídico, tido como fechado e sensível somente às categorias nele contempladas.

²⁸⁷SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993. p.619-620.

²⁸⁸DELPÉREÉ, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Resende; ZILVETI, Fernando Aurélio. (Coord). **Direito constitucional, homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999. p.154.

²⁸⁹DELPÉREÉ, Francis. O direito à dignidade Humana. In: COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **Direito Constitucional**, p.155.. *O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e Jurisprudência Portuguesas*, in: Direito Constitucional, Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, p.192-193, defende que o princípio da dignidade da pessoa humana exprime "o reconhecimento de um conjunto de direitos inalienáveis e interrogáveis, anteriores ao Estado e que este tem de respeitar, que se ligam e emergem da própria dignidade do homem enquanto homem, e enquanto pessoa, e são expressão infungível dessa dignidade. Numa palavra: no reconhecimento do princípio da 'dignidade da pessoa humana' como fundamento do Estado vai a revelação da concepção ou do pressuposto antropológico essencial em que repousam e de onde derivam os 'direitos fundamentais' ou 'direitos do homem' ".

Em mesma linha de raciocínio leciona Carlos Fernández Sessarego, para quem os valores que dão sentido à vida são aqueles que denotam o "projeto de vida" do indivíduo.²⁹⁰ Capelo de Sousa conota nesta direção, relacionando o "bem da personalidade" com a dignidade humana e com suas outras projeções sociais, quais sejam "as diferentes capacidades, comportamentos e obras do indivíduo (...), as qualidades morais, v.g. de carácter, que possui, a sua imagem de vida e a direcção de vida que escolheu".²⁹¹

Vertido em outros termos o significado de dignidade humana, bem diz José Manuel M. Cardoso da Costa que:

... afirmar a 'dignidade da pessoa humana' é reconhecer a autonomia ética do homem, de cada homem singular e concreto, portador de uma vocação e de um destino, únicos e irrepetíveis, de realização livre e responsável, a qual há de cumprir-se numa relação social (e de solidariedade comunitária), assente na igualdade radical de todos os homens - tal que nenhum deles há de ser reduzido a mero instrumento ou servo do 'outro' (seja outro homem, seja o Estado).²⁹²

Trabalhando a expressão jurídica da dignidade humana, Peres Gediél indica ser a mesma o elo para a tendência, na doutrina, "de aproximação teórica entre os direitos da personalidade e os direitos do homem, ou direitos fundamentais, buscada em sua origem e seus pressupostos comuns".²⁹³

Vem a calhar, ultimando esta seção, declinar Canotilho, para quem "dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da

²⁹⁰SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v.19, n.56, p.87-142, p.118, nov. 1992. O autor aparentemente diferencia o dano ao projeto de vida, do dano à saúde, por entendê-lo mais radical e profundo e que afetaria a liberdade da pessoa, por exemplo, a perda de um membro ou sentido. A nosso ver, toda a vez que a pessoa vê interrompido o fluxo normal de sua existência, especialmente por fatos ou atos estranhos ao seu cotidiano, o seu projeto de vida é afetado. Não discordamos de Sessarego, pensamos apenas que a expressão "Dano ao projeto de vida" tem o condão de ser mais explicativo quanto à relevância do proteção dos direitos da pessoa.

²⁹¹SESSAREGO, Carlos Fernández. Op. cit., p.302, nota 743.

²⁹²COSTA, José Manuel M. da. **O princípio da dignidade...** p.191-192.

²⁹³GEDIÉL, José Antônio Peres. Op. cit., p.47.

concepção de um direito geral de personalidade como 'direito à pessoa ser e à pessoa devir', cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa", não sendo recomendado o conceito 'fixista' de dignidade humana, ou seja, há que se evitar as sobrecargas filosóficas (dignidade em sentido cristão ou cristológico, ou humanista-iluminista, ou marxista, ou sistêmico ou behaviorista). Sugere o constitucionalista uma "integração pragmática" do princípio, consoante a catalogação que oferta e relaciona a dispositivos da Constituição Portuguesa e enumerada em cinco grandes tópicos, que teriam o mérito de fornecer *topói* de concretizações jurídico-judicialmente controláveis. O rol é o seguinte:

- 1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável;
- 2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade*;
- 3) Libertação da 'angústia da existência' da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas;
- 4) Garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito;
- 5) *Igualdade*, expressa na mesma *dignidade social* e na *igualdade de tratamento normativo* (igualdade perante a lei)...²⁹⁴

²⁹⁴GEDIÉL, José Antônio Peres. Op. cit., p.532, 367.

CAPÍTULO 2

CONCEITOS DOCTRINÁRIOS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Indispensável se mostra à abordagem dos direitos de personalidade captar os ensinamentos profícuos e objetivos de Adriano de Cupis para quem a "personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações, constitui a pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto" e logo será sujeito de direitos e obrigações quem tiver a qualidade de pessoa.²⁹⁵

Desenvolvendo sua perspectiva a respeito da personalidade observa que aqueles direitos destinados a dar conteúdo à personalidade são os chamados direitos de personalidade. Aprimorando, porém, no contexto jurídico tal concepção, apresenta a designação como destinada "àqueles direitos subjectivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o '*minimum*' necessário e imprescindível ao seu conteúdo". Melhor esclarecendo, ensina que ante a ausência de determinados direitos frustrar-se-ia a personalidade porque destituída de valor concreto.²⁹⁶

É na essencialidade desses direitos "sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo", ou seja, "se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal", que se define o conceito de direitos de personalidade.²⁹⁷ Alerta, entanto, De Cupis, que os direitos tidos como essenciais são identificados no âmbito social, mas passam a possuir valor jurídico quando adquirem "uma determinada figura jurídica" e desta forma, a seu ver, não são direitos por natureza da pessoa.²⁹⁸

A partir do contexto juspositivo, contudo, bastará possuir personalidade para ser titular de "determinados direitos subjectivos" e estes serão, sob tal ótica, inatos.

²⁹⁵CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961. p15.

²⁹⁶Ibid, p.17.

²⁹⁷Ibid., p.17.

²⁹⁸Ibid., p.18.

Todos os direitos "inatos" são de personalidade, mas haverá direitos que mesmo não tendo "por base o simples pressuposto da personalidade" poderão mostrar "carácter de essencialidade", tais como o direitos do autor.²⁹⁹

Cônsono com o pensamento de essencialidade de De Cupis manifesta-se Diogo de Leite Campos, o qual entende que o ser humano "é uma vida, auto-organização, que se exprime e se prolonga em múltiplas funções, de carácter físico e espiritual" e que deve ser protegida à luz dos direitos de personalidade (na verdade de um direito geral de personalidade).³⁰⁰

Pierre Kayser dispõe que direito subjetivo "é um poder, tendo um conteúdo determinado, posto ao serviço de interesses de carácter social, e exercido por uma vontade autônoma" e vê nos direitos de personalidade como uma aplicação desta noção – uma categoria particular –, haja vista que os direitos subjetivos têm também por fim, além dos interesses materiais, os interesses morais das pessoas. Não obstante, sustenta que o direito à vida, à integridade física, à honra, à saúde, ao lazer, ao silêncio, à informação, dentre outros, são falsos direitos de personalidade, pois a seu ver não atribuem a seu titular um poder determinado ou quando atribuem, estes direitos não seriam destinados a todas as pessoas.³⁰¹

Nesse peculiar modo de ver, tais atributos da personalidade não são direitos, mas interesses das pessoas, cuja proteção é garantida no âmbito de responsabilidade civil e somente ante uma agressão a esses é que surgiria o direito "subjetivo" de obter a reparação do dano. Ante a sua conotação material (patrimonial) e não moral, não se lhes considera como direitos de personalidade.³⁰²

²⁹⁹DE CUPIS, op.cit., p.20-21.

³⁰⁰CAMPOS, Diogo de Leite. Lições de direitos de personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, 1991. p.165. V.lxvii

³⁰¹KAYSER, Pierre. *Les droits de le personnalité - aspects théoriques e pratiques*. In: **La Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, p 454-455, 1971.

³⁰²KAYSER, Pierre. Op. cit. p.457.

O autor francês, apesar dessa visão restritiva, afirma distinguir-se os direitos de personalidade que têm por objeto os elementos físicos da personalidade e aqueles que miram os elementos morais e curvando-se a uma classificação mais genérica, acata a terminologia "direitos à integridade física" e "direitos à integridade moral", donde se entender não identificar um determinado direito à integridade física ou moral, mas, isto sim, direitos ligados à personalidade em suas manifestações físicas e morais,³⁰³ o que acaba conciliando com a proposição de De Cupis, que embora mais ampla, abarca a presente, pois a "personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura" e assim "as entidades das quais a 'ossatura' da personalidade é destinada a revestir-se são, precisamente, a par das obrigações, os 'direitos subjectivos' ".³⁰⁴

Relevante a esse trabalho é a aproximação que De Cupis faz dos direitos de personalidade com os direitos fundamentais, referindo à Carta Italiana, na qual estariam alojados como "direitos invioláveis do homem", também relacionando-os com as liberdades civis.³⁰⁵

Essa dignidade no universo jurídico, sua posição primicéria, decorre do "carácter de proeminência relativamente aos outros direitos subjectivos e de essencialidade para a pessoa" relacionado ao objeto dos direitos de personalidade que apresenta dupla característica: "1) encontra-se em um nexó estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico; 2) identifica-se com os bens de maior valor susceptíveis de domínio público".³⁰⁶

A conservação e o bem-estar físico e moral do indivíduo são parâmetros para a escala de valores dos bens, assim "os bens da vida, da integridade física, da liberdade" mostram-se, num primeiro plano, "como os bens máximos, sem os quais os

³⁰³KAYSER, Pierre. Op. cit., p.458.

³⁰⁴DE CUPIS, op. cit., p.15, 17.

³⁰⁵Ibid., p.22.

³⁰⁶Id.

outros perdem todo o valor", podendo-se estender tal relevância, igualmente, "aos bens da honra, do resguardo, da identidade, da paternidade intelectual", pois todos eles formam o arcabouço bio-psíquico-moral da pessoa humana na medida que é "o objecto dos direitos de personalidade um modo de ser físico ou moral da pessoa".³⁰⁷

Capelo de Sousa alerta que a "larga coincidência entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais não significa assimilação ou perda de autonomia conceitual recíproca, pois tais categorias jurídicas, mesmo quando tenham por objecto idênticos bens de personalidade, revestem um sentido, uma função e um âmbito distintos, em cada um dos planos em que se inserem".³⁰⁸ O jurista português prende-se à dicotomia público/privado para fazer esta distinção, parecendo, porém, à luz da constitucionalização do direito, que o âmbito infraconstitucional não tem função distinta, mas complementar à da Constituição, com a qual deve guardar coerência. Possível é extrair da assertiva, sim, que "nem a todos os direitos de personalidade (...) correspondem direitos fundamentais".³⁰⁹

A semelhança semântica encontrada nos doutrinadores em torno dos direitos personalíssimos justifica a relevância a estes interesses identificada por Afrânio de Carvalho quando grifa ser "(b)envindo (...) o capítulo dos direitos de personalidade",³¹⁰ em comentário à proposição em projeto de Código Civil da inclusão do tema "Direitos de Personalidade".

A empolgação anunciada tem toda razão de ser. Mercê de tradição patrimonialista, não houve preocupação em nossa legislação civil com as manifestações da personalidade, com suas expressões psíquicas e sociais.

Fachin, laborando acerca da relação jurídica, reage ante o dualismo vantagem/desvantagem jurídica que emerge dos direitos subjetivos na "tradição do

³⁰⁷DE CUPIS, op.cit., p.22, 23, 29.

³⁰⁸Ibid., p.584.

³⁰⁹Ibid., p.584.

³¹⁰CARVALHO, Afrânio de. O futuro do código civil. **Revista do Direito Civil**, São Paulo, n.34, p.10, 1985.

'patrimonialismo' e da "pecuniarização" do Direito Civil, indicando a manifestação de outros direitos na civilística, "designados de personalíssimos, que, pela sua feição, são submetidos a um regime jurídico próprio, tais como o direito ao nome, à honra, ao seu próprio corpo (...)". Este apontamento pretende revelar a necessidade de centralizar o sujeito como o "componente nuclear" das relações jurídicas e avulta a recepção doutrinária a respeito dos direitos de personalidade.³¹¹

A propriedade e a igualdade formal foram os ditames do homem quando no Estado moderno começaram as atenções com o individualismo.³¹² Apesar dessa visão formalista, em nenhum momento feneceu a compreensão íntima da necessidade de preservação da vida, da integridade física, da honra, do nome, do estado, da família etc.

Gira tal sentimento que aflora nos estudos sobre a pessoa, exatamente, como ensina Sessarego, na relevância da realidade mesma da vida, onde seus fatos (guerras e o progresso, por exemplo) podem redundar em morte, destruição e outras incontáveis agressões, não cabendo nos descuidar da perspectiva do ser humano em relação com o social, posto ser a pessoa estruturalmente social, não sendo este exterior a ela, mas um referencial de atenção pelos outros, ou seja, "o eu é inafastável do 'nós'".³¹³

É a "complexa trama da existência humana", segundo Mosset Iturraspe, que tem "permitido mostrar o homem em todas a suas facetas, como ser livre e criador" e semelhante perfil conduz à verdadeira significação de saúde, que encerra o físico e o espiritual, de cuja conjugação mana a dignidade da pessoa humana.³¹⁴

A transordinariedade dos direitos personalíssimos é de tal monta que Sessarego identifica na natureza da "estrutura existencial da pessoa" a exigência de "uma proteção unitária e integral", a qual não admite "ser parcelada em uma

³¹¹FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p.123, 126.

³¹²Ver igual reclamo em SESSAREGO, op. cit., p.97 e ITURRASPE, Jorge Mosset. *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*. p.23-45.

³¹³SESSAREGO, Carlos Fernández. Op. cit., p.88, 91.

³¹⁴ITURRASPE, Jorge Mosset. *El daño fundado en la dimension del hombre en su concreta realidad*. **Doutrina Civil**, São Paulo, ano 85, (23-45), v.723, p.27, jan. 1996.

multiplicidade de aspectos ou 'maneiras de ser', desconectados uns dos outros", devendo a tutela da personalidade estar em relação com "o ser mesmo da pessoa, enquanto constitui seu único e exclusivo fundamento".³¹⁵

No campo penal, a proteção desses bens decorrentes da personalidade mereceram desde logo proteção, deixando-se, porém, a esfera civil alijada de mecanismos para a conservação da personalidade, pelo menos de uma maneira mais objetiva, como em legislações de outros países, que fizeram previsões sobre direitos de personalidade.

Apesar disso, adiante se procurará articular a acomodação possível da tutela da pessoa em nosso direito "não-penal", sempre na perspectiva de que a proteção desejada decorre dos direitos ou interesses existenciais derivados da dignidade da pessoa humana,³¹⁶ como ficou frisado no tópico próprio.

De acordo com este prisma está Capelo de Sousa, argumentando que "a inventariação e materialização do *quid ius* no domínio da tutela da personalidade humana têm de se compreender no conjunto e na unidade do ordenamento jurídico, v.g., articulando as soluções normativas de direito civil entre si e com normas (...) constitucionais, penais e administrativas relativas à personalidade humana".³¹⁷

Os doutrinadores dizem que a personalidade é ínsita ao homem e que não é ela direito, sua essencialidade ao indivíduo reclama, porém, proteção, posto irradiar-se dela direitos,³¹⁸ aliás, como acentua Caio Mário da Silva Pereira, "sendo

³¹⁵ITURRASPE, Jorge Mosset. **El daño fundado en la dimension...** p.98.

³¹⁶SESSAREGO, op. cit., p.92.

³¹⁷Ibid., p.20.

³¹⁸Há um certo debate doutrinário sobre a natureza dos direitos de personalidade, mais especificamente poderiam ser considerados direitos subjetivos e portanto passíveis de proteção. Ora, se direito subjetivo "é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e exigir de outrem determinado comportamento" e se "a pessoa tem objetivos e uma personalidade e que, para desenvolvê-los, é preciso conceder-lhe determinadas prerrogativas ou direitos" (AMARAL, Francisco, op. cit., p.177 e 179), não há como negar aos direitos personalíssimos a atribuição de "direitos subjetivos", pois se estaria a negar-lhes a possibilidade de serem defendidos. Esta afirmação, é bom que se diga, considera o técnico e tradicional conceito de direito subjetivo, muito embora a nosso ver não haveria necessidade de tanto artifício argumentativo na medida em que o "centro gravitacional do Direito reside (...) em ele positivamente conferir direitos e impor deveres" e logo, detectado o direito de personalidade, dele decorre o respectivo dever de abstenção (ENGLISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, p. 32/33). SESSAREGO, op.cit., p.93, tem o mesmo entendimento.

certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações".³¹⁹

Mais especificamente, louvando-nos em Antônio Chaves,³²⁰ pode-se defender que os direitos da personalidade são aqueles que "embora estreitamente ligados à personalidade do homem, com esta não se confundem, uma vez que, como anota Adriano de Cupis, os direitos de personalidade (...) constituem o *minimum* necessário do conteúdo da própria personalidade, definindo-os como aqueles direitos que, diferentemente dos patrimoniais, têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa".³²¹

Com esta abordagem ampla e passível de abstração plena, quase impossível declinar quais são os direitos de (ou da) personalidade. A doutrina não faz esforço dessa ordem, não obstante buscar conforme as necessidades do momento, identificar alguns desses direitos personalíssimos.

Uniforme é, entanto, na literatura jurídica, a designação dos seus caracteres, variando, tão-somente, na nomenclatura ofertada (as classificações são muito semelhantes).

Antônio Chaves³²² indica interessante enumeração de características, que agora declinamos:

- a. originários ou inatos, *por se adquirirem pelos simples nascimento*;
- b. em princípio, direitos subjetivos privados, *correspondendo aos indivíduos como simples seres humanos*;
- c. absolutos ou de exclusão, *tendo em vista sua oponibilidade erga omnes*;
- d. pessoais, ou melhor, extrapatrimoniais;
- e. intransmissíveis e não suscetíveis de disposição pelo titular;
- f. irrenunciáveis e imprescritíveis.

Determinado o conceito, ainda sim resta a sua compreensão, no sentido de assimilação da razão pela qual a personalidade irradia direitos.

³¹⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.157. V.i.

³²⁰CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito...** São Paulo: RT, 1982. p.491.

³²¹AMARAL, Francisco. Op. cit., p.237: "Direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual". Ver também conceitos fornecidos por TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la Personalidad*. p.6-9.

³²²Ibid., p.491.

Pesquisando o material doutrinário a respeito do tema, acredita-se ser possível enfeixar a questão da relevância da manutenção da personalidade, em suas inúmeras manifestações, numa expressão única: *dignidade*.

Com efeito, os autores parecem visualizar os direitos de personalidade sob o mesmo prisma, pois com expressões sinônimas aludem a estes como propiciadores das "condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente".³²³

Para a completude deste trabalho, citam-se outras fontes doutrinárias, principalmente nacionais, que deram a este estudo embasamento teórico, com o objetivo de demonstrar a pluralidade de concepções que os direitos de personalidade oferecem, bem como para tentar indicar que os variados conceitos sempre acabam por se enfeixar no princípio da dignidade da pessoa.

Dos escólios de Bittar Filho, Limongi França, Orlando Gomes e de Lamartine Correa e Francisco Muniz, encontram-se como pontos semelhantes exatamente a preocupação de preservação da pessoa em face de seus valores inatos como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física e mental, ou seja, de proteção da integridade do indivíduo em suas manifestações física, moral e intelectual.³²⁴

³²³TEPEDINO, Maria Celina B.M. Op. cit., p.30.

³²⁴São direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, *tomado em si mesmo* e em suas projeções na sociedade *Visam à defesa de valores inatos* (portanto cabe ao Estado somente reconhecê-los) *como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física*. Tratam-se de direitos inerentes à pessoa e dotados de certas particularidades que *limitam a própria ação do titular (como, v.g., a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade - são absolutos [erga omnes], extrapatrimoniais, intransmissíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários)* (...) A tutela jurídica dos direitos de personalidade visa a cessação de práticas lesivas; apreensão de materiais oriundos de tais práticas; submissão do agente ao cumprimento de penas; reparação de danos materiais e morais; perseguição criminal do agente; a nota central é **a dignidade humana**; a esfera de tutela espraia-se no campo civil, penal, administrativo e constitucional (*habeas corpus e habeas data*); Princípio básico é o da **independência** (CC Art. 1525); a tutela civil depende da iniciativa do interessado (*princípio da inércia - Arts. 2.º e 262*) e desdobra-se em medidas de reação tendentes à declaração ou negação de direitos, cessação de práticas ilícitas, cominação de pena por descumprimento de obrigação fazer, ou de não fazer e reparação de danos; tutela penal (Ação penal pública ou privada - bens ligados aos direitos de personalidade tutelados: homicídio - Art. 121; induzimento ao suicídio - Art. 122; infanticídio - Art. 123; aborto - Art. 124; periclitamento da vida e da saúde - Arts. 130 a 136; rixa - Art. 139; injúria - Art. 140, constrangimento ilegal - Art. 146; ameaça - Art. 147 etc.); tutela administrativa efetivada por entes públicos (CNDA - direito do autor) ou privados (CONAR) - visa garantir a efetividade dos direitos dos rendimentos incidentes; tutela civil: o lesado pode valer-se das ações cautelares (Arts.798 e ss. CPC), em especial a de Busca e Apreensão; ação de Reparação de Danos etc. A tutela civil é plena porque se realiza através de todas as espécies de ações civis (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da Personalidade no atual Direito Brasileiro. Revista de Direito Civil 78/5 - sem grifos no original).

Peres Gediel, igualmente, em seu recente *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo* assim se posiciona, assinalando que os bens da personalidade "compreendem as emanções físicas, intelectuais e morais, próprias a uma pessoa e se referem tanto à sua expressão econômica quanto à sua significação social e política, contida na noção de liberdade pública [...]".³²⁵

Quanto à tutela jurídica dos direitos de personalidade, tem-se que visa à cessação de práticas lesivas, mediante a apreensão de materiais oriundos de tais práticas, submissão do agente ao cumprimento de penas, reparação de danos materiais e morais etc., sempre tendo em mira a dignidade humana.

A tutela civil, por óbvio, dependerá da iniciativa do interessado, desdobrando-se em medidas de reação tendentes à declaração ou negação de direitos, cessação de ações ilícitas, cominação de pena por descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer e reparação de danos.

As diversas classificações ofertadas direcionam o entendimento sobre o alcance dos direitos de personalidade que incidem nas relações jurídicas inerentes à própria pessoa, sem ligação direta com as questões de família e direitos patrimoniais.

Limongi França citando Adriano de Cupis indica como direitos de personalidade o direito à Vida e à Integridade Física; à Liberdade; à Honra e ao Recato; à Identidade Pessoal e Direito Moral de Autor.³²⁶

³²⁵GEDIEL, José Antônio Peres. Op. cit., p.42.

³²⁶Terminologia: Categoria definida pelos alemães na segunda metade do séc. XIX, foram chamados de Direitos Individuais ou Direitos da Personalidade. Rava, Gangi e De Cupis falam em Direitos Essenciais ou Fundamentais da Pessoa, outros em Direitos na própria pessoa e, ainda, Direitos Personalíssimos. O autor prefere "Direitos de Personalidade" ou "Direitos Privados da Personalidade". Lugar da matéria: Nas obras estrangeiras e Códigos Civis tem sido tratada na Parte Geral ou no Livro das Pessoas, para o autor deve ser inserida na parte especial, antes do Livro dos Direitos de Família, juntamente com os institutos de proteção à personalidade como a Tutela, a Curatela, a Adoção etc. Existência: O Direito existe para que a pessoa, em meio à vida social, seja aquinhoadada segundo a justiça com os bens necessários à consecução dos seus fins naturais. Natureza: Segundo Adriano de Cupis os direitos de personalidade são os concebidos pelo ordenamento, logo, são de natureza positiva. Para o autor, além dos direitos de personalidade definidos em lei, outros existem reconhecidos pelo Costume e pelo Direito Científico. Espécies de direitos de personalidade: De Cupis: Direito à Vida e à Integridade Física; à Liberdade; à Honra e ao Recato; à Identidade Pessoal; Direito Moral de Autor. (FRANÇA, Limongi. Direitos Privados de Personalidade: Subsídios para a sua especificação e sistematização. RT 370/9, ag.1966.

Orlando Gomes, por sua vez, demonstra o efetivo cuidado quanto à proteção da pessoa humana contra práticas e abusos atentatórios de sua dignidade.

Discorre sobre as muitas nomenclaturas dadas aos direitos de personalidade, tais como direitos individuais, direitos sobre a própria pessoa, direitos pessoais, direitos de estado, direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos, demonstrando sua preferência pela expressão direitos de personalidade.

Defende a existência dos direitos de personalidade na medida de sua previsão legal.³²⁷

³²⁷A necessidade de proteger a pessoa humana contra práticas e abusos atentatórios de sua dignidade tornou-se premente em razão assim da tendência política para desprestigiá-la, como dos processos científicos e técnicos e por conta do tecnicismo dos positivistas tendente a negar os substanciais direitos subjetivos de personalidade. Direitos de personalidade estão presentes nos Códigos Suíço, Japonês, Grego, Egípcio, com especial destaque ao Italiano. Preceito geral contido no projeto do Código Francês de que *todo atentado ilícito à personalidade enseja, a quem o sofre, o direito a exigir que cesse, sem prejuízo da responsabilidade que o ofensor possa incorrer*. Os direitos de personalidade carecem de estruturação doutrinária capaz de permitir se coordenem harmonicamente em condições que possibilitem a redução a uma unitária de suas múltiplas e diversas manifestações. Savigny se insurgiu contra a existência de direitos originários, considerando falso o princípio de um direito do homem sobre sua pessoa, o qual poderia legitimar o suicídio. Na Alemanha apesar das resistências disseminou-se a convicção de que devem legalmente ser reconhecidos em face da necessidade crescente de se proteger a personalidade no Direito Privado. Nomenclaturas: direitos individuais; direitos sobre a própria pessoa; direitos pessoais; direitos de Estado; direitos originários; direitos inatos; direitos personalíssimos. Acentua o autor a preferência pela expressão direitos de personalidade (Gierke). Objeto dos direitos de personalidade: constituem-nos os bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana por determinação legal, que os individualiza para lhes dispensar proteção. A personalidade não é objeto dos direitos de personalidade, mas são sim manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa, por necessária, sua incolumidade, ao desenvolvimento físico e moral de todo homem. A teoria dos direitos de personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se a sua construção se apoia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos sobre que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos. Traços característicos: absolutos (*erga omnes* - implicando dever geral de abstenção), extrapatrimoniais (não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam constituir, alguns, objeto de negócio jurídico patrimonial e a ofensa ilícita a qualquer deles se tenha como pressuposto de fato do nascimento da obrigação de indenizar, ainda quando se trate de puro dano moral), intransmissíveis (o titular não pode transmiti-los, por isso que nascem e se extinguem com a pessoa), imprescritíveis, impenhoráveis (há impossibilidade de cumprimento e execução coativas e não se extinguem, quer pelo não-uso, quer pela inércia na sua defesa), vitalícios e necessários (são necessários no sentido de que não podem faltar, jamais se perdem enquanto viver o titular, sobrevivendo-lhes a proteção em algumas espécies. São direitos subjetivos privados, destinada sua proteção a assegurar o desenvolvimento e a expansão da individualidade física e espiritual da pessoa humana. Não se confundem com os direitos do homem e do cidadão, que são direitos públicos subjetivos, os direitos de personalidade são reconhecidos para resguardá-los de atentados por parte de outros indivíduos. Sugere Orlando Gomes o enquadramento dos direitos de personalidade na parte geral da legislação civil, não recomendando seu isolamento (GOMES, Orlando. Direitos de Personalidade. RF 216/7, 1966.

O significado da atenção a esta categoria de direitos por Orlando Gomes tem razão de ser exatamente (e novamente referida) na sua essencialidade, "uma vez que a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a protecção que eles concedem não fosse reconhecida pela ordem jurídica".³²⁸

Cabe enfatizar que a relevância desses direitos está jungida à constatação de que são de ordem geral, "isto é, direitos de que são titulares todos os seres humanos, não estando essa titularidade ligada a um grupo, classe ou categoria específica de homens (característica, esta, que é a decorrente óbvia, de, por um lado, se reconhecer a qualidade de pessoa a todos e de, por outro lado, estes direitos serem essenciais)".³²⁹

Mota Pinto, a exemplo da quase unânime doutrina, além de fazer referência ao caráter geral dos direitos de personalidade, lembra que são absolutos "porque se lhes não contrapõe um dever jurídico de pessoas determinadas, mas antes uma obrigação universal (que não é necessariamente apenas passiva, apesar de o ser normalmente)".³³⁰

Esta "obrigação universal" referida por Mota Pinto adiante será nominada de dever geral de abstenção, justificador da possibilidade de reparação (que aliás, embora nosso enfoque seja no âmbito civil, pode ser, igualmente, de ordem administrativa, com a cessação, por exemplo, de alguma atividade estatal afrontadora da dignidade da pessoa), em vista de ofensas aos chamados direitos de personalidade.

Finalmente, parafraseando José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, constata-se no campo normativo brasileiro insuficiência da tipicidade de direitos de personalidade, muito embora a tipologia não seja capaz, por evidente, de forjar o exaurimento da temática.³³¹

³²⁸MOTA PINTO. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, 1993 (BFD, 69 p.479-586).

³²⁹Id.

³³⁰Id.

³³¹Para José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, em relação aos direitos de personalidade há insuficiência da tipicidade, reclamando construção com a jurisprudência. Segundo os autores há quatro bens básicos da vida: vida, integridade física, saúde e liberdade, os quais não recomendam a técnica de enumeração tipificante, pois leva a uma limitação na tutela da personalidade. O direito geral de personalidade está ligado à noção de dignidade do ser humano. Tipologia: não exaure e camufla o sentido de toda a problemática, havendo extrema dificuldade, porém, de uma adequada tutela jurisdicional da personalidade sem uma cláusula geral como base de uma jurisprudência coerente. Não se deve ignorar os fundamentais princípios do respeito à dignidade

De destaque para os autores é o fato de não se olvidar o fundamental princípio do respeito à dignidade humana, pois sem ele não se constrói cláusula geral no âmbito cível, sendo necessário o entendimento da ordem jurídica no vetor da noção de que o ser humano é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade, cabendo vincular a noção de direitos de personalidade à de direitos do homem, não se admitindo nessa seara uma visão puramente privatística.

As incontáveis definições sobre direitos de personalidade, além de convergirem sobre a determinação de sua existência em vista da dignidade humana, conduzem, nesse mesmo caminho, a firmar a sua titularidade e são seus sujeitos "todos os seres humanos, no ciclo vital de sua existência, vale dizer, desde a concepção, seja esta natural ou assistida (fertilização *in vitro* ou intratubária), como decorrência da garantia constitucional do direito à vida".³³²

humana, pois sem eles não se constrói cláusula geral no âmbito cível, sendo necessário o entendimento da ordem jurídica no vetor da noção de que o ser humano é pessoa dotada de inalienável e inviolável dignidade, cabendo vincular a noção de direitos de personalidade à de direitos do homem, não se admitindo nessa seara uma visão puramente privatística. É relevante a noção pré-normativa de pessoa: o ser humano é reconhecido como indivíduo, mas não só, é substância, isto é, ser que existe por si mesmo e de natureza racional, daí decorre a dignidade humana, como dado anterior e superior à ordem legislada. A concepção positivista de pessoa reduz a noção de pessoa a um centro de imputação de direitos e deveres e a se atribuir sentido idêntico às noções de pessoa e de sujeito de direitos. A personalidade é uma noção insuscetível de gradações ou restrições pois a pessoa é e vale - ser e valor - logo há igualdade entre todos os homens. Não se trata de uma noção individualista da sociedade a concepção personalista, só a percepção substancial de pessoa confere sentido e dignidade ao direito. Segundo os autores, não se deve ver o ser humano abstratamente, mas em sua inserção na História e na sociedade. No Estado de Direito é impossível o neutralismo do Estado de Direito em face dos valores fundamentais à ordem jurídica, o mais importante dos quais o da dignidade da pessoa humana. No que respeita aos Direitos fundamentais, no verdadeiro Estado de Direito há que assimilar princípios destinados a estabelecer uma escala fundamental de valores centrada no reconhecimento da pessoa humana e de sua dignidade, que deverá vincular a Administração, a legislação e a jurisdição (OLIVEIRA, José Lamartine Correa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos de Personalidade. RT 532/11, fev.1980.).

³³²AMARAL, Francisco, op. cit., p.241.

SEÇÃO 1

INTEGRIDADE CORPORAL

A integridade física da pessoa pressupõe antes de mais nada um direito à vida e este, na ótica de De Cupis, "respeita à pessoa como tal, quer dizer, considerada no círculo dos fins que tem como simples ser humano, e não perde tal característica quando se exerça contra o Estado".³³³

Dessa maneira, no gênero integridade corporal não se olvida o direito à vida, mas se o tem como antecedente da "integridade física" a qual é considerada "como um modo de ser físico da pessoa" tal qual a vida e "perceptível mediante os sentidos". Nessa linha, continua De Cupis, descrevendo-a como o bem que acrescenta à existência a incolumidade física, "de importância indubitavelmente inferior ao seu pressuposto", entanto, nem por isso, merece desconsideração, uma vez que constitui a integridade "condição de convivência normal, de segurança, de eficaz desenvolvimento da atividade individual ...".³³⁴

Sobre a vida humana Capelo de Sousa reconhece que a tutela da personalidade compreende a sua proteção pré e pós-natal e não só quando "do apogeu físico e racional da vida de um indivíduo mas também (quando) do seu decaimento em situações de vida humana dita 'vegetativa'".³³⁵

Para Carlos Alberto Bittar Filho,³³⁶ a integridade corporal é a manifestação da higidez dos elementos materiais da estrutura humana e os direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade visam à defesa desse valor inato (higidez física).

³³³DE CUPIS, Op.cit., p.66.

³³⁴Ibid., p.69/70.

³³⁵Ibid., p.204.

³³⁶BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Revista de Direito Civil**, n.78, p.78/5.

Efetivamente, traçando um paralelo entre doutrinadores, pode-se afirmar, quanto à integridade física, que esta pertine "aos elementos materiais da estrutura humana (integridade corporal)", tais como "vida, alimentos, corpo, cadáver".³³⁷

Relaciona-se, assim, com o que o homem "tem de ser biológico", sua sujeição às feridas, às lesões de seu corpo "estimada esta expressão em sentido estrito, pelo que o soma resulta ser diretamente afetado, em forma visível e eloqüente".³³⁸

Remonta, o direito à integridade física, consoante acima dito, à própria vida, pois agredir "o corpo humano é um modo de agredir a vida" que nele se realiza. "A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo".³³⁹

Sem ingressar no acurado exame de Bobbio sobre as origens dos direitos fundamentais, se natos ou históricos,³⁴⁰ parece inegável existir uma certa unanimidade no respeitante à preservação da integridade física da pessoa humana.

Tanto isto é verdade que a legislação penal, especialmente, contém tipos próprios para as chamadas "lesões corporais", tidas como leves, graves ou gravíssimas, consoante o tipo de agressão que possa ter sofrido a integridade física de um indivíduo.

O que, entretanto, pretende-se com o direito de personalidade "integridade física" é considerar que o homem íntegro fisicamente será aquele que não passa privações de ordem material, possuindo meios de prover seu próprio sustento; que tem ao seu alcance medidas sanitárias e atendimento de saúde apto a atendê-lo nas horas de padecimento decorrentes de moléstias; e que no seu contexto social transite com segurança, sem riscos à preservação de sua vida ou de sua higidez corporal.

Quando se diz que as pessoas têm direito à integridade física, há que se ambicionar imunizá-la de quase todas as circunstâncias possíveis de agredir tal prerrogativa. Somente sob tal enfoque é viável admitir a preservação de sua dignidade.

³³⁷FRANÇA, Limongi. **Direitos privados de personalidade**: Subsídios para a sua especificação e sistematização. RT 370/9; GOMES, Orlando. *Direitos de Personalidade*. RF 216/7, 1966.

³³⁸SESSAREGO, op. cit., p.116.

³³⁹SILVA, José Afonso da, op. cit. 183.

³⁴⁰BOBBIO, op. cit., p.15-24.

O fundamento deste direito é a "proteção à intangibilidade do sujeito", a manutenção das "qualidades que sustentam e indicam a singularidade de cada pessoa", identificando-se ao seu titular "um poder de oposição em relação aos demais sujeitos", bem como " deveres especiais de proteção que recaem sobre seu titular e sobre o Estado".³⁴¹

Tobeñas, quanto aos direitos relativos à existência física ou inviolabilidade corporal, observa que entre os direitos da personalidade ou essenciais, nenhum é tão essencial como o direito a vida, "já que esta é o bem supremo do homem, sem o qual não cabe a existência e a fruição dos demais bens", sustentando que para os modernos doutrinadores, além do cunho personalíssimo, teria caráter inato, vez que corresponde ao indivíduo pelo simples fato de estar dotado de personalidade. Não é ilimitado, estando jungido à idéia propagada pela filosofia católica de que é meio e condição ao homem de realizar seu destino, estando, pois, vinculado às leis supremas da moralidade e Justiça.

A tutela penal da vida e da integridade física é muito destacada. Há também a proteção de ordem civil:

- a) a ação para fazer efetiva a reparação dos danos e indenização dos prejuízos causados pelo delito, que abarca, sem dúvida, não só danos materiais, como também os danos morais;
- b) a ação para exigir a responsabilidade por ato ilícito não punível;
- c) a obrigação legal dos alimentos impostos a determinados parentes.³⁴²

O autor indica que tal proteção civil tem caráter atenuado ou impreciso em alguns casos especiais, como o das lesões causadas por tratamento médico cirúrgico e o das lesões desportivas, nos quais pode faltar, por diversas causas, o elemento básico da antijuridicidade.³⁴³

³⁴¹ GEDIEL, José Antônio Peres. Op. cit., p. 81-82.

³⁴² TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la Personalidad*. **Revista General de Legislacion y Jurisprudência**. Madrid, p.45, Jul. Ago. 1952, trazendo referência a De Cupis diz que este tem os alimentos como direito não absoluto, mas sim relativo que se atua frente a determinados sujeitos vinculados a uma prestação de caráter positivo, não sendo seu objeto a vida mesma, senão um bem diverso, ainda que destinado a servir à conservação da vida.

³⁴³ TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la Personalidad*. **Revista General de Legislacion y Jurisprudência**, n.45. p.34-37.

Sobre a integridade física compete, ainda, declinar, com Capelo de Sousa, que se deve observar "o relevo jurídico do poder natural de autodeterminação de cada homem sobre seu próprio corpo", de tal maneira que "o titular do corpo tem poderes juridicamente reconhecidos (...) para dirigir e conformar o seu próprio corpo, para se sujeitar ou não a tratamentos e a operações, para estabelecer contratos que impliquem grande dispêndio de energias corporais" etc. Não é, entretanto, continua o jurista, ilimitado "este poder de autodeterminação (...) perdendo sua licitude quando atentar contra o bem superior da vida ou contra o próprio corpo ...".³⁴⁴

SEÇÃO 2

INTEGRIDADE PSÍQUICA

No plexo da integridade psíquica o direito à liberdade encontra especial destaque, vislumbrando-se que sua manifestação é o agir da pessoa segundo a sua vontade, sem que se lhe oponham quaisquer obstáculos, tornando-a apta ao atingimento de suas aspirações e desejos.³⁴⁵

A integridade psíquica, confirma Bittar Filho, à semelhança da integridade física é a manifestação da higidez dos componentes intrínsecos da personalidade, identificando-se a integridade psíquica com a liberdade de pensamento, de expressão, de culto etc.; com a intimidade, ou seja, estar só, com a privacidade ou reserva.

É, pois, a incolumidade da mente e os direitos da personalidade, reconhecidos ao homem tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade, visam à defesa desse valor inato.

A principal finalidade do direito à integridade psíquica é "a proteção do indivíduo contra os atentados praticados contra sua psique", visando preservá-lo em

³⁴⁴CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.223, 224 e 226.

³⁴⁵DÉ CUPIS, op. cit, p.96-97.

suas idéias, ou seja, combatendo a violência "com relação às suas convicções religiosas, políticas, sociais, filosóficas ...".³⁴⁶

O ser humano, ensina Carlos F. Sessarego, em sua estrutura psíquica comporta três aspectos, quais sejam os sentimentos, a vontade e o intelecto. A perturbação da integridade psíquica pode atuar independentemente sobre cada um, ou sobre todos, razão suficiente a proteger esta bagagem subjetiva do ser humano. O impacto psíquico sofrido, quaisquer que sejam as fontes de agressão repercutirá na saúde da pessoa, afetando, portanto, seu direito ínsito de não-padecimento.³⁴⁷

Diogo de Leite Campos parece divisar a integridade psíquica neste sentido de não-padecer, indicando que "compreende o direito de excluir, dos meios de comunicação social dirigidos ao público indiscriminado (cartazes nas ruas, 'mass media' do Estado etc.), as mensagens 'agressivas' (violência, pornografia etc.). E a ser informado previamente do conteúdo dos espetáculos, livros etc., dirigidos só a certo número de espectadores ou leitores".³⁴⁸

Verifica-se nesse direito à "integridade psíquica" a garantia de a pessoa ser considerada como uma individualidade. Não se há de traçar, tal qual na proteção da integridade física, linhas e modos rígidos na preservação da psique da pessoa, antes, dever-se-á reconhecer no indivíduo capaz de pensar, de se expressar, de se reservar, o padrão atomizado da sociedade.

A ilação que exsurge é a de que só a livre manifestação de seus componentes e a disposição de não turbar sua intimidade franquearão uma sociedade igualmente liberta.

³⁴⁶SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua tutela. São Paulo: RT, 1993. p.274.

³⁴⁷SESSAREGO, Op. cit., p.117.

³⁴⁸CAMPOS, Diogo de Leite. Op. cit., p.187-188.

SEÇÃO 3

PATRIMÔNIO MORAL

Finalmente, seguindo a orientação de Bittar Filho, o patrimônio moral, ou os valores morais, são aqueles respeitantes a atributos valorativos da pessoa na sociedade, equivale dizer, ao direito à identidade, ao nome e a outros sinais individualizadores. A inteireza desse patrimônio presta-se à preservação da honra (reputação e prestígio), do respeito (dignidade e decoro) e das criações intelectuais. Todos estes, tal qual a manifestação físico-psíquica da pessoa, são valores inatos que revelam direitos subjetivos à sua proteção. Consoante sustenta José Afonso da Silva, a integridade moral e "seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação".³⁴⁹

O patrimônio moral mostra-se como um vetor dos direitos personalíssimos ainda em construção, não obstante de há muito a esfera penal contemplar sua proteção.

A temática pertinente à honra, ao respeito e à criatividade intelectual vem ganhando destaque não tanto quanto ao reconhecimento social de sua relevância, mas sim quanto à avaliação econômica da agressão aos padrões morais dos indivíduos.

O Estatuto Superior acolheu a possibilidade de uma reparação pecuniária em face do padecimento moral e deve-se esta conquista à constatação de que à pessoa humana não basta proteger-lhe a higidez física ou psíquica, é preciso garantir a integração social, com a proteção de sua bagagem moral.

O universo do patrimônio moral é amplo e se estende à chamada integridade moral dos indivíduos, compreendendo inúmeros aspectos, tais como "liberdade civil, política e religiosa, honra, honorificência, recato, segredo pessoal, doméstico e profissional, imagem, identidade pessoal, familiar e social",³⁵⁰ e direito autoral.

³⁴⁹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8.ed. São Paulo:Malheiros Editores, 1992. p.184.

³⁵⁰FRANÇA, Limongi. **Direitos privados de personalidade**: Subsídios para a sua especificação e sistematização, e GOMES, Orlando. **Direitos de personalidade**.

Honra, para De Cupis, "significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade".³⁵¹

O resguardo, para o mesmo autor, é o "modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só". Vem a seguir da honra, mas não se confunde com ela, sendo o direito à imagem uma de suas "manifestações importantes" e a sua violação revela "relativamente à pessoa, uma mudança da discreção de que ela estava possuída, e também uma modificação de carácter moral (a circunspecção, ou reserva, ou discreção pessoal, embora não faça parte da essência física da pessoa, constitui uma qualidade moral dela)".³⁵²

O direito ao segredo, de acordo com De Cupis, é um aspecto particular do resguardo relacionado a "certas manifestações da pessoa" destinadas "a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, quer dizer, secretas" (por exemplo: a correspondência, segredo profissional).³⁵³

Na esfera do direito à identidade pessoal está o homem afirmando-se "como uma certa pessoa". Destaca-se na realização desse bem o nome, isto é, "o sinal verbal que identifica imediatamente e com clareza a pessoa a quem se refere", servindo, em especial, para "individualizar as pessoas". Também a imagem, a voz e acontecimentos da vida enquanto elementos "de identificação da pessoa" compreendem-se no direito à identidade pessoal.³⁵⁴

Por fim, fala-se em direito moral do autor aquele que tem por "objecto não a obra de engenho (o aspecto exterior da idéia), bem patrimonial, mas antes o bem pessoal da paternidade intelectual (modo de ser moral da pessoa do próprio autor)" e esta "representa um vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e sua obra".³⁵⁵

³⁵¹DE CUPIS, Op. cit., p.111.

³⁵²Ibid., p.129-130.

³⁵³Ibid., p.147 e 159.

³⁵⁴Ibid., p.165/166.

³⁵⁵Ibid., p.312.

Para Tobeñas é de tipo moral o direito à liberdade pessoal:

O direito de liberdade como direito de personalidade, deve cingir-se àquelas manifestações do livre exercício da atividade humana que a lei protege como atributo ou pressuposto essencial da pessoa mesma em razão a que se não se salvaguardasse ao indivíduo essa esfera de liberdade se privaria de valor à personalidade humana.³⁵⁶

Distinguem-se, segundo o mesmo doutrinador, duas grandes esferas dos direitos de liberdade:

- a) as liberdades públicas - de pensamento e emissão do mesmo, de imprensa, de religião, de reunião e de associação, protegidas pelo direito público e garantidas pelas Constituições e leis especiais;
- b) as liberdades civis - garantidas por normas do direito civil e penal, e que são os direitos de locomoção, de residência e domicílio, de casamento, contratual e comercial e de trabalho.³⁵⁷

Insera a honra nessa ordem de idéias, defendendo um sentido objetivo e outro subjetivo a esse bem.

No seu sentido objetivo a honra é a reputação, bom nome ou fama de que goza, ante os demais, uma pessoa determinada, ou, em outros termos, é "a estima que acompanha a pessoa e a circunda, com uma aureola de luz, em sociedade".

No sentido subjetivo é o sentimento da estima que a pessoa tem de si mesma em relação com a consciência da própria dignidade moral.³⁵⁸

Em resumo, o patrimônio moral é o conjunto dos atributos intrínsecos da pessoa que, porém, refletem sua condição no seu meio.

³⁵⁶TOBEÑAS, José Castan. Op. cit., p.45.

³⁵⁷Ibid., p.46.

³⁵⁸Ibid., p.50.

CAPÍTULO 3
NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
E O DEBATE DOUTRINÁRIO

SEÇÃO 1
DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

De acordo com Elimar Szaniawski, "dentre os direitos do homem encontra-se uma categoria determinada, que se constitui nos direitos primeiros, aqueles fundamentais, que têm por escopo tutelar a pessoa humana, individualmente, de toda a série de ataques contra a mesma desfechados. Situam-se dentre os direitos primeiros os de personalidade que consistem na proteção dos atributos da personalidade humana".³⁵⁹

Como adiante pode-se aferir, há pouca exploração e discussão da temática "Direitos de Personalidade" no Direito Brasileiro.

Szaniawski defende a existência da proteção desses direitos já no mundo romano e que na idade média é que se concebe o moderno conceito de dignidade e valorização da pessoa.

Com efeito, sustenta que no "direito de Roma, a personalidade não decorria da lei nem esta lhe servia de substrato. Pelo simples fato de nascer ser humano adquiria a personalidade, possuindo-a tanto o homem livre como o escravo. Roma conhecia a tutela de diversas manifestações da personalidade, apenas não apresentando a mesma intensidade e o mesmo aspecto que hoje".

De outro lado, porém, foi na "Idade Média (que se) lançou as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa".³⁶⁰

³⁵⁹SZANIAWSKI. Elimar. Op. cit., p.12.

³⁶⁰Ibid., p.20-22.

Nessa temática, mais importante do que determinar o momento histórico do aparecimento dos direitos de personalidade, é relevante detectar, em primeiras linhas, o modo de identificação desses direitos. Muito embora várias legislações tenham tratado de espécies ou tipos específicos do direito de personalidade, todos eles encontram um ponto em comum: a dignidade humana.

A concepção de um direito geral de personalidade, cara contribuição do direito alemão, permitiu a percepção desse *topos* pertinente aos direitos personalíssimos.

Com efeito, explica Szaniawski, que o direito geral de personalidade alemão finca-se na "Lei Fundamental de Bonn, ou *Grund Gesetz* que, em seu Art. 1.º, declara ser intangível a dignidade do homem e, em seu Art. 2.º, reconhece o livre desdobramento da personalidade", o que trouxe a segurança da concepção de direito subjetivo ao de personalidade. Também são fontes do direito as Convenções Internacionais, que sempre impõem respeito ao ser humano, passando, pois, seus regramentos, a ser direito vigente e constituem fundamentos ao direito geral de personalidade da Alemanha. Em face dessa previsão constitucional a dicotomia público e privado perde sentido, na medida em que se considerando o direito de personalidade como fundamental, este estará regulando as relações dos indivíduos em face do Estado e em face dos demais indivíduos.³⁶¹

Karl Larenz nos fornece a confirmação dessa postura do direito alemão, nos seguintes termos:

Da prevalência da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental do Art. 2.º da Lei Fundamental inferiu o Supremo Tribunal Federal que o por ele denominado 'direito geral da personalidade' é um dos 'demais direitos' no sentido do §823, par.I, do BGB. Como para o Supremo Tribunal Federal se tratava de uma proteção, tanto quanto possível omnicomprensiva, da esfera da personalidade, renunciou a toda e qualquer delimitação em conformidade com a previsão e contentou-se, em vez disso, com descrições gerais que deixam ampla margem para a necessária concretização. A delimitação dos direitos de personalidade e dos direitos de liberdade que colidam entre si leva-a a cabo, como vimos, segundo o método de ponderação de bens no caso concreto. Com a sua concepção de um 'direito geral de personalidade', o Supremo Tribunal Federal não se importou com o fato de que um tal direito do tipo de cláusula geral, cujos limites só podem ser determinados caso a

³⁶¹SZANIAWSKI. Elimar. Op.cit., p.57-58.

caso, faça romper necessariamente o sistema de tipos de ilícito rigidamente recortados, que serve de base ao § 823 do BGB. Por esta razão, não se trata aqui, certamente de um desenvolvimento do Direito imanente à lei, mas superador da lei.

E prossegue, ainda, Larenz, sustentando que:

Este último justifica-se pelo mais elevado escalão ético, reconhecido pela Constituição, da personalidade humana, assim como pelo fato de que as disposições legais – por exemplo, sobre a proteção da honra ou do direito ao nome –, como demonstrou a experiência, não são suficientes para garantir, na medida requerida, o direito de personalidade. (...) A necessidade de uma indenização pecuniária – segundo o STF, pelo menos no caso de um prejuízo "grave" que não pode evitar-se de outro modo – não resulta obrigatoriamente, sem mais, do escalão constitucional dos valores de personalidade. Pode-se, ao invés presumir que, deste modo a indenização jurídico-civil por danos deve assumir um função preventiva geral que habitualmente cabe à pena; o que, certamente, não deixa de ter inconvenientes.³⁶²

A Segunda Guerra Mundial e as crises econômicas, segundo Capelo de Sousa, forjam a concepção de unidade e de expansividade "da personalidade humana", bem como a "antropocentralização das regras jurídicas" conducente à "consagração de um direito geral de personalidade, enquanto matriz, referência e complemento dos direitos especiais de personalidade". Cita o autor que este fenômeno "é observável em diversos países", como a Alemanha, a Áustria, a Suíça, a Inglaterra, a França, a Itália e Portugal.³⁶³

Não é o momento, entretanto, para discutir a conveniência ou não de um direito geral de personalidade, mas de apontar que por intermédio dele avulta a fórmula da detecção do direito de personalidade, que seria, como anteriormente descrito, a presença da dignidade humana.³⁶⁴

³⁶²LARENZ, Karl. Op. cit. p.516-517.

³⁶³CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit., p.84-87, 90.

³⁶⁴A preocupação com uma cláusula geral dos direitos de personalidade está presente na doutrina especializada e respeita ao fato de que as legislações foram desatentas quanto à proteção desses direitos básicos, sucedendo disso, a idealização de uma formulação genérica que pudesse atender a todas as manifestações da personalidade no mundo jurídico, propiciando uma âncora jurídica, a partir da qual doutrina e jurisprudência desenvolveriam a tutela dos direitos personalíssimos. TOBEÑAS, José Castan, em seu livro *Los derechos de la Personalidad*, p.32, revelando igual atenção ao tema, comenta sobre a existência do Foro dos Espanhóis, de 17.7.45, tido pelo autor como lei fundamental do Estado, que estabelece bases para uma regulamentação dos direitos dos espanhóis, inclusive alguns tipicamente de personalidade, p.ex. do direito à honra. Assinala Tobeñas a norma primária e geral que dita que "o Estado espanhol proclama como princípio orientador de seus atos o respeito à dignidade, à integridade e à liberdade da pessoa humana, reconhecendo ao homem, enquanto portador de valores eternos e membro de uma comunidade

SEÇÃO 2

DIREITOS DE PERSONALIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Verifica-se, pelos posicionamentos doutrinários dispostos a respeito dos direitos de personalidade, a grande intimidade que o direito alienígena possui com os mesmos, em especial, neste trabalho, as posturas do direito italiano, alemão e português. Há, igualmente, riqueza conceitual em torno desses direitos pela doutrina brasileira.

A estrutura jurídica brasileira, entretanto e paradoxalmente, no pólo do direito positivo, mostra grande pobreza na sistematização dos direitos de personalidade.

A tendência patrimonialista do direito privado e para o que aproveita à presente seção, o foco em torno da *res* do direito civil, acabou inibindo uma estruturação mais segura acerca do significado e extensão dos personalíssimos direitos, muito embora adequada sua inserção neste ramo "não só por funcionar esse Direito como depositário dos princípios gerais do direito (...) mas principalmente por dizer respeito à responsabilidade civil do ofensor aos direitos de personalidade (...) seja o Estado ou outro particular".³⁶⁵

Promulgada a Constituição Federal, em 1988, novo capítulo é aberto à discussão em torno dos direitos de personalidade quando nos Princípios Fundamentais do Estado Brasileiro houve expressa menção à dignidade da pessoa humana (Art. 1.º, inciso III), a qual nos países retro referidos e assim é aceito por sua doutrina, funciona como uma cláusula geral dos direitos da personalidade.

Para Elimar Szaniawski, "interpretando amplamente a Constituição em vigor e despojando-se o exegeta de preconceitos e tradicionalismos inócuos, verifica-se (...) todos os elementos que caracterizam e dão substrato ao direito geral de personalidade,

nacional, titular de deveres e direitos, cujo exercício é garantido em face ao bem comum" (Art. 1.º). Faz referência o autor, ainda, ao Art. 36, do citado foro, que estabeleceu que "toda violação que se cometer contra qualquer dos direitos proclamados neste Foro será sancionada pelas leis, as quais determinarão as ações que para sua defesa e garantia possam ser utilizadas ante as jurisdições em cada caso competente".

³⁶⁵SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p.94.

ou seja, o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais do homem, expressamente no Título I, inc.III, do Art. 1.º, e inc.II, do Art. 4.º (...)" . Decorre, dessa identificação, sob seu ponto de vista, que a Constituição tutela "todos os atributos da personalidade como um todo e de forma genérica, assegurando a todo e qualquer indivíduo, aquele mínimo necessário para o livre desdobramento de sua personalidade e a salvaguarda de sua dignidade".³⁶⁶

Foi mais além, a Carta Maior, do que perfilar um direito geral de personalidade e insculpiu no catálogo dos direitos e garantias fundamentais princípios/direitos como a liberdade e igualdade, bem como o direito de resposta, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ao direito autoral, à proteção da participação em obras coletivas e à reprodução da imagem e da voz humanas. Estabeleceu, ainda, a reparação por danos materiais e morais aos direitos de personalidade.³⁶⁷

A estrutura normativa infraconstitucional, entretanto, com timidez regulamenta de modo fragmentário esses relevantíssimos direitos.

Segundo José da Silva Pacheco, no direito brasileiro "aceita-se que integrem os direitos de personalidade, como suas expressões características, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, além do direito à defesa do nome, da inviolabilidade do domicílio, do segredo epistolar, documental e profissional, de reserva e de recato".³⁶⁸

O legislador brasileiro, com esse entendimento, vem produzindo regras a dar acolhida a semelhantes prerrogativas do ser humano, deixando, todavia, de explicitar em normas de cunho geral os seus traços genéricos, os quais possibilitariam, sem dúvida, uma efetiva assimilação da preservação da personalidade no cenário do direito positivo e jurisprudencial brasileiro.

³⁶⁶SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p.359.

³⁶⁷GEDIEL, José Antônio Peres. Op. cit., p.50.

³⁶⁸PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. São Paulo:RT, 1990. p.272-273.

Nesse sentido, da ausência de enfoque aos direitos da pessoa pelas cortes nacionais, assevera Carlos Alberto Bittar que na jurisprudência "não são muitos os casos levados aos tribunais, entre nós, a respeito de reflexos privados dos direitos de personalidade".³⁶⁹

Szaniawski concorda com os demais autores citados quanto ao parcimonioso ingresso do direito brasileiro na temática relativa aos direitos de personalidade, observando que a postura doutrinária nacional adota a "doutrina tipificadora e fracionária dos direitos de personalidade" e que não tendo nosso Código Civil tratado "dos direitos de personalidade como direitos subjetivos autônomos de primeira categoria" outro modo não há de tratá-los, senão as manifestações mediante diversos diplomas legais.³⁷⁰

Leciona Francisco Amaral que "(n)o Código Civil, que é o diploma básico e peculiar aos direitos de personalidade, na medida em que se constitui, historicamente, a *sedes materiae* da personalidade (...) inexistente instituto específico (...)",³⁷¹ segundo o anteriormente dito, encontrando-se, por conseqüência, certos atributos da personalidade protegidos através de atos normativos, tais como:

- a) as leis n.º 5.988/73 (direitos autorais), n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), n.º 9.434/97 (transplante de órgãos), n.º 7.649/88 (cessão de produtos biológicos), n.º 7.646/87 (propriedade intelectual sobre programas de computação), n.º 4.117/62 (comunicações), n.º 5.250/67 (Lei de Imprensa), n.º 7.232/84 (atividades de informática), n.º 8.842/94 (idosos) e n.º 7853/89 (portadores de deficiência);
- b) os Decretos n.º 19.48/96 (idosos) e n.º 2.268/97 (transplante de órgãos);
- c) a Resolução n.º 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, referente à reprodução assistida.

³⁶⁹BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995. p.36.

³⁷⁰SZANIAWSKI, Elimar .Op. cit., p.182.

³⁷¹AMARAL, Francisco Op. cit., p.246.

Não se deve omitir, como adrede realçado, a proteção do direito penal, por exemplo à vida e à integridade físico-psíquica mediante inúmeros dispositivos, e à honra, punindo a injúria, a calúnia e a difamação.

As notícias que se têm de possível regulamentação dos direitos de personalidade vêm de nosso Poder Legislativo federal, o qual examina há muitos anos proposições de projeto de um novo Código Civil, em cujo bojo existe nicho próprio dedicado à pessoa e suas personalíssimas aptidões.

A deficiência de abordagem dos direitos de personalidade no palco jurídico brasileiro faz alavancar a relevância dos estudos que procuram conectar os diversos conjuntos normativos pertinentes, buscando dar-lhes liames teóricos permissivos de sua prática.

IncurSIONAR pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no viés de prospecção dos personalíssimos direitos ali tipificados tem, exatamente, a finalidade de alertar para a sua existência e propiciar uma coerência doutrinária necessária ao seu respeito.

PARTE 4
A TUTELA DA PERSONALIDADE NO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

CAPÍTULO 1
O POVO BRASILEIRO E AS CONCEPÇÕES TEÓRICAS

Da leitura dos inúmeros sistemas de Teoria do Estado parece claro que o ente, para sua formação, reclamou a presença dos indivíduos, os quais comungando de mesmos ideais, dominando o mesmo território e manifestando poder, político e econômico, propiciaram a formação de uma certa unidade e convergiram seus esforços como objetivos dessa unidade, surgindo o Estado moderno.

Ressalvadas as posturas críticas, concebe-se o Estado exatamente a partir dos seus tradicionais elementos essenciais, que seriam necessários à sua existência e que são três, segundo descreve Dalmo de Abreu Dallari,³⁷² aceitos de forma mais predominante, costumando-se classificar com a existência de dois elementos materiais, o território e o povo, e um formal, que se identifica com o poder ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou soberania.

De domínio comum que a origem da soberania vem da superação do baronato pela imposição do poder supremo do rei, isso no meandro medievo.

Desenvolveu-se a idéia de poder supremo, de fins inicialmente internos, de superação de demais poderes existentes e que poderiam ser contrapostos ao monarca, para a idéia de soberania da personalidade jurídica do Estado, que já não se confundia nem com o rei, nem com o povo.

Sendo soberania da pessoa jurídica, forçosa a sua concepção como poder do Estado.

³⁷²DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p.60-61.

O ente Estado, por decorrência dos inúmeros modos que justificaram sua aparição, acabou sendo dotado de potestade, que tem uma nota específica nas suas relações exteriores e outra nas intestinas.

Sem buscar incorporar outros conceitos, aceita-se que o Estado tenha poder e que este poder nas suas relações com outros Estados manifesta-se, exatamente, como soberania.

É, assim, a soberania, a regra de igualdade entre o vários Estados, sejam fortes ou fracos, potências ou subdesenvolvidos. É o modo de fazer valer em seus limites sua ordem jurídica, em face das outras coexistentes.

Resulta o território das necessidades de se determinarem os domínios dos grupos sociais, trata-se de um elemento metajurídico e material do Estado, onde é delimitado o âmbito do poder de império do Estado, consoante, daí sim e por óbvio, o sistema legal.

Naturalmente que o território possui limites geográficos, estes, aliás, que são os seus dados metajurídicos; o relevante, porém, é acentuar, decorrer da existência ou da determinação territorial a esfera de incidência da soberania, donde mostrarem-se, nesse aspecto, numa relação simbiótica.

O terceiro elemento do Estado, o povo, concentra inúmeras designações e manifesta alguns entrelaçamentos com outras considerações em torno das pessoas.

É, por exemplo, comumente confundido o conceito de povo, com o de população. Há que se evidenciar que população é dado numérico, de fins econômicos ou demográficos, conglobando todos os que vivam em determinado território estatal, ainda que temporariamente, não sendo sinônima a expressão com a de povo.

A nação tem, também, sua concepção confundida com a de povo, mas esta não se apóia nos vínculos jurídicos entre a pessoa e o Estado, porque traz a percepção de comunidade, de traços em comum, não chegando a transpor o limiar da esfera política, mostrando-se, de acordo com Jacques Maritain,³⁷³ como uma trama

³⁷³MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Livaria Agir Editora, 1966, p.14.

consciente de sentimentos e representações comuns, que a natureza humana e o instinto humano fizeram pulular em torno de certos dados físicos, históricos e culturais. Esclarece o autor, ainda, que a Nação não apela para a liberdade e a responsabilidade da consciência pessoal, sendo um padrão geral no domínio da vida privada, porém ignorando qualquer princípio de ordem pública.

SEÇÃO 1

DEFINIÇÃO JURÍDICA DE POVO

Pelo desenvolvimento até agora ofertado parece claro que a conceituação de povo assumirá contornos jurídicos, em detrimento das expressões população e nação, que embora tratem do gênero humano, não refletem as relações do indivíduo com o Estado.

Ora, o viés jurídico do Estado acaba por provocar igual perspectiva de seus elementos, como rapidamente noticiou-se quanto à soberania e o território, razão mais do que suficiente e necessária à determinação jurídica daqueles indivíduos que o compõem.

Principia a idéia de povo noutra caríssima de ser o mesmo a fonte da lei, indistinguindo-se as classes sociais, ou seja, com extensão dos direitos públicos a um contingente muito mais numeroso dos componentes do Estado.

São os movimentos revolucionários do século XVIII os que contribuem para juridicização do povo, exatamente com o afastamento das classes, da discriminação e com o exercício do sufrágio universal.

A assunção do que será cidadania³⁷⁴ encontra-se no centro da conceituação (jurídica) de povo.

O aspecto subjetivo do povo é a sua participação (indivíduos são membros) na condição do Estado como sujeito do poder público (indivíduos são sujeitos de

³⁷⁴O contexto normativo em que se sobrelevam os princípios, os preceitos constitucionais e as leis eleitorais, a idéia de Povo, enquanto o titular abstrato do poder político concretiza-se na cidadania. **Esta resulta da qualificação normativa dos sujeitos de direito para o exercício do poder político, na forma e termos estipulados juridicamente.**

direito) e o aspecto objetivo é o de que o mesmo povo é objeto da atividade do ente estatal (indivíduos são sujeitos de deveres).

A característica, então, que nos permite determinar o povo, é a de que há a individualização de seus componentes e seu reconhecimento como pessoa. Ao conjunto dessas pessoas, detentoras de direitos e deveres, designa-se a palavra "povo".

Mostra-se inolvidável, neste momento, a lição de Friedrich Müller sobre os modos de utilização do termo "povo". O doutrinador alemão indica quatro maneiras de conceber o povo, quais sejam *povo ícone*, *povo como instância de atribuição*, *povo ativo* e *povo-destinatário*. A primeira, ícone, é aquela destituída de titulares e refere-se "a ninguém no âmbito do discurso de legitimação"; a segunda, instância de atribuição, dirige-se aos titulares da nacionalidade; a terceira, povo ativo, relaciona-se com o que definido pelo direito positivo, como "textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos" e a última, povo-destinatário, corresponde a todos os indivíduos do Estado, sem exclusões, incluindo "os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem – temporariamente – os direitos civis", pois eles também "possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos".³⁷⁵

Com tais considerações, cre-se poder declinar um conceito abrangente de povo, nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari.³⁷⁶

Deve-se compreender como povo o conjunto de indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

³⁷⁵MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998. p.79, 80.

³⁷⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. Op.cit., p.85.

SEÇÃO 2

"POVO BRASILEIRO"

Longe da aventura de seguir os caminhos de Darcy Ribeiro³⁷⁷ na obra homônima a este tópico, cabe frisar a preocupação de centrar o trabalho na realidade brasileira a partir dos conceitos genéricos ofertados pela comunidade de doutrinadores.

A verdade é que na leitura das lições da doutrina o que se tem é um Estado ideal, onde os componentes do povo efetivamente participam das instituições as quais contribuíram para formar.

Decorre disso, o ímpeto de comparar o idealizado com o real, e a constatação que se retira é o distanciamento existente entre o concreto e o utópico, o qual leva à produção de dúvidas quanto à validade das conceituações, ou, o pior, quanto à existência de um Estado Brasileiro, à míngua de distinguirmos, efetivamente, um povo brasileiro.

Talvez se diferenciem classes: aristocráticas ou oligárquicas, medianas, ricas, pobres e mais os excluídos. Quais destas compõem o povo brasileiro?

Retorne-se, para fins de método, ao conceito de povo adotado como sendo "o conjunto de indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano".

Há que abstrair o momento jurídico da constituição do Estado, já que na hipótese em trato liga-se a algum ponto remoto do passado. Importa aqui, contudo, o vínculo jurídico de caráter permanente e a participação dos indivíduos na vontade do Estado e no exercício do poder soberano.

Retomando à ideologia, à mitificação da cidadania, seu exercício direto se dá mediante a ocupação de funções estatais e o indireto através do exercício do sufrágio e, ainda, este último confere representatividade aos escolhidos, que ungidos pelo povo, deveriam falar em nome do mesmo.

³⁷⁷RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. 2.ed. (12 reimp.). São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

Tal quadro liga-se à aceitação de que o poder não é supremo em face do povo e que a independência do povo não é igualmente suprema, na medida em que se justifica em face dele mesmo e, logo, encontra seus limites na autonomia exercida sem excessos.

A concepção jurídica de povo está ligada, portanto, aos lindes jurídicos por ele estabelecidos na sua carta básica e no fato de que tais limites são fixados para todos os indivíduos componentes do povo de forma indistinta.

Para além disso, aliás, não basta o compromisso jurídico de isonomia, cabe sim o agir para garantir o exercício da autonomia por todos, com vistas a efetivamente haver uma interferência positiva nas veredas do Estado e no uso de seu poder.

Ora, o que dizer de um povo onde grande parcela dos indivíduos não têm autonomia, não podendo representar ou ser representada porque compõe-se de analfabetos, miseráveis, ignorados, fruto da exclusão de uma categoria dominante e predominantemente econômica, que concentra a riqueza e que produz a alienação e o sentimento de incapacidade dessa referida parcela?

Através de mitos como a propriedade privada, capitalismo e liberalismo, em que a autonomia de vontade seria a pedra de toque do homem (formalmente) livre, as categorias econômicas e as políticas a serviço dessas ideologias infundem que todos podem ter acesso aos bens de consumo, aos serviços públicos (educação, saúde, segurança etc.) e ao emprego, mas ao mesmo tempo trabalham de forma especulativa, impedindo o alcance e a concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Há desigualdade material, patente, mesmo dos direitos mais básicos como a vida e o direito de ir e vir. Inúmeros morrem por falta de um serviço médico adequado, inúmeros são expulsos de seus ambientes por falta de trabalho e de dinheiro, e depois são expulsos dos centros para onde migraram pela mesma falta.

Tal é a situação brasileira, de ignorar o povo e suas necessidades, que esta constatação nega a afirmação de Maritain³⁷⁸ a respeito do povo, vertida nos seguintes termos:

³⁷⁸MARITAIN, Jacques. Op. cit., p.32

o conceito de povo é o conceito mais alto e mais nobre entre os conceitos fundamentais que estamos analisando. O povo constitui a própria substância – a substância viva e livre – do corpo político. O povo está acima do Estado, o povo não existe para o Estado, mas o Estado é que vive para o povo.

Embora pareça pessimista tal visualização do povo brasileiro, na verdade trata-se de passar a limpo criticamente a condição dos indivíduos no Brasil.

De uma forma realística, impossível, em nosso país, tratar desse elemento do Estado, sem retratar os limitadíssimos horizontes daqueles milhões que estão contemplados na Constituição Federal, desde o seu artigo 1.º, quando fala em dignidade.

Superada a abordagem que tem caráter prejudicial, examinam-se a existência de um povo brasileiro e a existência de um Estado brasileiro.

Dissemos que grande parte dos indivíduos brasileiros não tem dignidade, o que pode ser facilmente comprovado pela mídia, pois não tem acesso ao mínimo que o Estado deve lhe prestar.³⁷⁹

Decorre da ausência de dignidade a falta de liberdade, na medida exata de que se o indivíduo não pode se realizar plenamente, nem buscar projetos em prol de sua felicidade, é prisioneiro de sua própria miséria, de uma miséria da qual ele não é causador, e se não é opcional, tem tolhido seu direito de livremente transformar sua realidade e, de tal modo, não é livre para exercer seu papel no Estado.

Inexistindo liberdade, por evidente falta ao indivíduo brasileiro, também, igualdade (a grande maioria), que assiste inerte ao enriquecimento dos especuladores, nacionais e estrangeiros. Testemunha a criação de privilégios e é manipulado a acreditar que o confisco de seus parques bens virá em seu benefício.

³⁷⁹No semanário Istoé de 16/9/98, n.º 1511, p.38, encontra-se a reportagem "Exploração e Votos", em que é noticiado que frentes de trabalho do governo federal empregam crianças e são usadas eleitoralmente, chegando ao cúmulo de retirar vaga de pai de família que não vota na região. Na mesma revista, no n.º 1524, de 16.12.98, nas páginas 38/40, no artigo "O Sr. Alves e o dia dos direitos humanos", há um levantamento indicando que a pessoa ali estudada não acesso a nenhum dos serviços públicos previstos na Constituição Federal e ainda sofre as mais diversas discriminações e violência. Finalmente, do mesmo semanário, do dia 10.2.99, sob n.º 1532, p.33, tem-se a reportagem intitulada "Miséria Expressa", na qual vem descrita a ação do Prefeito de Corumbá para seqüestrar mendigos, depositando-os em outras localidade, em evidente cerceio ao constitucional direito de ir e vir.

Trata-se da manipulação do povo-massa, como oportunamente descreve Darcy Ribeiro,³⁸⁰ que de forma lúcida assim emoldura a apresentação antes feita:

Nessas condições de distanciamento social, a amargura provocada pela exacerbação do preconceito classista e pela consciência emergente bem pode eclodir, amanhã, em convulsões anárquicas que conflagrem toda a sociedade. Esse risco sempre presente é que explica a preocupação obsessiva que tiveram as classes dominantes pela manutenção da ordem.

Existem, pois, por detrás do discurso do povo-ícone, os excluídos.

Müller imputa aos juristas a tarefa de lutar contra a exclusão e diz que o objetivo do combate é "impor a *igualdade de todos* no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias vigentes de proteção – sem que se permitisse aqui as mais ligeiras diferenças, tampouco aquelas com vistas à nacionalidade, aos direitos eleitorais passivos ou ativos ou à faixa etária (meninos de rua)".³⁸¹

Enquanto os operadores do direito não colhem o resultado de sua batalha pela igualdade, testemunhamos, como nomina Gilberto Dimenstein, uma "cidadania de papel", assim definida quando o jornalista, pretendendo demonstrar a existência de um "colapso social brasileiro", e afirmando que desse evento "a infância é a maior vítima e a violência, uma consequência natural", enumera a suas causas na "descoberta do desemprego, da falta de escola, da inflação, da migração, da desnutrição, do desrespeito sistemático aos direitos humanos" e conclui que a "cidadania brasileira é garantida apenas nos papéis, mas não existe de verdade".³⁸²

Analisando os contornos fáticos das dificuldades pelas quais passa o indivíduo brasileiro, exsurge claramente, salvo alguns nichos de cidadania, mormente nas camadas mais abastadas, que a grande maioria está afastada das relações de poder,

³⁸⁰RIBEIRO, Darcy. Op. cit., p.25

³⁸¹Ibid., p.94.

³⁸²DIMENSTEIN, Gilberto. Op. cit., p.8.

incapaz sequer de compreender o mecanismo de funcionamento do Estado onde se encontra, e, assim, incapaz de exercer seus direitos, não obstante cumpra com muitas dificuldades seus deveres.

Sendo de tal modo, e nos fixando na designação jurídica de povo, traduzida na participação e integração no Estado e na titularidade de direitos e deveres, pensa-se que não há um povo brasileiro no sentido de compreender todos os nascidos no país, devidamente inscritos nas circunscrições eleitorais e militares.

Está-se diante, novamente, de uma população, de mesma língua, sob mesmos princípios e regras, mas que não pode ser classificada como povo, pois o Estado não a serve, ela, aliás, que se presta ao ente coletivo para fornecer dados estatísticos.³⁸³

Há sim, sem dúvida, um povo brasileiro, mas em face do número de indivíduos que se encontram no Estado, é um percentual limitadíssimo e trata-se daqueles que conseguem fazer o estudo regular e alcançar um curso superior, exercer funções de autoridade no âmbito da administração pública, deter o capital e estabelecer regras de sua retenção, propiciando a concentração de riquezas. Os homens e mulheres que compõem esta faixa da população são o povo brasileiro, os demais, embora possuam um catálogo de direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal, como não podem exercê-los, estão fora do que se possa denominar de povo.

Nesse mesmo vértice, como o povo é elemento essencial do Estado, impende concluir que só há Estado Brasileiro para a mesma camada privilegiada, que olvida os demais nacionais, quando deles não se recorda só para submetê-los a uma espécie de escravidão, pois louva-se na necessidade dos subempregos, das relativizações das garantias conquistadas, da exploração a mais variegada.

³⁸³DOMENÈCH, Antoni, no texto *Desigualdad, Responsabilidad, Ciudadania y Polarización*, in *Perspectivas teóricas y comparadas de la igualdad - Igualdad*. Barcelona: Ed. Visor, Fundação Argentária, reclama do enfraquecimento do "vigor cidadão" em face das inúmeras desigualdades sociais, sugerindo, quando fala de polarização, a existência de sobre-cidadãos e de sub-cidadãos, ou seja, uns acima da lei e outros aquém desta, o que, por óbvio, é resultado do olvido por parte dos detentores do poder, da inafastável necessidade de se buscar um processo de dignificação do homem (p.15, 24-28).

Semelhante desdém com o indivíduo brasileiro, criado e alimentado pelas classes dominantes, supostamente brasileiras, autorizou formar uma imagem negativa do brasileiro perante a comunidade alienígena.

Tanto isto é verdade que, por exemplo, do livro "Dossiê Brasil", do jornalista Geneton Moraes Neto,³⁸⁴ que transcreveu o conteúdo de alguns relatórios diplomáticos de governos estrangeiros nas diversas crises políticas brasileiras envolvendo os presidentes Juscelino Kubitschek, João Goulart e Jânio Quadros, pode-se extrair duas curiosas passagens que demonstram o descaso com o povo brasileiro.

A primeira trata de relatório da embaixada inglesa sobre os primeiros 100 dias do governo do marechal Castello Branco, e faz a seguinte referência ao povo brasileiro:

Os primeiros 100 dias do marechal Castello Branco na Presidência confirmaram a reputação do seu caráter, integridade e moderação (...) Castello Branco tem sofrido pressões de advogados da 'linha-dura' mas, com exceção do caso da suspensão dos direitos políticos do Sr. Kubitschek, tem conseguido administrá-las. (...) **Quanto ao povo do Brasil, passivo e sofredor, sua atitude parece ser a de 'esperar para ver'.** (sem grifos no original)

Na segunda alusão ao Brasil em destaque, pode-se verificar o modo como os brasileiros são vistos no exterior. Trata-se também de relatório da embaixada inglesa sobre os marxistas brasileiros:

Neste país, o rótulo 'comunista' cobre uma variedade tão grande de tendências que é freqüentemente usado pela direita para descrever qualquer política vagamente socialista. Para piorar a situação, há muitos brasileiros que se declaram esquerdistas ou até marxistas mas que, na Grã-Bretanha, seriam considerados, no máximo, vagamente róseos. As facções proliferam, até entre a esquerda genuína. (...) O Partido Comunista Brasileiro é ilegal - e assim tem vivido pela maior parte de sua existência, com exceção de apenas dois anos (entre 1945 e 1947). **Mas, no Brasil, a ilegalidade raramente se transforma em obstáculo.** ... (sem grifos no original)

Os segmentos referidos demonstram um conhecimento da situação do povo brasileiro dominado, passivo e sofredor e do desrespeito às instituições, como a lei, o que forçosamente reflete num desrespeito à Constituição Federal e, portanto, à proposta constitucional do Estado Brasileiro.

³⁸⁴MORAES NETO, Geneton. **Dossiê Brasil**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997. p.53, 207.

A par de vexatórios os apontamentos estrangeiros, o mais desmerecedor para o povo brasileiro é o de ser tratado como incapaz ou como indiferente aos seus próprios regramentos. O cenário apresentado sem dúvida nenhuma depõe contra os dominadores e criadores de mitos e não contra as pessoas que lutam para ocupar seus espaços.

Calha à fiveleta, nesse perfil de povo brasileiro, declinar de Fernando Torres Londono³⁸⁵ sua alusão a Tobias Barreto, o qual, discutindo a responsabilidade penal dos menores à luz do Código Penal de 1890 e defendendo a impropriedade das medidas tomadas na referida legislação, empenhava sua "fé na instrução, na relação direta entre conhecimento e responsabilidade" e sustentava que "o problema no Brasil não é pois a idade, mas falta de instrução, fato que no seu entender deveria estender a menoridade penal até os 18 anos, pelas condições desse '**país sem gente**' " (sem grifos no original).

Resta considerar, a partir dos tradicionais conceitos, que o Estado Brasileiro é frágil juridicamente porque não tem um povo confiante no exercício de seus direitos, e que, por isto, permite-se que a Constituição Federal sofra mais de vinte emendas num decênio, ao livre alvedrio do governante da ocasião.

Tal circunstância é o sintoma grave de que os componentes do povo brasileiro não possuem informação e acesso à mesma para contrariar e impor sua vontade contra abusos aos seus próprios direitos insculpidos na Carta Básica.

Como posto, embora se possa detectar a existência de um povo brasileiro e de um Estado que fornece prestações ao mesmo, esta idéia de povo e de Estado está muito aquém dos anseios do elemento humano do ideal Estado Brasileiro, o qual pode e deve ser atingido, e isso se faz com respeito à Constituição Federal, com sensibilidade para as categorias excluídas e com a adequação dos sistemas jurídicos para atingir, no futuro, a realidade da igualdade material.

Respeitante à infanto-adolescência, obviamente que sua proteção encontra-se atada a essa condição do povo brasileiro, tal como nos descreve o sociólogo Herbert

³⁸⁵LONDOÑO, Fernando Torres. Op. cit., p.132.

José de Souza, na condição de debatedor da exposição de Maria Del Carmen Bianchi acerca da *Infância, Crisis y Políticas Públicas en América Latina*, no *III Seminário Latino-Americano do Averso ao Direito*, quando faz referências à exclusão do povo das políticas oficiais, ao racismo no Brasil e suas conseqüências na pobreza e na violência, na desigualdade, enfim.³⁸⁶

José Afonso da Silva, comentando os *Direitos Humanos da Criança*, também não discorda da configuração apresentada e reconhecendo que os direitos fundamentais da infância estão formalmente assegurados, verifica, não obstante, que a "realidade não é tão pródiga para com eles como é a retórica jurídica (...)", pois sem dificuldade pode-se apreender a situação nacional "onde por volta de vinte e quatro milhões de crianças vivem na miséria, 23 milhões na pobreza, 33% das famílias ganham menos do que um salário mínimo ...".³⁸⁷

Não difere desse modo de ver a abordagem de Ebe Campinha dos Santos, quando articulando o valor dos direitos dos homens quanto a afirmarem a alteridade e reconhecerem os indivíduos "enquanto cidadãos, sujeitos de direitos", indaga sobre tais prerrogativas no âmbito da infanto-adolescência, diante da realidade social, em especial a brasileira, "onde a noção de direitos humanos e cidadania sequer é conhecida e se recriam novas formas de dominação na sociedade pelas classes dominantes e pelo Estado: como assegurar estes direitos para esta maioria subalternizada, principalmente para as crianças e adolescentes?"³⁸⁸

Mesmo acreditando nas possibilidades jurídico-institucionais do Brasil, é preciso ter em mente que a longo prazo, em vista da chamada globalização, ressaltados seus perversos ângulos econômicos, poder-se-á estar diante de um novo processo de aculturação, muito mais célere do que o proposto aos brasileiros pelo

³⁸⁶BIANCHI, Maria Del Carmen. Op. cit. p.75-76.

³⁸⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p.207.

³⁸⁸SANTOS, Ebe Campinha dos. Op. cit., p.3.

seu próprio Estado, que poderá inumar de uma vez por todas com a tênue concepção de povo brasileiro, levando consigo, de igual forma, a idéia de Estado Brasileiro.

Leonardo Boff³⁸⁹ nos oferece essa visão futurística, nos seguintes termos:

Em segundo lugar, importa devolver o ser humano à comunidade dos humanos. Descobrir a família humana, o sentimento de solidariedade, de corresponsabilidade, de familiaridade, de intimidade e de subjetividade. Hoje a planetização se realiza em sua idade de ferro, sob o mercado competitivo e não cooperativo. Por isso faz tantas vítimas. Mas ele cria as precondições materiais para novas formas de planetização: a política, a ética, a cultura e outras. Oferece a base imprescindível para uma nova etapa da hominização: a etapa planetária, da consciência da espécie e da única sociedade mundial. A ela se ordena, quer queira quer não.

Com tais palavras, cabe-nos refletir, ainda, sobre as condições internas do Estado Brasileiro, sua política, sua ética, sua cultura, não para aguardarmos esta utópica planetização, mas para efetivamente tirarmos de nossa experiência comunitária os meios adequados de encontrar a dignidade e participarmos da nossa estrutura estatal como sujeitos de direitos. Para superarmos, enfim, esta conotação de "direitos garantidos apenas no papel", para não sermos "uma democracia de papel".³⁹⁰

Bem observa Cecilia Grosman, a esse respeito, que:

no es posible diseñar una política que mejore la calidad de vida de la niñez sin confrontarla con los problemas de pobreza o inseguridad que sufren los padres que los tienen bajo su cuidado. Quiere decir que, en términos macrosociales, el interés del niño se relaciona con el modo en lo que los modelos socioeconómicos resuelven el problema del trabajo, la vivienda o la salud de los integrantes del grupo familiar.

Enfatiza, ainda, a doutrinadora, que o abandono do Estado de bem-estar social "y su reemplazo por un modelo económico donde se restringen las acciones sociales lesiona el interés del niño, pues la familia sin recursos no está en condiciones de asumir el cuidado de sus integrantes"³⁹¹ e tal há de se evitar, salvaguardando os direitos fundamentais e de personalidade, para corrigir a negativa marcha brasileira,

³⁸⁹BOFF, Leonardo. **O despertar da águia**. 8.ed.. Petrópolis: Vozes, 1998. p.22.

³⁹⁰DIMENSTEIN, Gilberto. Op. cit., p.153.

³⁹¹GROSMANN, Cecilia P. Op. cit., p.44-45.

onde, observando-se a situação da infanto-adolescência "do fim do século passado até os nossos dias atuais, pode-se ver como da criança e adolescente pobres se fabricam o menor, revertendo e mascarando os fatores geradores desta diferenciação".³⁹²

³⁹²SANTOS Ebe Campinha dos. Op. cit., p.51.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA

SEÇÃO 1

PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Para a apreciação desse princípio expressamente contido no *caput* do artigo 227, da Constituição Federal Brasileira, inafastável se faz um ingresso nas manifestações compromissórias acerca dos direitos humanos da criança e do adolescente, não de modo abstrato como no exame retro sobre o direito internacional da juventude, mas buscando conciliá-lo com a estrutura normativa brasileira.

De plano, traz-se à balha o contributo do direito internacional à noção de prioridade absoluta na área da infância e da juventude.

O desenvolvimento do princípio em tela tem raízes nas declarações dos direitos do homem, mais especificamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e na noção de proteção especial afirmada na Declaração de Genebra, de 1924, na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e amalgamada na Convenção sobre os direitos da criança, adotada pela Assembléia Geral de 1989.

Evitando uma regressão longa e repetitiva e ao mesmo tempo visando proporcionar a demonstração da concepção tida como universal da "proteção integral", transcrevem-se a seguir parcelas da Declaração de 1959 e da Convenção de 1989, parâmetros para as normas constitucional e infraconstitucional brasileiras (Estatuto da Criança e do Adolescente):

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA - UNICEF - 20 de Novembro de 1959

AS CRIANÇAS TÊM DIREITOS

DIREITO À IGUALDADE, SEM DISTINÇÃO DE RAÇA RELIGIÃO OU NACIONALIDADE

Princípio I - A criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família.

DIREITO À ESPECIAL PROTEÇÃO PARA O SEU DESENVOLVIMENTO FÍSICO, MENTAL E SOCIAL

Princípio II - A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o **interesse superior da criança.** (sem grifos no origibnal)

DIREITO A UM NOME E A UMA NACIONALIDADE

Princípio III - A criança tem direito, desde o seu nascimento, a um nome e a uma nacionalidade.

DIREITO À ALIMENTAÇÃO, MORADIA E ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADAS PARA A CRIANÇA E A MÃE

Princípio IV - A criança deve gozar dos benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e desenvolver-se em boa saúde; para essa finalidade deverão ser proporcionados, tanto a ela, quanto à sua mãe, cuidados especiais, incluindo-se a alimentação pré e pós-natal. A criança terá direito a desfrutar de alimentação, moradia, lazer e serviços médicos adequados.

DIREITO À EDUCAÇÃO E A CUIDADOS ESPECIAIS PARA A CRIANÇA FÍSICA OU MENTALMENTE DEFICIENTE

Princípio V - A criança física ou mentalmente deficiente ou aquela que sofre de algum impedimento social deve receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais que requeira o seu caso particular.

DIREITO AO AMOR E À COMPREENSÃO POR PARTE DOS PAIS E DA SOCIEDADE

Princípio VI - A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.

DIREITO À EDUCAÇÃO GRATUITA E AO LAZER INFANTIL

Princípio VII - A criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita - em condições de igualdade de oportunidades - desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral. Chegando a ser um membro útil à sociedade. O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais. A criança deve desfrutar plenamente de jogos e

brincadeiras os quais deverão estar dirigidos para educação; a sociedade e as autoridades públicas se esforçarão para promover o exercício deste direito.

DIREITO A SER SOCORRIDO EM PRIMEIRO LUGAR, EM CASO DE CATÁSTROFES

Princípio VIII - A criança deve - em todas as circunstâncias - figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio.

DIREITO A SER PROTEGIDO CONTRA O ABANDONO E A EXPLORAÇÃO NO TRABALHO

Princípio IX - A criança deve ser protegida contra toda forma de abandono, crueldade e exploração. Não será objeto de nenhum tipo de tráfico. Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes de uma idade mínima adequada; em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha, qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

DIREITO A CRESCER DENTRO DE UM ESPÍRITO DE SOLIDARIEDADE, COMPREENSÃO, AMIZADE E JUSTIÇA ENTRE OS POVOS

Princípio X - A criança deve ser protegida contra as práticas que possam fomentar a discriminação racial, religiosa, ou de qualquer outra índole. Deve ser educada dentro de um espírito de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, paz e fraternidade universais e com plena consciência de que deve consagrar suas energias e aptidões ao serviço de seus semelhantes.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA - ASSEMBLÉIA GERAL DE 1989

Art. 1.º - Para os efeitos da presente Convenção, entende-se por criança todo o ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

.....

Art. 3.º - 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **terão consideração primordial os interesses superiores da criança** (sem grifos no original).

.....

Art. 4.º - Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos **direitos econômicos, sociais e culturais**, os Estados-partes tomarão tais medidas **no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional** (sem grifos no original).

.....

Art. 12 - 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos **o direito de expressar suas opiniões livremente** sobre todos os assuntos relacionados com a criança, leando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. (sem grifos no original)

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, **a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma**, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. (sem grifos no original)

.....

Art. 24 - 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e a recuperação da saúde.

.....

Art. 27 - 1. Os Estados-partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

.....

Art. 28 - 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança à educação...

.....

Art. 31 - 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.

.....

Art. 32 - 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou seja, nocivo para saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

A amostra anterior, que foi brevíssima e de certa maneira superficial, permite, entretanto, aferir a extensão da proposição internacional em torno da temática dos direitos fundamentais das crianças (e adolescentes), abrangendo elementos ligados ao nascimento, ao nome, à nacionalidade, à idade, à educação, à previdência social, à alimentação, moradia, lazer e serviços médicos adequados.

Não foi olvidada a criança deficiente, nem tampouco as relações familiares e sociais. Há preocupação com a proteção contra toda forma de abandono, crueldade e exploração, inclusive na esfera trabalhista.

Foi abordada, especialmente, a consideração primordial dos interesses superiores da criança.

Todos estes elementos, resultantes do aprofundamento do exame da condição dos jovens pelas várias nações, encontraram conforto no artigo 227, da Constituição Federal Brasileira, que estabelece ser dever da "família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade** o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". (sem grifos no original)

A Lei Federal n.º 8.069/90, em seu artigo 4.º, reproduziu o dispositivo constitucional e explicitou em quatro tópicos a abrangência da garantia de prioridade, a se manifestar (1) na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer

circunstâncias, (2) na precedência no atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, (3) na preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e (4) na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e a juventude.

Retira-se dessas normas, geradoras de direitos, como se viu nas Partes 1 e 2 deste trabalho, a concretização legislativa das proposições em sede de direitos humanos e, mais do que isso, a dignidade constitucional dos superiores interesses da infância e da juventude, traduzida no princípio da prioridade absoluta, consagrador da chamada "Doutrina da Proteção Integral", que prega a ampla recepção desta categoria de indivíduos no seio familiar, social e estatal.

Verifica-se, assim, que a assunção das propostas internacionais na Constituição Federal e na legislação regulamentar, define o projeto do Estado Brasileiro quanto à infância e juventude nessa concepção de proteção integral e de prioridade absoluta.

Acrescente-se a isso, a circunstância de que os tratados de direitos humanos, como é a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, segundo Flávia Piovesan, ante o princípio da prevalência dos direitos humanos que rege o Brasil "no cenário internacional (...) são incorporados automaticamente pelo Direito brasileiro e passam a apresentar status de norma constitucional" (Art. 4.º, II, CF), reforçando, ainda mais, a prevalência dos interesses da juventude.³⁹³

A realidade das crianças e dos adolescentes guarda, porém, distância da teoria, de acordo com Guy Raymond, no âmbito do direito francês, o que se pode dizer, igualmente, na esfera brasileira, e tal qual o direito alienígena, há, como antes indicado, mecanismos de proteção aos jovens tanto em sua individualidade física quanto na psicológica³⁹⁴ esperando provocação.

³⁹³PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, n.15. p.93-110, jan./jun. 2000.

³⁹⁴RAYMOND, Guy. Op. cit., p.269.

Na busca, ainda que retórica, de dar alguma aplicação a este direito fundamental da prioridade absoluta, pode-se garimpar alguns compromissos em nível interno, mediante as Diretrizes do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e de disposições contidas no Programa Nacional dos Direitos Humanos.

Do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente retiram-se importantes manifestações de vinculação à prioridade absoluta, quando da verificação da presença de diretrizes para a área de educação,³⁹⁵ para as políticas públicas,³⁹⁶ para a área de saúde,³⁹⁷ para a área do trabalho,³⁹⁸ para a área de assistência social³⁹⁹ e para a área de direito.⁴⁰⁰

³⁹⁵ Socializar conhecimentos sobre a educação infantil junto às famílias, creches e pré-escolas.

³⁹⁶ As diretrizes aprovadas pelo CONANDA para as áreas de Saúde, Educação, Trabalho e Assistência Social, objetivam garantir à criança e ao adolescente o direito à vida e ao desenvolvimento integral.

- direito à vida - entende-se como direito de nascer com saúde e de ter o grupo familiar e a comunidade como referencial do aprendizado de relações, da afetividade, da socialização e da proteção natural. O direito à saúde, à alimentação e à morada são considerados prioritários para a preservação da vida.
- direito ao desenvolvimento integral - É o direito de crescimento e desenvolvimento de potenciais, aquisição de habilidades e conhecimentos para o exercício da cidadania no mundo contemporâneo. Esse desenvolvimento se dá em primeira instância na família, na comunidade, na escola. É imprescindível implementar com urgência políticas de proteção ao grupo familiar, com participação comunitária, garantindo serviços de saúde, acesso à alimentação educação, lazer, esporte e cultura, saneamento ambiental, assistência social e formação profissional, oferecidos com qualidade e equidade.

³⁹⁷ Garantir o atendimento de qualidade na rede do SUS, no que tange ao pré-natal, parto, puerpério, lactação e acompanhamento do crescimento e desenvolvimento do recém-nascido, sendo o mesmo diferenciado no que diz respeito à mãe adolescente.

³⁹⁸ Conhecer as condições de trabalho de crianças e adolescentes nas localidades e ramos de atividade econômica com maior concentração de mão-de-obra infanto-juvenil.

³⁹⁹ Promover articulações com as demais políticas socioeconômicas, na esfera Federal, Estadual e Municipal, visando à ampliação da oferta de bens e serviços à população de baixa renda, priorizando projetos multisetoriais.

⁴⁰⁰ Fomentar a implementação e o correto funcionamento dos Conselhos de Direitos da Criança e Adolescente e Conselhos Tutelares por meio de sistema de monitoramento e a correta utilização dos institutos jurídicos previstos no Estatuto da Criança e Adolescente.

Atender ao adolescente autor de ato infracional, com programas implementadores das medidas socioeducativas.

Já no "Programa Nacional dos Direitos Humanos", exsurge, como sugere o plano, desde o prefácio a opção pela preservação dos direitos humanos:

Não há como conciliar democracia com as sérias injustiças sociais, as formas variadas de exclusão e as violações reiteradas aos direitos humanos que ocorrem em nosso país.

A sociedade brasileira está empenhada em promover uma democracia verdadeira. O Governo tem um compromisso real com a promoção dos direitos humanos.

.....

Iniciamos juntos, o Governo e a sociedade, uma caminhada para pregar os direitos humanos, como um direito de todos, para proteger os excluídos e os desamparados.

.....

O Ministério do Trabalho tem exercido fiscalização sem trégua sobre o trabalho forçado, sobretudo o de crianças. Em junho de 1995, determinei a criação do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado - GERTRAF para permitir a coordenação dos esforços para banir o trabalho forçado.

.....

Não obstante este conjunto expressivo de iniciativas, o passo de maior conseqüência certamente será o da adoção do Programa Nacional de Direitos Humanos. Este será, estou seguro, um marco de referência claro e inequívoco do compromisso do País com a proteção de mulheres e homens, crianças e idosos, das minorias e dos excluídos".

Reordenar e reaparelhar os organismos governamentais que atendem em regime de privação de liberdade e semiliberdade, visando o cumprimento das medidas socioeducativas de modo eficaz.

Apoiar a implementação de centros integrados operacionais e juizados regionais da infância e juventude.

Apoiar a implementação de Defensorias Públicas solicitando a designação de defensores especializados nas varas da infância e juventude.

Apoiar a implementação de serviços de Polícia Judiciária para a apuração de crimes praticados contra a criança e o adolescente.

Fortalecer as entidades de defesa dos direitos da criança e adolescente, visando, entre outras finalidades, diminuir a impunidade pelos crimes praticados contra a infância e juventude.

Promover serviços e/ou projetos de proteção às testemunhas para crimes praticados contra, ou em que estejam envolvidos, crianças e adolescentes.

Criar cadastro de adoção, das Comissões Estaduais de Adoção e similares, do controle de adoção internacional.

Apoiar serviços de identificação e localização de pais, de responsáveis e de crianças e adolescentes desaparecidos.

Apoiar campanhas de esclarecimentos e divulgação sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente destacando-se: Crianças vítimas de maus tratos; crianças exploradas no mundo do trabalho e mortes violentas de crianças e adolescentes.

Apoiar campanhas, ações e programas de atenção às crianças e adolescentes explorados sexualmente.

Apoiar os serviços de tratamento e orientação a crianças e adolescentes usuários de drogas e interface com o CONFEM e os Conselhos Estaduais e parceria com entidades financiadoras internacionais, Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais.

Apoiar a elaboração de Diagnóstico e subsídios relativos aos regimes de atendimento previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na fase introdutória do aludido programa, há a reiteração do compromisso das autoridades governamentais com a proteção dos direitos humanos, que são "os direitos de todos e devem ser protegidos em todos Estados e nações.

A seguir, ainda na introdução, o programa contém eloqüente definição de direitos humanos como sendo:

Direitos humanos são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, pessoas portadoras de deficiências, populações de fronteiras, estrangeiros e emigrantes, refugiados, portadores de HIV positivo, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que têm acesso a riqueza. Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitados e sua integridade física protegida e assegurada.

Direitos humanos referem-se a um sem número de campos da atividade humana: o direito de ir e vir sem ser molestado; o direito de ser tratado pelos agentes do Estado com respeito e dignidade, mesmo tendo cometido uma infração; o direito de ser acusado dentro de um processo legal e legítimo, onde as provas sejam conseguidas dentro da boa técnica e do bom direito, sem estar sujeito a torturas ou maus tratos; o direito de exigir o cumprimento da Lei e, ainda, de ter acesso a um Judiciário e a um Ministério Público que, ciosos de sua importância para o Estado democrático, não descansem enquanto graves violações de direitos humanos estejam impunes e seus responsáveis soltos e sem punição, como se estivessem acima das normas legais; o direito de dirigir seu carro dentro da velocidade permitida e com respeito aos sinais de trânsito e às faixas de pedestres, para não matar um ser humano ou lhe causar acidente; o direito de ser, pensar, crer, de manifestar-se ou de amar sem tornar-se alvo de humilhação, discriminação ou perseguição. São aqueles direitos que garantem existência digna a qualquer pessoa.

Relevante, no corpo do programa, é a afirmação de que os direitos humanos não são apenas princípios morais, são, sim, asseguradores de "direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes ou programáticas que obrigam os Estados no plano interno e externo".

No que pertine às crianças e adolescentes, pinça-se do decantado programa o cuidado na implementação das "convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, como as que tratam dos direitos da criança e do adolescente, em particular cumprindo prazos na entrega de planos de ação e relatórios".⁴⁰¹

⁴⁰¹Registra-se, nesse ponto, relativamente à infanto-adolescência, a existência de um Comitê para os Direitos da Criança previsto no Art. 43 da Convenção de 1989, "encarregado de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados-Partes", o qual funciona desde 1991, e que deve receber, por força do Art. 44, da mesma Convenção, relatórios

Interessante declinar a expressa referência do programa às dimensões ou gerações dos direitos fundamentais (direitos humanos) e a indicação de acatamento das convenções internacionais dos direitos das crianças, dentre outras, para a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais das infância e da juventude, que são, consoante apresentado na Parte 2 da presente monografia e na própria classificação do "Programa Nacional dos Direitos Humanos" a segunda geração de tais direitos.⁴⁰²

Compreende-se, pois, a partir do que proposto no direito internacional, daquilo assimilado no direito interno e da interpretação dada da prioridade absoluta por entidades governamentais, que tal princípio mostra-se antes de mais nada como um "vetor de limitação do agir do Administrador Público",⁴⁰³ isto em face, mesmo, de sua posição constitucional, sendo, pois, norte aos responsáveis pela política da infância e da juventude.

Não se ignora que a prioridade absoluta também é voltada para a família e a sociedade, entretantes, a alusão ao Administrador Público, enquanto ferramenta do Estado, pertine tendo em conta que somente por intermédio das Coletividades Políticas é que as ações podem ter alguma contundência, ademais, não se há de exonerar o Estado, para transferir à família e à comunidade seu próprio papel.

Rigorosamente apontando nessa direção encontram-se as oportunas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, para quem a família, a comunidade e a sociedade devem colocar entre seus objetivos preferenciais o cuidado com as crianças e os adolescentes,

os Estados signatários, sendo que o Brasil nenhum apresentou, apesar de "passados quase dez anos da assinatura da Convenção (...)" ANDRADE, Anderson Pereira de. *A Convenção sobre os Direitos da Criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios.*, p.18, 19, 25.

⁴⁰²"O fato de os direitos humanos em todas as suas três gerações - a dos direitos civis e políticos, a dos direitos sociais, econômicos e culturais, e a dos direitos coletivos - serem indivisíveis não implica que, na definição de políticas específicas - dos direitos civis - o Governo deixe de contemplar de forma específica cada uma dessas outras dimensões. O Programa, apesar de inserir-se dentro dos princípios definidos pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, contempla um largo elenco de medidas na área de direitos civis que terão conseqüências decisivas para a efetiva proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais, como, por exemplo, a implementação das convenções internacionais dos direitos das crianças, das mulheres e dos trabalhadores".

⁴⁰³MARCHESAN, Ana Maria Moreira. RT 748/82.

realçando, entretanto, quanto ao poder público, que "não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes. Reconhecendo-se que eles são extremamente importantes para o futuro de qualquer povo, estabeleceu-se como obrigação legal de todos os governantes dispensar-lhes cuidados especiais".⁴⁰⁴

Significa dizer, com segurança, que o princípio em apreço é de observância obrigatória e fio condutor das energias sociopolíticas que devem priorizar a categoria social da infância e da juventude, mercê da circunstância de que a desatenção a esta ou a priorização de outras iniciativas, mostram-se destinadas ao fracasso, na medida em que não haverá, talvez, num futuro próximo, titulares aptos, pessoas bem formadas física e psiquicamente a gozarem dos serviços estatais e sociais.

Um investimento fundamental e básico, de tal modo, centra-se na infância e na juventude e seu contexto familiar, pois a "criança é o elo mais fraco e exposto da cadeia social", como bem articula Gilberto Dimenstein e prossegue, "(s)e um país é uma árvore, a criança é o fruto (...) (n)enhuma nação conseguiu progredir sem (...) investir na infância. Por um motivo bem simples: ninguém planta nada se não tiver uma semente".⁴⁰⁵

A proteção integral determinada na Constituição Federal mostra-se, por evidente, como resultado da constatação que "a particularidade do sujeito desta disciplina, ser não plenamente desenvolvido em seus aspectos biológico, psíquico e - por conseqüência - tampouco no social (...)",⁴⁰⁶ clama por uma prioridade absoluta em face de sua comunidade e do Estado. Não se deve abandonar, é evidente, outras políticas sociais, mas é imperiosa a percepção de que as ações são voltadas para a pessoa, especialmente a pessoa em desenvolvimento, como é a criança e o adolescente.

⁴⁰⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992. p.25.

⁴⁰⁵DIMENSTEIN, Gilberto. Op. cit., p.8.

⁴⁰⁶D'ANTONIO, Op. cit., p.6.

Não é, dessa maneira, desarrazoado afirmar, com a chancela do Des. Sérgio Gischkow Pereira, consoante aresto produzido nos autos de Apelação Cível n.º 596017897 - Santo Ângelo/RS, publicado na Revista de Jurisprudência do TJRS n.º 182, pp.260-284, que a prioridade absoluta contém "valores hierarquizados em nível elevadíssimo, (...) atinentes à vida e à vida digna dos menores", e que é a prioridade das prioridades, haja vista que apenas no artigo 227, da Constituição Federal, é encontrada tal expressão, incumbindo à sociedade, família e Estado investir em primeiro lugar nos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Necessário reafirmar, neste ponto do estudo, que a prioridade absoluta diz respeito, em última análise, àquilo que se convencionou chamar de interesse superior das crianças e dos adolescentes, "parâmetro, alma da ação institucional e judicial no terreno da infância" e que "permite fulminar qualquer disposição legal, judicial ou administrativa que lesione os direitos da criança e do adolescente".⁴⁰⁷

Referido interesse superior não deve e não pode ser ultrajado, posto ser emanção do direito à vida, à integridade psicofísica e à saúde da juventude, que são, por sua vez, direitos fundamentais, de manifestação libertária, igualitária, econômica, social e cultural, também chamados de primeira e segunda geração.

Nesse aspecto, no sistema jurídico brasileiro, através do Art. 227, da Constituição Federal, encontra-se a regra nuclear referente a este interesse superior, traduzida na expressão "absoluta prioridade", determinadora, como se propôs no anterior capítulo, de posicionar a proteção aos interesses e direitos da infância e adolescência à frente de quaisquer outros no cumprimento das metas do Estado Brasileiro.

É, pois, a prioridade absoluta, princípio que indica assistir à criança e ao adolescente "um verdadeiro e autêntico poder para reclamar a satisfação de suas necessidades essenciais", sendo, em verdade, efetivo direito fundamental de cunho

⁴⁰⁷GROSMANN, Cecilia P. et al.. *Los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad*, p.8. CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, p.56, afirma que a prioridade absoluta corresponde ao interesse superior da criança, posto em realce pela Convenção de Nova York, de 1989.

social, revelador de que as crianças e adolescentes ocupam "um lugar importante na família e na sociedade e que esse lugar deve ser respeitado".⁴⁰⁸

No dizer de Tânia da Silva Pereira, a prioridade absoluta "como norma constitucional há de se entender por primazia ou preferência para as políticas sociais públicas 'como dever da família, da sociedade civil e do Poder Público' (Art. 227-CF e Art. 4.º-ECA)".⁴⁰⁹

Enfeixa, como exposto, o princípio estudado, valores tão relevantes, que se "erige em responsabilidade primordial do Estado na hora de desenhar as leis tendentes à proteção da infância".⁴¹⁰

Apreciada a compreensão sobre prioridade absoluta convém, ainda uma vez, definir direitos fundamentais.

Direitos fundamentais, consoante já se expôs, são aqueles que pertinem aos valores éticos-jurídicos dos indivíduos, localizados numa idéia central de dignidade da pessoa humana, que conduz a outra de tutela da liberdade e da igualdade (e justiça), dotados de supremacia em face sua posição constitucional e manifestam-se em pelo menos três gerações (primeira geração – onde se reconheceu ao homem os direitos à vida, à liberdade e à igualdade e à participação política; segunda geração – os chamados direitos sociais, econômicos e culturais – realce do princípio da igualdade material –; terceira geração: criação/verificação dos direitos coletivos/difusos; de solidariedade e fraternidade – qualidade de vida etc.).

Ingo Wolfgang Sarlet noticia a presença de direitos fundamentais fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal, esclarecendo que na "esfera dos direitos econômicos, sociais e culturais podem ser destacados alguns possíveis exemplos de direitos fundamentais fora do catálogo, dispersos no texto constitucional

⁴⁰⁸GROSMANN, Cecilia P. et al. *Los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad*, p.40.

⁴⁰⁹PEREIRA, Tânia Silva. Op. cit., p.25.

⁴¹⁰GROSMANN, Cecilia P. Op. cit., p.42.

(...)", citando, dentre outros, o direito à proteção das crianças e dos adolescentes, previsto no artigo 227, do Estatuto Supremo.⁴¹¹

De igual forma, reconhecendo no direito à proteção da infância o seu caráter de "direito social" temos Célio Silva Costa, que o designa, aliás, como um direito megassocial, para as crianças e adolescentes e obrigação para o Estado.⁴¹²

Esse direito à proteção da infância – a prioridade absoluta –, é, com certeza, direito fundamental de segunda geração, na sua expressão de direito social e que se soma àqueles outros contidos no artigo 227, *caput*, da Constituição Brasileira.

Torna-se relevante seu enquadramento como fundamental para que se reconheça no princípio, consoante a Parte 2, deste estudo, em sua estrutura, a essência de direito subjetivo, que conciliada a idéia (Parte 1) de que a Constituição é um sistema aberto, ou seja, complementável, elástico, de princípios e regras, autoriza a busca de sua efetividade em nome da dignidade da pessoa humana (em nome da realização do projeto de vida das crianças e adolescentes), viabilizando-lhes o exercício da igualdade substancial, a qual, conseqüentemente, os dotará do senso da liberdade necessária ao seu desenvolvimento na comunidade.

Em uníssono com Ingo Wolfgang Sarlet, na robusta obra *A eficácia dos direitos fundamentais*,⁴¹³ é possível afirmar quanto a "absoluta prioridade", a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais, mas em seu duplo sentido, o jurídico, ou seja, a qualidade de produzir efeitos jurídicos e o social, significando sua real obediência e aplicação no plano dos fatos.⁴¹⁴

⁴¹¹SARLET, Op. cit., p.121, 123-124. Nesse mesmo sentido manifesta-se ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, p.17: "Estão expressos os direitos fundamentais da criança e do adolescente no Art. 227 da Constituição, que se funda na Carta Internacional dos Direitos da Criança e Adolescente". De igual forma pensa Josiane Rose Petry Veronese, à p.154, da obra. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente.

⁴¹²COSTA, Célio Silva. **A interpretação Constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992. p.440..

⁴¹³SARLET, op. cit., p.373.

⁴¹⁴Ibid., p.209

Como alcançar efeitos jurídicos sem aplicação no plano dos fatos? Cinge-se a resposta ao enfrentamento da efetividade, e para não se incidir no risco das armadilhas terminológicas, a busca dessa concreção vetoriza-se a partir da idéia de norma constitucional num sistema aberto, seguindo na busca de conciliar esta abordagem com os direitos fundamentais vertidos nas normas de um pacto fundante, extraindo-se das mesmas suas manifestações subjetiva e objetiva, seja nos princípios, seja nas regras da Constituição.

Determinado que os direitos fundamentais possuem face de direito subjetivo, diretamente exercível pelos indivíduos e, ainda, faceta de direito objetivo, portanto, provocando dever dos indivíduos e das instituições quanto à sua preservação e implementação, incursiona-se no princípio nuclear dos direitos fundamentais, qual seja a dignidade da pessoa humana. Com efeito, afere-se que a justificativa de um Estado, de uma sociedade organizada e da própria família, está ligada à preservação do projeto de vida das pessoas, ou, em outras palavras, daquele conjunto mínimo de condições culturais, econômicas e sociais condutor de uma existência com liberdade e igualdade (material) em íntima relação de dialeticidade, uma garantia propiciando a manutenção da outra.

Nessa mesma direção e com vistas à utilização do princípio da dignidade da pessoa no Direito da Juventude, mister extrair-se a essência da ímpar expressão "absoluta prioridade" contida no corpo da Constituição Brasileira, no *caput* do artigo 227.

Verifica-se que não foi, é claro, acidental a previsão do princípio da prioridade absoluta no texto da Constituição Federal, decorreu, isto sim, tal como o catálogo dos direitos fundamentais e os demais existentes na Carta, da assunção pelo Estado Brasileiro, em conjunto com outros Estados, de que havia uma reserva mínima de normas garantidoras de direitos fundamentais que deveriam forjar o agir dos indivíduos e do próprio Estado. A isto chamamos de projeto do Brasil, voltado à preservação do ser humano, mediante a preservação de seus direitos mais básicos, tudo em atenção ao respeito à dignidade da pessoa humana.

No assunto em apreciação, avança-se para concluir que a prioridade absoluta não só indica os direitos fundamentais da infância e da juventude, mas que é tal

princípio *per se* um direito fundamental, que estabelece o dever para a Família, a Sociedade e o Estado de investir em primeiro lugar nos direitos fundamentais da criança e do adolescente e, por consequência, para os indivíduos criança e adolescente, que são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (Art. 227, §3.º, V, da Constituição Federal).

Considerando a estrutura dos direitos fundamentais preconizada por Canotilho, é reconhecida a presunção de sua dimensão subjetiva, ou seja, devem ser entendidos, antes de tudo, como direitos individuais, resultando disso a conclusão de que, constitucionalmente protegidos como individuais, tal proteção "efectua-se sob a forma de *direito subjetivo*"⁴¹⁵ e dessa maneira, cada criança e cada adolescente tem direito, por exemplo, a uma vaga na escola, a uma estrutura familiar equilibrada, a espaço para lazer etc., e sendo direitos subjetivos poderão ser exigidos dos que devem cumpri-los, prioritariamente, através dos mecanismos administrativos e judiciais ofertados, indicados ou não vedados no Diploma Supremo, numa concepção contemporânea de responsabilidade sem culpa.

Como diz Naiara Brancher, a nova Justiça da Infância e da Juventude abrange todo quadro infanto-juvenil e logo:

não julga apenas crianças e adolescentes em conflito com a sociedade, mas também o próprio Estado, quando esse encontrar-se em situação irregular por ameaça ou violação dos direitos difusos e coletivos de crianças e adolescentes previstos no artigo 208 do Estatuto, a saber: saúde, educação, assistência social, profissionalização. Amaral e Silva entende que em casos de descumprimento por parte da família, ou do Estado, do direito objetivo (normas estatutárias de proteção integral) surge para a criança ou adolescente o direito subjetivo de invocar a aplicação coercitiva da norma, o que poder ser exclusivamente feita através da jurisdição.⁴¹⁶

Cecilia Grosman, preocupada com a efetiva observância do normativo constitucional sobre a infância e juventude, adverte que não se atribuindo o valor jurídico aos direitos desse setor social "los derechos humanos perderían su esencia, porque no son

⁴¹⁵CANOTILHO, op. cit., p.547-548.

⁴¹⁶NAIARA BRANCHER, op. cit., p.38-139.

simples declaraciones voluntaristas, sino '*derechos*', y por lo tanto son exigibles. De nosotros depende encontrar las vías para que esa exigibilidad sea posible, en especial cuando se trate de los derechos económicos-sociales de la infancia".⁴¹⁷

Cabível, finalmente, fixar, que ao invés de cada indivíduo exigir seus direitos subjetivos, mais viável será a Família, a Sociedade e o Estado mobilizarem-se com vistas a viabilizar os direitos fundamentais indicados no artigo 227 da Constituição Federal, mesmo porque também são de cunho objetivo e devem ser prestados, equivalendo dizer, que o exercício dos direitos subjetivos forçarão o cumprimento dos sociais e estes darão ensejo ao gozo dos objetivos, num ciclo de interdependência, que antes de pôr em dúvida a eficácia dos direitos em consideração, a afirma.

SEÇÃO 2

OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A LEGISLAÇÃO INFANTO-ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme tudo o já apresentado nessa pesquisa, converge em suas normas à proposição de uma nova perspectiva da criança e do adolescente em seu próprio meio. Daí a afirmação de ser a juventude dotada de cidadania, pois não atrelada à sua pobreza, ou sua riqueza, ou sua posição na pirâmide social, mas sim a sua aptidão para a igualdade e a liberdade. A síntese disso tudo, como batido e repetido é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana.

"Reconhecer, portanto, à população infanto-juvenil dos direitos à liberdade, respeito e dignidade", sustenta Tânia da Silva Pereira, "representa o passo decisivo de emancipação da humanidade e, outrossim, da estrutura jurídica de nosso país".⁴¹⁸

Sensíveis à constatação dos direitos de personalidade no universo infanto-juvenil e guardando coerência com a proposição estatutária, encontra-se no trabalho de

⁴¹⁷GROSMANN, Cecília. Op. cit., p.101.

⁴¹⁸PEREIRA, Tânia Silva da. Op. cit., p.73.

Nilda Susana Gorvein e Marta Polakiewicz, intitulado *El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo*, o reconhecimento de uma "orden jerárquico o secuciado de acesso a los distintos direitos por parte del niño, que culmina con la autodeterminación",⁴¹⁹ que indica, igualmente, um modo de classificar os direitos de personalidade da infanto-adolescência, que passa, num rol de prioridades, pelo direito ao bem-estar da criança ou princípio de defesa de seu melhor interesse, pelo direito à informação, pelo direito de expressão, culminando com o direito à autodeterminação.

Há, porém, pelo menos aparentemente, a necessidade de um sistema normativo capaz de traduzir o processo para a dignidade, decorrendo daí, para o que interessa ao tema ora desenvolvido, a legislação da infanto-adolescência.

Extrai-se de comentário ao artigo 3.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, efetuado por Paolo Vercelone, a íntima relação existente entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, quando com precisão afirma "a perfeita correspondência entre a situação jurídica da criança e adolescente e a situação jurídica do adulto no que diz respeito aos direitos fundamentais, os quais podem ser identificados basicamente nos direitos de personalidade *seja em relação ao Estado, seja em relação aos outros cidadãos*".⁴²⁰

Rematando o comento retrocitado, Sérgio Matheus Santos Garcez faz notar que a "doutrina dos direitos de personalidade já era base dos grandes regulamentos universais sobre a criança e o adolescente, inspiradores do Estatuto", citando aqueles como sendo a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), o Pacto de São José (1969), as Regras de Beijing (1985), a Diretrizes de Riad (1990), as Regras Mínimas para os jovens privados da liberdade (1990) e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989.⁴²¹

⁴¹⁹GORVEIN, Nilda Susana; POLAKIEWICZ, Marta. *El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo. Los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998. p.132.

⁴²⁰VERCELONE, Paolo; CURY, Munir (Coord.) et al. **Estatuto da criança e do adolescente (comentado)**. São Paulo: Melhoramentos, 1992. p.18.

⁴²¹GARCEZ, Sérgio Matheus Santos. Op. cit., p.74.

A titularidade ou a presença de direitos de personalidade da juventude, de forma mais fluída que no direito brasileiro, tem reconhecimento no âmbito jurídico italiano e espanhol. Como ilustra Alfredo Carlo Moro, a juventude "é titular de uma ampla gama de direitos", inclusive os de personalidade.⁴²² Francisco Rivero Hernández defende que "a ascensão no mundo ocidental (especialmente), dos direitos de personalidade, em particular o direito fundamental a liberdade" implicou a valorização de certas etapas da vida do homem, "sobretudo as mais decisivas na definição de sua própria identidade e personalidade futura" e este processo valorativo acabou por redesenhar "os papéis individuais e familiares em uma nova ordem familiar (...) mais atenta agora às necessidades da criança como pessoa e, em particular, enquanto personalidade vulnerável e em formação ...".⁴²³

O universo constitucional e estatutário brasileiro, seguindo a orientação das demais comunidades jurídicas, ainda que com pouco respaldo doutrinário, não estabeleceu às crianças e aos adolescentes apenas "direitos fundamentais vinculados à assistência material (...) incluindo entre eles valores morais prioritários na personalidade de pessoas em desenvolvimento", ou seja, "também lhes são reconhecidos os direitos da personalidade, bem como a proteção de valores morais que lhe são inerentes, tais como honra, dignidade, respeito, liberdade, autorizando crianças e adolescentes a pleitearem o pagamento de reparação por dano moral em razão de flagrante violação".⁴²⁴

Francisco Amaral declina que no sistema brasileiro dos direitos da personalidade, quanto à legislação civil, nos artigos 7.º a 69, da Lei n.º 8.069/90, encontram-se "direitos fundamentais",⁴²⁵ que seriam, em nível infraconstitucional, manifestados na forma de direitos personalíssimos, ligados à preservação biopsíquica-moral da juventude.

⁴²²MORO, Alfredo Carlo. Op. cit., p.3.

⁴²³HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. Madrid: Dykinson, 2000. p.33-34

⁴²⁴PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito das Criança e do Adolescente**. p.91,101.

⁴²⁵AMARAL, Francisco. **Direito Civil**, introdução, p.246.

Para Antônio Chaves, os direitos de personalidade, no Estatuto da Criança e do Adolescente, começam com a referência, no artigo 15, ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, seguindo-se os artigos 16 a 18, pertinentes ao capítulo 2 da lei em apreço e referentes aos direitos de ir, vir e estar no logradouros públicos, de opinião e expressão, de crença e culto religioso, de brincar, participar de esportes, divertir-se, participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação, da vida política e à informação.⁴²⁶

Ambos os juristas estão corretos em suas referências, posto que por todo o Estatuto da Criança e do Adolescente manifestam-se os direitos sob apreciação.

Como apresentada a questão e com base nos ensinamentos acerca dos direitos de personalidade declinados no capítulo próprio, far-se-á uma incursão na lei detectando, sim, os dispositivos que referenciam os personalíssimos direitos, mas, para além disso, procurar-se-á categorizá-los de acordo com suas potencialidades e, ao final, extrair a sua essência maior de preservadores da pessoa humana criança e adolescente.

Para justificar a presença de direitos personalíssimos da infância e da juventude no Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessário reportar as informações trazidas à balha nesta dissertação na Parte 1, correspondente aos antecedentes legislativos, quais sejam, o Código Civil, o Código de Menores "Mello Mattos" e o Código de Menores de 1979, que noticiam a existência de abandono, extermínio, violência, maus-tratos (físicos e psicológicos), opressão e rotulação relativamente à infância e à juventude.

Com a conscientização sociopolítica tornou-se inevitável prestar atenção aos abusos à condição de ente humano da juventude, a ponto de buscar um rol mínimo de prerrogativas aptas a garantir-lhe uma existência digna.

De modo que, tal como para os "adultos", os "maiores de idade", determina-se o respeito às diversas manifestações dos indivíduos crianças e adolescentes, buscando-lhes a integridade física, psíquica e a preservação de seu patrimônio moral. Há, igualmente, uma

⁴²⁶CHAVES, Antônio. Op. cit., p.96-107.

correlação entre os direitos personalíssimos detectados no Estatuto da Criança e do Adolescente e as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

A abordagem se aterá ao que contém entre os artigos 7.º e 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Grifa-se, todavia, que desde o artigo 1.º, da Lei n.º 8.069/90, existem referências expressas à proteção integral da criança e do adolescente, aos seus direitos fundamentais (Art. 3.º), à absoluta prioridade no asseguramento aos seus direitos (Art. 4.º), à total resistência a "qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (Art. 5.º) e à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento (Art. 6.º), indicadoras de que a dignidade da infanto-adolescência é patrimônio humano a ser preservado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente esmiuça tal preservação ditando que as crianças e adolescentes têm:

I - Direitos à vida e à saúde

- 1) a proteção à vida e à saúde (Art. 7.º);
- 2) ao aleitamento materno (Art. 9.º);
- 3) a registros atinentes ao seu período de gestação, ao registro de sua impressão plantar e digital, a exames visando ao diagnóstico de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, a declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato, à companhia da mãe quando de seu nascimento (Art. 10);
- 4) a atendimento médico através do Sistema Único de Saúde, dando-se, inclusive, atendimento especializado aos portadores de deficiência; é assegurado o fornecimento gratuito de medicamento, próteses e outros recursos atinentes a tratamento e reabilitação; direito a programas de assistência médica e odontológica para prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil (Arts. 11 e 14);

- 5) à companhia de um dos pais ou responsável nos casos de internação (Art. 12);
- (6) à proteção contra maus-tratos mediante a comunicação aos Conselhos Tutelares (Art. 13);

II - Direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade

- 1) à liberdade, compreendendo o direito: de ir e vir e estar em logradouros públicos e espaços comunitários; de opinião e de expressão; de crença e culto religioso; de brincar, praticar esportes e divertir-se; participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações; participar da vida política; buscar refúgio, auxílio e orientação; à liberdade individual, condicionada a sua privação ao flagrante de ato infracional ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária; (Arts. 15, 16 c.c. os Arts. 106 e 111);
- 2) ao respeito, consistente na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (Arts. 15, 17 e 143);
- 3) à dignidade, relacionado à proteção contra tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (Arts. 15 e 18);

III - Direitos à convivência familiar e comunitária

- 1) a ser criado e educado no seio da família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes; a permanecer com os pais apesar da falta ou carência e recursos, garantindo-se ao grupo familiar a inclusão em programas oficiais de auxílio (Arts. 19, 23 e 25);
- 2) a ter os mesmos direitos e qualificações, nas hipóteses de laços de filiação, nascidos ou não da relação do casamento, ou por adoção,

vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante instrumento público, qualquer que seja sua origem; estado de filiação e seu reconhecimento é de ordem personalíssima, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou herdeiros sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (Art. 20, 26 e 27);

- 3) a receber sustento, guarda e educação dos pais e, ainda, a ver a autoridade parental ser exercida em igualdade de condições pelo pai e pela mãe (Arts. 21 e 22);
- 4) a ser ouvido e a opinião considerada (previamente), sempre que possível, nas hipóteses de colocação em família substituta; à valorização do grau de parentesco, da relação de afinidade ou afetividade, a fim de minorar ou evitar as conseqüências da nova situação; à ambiente familiar adequado e a "guardiães" aptos a serem familiares substitutos; de permanência com a família substituta (Arts. 28, 29 e 30);
- 5) à assistência material, moral e educacional, por parte da família substituta (Art. 33, 36, 41);
- 6) à adoção que apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (Art. 43);
- 7) à inscrição, no registro civil do adotado, dos nomes dos adotantes como seus pais; à nenhuma observação sobre a origem da adoção nas certidões; ao patronímico dos adotantes (Art. 47);

IV - Direitos à educação, ao esporte, à cultura e ao lazer

- 1) à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho; à igualdade de condições para o acesso e permanência na

escola; ao respeito por seus educadores; a contestar critérios avaliativos; à organização e participação em entidade estudantis; à escola pública e gratuita próxima de sua residência; ensino fundamental, com progressiva extensão ao ensino médio; a atendimento educacional especializado nos casos de portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; a atendimento em creche e pré-escola nas faixas de zero a seis anos de idade; a acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística; à oferta de ensino regular noturno, adequado às condições do adolescente trabalhador; a suportes ao ensino fundamental, tais como programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; a ser matriculado por seus pais ou responsáveis na rede regular de ensino; ao zelo pelos dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental quanto a maus-tratos e aproveitamento escolar; à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos (Arts. 53, 54, 55, 56 e 71);

- 2) à inserção ao ensino fundamental, se dele excluídos, através do estímulo pelo Poder Público a pesquisas, experiências e novas propostas relativos a calendário, seriação, currículo, metodologia, didática e avaliação (Art. 58);

V - Direitos à profissionalização e à proteção no trabalho

- 1) à ser aprendiz no setor laboral enquanto menor de catorze anos e não ser submetido, nessa faixa etária, às condições trabalhistas voltadas a pessoas com mais idade (Arts. 60, 62 e 64);
- 2) ao acesso e frequência no ensino regular e horário especial para o exercício das atividades laborais (Art. 63);
- 3) à proteção da legislação trabalhista e previdenciária, observadas, inclusive, as vedações do artigo 67 ECA (Art. 65, ECA, c.c. o Art. 227, §3.º, II, CF);

- 4) ao trabalho protegido ao adolescente portador de deficiência (Art. 66);
- 5) a condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada adequada ao mercado de trabalho (Arts. 68 e 69);
- 6) ao respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Art. 69).

Buscando evitar as incontáveis classificações alusivas aos direitos de personalidade declinadas por Tobeñas,⁴²⁷ pretende-se, nesse momento, o enquadramento dos vários direitos estatutários dentro do contexto da integridade física, da integridade psíquica e do patrimônio moral.

Convém este enfoque, pois como realça Tânia da Silva Pereira, consoante o aqui defendido, as crianças e adolescentes têm necessidade de ser respeitados em "seus sentimentos e emoções e assistidos em suas fragilidades",⁴²⁸ identificando a importância de preservá-los em sua integridade física, psíquica e moral.

Relembrando, a integridade corporal é a manifestação da higidez dos elementos materiais da estrutura humana e os direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade e visam à defesa desse valor inato higidez física, podendo-se afirmar que esta refere-se à "vida, alimentos, corpo, cadáver",⁴²⁹ pretendendo-se, de tal modo, com o direito de personalidade "integridade física", considerar que o homem íntegro fisicamente será aquele que não passa privações de ordem material, possuindo meios de prover seu próprio sustento, para superar seus padecimentos decorrentes de moléstias e para transitar com segurança, sem riscos à preservação de sua vida ou de sua higidez corporal.

Já a integridade psíquica, à semelhança da integridade física, é a manifestação da higidez dos componentes intrínsecos da personalidade como a liberdade de pensamento, de expressão, de culto, com a intimidade (privacidade ou

⁴²⁷TOBEÑAS, José Castan. Op. cit., p.26-28.

⁴²⁸PEREIRA, Tânia Silva da. Op. cit., p.77.

⁴²⁹FRANÇA, Limongi. Op. cit.

reserva) etc. entre outros. Prestam-se os direitos da personalidade, quanto a estes bens reconhecidos ao homem tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade, à defesa desse valor inato de pensar, de se expressar, de se reservar etc.

O patrimônio moral respeita a atributos valorativos da pessoa na sociedade, equivale dizer, ao direito à identidade, ao nome e a outros sinais individualizadores. A inteireza desse patrimônio presta-se à preservação da honra (reputação e prestígio), do respeito (dignidade e decoro) e das criações intelectuais.

Sob a expressão "integridade corporal" é possível, então, afirmar que estão compreendidos, especialmente, os direitos à vida e à saúde (I).

No signo "integridade psíquica" têm-se os elementos ligados à liberdade de pensamento, de expressão, de culto, à intimidade (estar só), à privacidade ou reserva, à incolumidade da mente, dentre outros, e no rol estatutário vamos encontrá-los nos direitos à liberdade, respeito e dignidade (II, n.ºs 1, 2 e 3), naqueles atinentes à convivência familiar e comunitária e ao acesso à educação, esporte, cultura e lazer (III, n.ºs 1 e 4 e IV n.ºs 1 e 2), e também nas regras de proteção ao trabalho e à profissionalização (V, n.ºs 2 e 3).

Na designação "patrimônio moral" pretende-se a preservação dos atributos valorativos da pessoa na sociedade, tais como a identidade, o nome, a honra (reputação e prestígio), o respeito (dignidade e decoro) e as criações intelectuais, incorporando esta categorização, naturalmente, o catálogo previsto no item II supra, números 2 e 3, no item III, números 2, 4, 5 e 7, no item IV, número I e no item V, números 1, 4 e 5.

Pode-se constatar, da classificação retro depositada, apoiada no escólio da melhor doutrina, possuir o Estatuto da Criança e do Adolescente largo horizonte quanto à proteção da personalidade dos sujeitos de direitos por ele acolhidos.

Nessa altura, cabe a indagação de quais são os atributos da personalidade da criança e do adolescente mais expostos a violação.

À guisa de exemplificação e tomando por base palestras proferidas em escolas públicas estaduais e municipais de Curitiba, ouvindo-se uma clientela entre 09 a 18 anos e mediante o sistema de os interessados efetuarem perguntas a serem respondidas pelo palestrante, pode-se afirmar que as dúvidas e anseios quanto à

estrutura jurídica da infância e da juventude entre os indivíduos indagadores ligam-se a questões atinentes aos fatos a seguir indicados:⁴³⁰

- 1) à violência entre alunos e as medidas cabíveis;
- 2) à providência no caso da ocorrência de um delito por parte de adolescente;
- 3) à garantia de segurança para quem toma atitudes para denunciar irregularidades;
- 4) à violência de autoridades (policiais) em relação a adolescentes suburbanos;
- 5) às ofensas pessoais;
- 6) ao direito de ir e vir;
- 7) às condições para trabalhar;
- 8) à violência doméstica (agressões físicas);
- 9) à autoridade parental;
- 10) a abusos sexuais;
- 11) ao abandono;
- 12) à violência na escola por parte do corpo docente;
- 13) ao rol de direitos e deveres das crianças e adolescentes;
- 14) ao direito/dever de estudar;
- 15) à liberdade;
- 16) ao papel do jovem na escola e na sua casa;
- 17) à finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente;
- 18) à relação entre adultos e jovens;
- 19) às sanções decorrentes dos erros cometidos;
- 20) aos limites do acesso à escola e observância das regras da instituição de ensino;
- 21) às relações familiares;

⁴³⁰A íntegra dos questionamentos e a relação das escolas comporão o Apêndice 1 deste trabalho.

- 22) às conseqüências pelas agressões dos pais ou padrastos;
- 23) à Justiça e Segurança Pública - a eficácia desses serviços públicos;
- 24) ao atendimento dos Postos de Saúde;
- 25) à exploração da infância e da juventude;
- 26) ao aborto;
- 27) a entorpecentes utilizados por jovens e adultos (inclusive policiais) e ao combate a traficantes;
- 28) a armas;
- 29) à miséria e à fome;
- 30) a gangues, e
- 31) à atuação policial.

Importa deixar claro que o rol anterior é apenas um recorte de uma determinada parcela da população infanto-juvenil, mas que eloqüentemente retrata a realidade de boa parte dos sujeitos de direitos crianças e adolescentes, e embora não sendo a *meta optata* deste trabalho um discurso em face dos abandonados, dos expostos, da, enfim, situação de risco contemporânea (Art. 98 - ECA), é forçoso reconhecer que o tema da proteção dos direitos da infanto-adolescência "remonta a história do controle social à infância pobre cuja proteção muito mais do que constituir um direito, consistia na discriminação, segregação social e imposição de normas repressivas revestidas de um cunho assistencial",⁴³¹ que ainda grassa em determinadas mentalidades e ações e, portanto, essa aresta da realidade não pode ser olvidada, afigurando-se oportuno conhecer os anseios, ainda que por amostragem, de alguns jovens, para extrair deles os vetores protetivos mais prioritários.

Na seção 2, do capítulo 1, da Parte 3 deste trabalho, foi citado Gomes Canotilho, o qual leciona a tendência de os direitos fundamentais serem direitos de personalidade e vice-versa, enumerando cinco tópicos aptos a indicar esta superfetação e que refletem a reafirmação da integridade física e espiritual do homem como

⁴³¹SANTOS, Ebe Campinha dos. Op. cit., p.28-29.

dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável; à garantia da identidade e integridade da pessoa por meio do *livre desenvolvimento da personalidade*; à libertação da 'angústia da existência' da pessoa mediante mecanismos de sociabilidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas; à garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito; à *igualdade*, expressa na mesma *dignidade social* e na *igualdade de tratamento normativo* (igualdade perante a lei).⁴³²

Examinando as inquietudes extraídas das pessoas em desenvolvimento que formularam os questionamentos precitados e buscando pontos de contato com a classificação que se pretendeu dar aos direitos de personalidade contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e com o escólio de Canotilho agora reiterado, é possível verificar que os eixos integridade física e psíquica e patrimônio moral mostram-se cristalinos, como deveria ser, aliás, traduzidos na resistência ou temor à violência, no desejo à liberdade (inclusive à segurança), na preocupação da preservação da imagem, no modo como devem ser as relações parentais e sociais.

Possível se mostra, pois, manter a interligação mencionada pelo jurista lusitano entre os direitos de personalidade e os fundamentais, prestando-se aos fins desse estudo a constatação de acompanharem os personalíssimos direitos o desenvolvimento dos direitos do homem e, assim, as garantias e prerrogativas estatutárias encontram conforto dentre aquelas voltadas a preservar as liberdades civis (direitos de primeira geração), bem como às reconhecedoras dos direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração) e, igualmente, as relacionadas ao direitos de massa (terceira geração), vez que a pessoa humana digna é aquela respeitada nesse contexto mais amplo de asseguramento de sua existência.

Presta-se a legislação em cuidado a atender "as exigências de novos reconhecimentos e de novas proteções na passagem do homem abstrato para aquela do homem em suas diversas fases de vida e em seus diversos estágios".⁴³³

⁴³²CANOTILHO, op. cit., p.532, 367.

⁴³³BOBBIO, Norberto. Op. cit., p.6.

Maria Santos Pais tratando do melhor interesse da criança, em abordagem sobre a Convenção dos Direitos da Criança, faz por ratificar essa incorporação das dimensões dos direitos fundamentais, quando afirma que o compromisso internacional compreendeu de uma "maneira inovadora, os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (...)" e que tais se prestam a garantir o desenvolvimento "completo e harmonioso da personalidade" e são "uma parte integrante da dignidade humana da criança".⁴³⁴

Rematando essa visão da infanto-adolescência à luz de sua estrutura físico/psíquica/moral, podemos declinar o trabalho de Antônio Chaves, *Os dez mandamentos em defesa da criança*, em que o jurista interliga a Declaração de Genebra, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a Convenção dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente, extraíndo um sumo de dez referenciais da infanto-adolescência ligados:

- 1) à preservação da vida;
- 2) à preservação da saúde;
- 3) à proteção da integridade física e moral;
- 4) ao fornecimento de educação em prol da liberdade e dignidade da juventude;
- 5) ao respeito no lar;
- 6) à recusa às discriminações;
- 7) ao apoio à infanto-juventude carente e/ou abandonada;
- 8) ao incentivo à adoção;
- 9) aos cuidados com os hipossuficientes e superdotados; e
- 10) à não punição aos transgressores, que deverão ser recolhidos em estabelecimentos adequados, com pessoal moral e tecnicamente habilitado.⁴³⁵

⁴³⁴PAIS, Maria Santos. *Le Meilleur Intérêt de L'Enfant*. O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar, p. 540. No original: "*D'une manière innovatrice, les droits civils, politiques, économiques, sociaux, et culturels son, en effet, inclus dans le même texte. Tous ces droits sont reconnus comme nécessaires pour le développement complet et harmonieux de la personnalité et une partie intégrale de la dignité humaine de l'enfant*".

⁴³⁵CHAVES, Antonio. Op. cit., p.123-124.

CAPÍTULO 3

A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

SEÇÃO 1

PERSPECTIVAS DE ATENDIMENTO À PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Bobbio leciona que "Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico" e, ainda, que a "democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais ...".⁴³⁶

A Constituição Brasileira como antes já foi visto, além de acolher a cláusula geral da "dignidade da pessoa humana", expressamente cataloga direitos fundamentais, mostrando-se, desse modo, como um documento criado em prol da democracia e da cidadania.

A princípio, ainda não se alcançou do trinômio citado sequer os direitos do homem, pois bem a propósito do título da presente seção, há que reiterar, ainda, na continuidade e necessidade de se falar de atendimento à principiologia constitucional e, por óbvio, na classificação dos princípios aqui articulada, atenta-se não aos setoriais ou aos gerais, mas aos fundamentais, pois informam aos demais e, por isso mesmo, mantém-se a insistência com a dignidade da pessoa humana, ante seu assento constitucional.

Neste passo vislumbra-se, quanto à infância e à juventude, ser necessário considerar o seu "melhor ou superior interesse" e a sua "peculiar condição de pessoa em desenvolvimento", para com base nesses aforismos buscar a compreensão de que não se pretende emancipar a juventude de seu contexto familiar ou social, mas demonstrar que o setor da sociedade infância/adolescência há de ser especialmente considerado nos projetos comunitários e estatais.

⁴³⁶BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos...** p.1.

Como ensina Hugo D'Antonio a proteção jurídica à infância e à adolescência exige o "funcionamiento orgánico y sistemático de un complejo legal distinto, así como de servicios y organismos para la aplicación de las respectivas normas".⁴³⁷

Naturalmente, em se tratando aqui de observância a ditames constitucionais, ainda que o trabalho se limite aos direitos de personalidade que plasmaram da Carta Maior para o universo infraconstitucional, não se tem em meta, ante a recusa de implementação ou observância aos direitos constitucionalmente garantidos, tão só revelar o direito de reparação de ordem material, pecuniária, mas, isto sim, afirmar a intenção protetiva da Constituição Federal e o caráter efetivo e não meramente moral de seus dispositivos.

É conveniente lembrar que a busca do acesso à educação, à saúde, à vida comunitária e à igualdade nas relações familiares não são novidades nem da Constituição Federal Brasileira ou do Estatuto da Criança e do Adolescente, nem, muito menos, bandeiras desfraldadas a favor da infância e juventude nesse século. Há muito tempo tem se tratado de tais matérias.

Ariès anota em sua obra *História social da criança e família* que a escola pública é o marco distintivo entre a família medieva e a moderna. Mostra que pela vereda escolar devolveu-se as crianças às famílias e estas descobriram afeições em relação à prole até então sufocadas. Os pais passam a se interessar pela vida estudantil dos filhos e são envolvidos nela, inclusive com deveres específicos, tais como o de repassar lições e fornecer alimentos (dinheiro e provimentos) aos filhos.

A partir dessa nova fase de maturidade parental discutem-se questões controvertidas como a primogenitura ou a preferência dos pais por determinados filhos, revelando-se o surgimento da igualdade filial. Saúde e higiene também passam a ser traços comuns no cuidado com a prole.⁴³⁸

⁴³⁷D'ANTONIO, Daniel Hugo. Op. cit. p.51.

⁴³⁸ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981. p.200, 210, 220, 221-223, 231-232, 234-235, 243-245, 250, 253-254, 267-269.

O autor referido vê nesses novos costumes a transição para a família moderna, que não se envolve tanto com a comunidade, ou não se deixa invadir pelo meio e concentra-se na formação dos filhos. Expressa-se a esse respeito valorizando a especial atenção às crianças:

Esse grupo de pais e filhos, felizes com sua solidão, estranhos ao resto da sociedade, não é mais a família do século XVII, aberta para o mundo invasor dos amigos, clientes e servidores: é a família moderna. Uma das marcas mais características dessa família é a preocupação de igualdade entre os filhos (...) a partir do fim do século XVIII, a desigualdade entre os filhos de uma mesma família seria considerada uma injustiça intolerável (...) A criança tornou-se um elemento indispensável da vida quotidiana, e os adultos passaram a se preocupar com sua educação, carreira e futuro. Ela não era ainda o pivô de todo o sistema, mas tornara-se uma personagem muito mais consistente (...) A família moderna, ao contrário, separa-se do mundo e opõe à sociedade o grupo solitário dos pais e filhos. Toda energia do grupo é consumida na promoção das crianças, cada uma em particular, e sem nenhuma ambição coletiva: as crianças, mais que a família.⁴³⁹

Retira-se do rasgo histórico predito as sementes da proteção à integridade física, à integridade psíquica e ao patrimônio moral da juventude, na aguda cautela com essa "promoção das crianças" e verifica-se o início, pelo menos, de determinados direitos, pois à preservação da saúde, à imposição da higiene, à exigência da igualdade entre filhos, aos deveres dos pais em relação a eles, à existência da escola, inclusive com reclamos para escolas próximas das famílias, somente pode convergir uma noção de indivíduo com garantias e logo, de pessoa humana com seu papel no meio social definido. Emoldura-se a personalidade da infanto-adolescência na passagem para a família moderna.

O catálogo de direitos da infância e juventude contido na Constituição Federal é resultado, conclui-se, dessa margem temporal e sua disposição no Estatuto Superior decorre do amadurecimento dos usos e costumes que já vinham se sedimentando na sociedade.

Daí porque, a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, posto no artigo 1.º, III, da Constituição Federal e reproduzido no artigo 227 do mesmo

⁴³⁹ ARIÈS, Philippe. Op. cit., p.270-271.

diploma, juntamente com o princípio da "Prioridade Absoluta", além da igualdade e da liberdade, dentre outros, não é um capricho ou circunstância nova na sociedade, mas simplesmente é novo quadro da organização dos direitos sob o lume de regra posta, de hierarquia constitucional.

O atendimento, à vista disso, dos ditames da Constituição Federal, é reflexo de uma marcha evolutiva da consciência em torno das crianças e dos adolescentes.

Todas as políticas, dessa forma, promanam do movimento familiar, da sociedade e/ou do Estado e que se relacionem à infância e juventude, devem se curvar, efetivamente, ao comando superior da Constituição Federal, que além de relacionar os direitos das pessoas crianças e adolescentes, indica uma plêiade de mecanismos para torná-los efetivos, além dos instrumentos estatutários criados para que a letra constitucional não se torne mero compromisso ético.

Ninguém se ilude das dificuldades de implementar ações aptas à proteção integral assimilada pela Constituição Federal, mas parafraseando Ariès, é a juventude o pivô do sistema social, resultando imperioso que os programas básicos para a preservação do "projeto de vida" de crianças e adolescentes sejam adotados, tanto para os que não se encontram em situação de risco como para aqueles, especialmente, que necessitam a atenção da família, da sociedade e do Estado.

Nesse processo, uma vigilância sobre os investimentos estatais se impõe; igualmente há que se estimular as ações da sociedade, mediante sua co-participação na definição das prioridades e estratégias; e não se pode olvidar de uma positiva ação em relação à família, aparelhando-a para fornecer a formação primeira aos seus filhos.

O mérito e o fardo da Carta de 1988 é o de ter previsto detalhadamente o perfil do Estado e da Sociedade Brasileira ante os jovens.

À demora ou à recusa de curar pela juventude haverá, além do alto preço da omissão, a cobrança efetiva, ativando medidas administrativas ou judiciais direcionadas a corrigir tais patologias, e nessa ordem de idéias buscar-se-á resgatar as liberdades individuais ofendidas ou as garantias de ordem coletiva inobservadas.

As perspectivas de atendimento às normas constitucionais ligam-se à concepção de que não há imediatidade, mas que não é possível imaginar prorrogações

programáticas descompromissadas com as determinações da Carta Maior. Somente onde houver a assunção da responsabilidade da proteção desses seculares direitos, revelar-se-á uma positiva ação em seu favor.⁴⁴⁰

Não se deve perder de vista, aliás, que a moderna e a contemporânea doutrina têm debatido a efetividade das normas constitucionais, visando avaliar a sua exigibilidade e aplicabilidade.

Para a compreensão do contexto normativo constitucional mostra-se relevante seu exame sistemático, mas isto numa visão que se coadune com a idéia de ser o Pacto Fundante um conjunto de princípios e normas dotado de supremacia em face da constelação jurídica.

1.1 Dos Sistemas

Sistema, segundo Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, é um "conjunto de elementos em interação, organizado em totalidade, que reage às interações, de tal forma que, quer ao nível dos elementos constitutivos quer ao nível do conjunto, aparecem fenómenos e qualidades novas, não reconduzíveis aos elementos isolados ou à sua simples forma",⁴⁴¹ destacando dessa conceituação três elementos fundamentais do sistema: 1) definição do conjunto e 2) definição dos elementos do conjunto, e 3) definição da ordem do conjunto e das propriedades desta ordem.

A partir da idéia geral de sistema, contemporaneamente, convivem três concepções a respeito:⁴⁴²

⁴⁴⁰SÊDA, Edson. *Construir o passado*, p. 43: "...a Constituição adota como princípio (Art. 1.º, parágrafo único) que 'todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição'. No caso do Estatuto esse princípio é importante porque (Art. 207, §7.º, e 204) limita a autonomia do executivo para formular política na área da proteção à maternidade, à criança, ao adolescente".

⁴⁴¹CANOTILHO, op. cit. p.47.

⁴⁴²TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989. p.27-34.

- 1) Sistema fechado: Seus dados informadores esgotam-se dentro do próprio sistema, que seria em princípio completo, incapaz de receber *inputs* a não ser pelo mesmo mecanismo de sua formação, incorrendo qualquer relação com o meio ambiente (axiomático-dedutivo).
- 2) Sistema aberto: Contém realidades (exogenamente) abertas e adaptáveis ao respectivo meio envolvente, sujeitos à direta influência, regulação e determinação desse meio. Seus elementos informadores são a flexibilidade e adaptabilidade (capacidade de resposta a alterações ocorridas). No âmbito do direito, resultariam duas implicações:
 - a) os sistemas devem ser flexíveis o quanto possível; e
 - b) e os atores da regulação (administração pública, gestão empresarial, Estado) devem ser dotados de uma capacidade de intervenção direta de molde a definir as próprias condicionantes do meio envolvente⁴⁴³ (axiológico-teleológico);
- 3) Sistema autopoietico: Tem como pressuposto a circunstância de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referenciabilidade das suas operações e processos, significando que "só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente".

Vistos, superficialmente, os entendimentos existentes sobre sistema, incumbe centrá-lo na temática do trabalho.

Como adiante será possível avaliar e decompor, tem-se que Constituição é um sistema de princípios e regras, dotados de supremacia, que organiza e rege a ordem jurídica.

⁴⁴³BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p.100, interessante referir a explicação do autor sobre o funcionamento do sistema aberto. Tal sistema recebe *inputs*, que é o que entra no sistema, ulteriormente são produzidos a partir dos primeiros os *outputs* e a dinâmica de ambos equilibra o sistema, gerando o *feedback*. Os *outputs* realimentam o sistema, como modos de correção ou ajustamento e é o fluxo entre o sistema e o meio que permite a sobrevivência do sistema.

Tratar, pois, a Constituição, como um sistema e relacioná-la com a ordem jurídica, é trazer à balha, aquilo que Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de "Teoria do Ordenamento ou dogmática das fontes de direito".⁴⁴⁴

Num esforço para sintetizar, refere o autor à complexidade da noção de ordenamento, explicando-o como um conjunto de normas, mas não apenas isto, é sim um conjunto de elementos (repertório) e relações (estrutura) entre eles, formando um sistema unitário,⁴⁴⁵ "isto é, a sua concepção como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo" e essa unidade e homogeneidade⁴⁴⁶ é que determinará a validade da norma na medida em que o sistema permite traçar contornos razoavelmente precisos, pois implica a "noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora".⁴⁴⁷

A expressão sistema, na seara jurídica, segundo Sampaio Ferraz, apenas se introduz no pensamento jurídico no século XVI e se torna termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX até os nossos dias.⁴⁴⁸

O sistema jurídico é tido como dinâmico, ou seja, suscetível de mudanças através da sucessão de sistemas positivados e a homogeneidade, que dele se espera num universo não-estático, decorre do critério de validade, anteriormente indicado.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴FERRAZ JR., Tércio Sampaio et al. **Constituição de 1988, legitimidade, vigência e eficácia e supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.p. 163-169.

⁴⁴⁵BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, à p.214 reporta-se aos meios de interpretação textual do positivismo jurídico, referindo-se, dentre outros, ao meio sistemático, "que implica não só no pressuposto da racionalidade do legislador, como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com base em tal pressuposto pode-se procurar esclarecer o conteúdo de um norma, **considerando-a em relação a todas as outras**". (sem grifos no original).

⁴⁴⁶VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: RT, 1977. p.109. "uma proposição normativa só pertence ao sistema se podemos reconduzi-la à proposição fundamental do sistema".

⁴⁴⁷Ibid., p.164-167.

⁴⁴⁸Ibid., p.166.

⁴⁴⁹O critério de validade, como noção de limite, linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora, servirá para trabalhar com as antinomias sem afetar a idéia de sistema.

Na obra de Lourival Vilanova descortina-se a percepção de estar o sistema jurídico ligado ao direito positivo, pois é este "técnica de ordenação da conduta humana, numa situação global historicamente individualizada" e visa "controlar a conduta, impondo formas normativas a essa conduta e, através dela, a alcançar fins, uns permanentes, outros variáveis, de acordo com o ritmo histórico e a índole própria das culturas".⁴⁵⁰

Pertinente, ainda tratando de sistema jurídico, a observação de Vilanova quanto à sua completude, a qual pode ser encarada pelo viés da exclusão de categorias, equivale dizer, que é jurídico o que está no sistema e não-jurídico o que está fora (realidades deonticamente neutras - o que se aproxima de uma conceituação de sistema fechado) e pode ser examinada pelo ângulo de centrar-se no homem como referência e nesse sentido qualquer conduta sua será um pressuposto ou consequência captável pelo ordem jurídica, sendo, pois, o sistema, nesse sentido, completo e próximo de ideações como sistema aberto e repersonalizante.⁴⁵¹

Ultimando a abordagem sobre sistemas, há que se declinar a postura de Hans Kelsen a respeito, o qual articula que a "Teoria Pura do Direito trata o Direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos" e prosseguindo, afirma a necessidade da pureza de uma teoria do Direito, a qual deve eliminar de sua esfera problemas que exijam "um método diferente do que é adequado ao seu problema específico", sendo que o "postulado da pureza é a exigência indispensável de evitar o sincretismo de métodos, um postulado que a jurisprudência não respeita ou não respeita suficientemente".⁴⁵²

Importa, derradeiramente referir, sobre o "criador do purismo jurídico" como se refere José Florentino Duarte, na apresentação da tradução da *Teoria Geral da*

⁴⁵⁰VILANOVA, op. cit., p.xxi.

⁴⁵¹Ibid., p.155-156.

⁴⁵²KELSEN, Hans. Op. cit., p.291.

Normas, a Hans Kelsen,⁴⁵³ que a sua Teoria de Ciência do Direito é a de um sistema fechado, consoante conceituação declinada, haja vista que "rejeita, resolutamente, todos os assuntos metajurídicos da tradicional Ciência do Direito (*Jurisprudenz*): Sociologia, Psicologia, Política, Economia, como era do ponderar prático generalizado àquele tempo, e ainda não inteiramente abolido na atualidade".

1.2 Das Normas

De acordo com Gomes Canotilho, pode-se observar a norma num duplo aspecto e sob duas espécies, quais sejam, exatamente, os princípios e as regras.⁴⁵⁴ Chama a isso de clarificação tipológica da estrutura normativa, estipulando, desde logo, que abandona a metodologia jurídica tradicional que distinguia normas e princípios, afirmando que tanto regra como princípio são normas.⁴⁵⁵

Convém, destarte, trabalhar com as definições abalizadas da doutrina, sob o significado de norma, de princípio e de regra. Sem pretender ingressar em seara estranha à finalidade da pesquisa, mas buscando uma certa precisão conceitual, louvando-nos em Kelsen⁴⁵⁶ indicamos que o termo designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem (ato dirigido à conduta de outrem - dever-ser), e, bem assim, a norma poderá ter a função de conferir poderes, permitir e derrogar.

Embora teça críticas a determinadas posturas de Kelsen, de Tércio Sampaio Ferraz Jr. não extraímos concepção muito diversa, posto que ele dispõe a norma em três dimensões: proposição, prescrição e comunicação, o que equivaleria ao mandamento, prescrição e ordem da enunciação antes ditados. E ao concluir que a norma é a ferramenta

⁴⁵³KELSEN, Hans. Op. cit., p.xiii.

⁴⁵⁴LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p532, 577. O autor germânico nesta robusta obra faz interessante conexão entre sistema externo e as regras, que dão segurança ao sistema e entre sistema interno e princípios, que seriam os alicerces do sistema.

⁴⁵⁵CANOTILHO, op. cit., p.172.

⁴⁵⁶KELSEN, Hans. **Teoria geral das...** p.1,3.

de análise do jurista, diz que ela se manifesta "como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, por meio das quais os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc.". ⁴⁵⁷

Das conformações apresentadas convém, nessa etapa, exatamente, a descrição de que norma, num sentido amplo, contém mandamento, prescrição ou ordem, na exata medida em que, em nível constitucional e com base na orientação de Canotilho, a norma se manifesta como princípios e regras e tais possuem, exatamente, mandamentos ou prescrições.

Sendo assim, impera, para o momento, ainda que de modo singelo, distinguir princípio de regra constitucional.

Para tal fim e em apreço à concisão, declina-se os ensinamentos extraídos da obra de Luís Roberto Barroso, intitulada *Interpretação e Aplicação da Constituição*.

De plano, convém revelar a notícia de Barroso quanto à superação da distinção entre norma e princípio, apontando para a moderna tendência de enquadrarem-se as normas jurídicas, em geral, bem assim, as constitucionais, em particular, em duas categorias: 1) normas-princípio e 2) normas-disposição. ⁴⁵⁸

Para o autor, princípios constitucionais "são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seu postulados básicos e seus fins" e se manifestam como "fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui". Aduz, ainda, que para a atividade de interpretação da Constituição, há que se começar por identificar o princípio maior que rege o tema para estudo, "descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie". ⁴⁵⁹

⁴⁵⁷FERRAZ JR., op. cit., p.100-101.

⁴⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.141.

⁴⁵⁹*Ibid.*, p.141. A respeito de princípios genéricos e específicos, distingue-os, quanto ao raio de atuação e influência em fundamentais, gerais e setoriais ou específicos, atribuindo aos primeiros o conteúdo das decisões políticas estruturais do Estado; aos segundos o caráter de especificações dos princípios fundamentais, com menor grau de abstração e que ensejam, em muitos

Finalmente, distingue as normas-princípio das normas-disposição, sustentando que as primeiras, tratadas simplesmente de princípios, "têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema" e que as segundas são as referidas como regras e "têm eficácia restrita às situações às quais se dirigem".⁴⁶⁰

1.3 Constituição e Sistema

Tendo-se em mira a efetividade da principiologia constitucional, de todo cabível buscar compreender o Estatuto Magno enquanto sistema, mas especialmente como sistema aberto de regras e princípios e tendo sido vistos os conceitos possíveis de sistema, de norma e de princípios e regras, incumbe, nesta fase, focar o Pacto Fundador a partir de suas características sistêmicas.

Constituição, nas palavras de José Afonso da Silva,⁴⁶¹ pode ser empregada com vários significados, que vão desde a referência à essência das coisas (do que se compõe um corpo sólido) até à idéia da conformação e organização das instituições.

Nessa vereda e sem fugir à enunciação genérica atribuída à expressão constituição, sustenta que a constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a "organização dos seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício de poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado*".

casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam, irradiando-se por toda a ordem jurídica como desdobramentos dos fundamentais; designa os terceiros como aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinada tema, capítulo ou título da Constituição, sendo de irradiação limitada e por vezes mero detalhamento dos gerais. p.144-146. Oportuno citar de Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra Manual de Interpretação Constitucional, a afirmação de que o princípio é a pedra angular de um determinado sistema, p.40.

⁴⁶⁰BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit., p.141.

⁴⁶¹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.39-40.

Não ignora José Afonso da Silva que a anterior definição expressa, tão-só, parcial aspecto de seu conceito, haja vista que uma concepção estrutural de constituição não pode se apegar apenas à sua contingência normativa, mas deve, sim, relacionar ou conectar a norma com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico.⁴⁶²

A partir da noção ofertada, pode-se, de pronto, afirmar que tem o significado de reprodução de um conjunto de *idéias, princípios e normas*, enfeixados num determinado momento histórico e pautados numa ordem (compatibilidade lógica) e numa unidade (referência a um ponto central), sendo, assim, um sistema.⁴⁶³

Rigorosamente com o mesmo entendimento manifesta-se Paulo Bonavides, conforme a seguinte transcrição:

A idéia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. Ora, a Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível.⁴⁶⁴

Com efeito, Canotilho persegue o caminho antes enunciado para indicar três dimensões do direito como sistema:⁴⁶⁵ 1) "o direito forma um sistema quando as

⁴⁶²SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.41. "Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da realidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade".

⁴⁶³PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional, na citada obra, às p.57-58, constatamos excelente conceituação de sistema jurídico, a seguir transcrita: *Por sistema jurídico entende-se a percepção do conjunto das fontes dentro de um esquema conceptual que, por um lado represente o sentido profundo de cada norma através de suas conexões com outras e das conexões destas com os princípios; por outro, que exprima a unidade entre a construção jurídica e a sua aplicabilidade social, através da radicação do direito na cultura entendida em sentido amplo.*

⁴⁶⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** p.110.

⁴⁶⁵CANOTILHO, op. cit., p.48-49.

normas se reconduzem a uma única fonte de produção (...) 2) o direito forma um sistema quando um complexo de normas deriva materialmente de uma única norma (ex: 'sistema de normas fundado no princípio do Estado de direito'); 3) o direito constitui um sistema quando se reconduz, formal e procedimentalmente, a uma idêntica *normal fundamental* ".

Continua o mesmo autor demarcando a relevância da última acepção (3), sustentando que o sistema jurídico português "assenta numa norma fundamental positiva – a Constituição – que, por sua vez, 'delega' noutros órgãos o poder de produzir outra categoria de normas. É neste sentido que se fala do direito como um *sistema dinâmico de normas* (H.Kelsen)".⁴⁶⁶

Em relação ao sistema jurídico brasileiro, mormente a partir da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que encontra conforto nessa norma fundamental.

Em coerência com a conceituação genérica de sistema, extraímos da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de Canotilho, a orientação jurídica do que significa sistema aberto e fechado. Para o autor português, "um sistema normativo considera-se em termos lógicos como um *sistema aberto* quando se não pressupõe que apenas o explicitamente prescrito é também admitido" e, ao contrário, "o exemplo de *sistema normativo fechado* reconduz-se a fórmulas típicas como 'o que não é proibido é permitido', ou o 'que não é permitido é proibido' (...) poder-se-ia caracterizar o sistema fechado como aquele em que só a normação explícita (proibido, autorizado, imposto) é relevante".⁴⁶⁷

Percebe-se, imediatamente, pela circunstância de uma Constituição não pertencer tão-só aos domínios estatais, mas sim estendendo-se a âmbitos comunitários em face sua característica de Lei Fundamental, a necessidade de concebê-la com um conteúdo aberto ao tempo, ou, em outras palavras, não se configurar como uma "normação perfeita e completa da sociedade", na exata medida em que contém um

⁴⁶⁶KELSEN, Hans. Op. cit., p.49.

⁴⁶⁷CANOTILHO, *Constituição Dirigente e...* p.440-441.

caráter regulador e não codificador, sendo-lhe defeso manifestar-se como ordem jurídica estruturante de cunho engessador, pois que contém assuntos que não reclamam regulação. E, para além disso, por ser "um conjunto normativo que se destina à regulação de relações de vida historicamente cambiantes", cabe-lhe mostrar um "conteúdo temporalmente adaptado de modo a permanecer 'dentro do tempo', ou sujeita-se a constantes alterações constitucionais. Constituição 'aberta', incompleta e imperfeita (...) eis as características de uma constituição".⁴⁶⁸

Afigura-se compatível esta apreensão da estrutura constitucional com a de Estado de Direito, a qual, segundo Bolzan de Moraes incorpora "o feitiço indomesticado da democracia", apresentando-se "como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática-formal" e manifestando "um perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sociopolíticas (...)", servindo como "instrumento de transformação da sociedade" numa "constante reestruturação das próprias relações sociais".⁴⁶⁹

De igual modo, Castro Farias tratando da perspectiva do discurso da justiça anota que no âmbito da sociedade estão sempre a surgir novos conflitos que reclamam novas soluções e o "sistema social se nutre dessa dinâmica aberta e conflituosa baseada em 'equilíbrios' de 'mediações móveis', em que as soluções propostas serão sempre provisórias e adaptadas às novas exigências de equilíbrio da crescente complexidade social".⁴⁷⁰

Gustavo Tepedino, ao argumentar que a nova postura doutrinária e jurisprudencial brasileira tem "reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil", faz relevar que

⁴⁶⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e...** p.115, 117, 305.

⁴⁶⁹BOLZAN DE MORAIS. Op. cit., p.82-83.

⁴⁷⁰FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.64.

a acolhida desta produção de efeitos normativos da principiologia constitucional "vem associada ao processo (...) de abertura do sistema jurídico". Prossegue, o autor, indicando que "(n)um sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional".⁴⁷¹

Nesse ponto do estudo, convém, novamente, referir a Gomes Canotilho em seu *Direito Constitucional* (capítulo 2), quando trata da estrutura sistêmica da constituição, examinando-a como sistema aberto de regras e princípios.

Irrompe sua análise aludindo que o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é "um sistema normativo aberto de regras e princípios". Aberto "porque tem uma *estrutura dialógica*,⁴⁷² traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'" e é de regras e de princípios porque "as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*".⁴⁷³

A contextualização de Canotilho faz revelar que o caráter aberto da Constituição somente se opera com a existência de princípios, regras e mecanismos viabilizadores de sua operacionalidade prática. Assim, constituição só de regras é cristalizadora de

⁴⁷¹TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma refforma legislativa: Problemas de Direito Civil - Constitucional. p.12 a 14.

⁴⁷²BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p.103-106, o autor explica as tendências da concepção sistêmica do direito, argumentando a existência de uma proposição estruturística (Losano) que é a análise estática das estruturas e uma proposição de estruturalismo (Losano) que trabalha com a noção de sistema interno. Após, explica a Teoria Dialógica do Direito, atribuída a Rolf-Peter Callies, a qual tem a intenção de ultrapassar o dualismo clássico do direito (natural/positivo) e encarar o direito como **estrutura de sistemas sociais**, pautado na **construção social da realidade**, ou, em outras palavras, a realização do direito não figurando o homem e o Direito, **mas o homem no Direito** e a **sociedade como constitutiva do jurídico** e o **direito constitutivo do social**. Nesse sentido o direito é tido como estrutura dialógica dos sistemas sociais, isto é, **como "algo" situado entre as categorias sujeito e objetivo, ou seja, uma espécie de esfera autônoma e conciliatória em relação a ambas**. Está o Direito destinado a garantir e proteger a participação do sujeito nos papéis de comunicação social.

⁴⁷³BONAVIDES, op. cit., p.171.

categorias e fica incapacitada para trabalhar com uma sociedade plural. Constituição só de princípios levaria à insegurança jurídica. Logo, na relação princípio-regra, princípios fundamentando as regras e estas delimitando espaços na Constituição, há o pressuposto de um sistema aberto, centrado, notadamente, na abstração contida nos princípios e na sua finalidade de ligar todo o sistema constitucional.⁴⁷⁴

Canotilho alerta para a necessidade de aferir quando se dá a abertura da norma constitucional, bem assim, procura revelar como se superar, num sistema aberto "fenómenos de tensão entre vários princípios ...".⁴⁷⁵

No pertinente à abertura ou densidade da norma constitucional, alvitra que o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais, configurador da abertura constitucional *vertical*, é que justifica a mediação legislativa concretizadora. Em outros termos, diz que "a abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa nos órgãos concretizadores; a *densidade*, por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação".⁴⁷⁶

Quanto ao enfrentamento das tensões e antinomias, sua solução aponta na direção da "necessidade (...) de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica do tudo ou nada', antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso".⁴⁷⁷

Finalmente, o doutrinador sustenta que considerar a Constituição como sistema aberto de regras e princípios "deixa ainda um sentido útil ao princípio da unidade da constituição: o de unidade *hierárquico-normativa*", significando que "todas as normas numa constituição formal têm igual dignidade" e com o mérito de rejeitar as teses de *antinomias normativas* e de *normas constitucionais inconstitucionais*. Além

⁴⁷⁴CANOTILHO. Op. cit., p.172 a 176.

⁴⁷⁵Ibid., p.195.

⁴⁷⁶Ibid., p.194-195.

⁴⁷⁷Ibid., p.196.

disso, tem a relevância de indicar a *coerência narrativa* do sistema jurídico, manifestando-se o princípio da unidade como princípio de decisão que "dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as 'lerem' e 'compreenderem', na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma expressão correcta do direito e da justiça".⁴⁷⁸

Do alentado discurso é possível retirar-se a importância dada à tendência principialista, isto é, ao relevante papel dado aos princípios na estrutura constitucional, os quais, de acordo com o que se disse adremente, além de sua própria carga normativa, comunicam e impregnam as regras jurídicas com sua essência e permitem que todo o sistema constitucional, quando necessário, possa ser encarado como um sistema aberto, capaz de viabilizar uma leitura ou mediação concretizadora e contemporânea. E nesse mesmo prisma, é perfeitamente assimilável o princípio da unidade como uma "coerência narrativa", na proporção da interação das regras e princípios, sem desconsiderarmos seus papéis específicos.

Embora precipitando resposta afirmativa, resta ao presente exame considerar se a Constituição Brasileira é um sistema aberto de regras e princípios.

Anteriormente e antecipadamente ficou afirmado que a Constituição Brasileira é que acolhe o sistema jurídico brasileiro e nessa assertiva ficou, por óbvio, certo que a Carta Brasileira é, igualmente, um sistema de regras e princípios.

Evidencia-se, também, como um sistema aberto de regras e princípios.

Tal qual o direito constitucional português, o brasileiro trata de estabelecer o inter-relacionamento de normas e princípios, tomando estes últimos "como diretrizes que orientam o intérprete do Texto Maior, para determinar a relação, coordenação e valoração dos pontos de vista que podem solucionar o problema".⁴⁷⁹

Em nosso direito positivo constitucional, segundo Uadi Lammêgo Bulos, são diretrizes a orientar o intérprete as "consagradas no pórtico do Art. 1.º, da Constituição

⁴⁷⁸CANOTILHO, Op. cit., p.198.

⁴⁷⁹BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.39.

de 1988, quais sejam a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo jurídico", citando, como outros exemplos, o princípio republicano, o da legalidade, da liberdade, da inafastabilidade do controle jurisdicional e concluindo, por fim, pela possibilidade de utilização do método sistemático, "possibilitando ao intérprete visualizar a grandeza que o todo ostenta, sentindo a pujança de certos mandamentos nucleares – vetores que permitem empreender a operação lógica, por meio da qual alcançamos o sentido e a significação dos conteúdos normados pelos legislador constituinte".⁴⁸⁰

É exatamente nesse sentido a compreensão da abertura dos princípios e regras constitucionais, tanto no aspecto da incompletude do texto constitucional (abertura horizontal), quanto no aspecto de generalidade e de indeterminação de normas constitucionais, normalmente dos princípios (abertura vertical).

Mais objetivo que Uadi L. Bulos e também em obra de dar tratos interpretativos a Constituição Brasileira, foi Ingo Wolfgang Sarlet, onde, procurando demonstrar a existência de um sistema dos direitos fundamentais, defende-o não como um sistema autônomo e auto-suficiente, "mas, sim, **um sistema aberto e flexível** (grifos nossos), receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante", harmonizando-se este entender "com a concepção, que hoje pode ser tida como dominante na doutrina, de que a própria Constituição constitui, na condição de estatuto jurídico fundamental (no sentido material e formal) da comunidade, e à medida que superada a doutrina liberal-burguesa da rígida separação entre Estado e sociedade, um sistema aberto de regras e princípios". ...⁴⁸¹

Fica evidente, pois, que prenhe dos princípios do Estado Social e Democrático, nossa Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, consistente na viabilidade de uma contínua leitura harmônica dos valores abstratos e das concreções contidas nas suas normas, em vista do avanço da marcha do tempo e das inevitáveis mutações operadas.

⁴⁸⁰BULOS, Op. cit., p.42.

⁴⁸¹SARLET, op. cit., p.75-76.

Este, aliás, é o posicionamento de Márcia Haydée Porto de Carvalho, em seu trabalho *Hermenêutica Constitucional*, pois a Constituição Brasileira é um sistema que "está em comunicação com o sistema social e com o sistema de valores, com disponibilidade e capacidade para captar as modificações ocorridas nessas esferas".⁴⁸²

Pela trilha apontada por respeitados autores, mostrando-se os princípios constitucionais como normas que exigem cumprimento e estas normas contendo a essência de um sistema aberto, capacitado a absorver a influências do meio envolvente, é franqueado crer, quanto à infância e juventude e suas contingências para alcançar a prioridade absoluta, que este segmento social, necessariamente, exige observância à dignidade da pessoa humana e consideração ao melhor interesse dos jovens e à sua peculiar condição de desenvolvimento, e que as normas constitucionais são as ferramentas *efetivas* para se exigir da família, sociedade e Estado, o respeito aos sujeitos de direitos crianças e adolescentes.

Nessa orientação, citam-se José Afonso da Silva, para quem os parágrafos do artigo 227, da Constituição Federal, visam "conferir eficácia aos direitos ali prometidos,"⁴⁸³ e Nagib Slaib Filho, que defende que a "violação de normas constitucionais de efetivação dos direitos fundamentais (...) pode ensejar ações judiciais (...)" e que a "Constituição dedica ao menor uma proteção especial, isto é, não só a garantia que outorga aos maiores, mas uma tutela jurídica que dá ao menor um *status* jurídico superior".⁴⁸⁴

⁴⁸²CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica Constitucional*, p.27. Igualmente no mesmo vetor Maria Helena Diniz, no trabalho *Constituição de 1988, legitimidade, vigência e eficácia e supremacia*, em co-autoria com Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Ritinha A. Stevenson Georgakilas, p.86, sustenta que: "a análise da eficácia constitucional sob a perspectiva semiológica permitirá a verificação do importante papel desempenhado pelos fatores extranormativos na concreta produção de seus efeitos, visto que possibilita a leitura do mandamento constitucional, relacionado não só com outros preceitos normativos, mas também com a realidade fático-social com os valores positivos, com o Constituinte e com as autoridades competentes para normar".

⁴⁸³SILVA, José Afonso da. **Direitos humanos...** p.198.

⁴⁸⁴SLAIB FILHO, Nagib. **Anotações à constituição de 1988, aspectos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.72, 224.

SEÇÃO 2

A INFLUÊNCIA DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO

O direito da infanto-adolescência, de todo o construído nesta dissertação, mostra sua evidente faceta de "direitos do homem", aqui tratado sobre o prisma da integridade da pessoa criança e adolescente. Está claro, sob a máxima "direitos do homem", que tem sua inspiração na universalidade da presença humana e assim esparge seus eflúvios generalizantes a partir do Direito Internacional como vimos, para acomodar-se nos Pactos Fundantes e destes para a estrutura jurídica infraconstitucional.

Por sua vocação generalizadora é possível afirmar que tal direito não se pertence, não é estanque, não estando enclausurado ou cristalizado entre a Constituição e a legislação que estatui, regulamentando o Diploma Maior, as regras da infância e da juventude.

Ao contrário, o caráter das normas pertinentes aos sujeitos de direitos crianças e adolescentes deve ser plástico e capaz de permear o contexto do direito doutrinário e posto e, especialmente, apreender os reclamos do meio.

Por tal cunho geral, pensa-se que forçosamente os principais ramos do eixo público-privado, quando diante da infanto-adolescência, merecem consideração e exame a partir da doutrina da proteção integral e do superior interesse da criança e do adolescente.⁴⁸⁵ É preciso apontar que na meta de preservação destas pessoas existe somente um direito, por vezes com nuances de público, outras vezes de privado.

⁴⁸⁵D'ANTONIO, Daniel Hugo, op. cit., p.17: "*El menor, entonces, como sujeto esencial de este derecho, se encuentra comprendido por relaciones jurídicas pertenecientes a las esferas privadas y públicas, sin que puedan establecerse distinciones o primacías. Ellas no sólo resultan impracticables, sino que se traducirían en elementos perjudiciales para el menor, pues en un caso desvincularía al Estado del papel fundamental que le corresponde como garantizador de la debida tutela y, por el otro, vendría a degradar los derechos individuales con los peligrosos resultados que se siguen de conceder supremacías inaceptables al accionar estatal*".

2.1 O Direito Brasileiro e a Juventude

Com vistas à derradeira parcela deste estudo, pretende-se apontar que em praticamente todas as divisões do direito (tais como a penal, trabalhista e civil - família), caberá considerar os direitos da infância e da juventude, de maneira a demonstrar que quando a aplicação dos princípios e normas desses setores do direito envolver a juventude, haverá de se conjugar às tradicionais regras, aquelas advindas dos compromissos internacionais e interiorizadas pela Constituição, também o Diploma Maior e as normas que o regulamentam, visando preservar a dignidade dessa categoria jurídica.

Importa ressaltar, por meio das palavras de José Afonso da Silva, que a "Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989, foi ratificada pelo Brasil em 24.9.1990" e tal "conversão lhe dá força de norma jurídica interna",⁴⁸⁶ e que esta e a consagração dos direitos fundamentais da criança no artigo 227, da Constituição Federal, fornecem o arcabouço jurídico a esta categoria social.

O mesmo doutrinador e isto é pertinente ao papel da infância e da juventude no direito brasileiro, observa, ainda, que a "criança e o adolescente devem ser sempre ouvidos, quando queiram ou devam emitir sua opinião, mormente nos assuntos que lhes dizem respeito (Arts. 28, § 1.º, 45, § 2.º, 111, V, 124 I-III e VIII e 161, § 2.º, e 168)".⁴⁸⁷

Logo se constata, a partir da amplitude que o constitucionalista dá ao direito de liberdade dos jovens, porque são sujeitos de direitos, que os vários temas que sejam de seu interesse deverão ser levados ao seu conhecimento, para seu exame, não se pretendendo dizer com isso, frise-se, da possibilidade de posturas esvaziadoras das finalidades constitucionais de seu pleno desenvolvimento, por haver "restrições à liberdade de ação da criança e do adolescente" na própria Constituição e, especificamente, no "Estatuto que é a lei disciplinadora da situação jurídica deles,

⁴⁸⁶SILVA, José Afonso da. **Direitos humanos da...** p.197.

⁴⁸⁷Ibid., p.204.

onde, pois, se inscrevem as bases de seu atuar com as proibições e limitações decorrentes de sua idade e de sua limitação ao pátrio poder".⁴⁸⁸

Neste mesmo toar, Edson Sêda assevera que as crianças e adolescentes não possuem o poder de se autodeterminar em suas relações sociais e que, assim, são assistidos ou representados por responsáveis (pais ou quem a lei indicar). Para ele, a "peculiar condição de desenvolvimento (...) sugere que as pessoas adquirem autodeterminação aos poucos, por partes" e, portanto, quem tem a capacidade para dizer como os filhos serão assistidos, criados e educados são os pais. De outro lado, não ignora que os pais possam faltar com seus deveres ou mesmo abusarem de sua autodeterminação e que tais condutas "ameaçam ou violam direitos dos filhos".⁴⁸⁹

O universo da juventude (crianças e adolescentes) por certo que encontra limitações no Estado, na Sociedade e, em especial, na Família. Há, entretanto, a se considerar que mesmo observados tais limites, a infanto-adolescência não é mero objeto da assistência, criação e educação dos pais ou responsáveis, ao contrário, tem direito a essas prestações parentais, cabendo-lhe, naquelas situações que propiciem sua manifestação, efetuar comentários sobre sua vida, suas insatisfações e anseios.

Não se pode imaginar que o pátrio-poder mantém-se como encontrado no Código Civil. É verdade que se ampliou a potestade parental por meio da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas no sentido de ser assegurada a proteção integral dessas pessoas e não para encorpar o espectro de poder dos pais sobre os filhos. Como ensina Eduardo de Oliveira Leite, "fala-se, agora, de 'responsabilidade parental', confirmando-se (através da expressão) que os pais têm, agora, mais deveres do que poderes e que estes só se justificam na medida em que os primeiros foram corretamente atendidos".⁴⁹⁰

As crianças e adolescentes possuem presença, papel na Sociedade e no Estado e, portanto, deverão ser considerados sempre que lhes for pertinente o fato ou a circunstância que mobilize o direito.

⁴⁸⁸SILVA, José Afonso da. **Direitos humanos da...** p.202.

⁴⁸⁹SÊDA, Edson. **Construindo o passado.** São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p.31, 33, 48.

⁴⁹⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. **A oitiva de crianças nos processos de família...** p.23.

Causa estranheza falar-se de papel da criança e do adolescente nos diversos ramos do direito, mas esta situação aparentemente "anormal" decorre do fato de que a organização jurídica da infanto-adolescência esteve fragmentada entre Códigos de Menores, Código Civil, Legislação do Bem-Estar do Menor etc., todas tratando este segmento como seu objeto, não considerando, necessariamente, os indivíduos por detrás das políticas ou medidas.

Alçando-se estas pessoas à condição de sujeitos de direitos, mediante a uniformização constitucional e estatutária, a consequência é a de impor uma nova leitura da estrutura legal, ao efeito de não ocorrerem agressões aos direitos das crianças e adolescentes.

Augura-se, com a compreensão do universo jurídico da infanto-adolescência, a superação do "adulto-centrismo" alojado em nossa legislação, consoante o adequado reporte de Eduardo de Oliveira Leite em seu *Famílias Monoparentais*.⁴⁹¹

O mesmo professor lembra que no século XX atribui-se proteção jurídica à criança, considerando-a, "depois, um verdadeiro sujeito de direito, e na tendência mais recente, um ser igual e mesmo privilegiado".⁴⁹²

D'Antonio, relativamente à influência do direito infanto-juvenil nos outros ramos jurídicos, anota que a parte geral do direito civil deixará de tratar todo o referente "a los menores" e, mais, que o tema da capacidade passará como "*lo quen rigor es: un elemento protectório cuyo lugar se encuentra en los primeros lineamentos del derecho de menores*".

Prossegue fornecendo diferenciação entre o direito da infanto-adolescência e o de família, focando-a no aspecto teleológico, "*ya que en el derecho de menores (...), la figura del menor aparece como sujeto prevalente de derechos, como motivo y fin de una especial normatividad, mientras que en el derecho de familia el menor ocupa una*

⁴⁹¹LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997. p.183.

⁴⁹²LEITE, Eduardo de Oliveira. A oitiva de crianças nos processos de família. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n.278, p.22-23, 38, dez.2000.

posición prevalente y su consideración resulta de ser integrante de um grupo (el grupo familiar), y su protección se opera a través de la regulación de la familia y de los vínculos familiares". Assoma, ainda, o autor argentino em seus comentários, que o direito da juventude opera no ramo familiar *"una profunda y eficaz renovación"* pois o autoriza a ocupar-se plenamente de seus aspectos próprios, deixando de tanger a questão da infância e adolescência, que até então era regulada *"en forma totalmente insuficiente"*.⁴⁹³

O universo público (administrativo), tal qual o familiar e o social, sofre, igualmente, a influência dos prioritários ditames do direito juvenil.

Efetivamente, as medidas de ordem administrativa aportadas no universo da educação, da saúde, da segurança, da família, dos interesses políticos, econômicos, culturais enfim, e, bem assim, as decisões dos Conselhos voltados à infância e a juventude, que têm, aliás, cunho deliberativo (disso antes se tratou), iniludivelmente não de se ater aos normativos que consagram o aspecto individual e coletivo das crianças e adolescentes.

Respeitante à área penal, e aqui a distinção, não se aborda a questão dos comportamentos infracionais de crianças e adolescentes, que se pretende não sejam de caráter penal, mas socioeducativo.

Nessa esfera o que se aprecia são as infrações penais cometidas contra os indivíduos do setor infanto-juvenil, seja nas infrações penais (contravenções e crimes) que não tenham um cunho específico de proteção das crianças e adolescentes, mas das pessoas em geral, seja naquelas especialmente voltadas a preservar sua integridade bio-psíquica-moral (violência sexual, abandonos de incapaz, material, intelectual e moral, entrega de filho menor a pessoa inidônea, exposição ou abandono de recém-nascido etc.).

Nas hipóteses precedentes as autoridades envolvidas na apuração, prevenção e repressão das infrações penais, deverão considerar a gama de princípios próprios da infância e da juventude, impedindo constrangimentos e impunidade.

⁴⁹³D'ANTONIO, Daniel Hugo. Op. cit., p.18-19.

Há uma inserção nesse e noutros ramos do direito da essência prioritária e de proteção integral da criança e adolescente.

Não se trata aqui, tão só, de um discurso ideológico, mas antes, isto sim, de obediência ao roteiro constitucional de dignidade e prioridade absoluta na defesa e implementação dos direitos das crianças e adolescentes. De preservar, pois, seu superior interesse.

Há, sem dúvida, um chamamento à participação da infanto-adolescência no meio social e "que evidencia uma significativa gama de relaciones jurídicas, *con la aparición de una verdadera cultura infanto-juvenil, a la que se dirigen distintos elementos sociales (publicidad, moda, recreación, consumo en general)*".⁴⁹⁴

A propósito do que se expõe, deixa-se claro não haver a construção de conceito paralelo aos de personalidade e capacidade.

Personalidade, como se sabe, é a "possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida" e, logo, "toda pessoa é dotada de personalidade". Capacidade é a "aptidão, oriunda da personalidade para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil".⁴⁹⁵

É notório no Direito Brasileiro e, em princípio, no direito posto em geral, que aqueles abaixo de determinada idade (menos de vinte e um anos no Brasil) são tidos como incapazes, ou seja, seus atos na vida civil são sujeitos a uma representação (menores de 16 anos - Art. 5.º do Código Civil) ou a uma assistência (maiores de 16 e menores de 21 anos - Art. 6.º do Código Civil), por parte dos respectivos responsáveis, que de regra são os pais.

Inocorreu qualquer mudança nesse quadro com o reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, a não ser no sentido de que o agir e o fazer dos detentores da autoridade parental dirige-se ao melhor interesse da infanto-adolescência.

⁴⁹⁴D'ANTONIO, op. cit., p.21.

⁴⁹⁵DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral de direito civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.82, 86. V.1.

Aqui, uma interpolação cabível a respeito do nascituro e sua personalidade. Para Silmara J. A. Chinelato e Almeida, nascituro "é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno", em relação ao qual orbitam três principais correntes, todas buscando revelar o início da personalidade à luz do artigo 4.º, do Código Civil.⁴⁹⁶

De acordo com a precitada autora, a primeira corrente fundamental sobre o início da personalidade e a condição jurídica do nascituro é a *natalista*, para a qual "a personalidade civil começa do nascimento com vida, alicerçando-se na primeira parte do artigo 4.º, do Código Civil (...) não explica, no entanto, porque o mesmo artigo 4.º reconhece **direitos** e não expectativas de direitos ao nascituro...". Já a segunda tendência, chamada de *personalidade condicional*, reconhece a personalidade desde a concepção com vida, com a condição de nascer com vida", cujo defeito seria deixar "à margem de suas indagações os Direitos da Personalidade – entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida (...)". Por fim, a terceira expressão do pensamento jurídico sobre o início da personalidade designada *concepcionista ou verdadeiramente concepcionista* defende que "a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e 'status' do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos".⁴⁹⁷

Silmara J.A. Chinelato e Almeida acolhe a terceira corrente, sendo que a seu ver o nascimento com vida deve ser entendido "como enunciado negativo de uma condição resolutiva, isto é, o nascimento **sem** vida, porque a segunda parte do artigo 4.º, do Código Civil, bem como outros dispositivos, reconhecem **direitos** (não expectativas de direitos) e **estados** ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a **concepção**".⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direitos de personalidade do nascituro. In: direitos da personalidade e responsabilidade civil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.38, p.21-22 dez. 1992.

⁴⁹⁷Ibid., p.22-23.

⁴⁹⁸ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Op. cit., p.23.

Lembra a jurista que os direitos e estados dos nascituros conduzem, por exemplo, a que a "posse dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular do direito subordinado à condição resolutiva".⁴⁹⁹

A importância da questão do nascituro, na temática sob exploração nessa dissertação, diz com a definição deste ser ou não pessoa, pois adotando a terceira corrente, há que se ter o nascituro, à luz do artigo 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como criança, já que o dispositivo assim estabelece:

Art. 2.º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Esse enquadramento não se choca com a legislação tradicional, nem com a estatutária, a qual, aliás, tem orientação na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, em cujo preâmbulo há reprodução de parcela da apresentação da Declaração dos Direitos da Criança, na qual se vê afirmação de que a criança "precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento".⁵⁰⁰

Desse modo, acatando-se a condição de pessoa⁵⁰¹ ao nascituro, todas as normas referentes à infância que sejam pertinentes à "sua condição especial de estar concebido, no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz", serão aplicadas para sua proteção.⁵⁰²

Retomando-se, após tais considerações, aos conceitos de personalidade e capacidade, cabe a constatação de que todos aqueles que não estejam nos patamares da

⁴⁹⁹Ibid., p.23.

⁵⁰⁰MIRANDA, Sandra Julien (Org.). **Criança e adolescente: direito a direito**. São Paulo: Rideel, 1999. p.71, 77.

⁵⁰¹LEITE, Eduardo de Oliveira. **O direito do embrião humano: mito ou realidade**, p.78, a este respeito assim dispõe: "... quando o Código Civil brasileiro distingue as duas realidades, pessoa e personalidade, deixa bem claro e de maneira precisa, que a 'personalidade civil' do homem começa do nascimento com vida, mas que a lei 'põe a salvo' (isto é, protege, atribui juridicidade) desde a concepção os direitos do nascituro. Se a lei atribui direitos ao nascituro 'desde a concepção' é porque aí visualizou ocorrência de personalidade".

⁵⁰²ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Op. cit., p.24.

maioridade conhecerão uma "representação" *lato sensu* para sua vida civil (inclusive, no que couber, o nascituro, como indicam, por exemplo, os artigos 84, 372, 462, 1169 do Código Civil e artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil).

O que se ambiciona desenvolver é a idéia de que a personalidade dos indivíduos da infante-adolescência, pelo atual regime Constitucional e estatutário, tem uma proteção integral que remete a sua preservação a todos os setores do Estado, da Sociedade e da Família, daí decorrendo que o Direito em todas suas manifestações deverá atender a esta integralidade, e isto não sufocará conceitos tradicionais como capacidade, porque são matizes diferentes e complementares das mesmas crianças e adolescentes.

Não se está, precipuamente, a exigir uma ação de crianças e adolescentes; antes se propõe que as ações na área do Direito previnam ataques à personalidade dessas pessoas, tida como o seu primeiro bem.⁵⁰³

Ademais, em relação aos relativamente incapazes, que estão sujeitos a uma assistência, admitem-se atos independentes desta, tais como aceitar mandato (Art. 1298, CC), fazer testamento (Art. 1627, I, CC), ser testemunha em atos jurídicos (Arts. 145, III e 1650, CC), e "precedendo autorização, pode ser comerciante (CCom, Arts. 1.º, II e 5.º); casar-se o homem com 18 e a mulher com 16 anos (CC, Art. 183, XII)", ser eleitor facultativamente aos 16 anos etc.⁵⁰⁴ Estas permissões legais estão a indicar que certas matérias, pelos menos para os maiores de 16 anos, revelam-se inerentes a determinados interesses do adolescente, a tal ponto de viabilizar atitudes mais autônomas, relativizando, portanto, ingerências da autoridade parental.

O modelo francês oferece exemplificação que remete à meditação. Efetivamente, são de grande utilidade as informações de Guy Raymond sobre a defesa dos interesses da juventude nos procedimentos que interessam direta e indiretamente às crianças ou adolescentes.

Tal como no direito brasileiro, também no francês não se recusa a sua falta de capacidade, daí porque "(n)ormalmente, a defesa dos interesses da criança é

⁵⁰³DINIZ, op.cit., p.83.

⁵⁰⁴Ibid., 92.

assegurada por seus representantes legais, pais, ou tutor". O direito franco, no entanto, não se subsume tão-só às questões de representação, mas reconhece circunstâncias em que a "criança pode ter interesse em manifestar suas razões num processo que lhe respeita", a par, ainda, dos conflitos de interesses com seus representantes e nessas admitir-se-á seja ouvida perante a justiça.⁵⁰⁵

O autor francês revela que quando o jovem for ouvido em processos que lhe interessem apenas indiretamente, falará, conforme tenha condições de entender o juramento, como testemunha ou como informante.⁵⁰⁶

Nos casos que interessam diretamente à criança ou ao adolescente, em todos os processos, em decorrência de o normativo francês ter incorporado o artigo 12, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, eles serão sempre ouvidos.

Raymond esclarece que o jovem se encontra numa posição original no processo, pois sua audição não lhe confere a qualidade de parte, na medida em que se reafirma sua incapacidade de intentar um processo na justiça. Admite-se, entretanto, que não seja inteiramente espectador no processo que lhe pertina, ficando à apreciação do juiz aferir de sua condição de se exprimir, sem limites etários, havendo a possibilidade, inclusive, de recurso, caso o juiz afaste a audição.

A oitiva não segue um padrão e poderá a criança ser ouvida só, ou assistida de advogado, ou de uma pessoa de sua escolha, a qual poderá ser recusada pelo juiz, caso entenda que tal assistência não está de acordo com o interesse da criança.⁵⁰⁷

Nesse mesmo modo de pensar e admitindo-se que o contemporâneo contexto da infante-adolescência indica o reconhecimento da preservação de seus direitos fundamentais e aí inseridos, por evidente, os seus direitos de personalidade, não soa estranho indicar a presença de um novo dever, ou nova cautela com esta categoria nos diversos momentos do Direito Brasileiro, sendo perfeitamente possível, em face do estofamento constitucional e legal, introduzir na nossa práxis um modelo semelhante ao francês.

⁵⁰⁵DINIZ, op. cit., p.237-238.

⁵⁰⁶Ibid., p.238.

⁵⁰⁷Id. p.238.

Os artigos 12 da Convenção de Nova York e 16, inciso II, do ECA (direito à liberdade de opinião e expressão), dão suporte jurídico e tornam obrigatória a oitiva de crianças e adolescentes.

Não há uma incompatibilidade dessa perspectiva com a norma do artigo 405, §1.º, III, do CPC, que veda a admissão do menor de 16 anos como testemunha (proibição que incoorre no processo penal, como se vê da redação do artigo 202, do Código de Processo Penal - CPP: *Toda pessoa poderá ser testemunha*), posto que pode ser chamada a criança ou o adolescente, em face de seus interesses diretos ou oblíquos, a colaborar, enquanto informante, com a Justiça, com fundamento nos artigos 339 a 341, do mesmo *Codex*, acrescentando-se a estas regras, o permissivo contido no artigo 130, do mesmo conjunto normativo, de produção de elementos probatórios pela autoridade judiciária. Numa postura mais radical, propor-se-ia uma revogação da vedação antes mencionada, pelo menos naquelas circunstâncias em que venha ao encontro da criança ou do adolescente a sua manifestação judicial; não se vê, porém, da necessidade de atribuir-se a estes indivíduos a condição de testemunha para garantir-lhes manifestação em sede judiciária.⁵⁰⁸

Para uma melhor desenvoltura do debate ora instaurado, adiante se passará a examinar o posicionamento doutrinário acerca do superior interesse da criança e do adolescente, tema que mereceu rápida abordagem na seção 1, da capítulo 1, da Parte 4 desta dissertação.

2.2 O Superior Interesse da Infância-Adolescência

O tema do superior ou melhor interesse tem íntima ligação com os direitos de personalidade, pois sua definição prende-se "ao desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social", elementos estes que "constituem pontos de referência do 'interesse do menor' ".⁵⁰⁹

⁵⁰⁸Esses apontamentos valem, de igual modo, ao artigo 142, III, do CC, que veda a admissão como testemunhas dos menores de 16 anos.

⁵⁰⁹LEITE. Eduardo de O. *Famílias monoparentais...* p.197.

De acordo com os conceitos sobre os personalíssimos direitos, a preocupação com a integridade físico-psíquica-moral formula o plano mínimo da dignidade das pessoas e, assim, os pontos de referência do interesse do "menor" convergem a tais prerrogativas dos indivíduos.

Conforme explicitou-se no tópico sobre os antecedentes legislativos, existiram diferentes correntes jurídico-doutrinárias a respeito da proteção à infância e juventude no Brasil desde o século XIX.

Com suporte nos lineamentos de Tânia da Silva Pereira,⁵¹⁰ é possível fazer uma síntese desses momentos jurídicos da infanto-adolescência, observando que:

- 1) nos Códigos Penais de 1830 e 1890 havia a *Doutrina do Direito Penal do Menor*, concentrada na delinqüência e baseada na "pesquisa de discernimento", pertinente a uma imputabilidade relacionada com seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso;
- 2) a partir do Código "Mello Mattos" e especificamente com o advento do Código de Menores de 1979, manifesta-se uma resistência à teoria do discernimento e passa a vigorar a *Doutrina da Situação Irregular* ligada à idéia de abandono e perigo de marginalização;
- 3) e, finalmente, mediante a Constituição Federal de 1988 e da Lei n.º 8.069/90, entrou em vigor a *Doutrina da Proteção Integral*, que pretende acolher a "população infanto-juvenil, em qualquer situação", devendo "ser protegida e seus direitos, garantidos, além terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos".⁵¹¹

Pretende-se com esta descrição da evolução do direito infanto-juvenil, enfatizar, num primeiro plano, que o superior ou melhor interesse não deve ser confundido com a política do discernimento (item 1 supra), a qual, indevidamente, atribuía maturidade a quem não tinha.

Quando se tem em mente o melhor interesse, as atenções estão voltadas à preservação do plexo de direitos e garantias da parcela social crianças e adolescentes.

⁵¹⁰PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da ...** p.11-14.

⁵¹¹Ibid., p.14.

Não se olvida, sob outro ângulo, sua peculiar condição de desenvolvimento, não se lhe recusa imaturidade, apenas se pretende que não se os ignore nas tomadas de decisões administrativas ou judiciais; esta, diga-se, é a expectativa de atribuição de absoluta prioridade aos seus interesses.

Impende esclarecer que nem a Constituição Federal, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizaram as expressões "superior interesse, melhor interesse ou maior interesse", apesar disto, o Direito Brasileiro assimilou-as quando adotou a Doutrina da Proteção Integral estabelecida na Convenção dos Direitos da Criança. Este compromisso internacional, por sua vez, dispõe expressamente do "superior interesse" e tal princípio ingressou no sistema jurídico brasileiro mediante sua ratificação pelo Brasil com o Decreto n.º 99.710/90.

Nas variegadas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente encontra-se a marca desse valor essencial - o superior ou melhor interesse -, porém, no artigo 6.º da Lei n.º 8.069/90, quando ele "define que na interpretação dessa lei serão levados 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" antevê-se a importância de ter as ações e o "pensamento voltado para o melhor interesse dessa parcela da população".⁵¹²

A doutrina vê de modo pulsante, com efeito, a consideração do melhor interesse nas diversas relações que pertinem à criança e ao adolescente, mormente nas jurídicas.

Tânia da Silva Pereira indaga-se quanto ao caminho a percorrer para interpretar o melhor interesse; quais são os elementos e critérios a serem considerados e adotados "para que as decisões não representem atos discricionários dos operadores do Direito ou dos responsáveis"?

Reconhece a doutrinadora "que os caminhos para a interpretação são limitados. Por esta, não nascem regras de direito; em nosso sistema jurídico, sua

⁵¹²SIMAS, Ulisses Fialho. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimentos cíveis da Lei n.º 8.069/90. **O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar.** Tânia da Silva Pereira (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.609.

intervenção é restrita ao preenchimento de lacunas nas fontes formais". Sustenta, respeitante ao melhor interesse, não estarmos "diante de lacunas da lei, mas sim de um princípio, o qual aparece, com pequenas variáveis, em modelos jurídicos marcados por ideologias diversas". Assevera que "o princípio do *melhor interesse da criança* consta de uma Convenção ratificada pelo Brasil pelo Decreto n.º 99.710/90, sendo, portanto, um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do Art. 5.º, §2.º da Constituição da República" e, logo, identifica-se o melhor interesse da criança, nos dias de hoje, "como uma norma cogente não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (através do Decreto n.º 99.710/90), mas também porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação das normas".⁵¹³

Tânia da Silva Pereira destaca, ainda, seu caráter interpretativo, cumprindo o referido princípio "uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infante-adolescência, ao mesmo tempo que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância" e, desse modo, o " Sistema Jurídico vigente indica importantes espaços para que seja implementado o referido princípio; no Código Civil, por exemplo, são inúmeras as regras que refletem a preocupação em favorecer os interesses do menor de idade, sobretudo, no âmbito familiar. O Art. 225 CC reflete a nítida intenção do legislador em proteger os interesses patrimoniais dos menores sob o Pátrio Poder".

Reporta, igualmente, a importância da previsão do inventário e a amenização das regras pertinentes à validade dos atos jurídicos, em nome da proteção da criança. Igualmente, para esta defesa, evoca as regras dos Arts. 387 do CC, do Art. 9.º CPC e do Art. 142, p. único do ECA "que se referem à nomeação de um *Curador Especial* na hipótese de 'colisão de interesses' ".

Aborda, nessa idéia de ocupação pela infância e adolescência de seu devido espaço no direito, o "grande desafio de implementar ações que reflitam efetivas

⁵¹³O "melhor interesse da criança", **O melhor interesse da Criança**: um debate interdisciplinar. Tânia da Silva Pereira (Coord.). p.21, 25.

mudanças na cultura do atendimento à população infanto-juvenil, buscando uma orientação objetiva que possa colocar em prática dois importantes paradigmas:

- a) assumir, definitivamente, a criança e o adolescente como 'sujeitos de direitos'; e
- b) promover a implementação do princípio do 'melhor interesse' ".⁵¹⁴

É conveniente, por esta via, pretender-se a presença de jovens em demandas judiciais, pois "(a) 'fala da criança' deve ser assumida como uma das provas essenciais na instrução de processos que envolvam seus interesses", podendo considerar-se algumas condições objetivas para o exercício deste direito perante Juízes e Tribunais, tais como:

- 1) adaptar os procedimentos com vistas a garantir a manifestação autêntica da vontade da criança ou do adolescente;
- 2) criar condições que facilitem a expressão espontânea da criança, evitando situações de angústia e linguagens técnicas incompreensíveis;
- 3) favorecer a intervenção de profissionais especializados que possam interpretar, de maneira apropriada, a palavra da criança e do adolescente, permitindo-lhe expressar seus interesses e conflitos com maior liberdade;
- 4) fornecer à criança e ao jovem todas as informações relativas à sua situação e ao assunto sobre o qual deverá emitir sua opinião;
- 5) não forçá-los a se exprimirem ou se manifestarem caso não estiverem preparados;
- 6) convocá-los a participar dos procedimentos de mediação familiar destinados a solucionar conflitos que envolvam sua pessoa e seus interesses;
- 7) considerar seus sentimentos e pensamentos na solução dos conflitos que lhes digam respeito;
- 8) assumir a 'Curadoria Especial' como a alternativa de interferir nos procedimentos para fazer valer os direitos de seu representado;

⁵¹⁴O "melhor interesse da criança", **O melhor interesse da Criança**: um debate interdisciplinar. Tânia da Silva Pereira (Coord.). p.26-28.

- 9) evitar a convocação da criança e do adolescente como testemunha de um dos pais contra o outro; sua oitiva deve representar uma forma de expressar sua opinião e de preferência sobre a situação conflitante; tal depoimento nunca deverá ser prestado na presença dos pais.

Não há temer, porém, que a oitiva das crianças submeta o Juiz às suas sugestões "mas deve levar em conta que a criança e o adolescente podem ter vontade de verbalizar o que se passa com eles, ou ainda, que necessitem tirar dúvidas sobre as situações que os envolvem".⁵¹⁵

Detecta, porém, Tânia da Silva Pereira, as dificuldades dos métodos atuais à definição de questões que envolvam crianças e jovens, que "ainda não encontraram parâmetros seguros para priorizar os interesses desses novos sujeitos de direitos do nosso ordenamento jurídico", demonstrando, por exemplo, o imperativo de mudança no Sistema de Justiça "para julgar os casos de violência sexual infanto-juvenis", para se definir, mesmo, qual o juízo adequado.

Importa, de tal forma, estar "(o) *princípio do melhor interesse da criança* (...) presente em todas as áreas de atendimento à família, à criança e ao adolescente" e sua implantação "não pode se resumir a sugestões ou referências; deve ser a premissa em todas as ações concernentes a esta destacada parcela da população. Considerando-os com suas individualidades, também por seus pais ou responsável, devem ser assumidos como pessoas independentes e em peculiares condições de desenvolvimento".⁵¹⁶

Ocorrerá, evidentemente, a necessidade de se indagar, admitindo-se a possibilidade de considerar a opinião da criança e do adolescente, as seguintes situações, dentre outras: Quem deverá apreciá-la? Serão médicos, psicólogos, assistentes sociais, tribunais? E que critério deveria ser aplicado? De que importância são os desejos e preocupações parentais?⁵¹⁷

Não há soluções prontas, sendo de relevo marca que o melhor interesse "é

⁵¹⁵Tânia da Silva Pereira, op. cit., p.30.

⁵¹⁶Tânia da Silva Pereira, op. cit., p.35, 40, 90, 95.

⁵¹⁷FREEMAN, Michael. *The Best Interests of the child? Is the best interests of the child in the best interests of children? International Journal of Law, Policy and the Family*, p.378.

um dos princípios e valores emergentes do moderno Direito da pessoa e da família, que irradia energia jurídica e alcança a outras partes de nosso ordenamento (processual, penal, administrativo...)", tendo índole vinculativa "a todos os poderes públicos" (isto é, executivo, legislativo e judiciário).⁵¹⁸

A função do melhor interesse, como princípio, é servir "de fundamento à ordem política e jurídica, e por sua relação com coma dignidade da pessoa e outros valores constitucionais (...) deverá ser tido em conta na interpretação e aplicação das normas atinentes a outros direitos e liberdades, dos quais é um *prius* lógico e ontológico".⁵¹⁹

Espera-se que tal como no modelo espanhol, nosso Código Civil pós-constitucional sofra positiva influência do superior interesse na concepção da pessoa em desenvolvimento, impregnando-se a nova legislação dos paradigmas contemporâneos, para "dar um giro copernicano" no modo de realizar a proteção da juventude.⁵²⁰

Heloísa Helena Barboza, trabalhando o Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil, sobre o superior interesse grifa "que a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e adolescente expressos no texto da Constituição Federal" e alinha que "o Estatuto se aplica *a todas crianças e adolescentes*, subtraindo a incidência do Código Civil na matéria, em todos os casos em que houver incompatibilidade entre ambos ...".⁵²¹

Para Camila Renault Pradez de Faria, são cônsonos o princípios da

⁵¹⁸HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. Op. cit., p.24, 35.

⁵¹⁹Ibid., p.36.

⁵²⁰Ibid., p.38-39.

⁵²¹Heloísa Helena Barboza. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil, O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar. Tânia da Silva Pereira (Coord.). p.115, 117.

prioridade absoluta contido na Constituição Federal (Art. 227) e o do maior interesse da criança, conforme previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pelo que em "todos os atos relacionados à criança dever-se-á considerar o seu melhor interesse; devendo o Estado zelar pela proteção e cuidados adequados quando pais ou responsáveis não o fizerem", visando-se, desta maneira, "o equilíbrio entre os direitos da criança e os direitos e deveres dos pais ou responsáveis, dando à esta o direito de participar em decisões que afetarão seu presente e futuro".⁵²²

Especulando Maria Santos Pais, de igual forma, com as conseqüências da Convenção sobre os Direitos da Criança, enfatiza o fato de que criou obrigações para os Estados signatários, pelo menos ante a comunidade internacional e no sentido mínimo de viabilizar as condições necessárias para o exercício dos direitos nela reconhecidos.

Para a autora, por força da convenção, "a criança é considerada um cidadão com direito de exprimir opiniões e de tê-las consideradas. De ser informada, consultada, de participar ativamente de todos os processos de decisão que tratem de sua vida e de ser tratada como uma pessoa digna de respeito e do melhor apoio e da melhor atenção possíveis". Mediante seu artigo 3.º, o melhor interesse da criança será "uma consideração primária quando de todas as ações que pertinem às crianças e que deve ser empregada pelas instituições sociais públicas ou privadas, pelos tribunais, ou pelas autoridades administrativas ou legislativas (...) em todas as circunstâncias e quando de todas as decisões referentes às crianças", para "sempre escolher a melhor solução possível para a criança".

⁵²²Camila Renault Pradez de Faria. Educação como Direito Fundamental: sua estrutura política e econômica em face das novas regras constitucionais e legais; O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar. Tânia da Silva Pereira (Coord.), p.214. Em igual perspectiva, na mesma obra, Mônica Luiza de Medeiros Kreter. O princípio do melhor interesse face aos maus-tratos decorrentes do incesto, para quem:"Desta forma, há que se rever o espaço destes novos sujeitos na sociedade, permitindo sempre a sua participação, pois de simples coadjuvantes passaram a personagens principais, titulares de direitos fundamentais, o que lhes conferiu a faculdade de serem ouvidos em tudo aquilo que lhes diz respeito.Sob este aspecto, é forçoso admitir que a lei influiu de maneira definitiva para que as mudanças tivessem lugar, obrigando não só governo, mas toda a população a repensar o modo de tratar estes seres em condição peculiar de desenvolvimento...."Esta é uma maneira de preservar o princípio do 'melhor interesse", respeitando a condição de sujeito de direitos da criança/adolescente que lhes foi reconhecida, de maneira que, como personagem central do processo, ela possa externar a sua opinião relativamente ao ocorrido, assegurando-se que a mesma seja respeitada e levada em consideração, e que o agressor seja punido", p.389, 393.

Nesse raciocínio, pondera ainda:

Quando as autoridades legislativas estão a ponto de promulgar uma nova lei ou de rever uma lei existente, é essencial indagar se as soluções propostas são as melhores possíveis para o bem das crianças. Nos casos onde um tribunal deva resolver um conflito de interesses, ele tem ' o direito e a obrigação de proferir as decisões segundo o melhor interesse das crianças (...) Quando da intervenção das autoridades administrativas (...) elas deverão agir em favor das crianças e proteger seus interesses. Quando dos planos orçamentários, há que se dar grande prioridade à política a respeito das crianças e alocar o máximo de recursos possíveis.

Detecta para as crianças a aptidão de promover seus próprios interesses, contribuindo "progressivamente à proteção de seus direitos", conceituando o melhor interesse como a "consideração primeira quando de toda ação pertinente às crianças".⁵²³

Elisa de Carvalho Laurindo Hasselmann, nesses mesmos ventos, mostra a coerência da Doutrina da Proteção Integral com o princípio sob análise, entendendo que este deve nortear as decisões judiciais "sempre que a situação da criança requerer a interferência do Sistema de Justiça. Esta intervenção do Estado através do Judiciário mostra-se oportuna nas mais diversas situações, tais como: regulamentação da guarda de filhos de pais separados, medidas sócio-educativas nos casos de jovens em conflito com a lei ou nos casos onde se torna necessária a colocação em família substituta", rematando que "(a) tarefa de ouvir a criança, decodificando sua vontade, transmitindo-a ao juiz, deverá estar a cargo da já então consagrada equipe interdisciplinar, composta por psicólogos, assistentes sociais etc. Neste aspecto, o direito de expressão conferido à criança merece alguns cuidados ao ser exercido no âmbito do Direito de Família".⁵²⁴

Interessante, desses posicionamentos todos, verificar a convergência para um ponto comum, qual seja aquele ligado à constatação de que o melhor interesse da criança transita em todos os meandros sociais e jurídicos, não sendo a infanto-

⁵²³ Maria Santos Pais. *Le meilleur intérêt de l'enfant*, **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Tânia da Silva Pereira (Coord.). p 38-540, 543-544.

⁵²⁴ Elisa de Carvalho Laurindo Hasselmann. *O melhor interesse da criança e do adolescente em face do Projeto de Código Civil*, **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Tânia da Silva Pereira (Coord.), p.362, 367.

adolescência uma categoria "estanque, dissociada de seu meio e de sua condição de ser humano em desenvolvimento".

Nesses termos, o melhor ou superior ou "maior interesse da criança é de ser sempre interpretado a partir dos parâmetros do Art. 6.º da Lei n.º 8.069/90, com o intuito de garantir os direitos consolidados constitucionalmente, tendo como diretrizes não mais a divina inspiração do 'bom pai', mas a proteção integral e a prioridade absoluta objetivamente definidas na normativa nacional e internacional".⁵²⁵

Crítica positiva e oportuna ao subdimensionamento do superior interesse da criança vem da lavra de Ulisses Fialho Simas, o qual acentua a ainda presente visão estigmatizadora do direito infanto-juvenil ligada à doutrina da situação irregular, restringindo a sua aplicação aos limites da Justiça da Infância e da Juventude.

Ao seu entender, mesmo restando imprevista na legislação processual civil a oitiva da criança e do adolescente, esta, sob os influxos da *Convenção Sobre os Direitos da Criança e do Adolescente* e conforme o Decreto n.º 99.170/90, "deve ser, portanto, a soberana das provas e essencial na instrução dos processos que envolvam seus interesses".⁵²⁶

Há, como demonstrado, grande discussão sobre o princípio, mas, para que, afinal, tanto debate sobre o melhor interesse da infanto-adolescência?

Trata-se do reconhecimento, resultado da experiência de vários países, de estarem as crianças e adolescentes a reclamar uma proteção mais ampla das instituições. Esta caminhada, porém, é lenta, pois deve quebrar os elos paradigmáticos conservadores e resistentes à assunção de novas categorias dotadas de direitos.

Não há, como se vê, excessiva valorização do melhor interesse, mas uma

⁵²⁵Márcio Thadeu Silva Marques. **Melhor interesse da criança**: do Subjetivismo ao Garantismo, O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar. Tânia da Silva Pereira (Coord.), p.472, 492.

⁵²⁶Ulisses Fialho Simas. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimento cíveis da Lei n.º 8.069/90, **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Tânia da Silva Pereira (Coord.). p.609-611.

nova consideração social e jurídica em face da qualidade de pessoa em formação das crianças e adolescentes e esta constatação de que necessitam de eficaz proteção tem encontrado *"um raro consenso en las legislaciones de todos los países de nuestra área cultural y jurídica (incluso más allá del mundo occidental)"*.⁵²⁷

Daniel Hugo D'Antonio é sensível a esse movimento e anota sua percepção sustentando que *"(las) insistencias por dotar al menor de normas jurídicas que se orientaran a sua protección, conformantes a la postre de una disciplina específica y autónoma, y al mismo tiempo los esfuerzos por instrumentar y poner en funcionamiento los organismos especializados, comienzan a dar frutos, y es posible encontrar hoy una actitud social acorde con las necesidades del menor de edad"*.⁵²⁸

O mesmo autor detecta nessa recente atitude social frente à criança e ao adolescente, a possibilidade de exercício direto de seus direitos, especialmente tratando-se dos personalíssimos, que ficariam à margem da atividade de representação por parte de responsáveis, ante seu caráter extrapatrimonial.⁵²⁹

Afirma, assim, que *"(q)uedan, entonces, delineados los distintos supuestos que pueden presentarse en relación con este tema y las diferentes soluciones a arbitrar, las que parten de un presupuesto genérico de vigencia de la representación legal del menor, la que queda exceptuada cuando así lo imponda el superior interés de éste"*.⁵³⁰

Cecília P. Grossmann, demonstrando afinção com seu conterrâneo D'Antonio quanto ao superior interesse, realça a relevância do princípio, argumentando que *"alienta la idea de que frente a un conflicto de intereses se consideran de mayor jerarquía aquellos que permiten la realización plena de los derechos del niño"*, pois, por força da Convenção sobre os Direitos da Criança trata-se de uma *"consideración primordial a la cual se atenderá, es decir, como un elemento fundamental, pero no*

⁵²⁷HERNÁNDEZ, op. cit., p.45.

⁵²⁸Ibid., p.vii.

⁵²⁹Ibid., p.145.

⁵³⁰HERNÁNDEZ, op. cit., p.143-147.

*único ni exclusivo", devendo o "interés del niño (...) ser armonizado con las demandas de todo el grupo familiar dentro de una lógica de integración basada en la participación y la solidaridad".*⁵³¹

Para a doutrinadora argentina, a fórmula para entender o melhor interesse da criança passa pelo exercício de "*hacer una distinción de los derechos del niño como 'persona', como 'niño', como 'joven' y como 'futuro adulto' "*", e tal equação mostra-se, a princípio, como a conexão entre os vários direitos e as gerações dos direitos infanto-juvenis.⁵³²

Grosmann relaciona a concreção do superior interesse com o direito da criança a ser ouvida:

*El derecho a la palabra constituye una etapa decisiva en la historia de la infancia. Escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona. Cuando un juez quiere evaluar cuál es la decisión que mejor lo favorece, se imagina una mejor calidad de vida, física y psíquica, un desarrollo más favorable, menores riesgos etc. Indudablemente, uno de los elementos esenciales para dicha valoración es conocer el niño, su personalidad, sus necesidades, sus inclinaciones o dificultades. Si en la palabra del menor no define la decisión judicial, su pensar y sus sentimientos constituyen un ingrediente esencial de la determinación del juez. Es indispensable combinar la visión nacida de los elementos de prueba existentes con la 'mirada' del niño, pues difícilmente, como hemos señalado, se pueda obtener un resultado positivo con acciones coercitivas sobre su persona.*⁵³³

Tal como D'Antonio, a autora entende que tratando-se de direitos personalíssimos, "*el niño, alcanzado un cierto grado de madurez, o sea, adquirida la capacidad para regular sus preferencias, con comprensión de las consecuencias, no*

⁵³¹Ibid., p.40, 42.

⁵³²Ibid., p.47.

⁵³³HERNÁNDEZ, op. cit., p.62, estabelece premissas para qualquer consideração sobre o interesse dos jovens, quais sejam: "*a) el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; b) además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira*", op. cit., p.108/108.

sólo debe ser escuchado, sino que es necesario que otorgue su consentimiento informado". Prossegue indicando que as "orientaciones más modernas referidas a los niños y adolescentes coinciden en reconocerles la titularidad de los derechos humanos personalísimos inherentes a su condición de persona humana". Equivale dizer, que nada obstante haja uma aceitação quanto aos pais administrarem interesses patrimoniais dos filhos, quanto àquelas prerrogativas de preservação da personalidade e da própria dignidade, há que se admitir da possibilidade de o jovem reclamar o exercício de seus direitos, para que seu melhor interesse seja observado!⁵³⁴

Grosmann delinea o superior interesse sustentando que em sua noção deve-se considerar:

*... previamente qué es lo que el niño sabe, a qué le teme, cuáles son sus deseos, si tiene ideas correctas o incorrectas (...) (c)abe afirmar, pues, que es necesario que los niños y los adolescentes, que son sujetos de derechos, sean escuchados en juicio, ya que con ello se puede arribar a una mejor solución de la cuestión de que se trate, pues aquellos suelen decidir cosas importantísimas, que de ordinario sus padres no manifiestan y que no constan en los escritos judiciales por ellos presentados.*⁵³⁵

A formulação – sempre que possa ser afetado o jovem – parece ser interessante como reveladora do melhor interesse e talvez até merecesse uma previsão expressa, em convergência com a Convenção dos Direitos sobre a Criança.

O considerar os interesses dos jovens ou sua oitiva, não deverá ser tratado como se fosse assunto algo informal e comezinho, há que se reconhecer seu papel sócio-jurídico e nesse sentido incumbe determinar as "áreas de opinión y acuerdo del niño-adolescente (religión, educación, ingreso a órdenes religiosas, profesión, trabajo, vigilancia, corrección, guarda, relaciones con la familia extensa, tenencia) (...) a fin de conferir al niño o adolescente, al mismo tiempo, la posibilidad legal y real de acudir al juez ante la lesión de sus derechos fundamentales o el abuso de derecho en el ejercicio de la función paterna".⁵³⁶

⁵³⁴Ibid., p.127 e 129.

⁵³⁵GROSMANN, op. cit., .134, 183.

⁵³⁶GROSMANN, op. cit., p.264.

O melhor interesse da criança e adolescente, pelo exposto, liga-se à previsão da Convenção sobre os Direitos da Criança de que em todas as esferas, sejam administrativas ou judiciais, não se ignorará tais sujeitos de direitos, propiciando-lhes acesso a todas as situações que atinjam, afetem seus interesses, decorrendo, dessa perspectiva dilatada, que nenhum setor do Direito poderá recusar o exame, objetivamente, do superior interesse da criança, caso essa possa ser atingida pelos efeitos do exercício de suas regras e princípios, ainda que apenas mediatamente. Freeman traduz bem a assertiva anterior quando afirma de que se há de reconhecer que crianças são pessoas e têm direitos e, assim, a infância é uma construção social e que a juventude tem um senso de sua realidade.⁵³⁷

O melhor interesse, como apresentado, está ligado à consideração de todas as manifestações da infanto-adolescência, no seu universo familiar, social ou em face do Estado e, assim, reclama-se das funções legislativa, administrativa e judiciária especial atenção aos direitos da juventude.

A regra contida no artigo 141, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a toda criança e adolescente o acesso à Justiça (Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário), vem convergir com a idéia construída de que os superiores interesses dessa categoria sociojurídica deverão ser acolhidos e protegidos (a atividade da autoridade judiciária em nome dos princípios da verdade material e livre convicção – artigos 130 e 131, do CPC e 502, do CPP – pode e deve apreender as vontades e anseios dos jovens cujas vidas serão direta ou obliquamente atingidas por seus decretos)⁵³⁸ e não somente no exclusivo âmbito do juizado da Infância e da Juventude,

⁵³⁷FREEMAN, Michael. The Best Interests of the child? Is the best interests of the child in the best interests of children? *International Journal of Law, Policy and the Family*, p.383.

⁵³⁸A tendência contemporânea é a do "sistema da *persuasão racional do juiz* (que) (...) leva em consideração a consciência do julgador, liberando-o do critério numérico das provas, porém, por outro lado, exige que seu convencimento se baseie nas provas contidas nos autos. E mais: tal fundamentação deve ser externada pelo juiz, ao decidir (...) O sistema processual brasileiro adota tal princípio. É o que se vê do positivado no artigo 131 do Código de Processo Civil". Este princípio, percebe-se, vem ao encontro do aqui sustentado quanto às decisões que afetem à infanto-adolescência, de que as mesmas devem conculcar o seu melhor interesse e para tanto o juiz deverá munir-se de elementos satisfatórios e fundamentá-los e a oitiva mostra-se vocacionada a tal fim (GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, p.92).

pois a nova sistemática estatutária "se dirige a toda a juventude e infância, sendo as medidas de caráter geral, e especialmente de proteção, incluindo ainda medidas de prevenção, tomando por base os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente preconizados no Art. 227 de nossa Carta Magna".⁵³⁹

Ultimando esta breve abordagem sobre o melhor interesse, inafastável a ponderação de que o princípio volta-se, repita-se, à pessoa em formação, para que vivendo seu presente e aprendendo para seu porvir, não viva o antagonismo de "*no poder hacer hoy nada y mañana todo*" e, para tanto, sua aproximação constante ao "*umbral de la edad adulta*" terá de vir acompanhada das "*máximas oportunidades para discernir y perseguir metas de vida*" de modo autônomo e os pressupostos para suas livres opções "*son una salud física y psíquica razonables y (...) una libertad y principios éticos que permitan ver la frontera entre un interés propio de corto alcance y unos más amplios intereses y valores*".⁵⁴⁰ O superior interesse estabelece à família, à comunidade e às forças administrativas a tarefa de propiciar as referidas "máximas oportunidades", expressão que é a síntese do significado do princípio.

2.3 O Ministério Público: Novas Responsabilidades

No universo do direito brasileiro e da infanto-adolescência é justo fazer referência a esta ímpar instituição, a qual, em observância ao mister traçado pela Constituição Federal, especialmente no seu artigo 127, que a dotou de atribuições de grande responsabilidade na estrutura sociojurídica nacional, muito tem feito para a estratificação dos direitos sociais e dos individuais indisponíveis.

Diz-se que a partir da Carta de 1988 grande desenvolvimento institucional conheceu o Ministério Público, com a ampliação de suas funções.

Importa, previamente à contextualização do *Parquet* (consoante saudosista expressão advinda de uma das possíveis origens do Ministério Público: a francesa)

⁵³⁹PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente...** p.406.

⁵⁴⁰HERNÁNDEZ, op. cit., p.110, 123.

ante o direito infanto-juvenil, referir que muito embora anteriormente a Carta Fundamental em vigor fosse o seu papel de *dominus litis* da ação penal o agir que lhe era mais notório, desde há muito promovia reclusões trabalhistas e de acordo com a permitida assistência judiciária gratuita franqueada pela Lei Complementar n.º 40/81 (além de outras normas), intentava costumeiramente variadas medidas judiciais, especialmente aquelas jungidas às suas atividades de *custos legis* na esfera cível, não lhe sendo estranhas, portanto, em sua atuação como substituto processual, as ações de alimentos, de investigação de paternidade, de interdição, de destituição de pátrio-poder, civil *ex delicto* etc., todas, como se pode aferir, ligadas especialmente ao *status* dos indivíduos e, logo, a aspectos de sua personalidade.

Manteve, igualmente, de regra, desde antes da Constituição de 1988, abertas as portas de seus franciscanos gabinetes àqueles que buscavam esclarecimentos de ordem legal ou até mesmo conselhos de ordem particular, daí porque acabou conquistando a prerrogativa de chancelar acordos, abreviando disputas que certamente desaguariam no Poder Judiciário e em todas as *demarchés* inerentes a um processo.

A ação civil pública, instrumento que notabiliza o ente ministerial após a Constituição de 1988, já era referida na Lei Complementar n.º 40/81, tendo sido realidade efetiva a partir da Lei n.º 7347/85. Ganhou esta medida judicial dignidade constitucional com sua expressa referência no inciso III, do artigo 129, da Constituição Federal, porém, a ação coletiva, como, na verdade, todos os outros modos judiciais e extrajudiciais ministeriais eram já praticados, alguns há muitas décadas e a cada ano foram sendo traduzidos em normas mais específicas, até que com o Pacto Fundante afirmou-se ao Ministério Público aquilo que era feito, talvez não com o caráter de dever que após 1988 ficou bem delineado, mas com a óbvia noção de que a cidadania reclamava serviços e a relativa independência dos períodos anteriores à Constituição Cidadã não foi empecilho à assunção de responsabilidades.

Por isso referiu-se ao Ministério Público como ímpar instituição, não por méritos individuais, mas pela vocação pública, efetivamente, que seu universo de competência estatal manifestou e nessa esfera de atuação por vezes agiu como

defensor da sociedade, como defensor da parte de modo individualizado e como magistrado, na composição das inúmeras e muitas vezes inusitadas situações que perpassaram pelos umbrais das salas de seus integrantes.

Esta é a instituição estatal recepcionada (e não criada como se afirma) pela Constituição Federal, à qual, no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, atribuiu-se a missão de preservar todos os interesses da infanto-adolescência (ver, por exemplo, o artigo 201, ECA), isto, esclareça-se, sem excluir as funções da família, da sociedade, do Estado em suas outras manifestações, quais sejam a executiva, a legislativa e a judiciária.⁵⁴¹

Como acentua Tânia da Silva Pereira, nessa seara "cabe ressaltar as novas funções do Ministério Público na Lei n.º 8.069/90, destacando especialmente sua atuação como defensor dos direitos individuais, coletivos e difusos da criança e do jovem, bem como a sua atuação permanente nos procedimentos junto à Justiça especializada e fora dela".⁵⁴²

À semelhança da inviolabilidade dos Tribunos da Plebe romanos,⁵⁴³ os membros do Ministério Público gozam de prerrogativas constitucionais que lhes dão suficiente estabilidade profissional para interferir em nome do Estado-sociedade em favor dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões e, destacadamente, em relação a categorias mais expostas no seio da sociedade como a infância e a juventude.

⁵⁴¹Curioso declinar sobre o universo infanto-juvenil a relação que Guilherme Estellita, em seu *O Ministério Público e o Processo Civil*, p.35, faz entre a atuação do Ministério Público e a proteção dos "menores", isto nos anos 50, com a figura do curador à lide, "tal como instituída no final do §9.º, do tít.41, do Livro 3.º, das Ordenações Filipinas, onde se prescreve como dever do curador, 'defender o menor o melhor que poder'. Pode-se ver neste documento uma fonte da intervenção ministerial no âmbito da criança e do adolescente e até mesmo uma notícia sobre a preservação do melhor interesse desses indivíduos.

⁵⁴²PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do...** p.403.

⁵⁴³De acordo com Fustel de Coulanges os Tribunos da Plebe "eram chefes tirados do seu próprio seio", ou seja, da plebe, cuja finalidade era representá-la e protegê-la em face dos patrícios, que representavam a aristocracia dominante. Para evitar a influência e a interferência dessa aristocracia, atribuiu-se ao Tribuno da Plebe inviolabilidade, de tal modo que "(n)em magistrado, nem particular terá o direito de fazer o que quer que seja contra o tribuno", e sua presença gerava obediência, bastando "mesmo encontrar-se no círculo onde sua palavra se fizesse ouvir; esta palavra era irresistível, e tinham de submeter-se-lhe, quer fosse patrício ou cônsul". Op. cit., p.104,107, 108-109.

Têm deveres expressamente traçados e em sua observância contribuem diuturnamente no respeito às muitas expressões da dignidade da pessoa humana, podendo-se referir à teimosa luta para a instalação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente nos três níveis da federação, para a instalação dos Conselhos Tutelares em âmbito municipal, para a constante ampliação das escolas públicas, sem contudo olvidar-se de sua qualidade, ao ingresso de ações para a obtenção de melhores instalações educacionais, de saúde, de segurança, em relação ao Estado-administração que resiste e muito, apesar de revelar-se, em cada demanda, uma omissão, um desvio de metas, uma erronia de perspectiva, uma inobservância aos ditames do artigo 227, da Constituição Federal.

No atual estágio do direito brasileiro não se pode, de tal modo, deixar de fazer pelo menos uma alusão ao Ministério Público, que sem dúvida nenhuma tem mantido a vanguarda, no âmbito jurídico, mormente sob a égide da Constituição de 1988, de lutar pela manutenção dos direitos fundamentais, como dito, qualquer que seja a sua geração.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, consoante o registro das suas inúmeras anotações, revelou que há um farto material sobre infância e juventude e sobre o reconhecimento dessa parcela da sociedade como contendo indivíduos sujeitos de direitos e mais do que isso, enfeixando pessoas em formação.

A pretensão do estudo foi verificar, exatamente, como estes sujeitos, estas pessoas humanas tinham estruturado no seu diploma legal específico os seus direitos, em especial aqueles voltados à sua integridade biopsíquica-moral.

O material legislativo brasileiro mostrou-se frágil quanto a um efetivo resguardo da personalidade da pessoa humana, não tratando expressamente de direitos de personalidade, nem mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que se refere a eles no contexto dos direitos fundamentais (Livro I, Título II), reflexo da tendência fragmentária do direito posto nacional, que apesar do princípio da dignidade da pessoa humana estampado na Constituição Federal, ainda não labora com conceituação generalizante, e, portanto, mostra-se incapaz de uma tutela abrangente do homem.

Decorreu de semelhante quadro a busca por conceituar os direitos personalíssimos, coadunando o conteúdo legislativo com as proposições doutrinárias e desse amálgama extraindo o cunho humanitário da lei da infanto-adolescência.

Foram encontradas referências a respeito dos direitos de personalidade da infanto-adolescência, mas poucas buscavam a sistematização ou classificação em face do que defendido a respeito das prerrogativas personalíssimas dos homens na doutrina.

Para além disso, a idéia alavancadora, superando a mera classificação, foi a de investigar a força integradora e modificadora desses direitos da juventude em face de seu altiplano constitucional, bem como, por isso mesmo e, ainda, pelo caráter de "norma geral" sobre crianças e adolescentes do Estatuto, aferir a influência, na ciência do direito e na sua pragmática, do normativo infanto-juvenil.

Com muita propriedade Sérgio Matheus Santos Garcez define o "direito do menor" como aquele "enraizado na própria natureza humana, sendo consequência

imediate da imaturidade que conceitua o processo evolutivo da personalidade individual (...) (sendo) um direito singular, eminentemente tuitivo, que tem por objeto a proteção integral do ser humano, desde sua concepção até que alcance, após seu nascimento, a plena capacidade de agir (...)",⁵⁴⁴ demonstrando sua compreensão da peculiar condição de desenvolvimento da juventude e a indispensabilidade de mecanismos aptos a tutelar esta categoria social em todas as suas manifestações sociais, daí a Doutrina da Proteção Integral, para preservar sua personalidade, ou seja, sua bagagem físico-psíquica-moral.

Ficou claro, no desenrolar do estudo, a importância dos direitos humanos. Mediante a compreensão de sua conquista desde o período do liberalismo até o Estado Democrático de Direito, consegue-se aferir o seu dinâmico crescimento, o qual dá vazão às gerações dos direitos fundamentais.

Permitem os direitos humanos, pensa-se, ante sua característica supranacional, não pertencentes a nenhum Estado específico, fornecer uma certa estabilidade à bagagem mínima de dignidade da pessoa humana, para além dos modelos de Estado, para além das modificações de Constituições ou leis. Servem de referencial aos povos e não aos governos.

Nessa contextualização, os direitos de personalidade avultam de importância no cenário do direito interno, pois se mostram como que instrumentos à preservação dos elementos essenciais da pessoa humana, em vista de se voltarem, exatamente, ao homem em face de seus valores primeiros como a vida, integridade física, psíquica e moral.

A compreensão do melhor interesse resta em aberto. Também a da prioridade absoluta e da proteção integral.

É possível, entretanto, elaborar uma conceituação do superior interesse que o compromete com os demais princípios declinados (prioridade absoluta e proteção integral) e com os direitos de personalidade. São várias significações que dizem de modo isolado a mesma coisa.

⁵⁴⁴GARCEZ, Sérgio Matheus Santos. **A tutela estatal de conteúdo civil: o dever de proteção do Estado às crianças e aos adolescentes (menores não infratores)**, p.67.

Dessa maneira, o melhor interesse da infanto-adolescência está ligado à noção, no plano prático, de condições ideais à juventude para seu desenvolvimento físico, mental, cultural e social, que lhe permitam formular pretensões para o seu presente e para o seu futuro (proteção integral). Este plexo deve ser fomentado no plano individual e no plano coletivo, em primazia às demais providências sociopolíticas (prioridade absoluta). Somando-se a proteção à prioridade, presume-se que poderão ser os jovens preparados a formular projeções saudáveis de sua vida, num processo de dignidade existencial, pois que considerados como pessoas e, logo, seu dimensionamento físico-psíquico-moral (direitos de personalidade), necessariamente deverá ser observado, garantindo sua peculiar condição de estar em constante desenvolvimento.

Caberá, parece claro, a todos os setores envolvidos na política infanto-juvenil apurar e precisar o alcance desses princípios. As cartas internacionais e os documentos legislativos mostram-se como parâmetros ou gabaritos, mas a dinâmica social deverá ser a chave para a sua observância.

Por isso, imprescindível, sempre, conhecer o difícil passado da infanto-adolescência, incorporando as inovações dessa categoria como uma vitória da pessoa humana, como mais um passo, mais um momento nessa complexa história de civilidade que o homem procura construir e essa a razão de um investimento alentado nas pessoas em desenvolvimento, naqueles que podem fazer hoje e prometem para o amanhã. É a juventude a "dona do mundo".

Neste ponto o porquê de um estudo sobre a infância e a adolescência. As dificuldades de outras categorias sociais de incluírem-se no jurídico são de igual de dimensão, vejam-se as conquistas para as mulheres, para os portadores de deficiência, para os idosos, dentre outras. Comporta sempre a indagação da razão da não-inclusão e a resposta terá de alojar-se na falta de sensibilidade socioestatal – num atraso social.

A dissertação poderia curar dos segmentos preditos, mas pareceu permanecer o hiato, novamente, do porquê da exclusão e a conclusão que exsurgia foi-se definindo – ausência de zelo do cidadão mais frágil, da pessoa em peculiar condição de desenvolvimento –, e se há desatenção com a juventude, sem dúvida nenhuma haverá com

os idosos, com as mulheres, com as etnias, com os portadores de deficiência. Presume-se que existisse desde sempre uma cultura da proteção integral dos jovens, existiria, igualmente, a respeito de toda a sociedade e imagina-se, por fim, que talvez não fossem necessárias tantas leis, tantos normativos, com tantos detalhes, cuja meta é uma só e novamente nos repetimos: a dignidade da pessoa humana.

O ferramental para instrumentalizar a higidez da infante-adolescência e permitir que esta ocupe seu espaço na sociedade está oferecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, embora este esteja na fila de espera de que se cumpra o que determinado pela Constituição Federal e, mais que isso, aguarda a assimilação social das causas ético-jurídicas mobilizadoras da catalogação dos direitos da infância e da juventude.

Parece correto, entanto, certificar que estes indivíduos crianças e adolescentes, mesmo diante de um recalcitrante reconhecimento Estatal, Social e Familiar, detêm prerrogativas e garantias, um conjunto de princípios e regras detectantes de sua condição de pessoas, reconhecedores de que possuem um contexto material e sentimental passível, ainda, de ampla prospecção e esta busca, esta investigação, deverá revelar seus projetos de vida, as causas motivadoras de seu interesse social, a razão, enfim, de se lhe identificar os atributos de sua personalidade, suas manifestações vitais, psíquicas e morais, sua dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1991.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direitos de Personalidade do Nascituro, in Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.38 - dez./92, p.21-30.
- ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. Coord. Hélio Bicudo. São Paulo: Editora FTD, 1997.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**, (introdução). 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ANDRADE, Anderson Pereira de. A Convenção sobre os Direitos da Criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, n.15, p.9-28, jan./jun. 2000.
- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução: Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira**. 4.ed. Lisboa: Ed. Verbo, 1987.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 4.ed. Porto Alegre: Globo, 1955.
- BARBOZA, Heloísa Helena. **O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil, O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Coord. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BELOFF, Mary. **Derecho, infancia y familia**. Compilação: Mary Beloff. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000.
- BIANCHI, Maria Del Carmen. **Infância, Crisis y Políticas Públicas en América Latina, in Do avesso ao Direito, III Seminário Latino-Americano**. (Coord.) SIMONETTI, Cecília et al. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção: os direitos humanos da criança e do jovem**. São Paulo: FTD, 1997.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n.78, p.5-21.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: de Carlos Nelson Coutinho. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone Ed. 1995.
- BOFF, Leonardo. **O despertar da águia**. 8.ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. 2. tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- BRANCHER, Naiara. **O estatuto da criança e do adolescente e o novo papel do poder judiciário, o melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Tânia da Silva Pereira (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BRASIL: **Criança e adolescente: direito a direitos**. Organização: MIRANDA, Sandra Julien. São Paulo: Rideel, 1999.
- BRASIL: Documentação Civil. Política Antidiscriminatória. **Crimes de tortura**. Programa Nacional de Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, Ministério da Justiça. Brasília: 1998.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAMPOS, Diogo de Leite. Lições de direitos de personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. LXVII, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5.ed. (2. Reimp.), Coimbra: Ed. Almedina, 1992.
- CARVALHO, Afrânio de. O futuro do código civil. **Revista do Direito Civil**, São Paulo, n.34, p.34-10, 1985.
- CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Falhas do novo código de menores**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1997.
- CARVALHO, Pedro Caetano de. **A família e o município**. O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar. Coord. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1997.
- CHAVES, Antônio. Os dez mandamentos em defesa da criança. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n.52, ano 14, Abr.-jun. 1990.
- CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**. São Paulo: RT, 1982.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **A convenção internacional dos direitos da criança, do avesso ao direito**. Seminário Latino-Americano. SIMONETTI, Cecília (Org.) et al. São Paulo: Malheiros Ed. 1994.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar. A criança, o adolescente e a família na política social do município**. São Paulo: Malheiros, 1993. (Série Direitos da Criança 1.)
- COSTA, Célio Silva. **A interpretação Constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

- COSTA, José Manuel M. da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e Jurisprudência Portuguesas. In: BARROS, Sérgio Resende de (Coord.); ZILVETI, Fernando Aurélio. **Direito constitucional, homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1953.
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenador: CURY, Munir et al. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. 4. Ed. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Resende (Coord.); ZILVETI, Fernando Aurélio. **Direito constitucional, homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.
- DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. São Paulo: Ática, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria Geral de Direito Civil (1.º volume). 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DOTTI, René Ariel. **Declaração universal dos direitos do homem e notas da legislação brasileira**. Curitiba: J. M. Ed. 1999.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6.ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbekian, 1988.
- ESTELLITA, Guilherme. **O ministério público e o processo civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- FACHIN, Luiz Edson. **Da função pública ao espaço privado: aspectos da "privatização" da família no projeto do estado mínimo**. Direito e neoliberalismo. Curitiba: EDIBEJ, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIA, Camila Renault Pradez de. **Educação como direito fundamental: sua estrutura política e econômica em face das novas regras constitucionais e legais. O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Coordenação: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FAURA, Norma V. López. **El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción, Los derechos del niño en la familia, Discurso y realidad**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, et al. **Constituição de 1988, legitimidade, vigência e eficácia e supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 2.ed. (revista e aumentada). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FRANÇA, Limongi. **Direitos Privados de Personalidade: Subsídios para a sua especificação e sistematização**. RT 370/9.

FREEMAN, Michael. The best interests of child? Is the best interests of the child in the best interests of children? **International Journal of Law, Policy and Family**, Oxford University Press 11, n.3, 1997.

GAARDER, Jostein. **O mundo de sofia**. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

GARCEZ, Sérgio Matheus Santos. A tutela estatal de conteúdo civil: o dever de proteção do Estado às crianças e aos adolescentes (menores não infratores). *Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 18, abril-junho/1994, n.º 68.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GILLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Ed.Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GOMES, Orlando. **Direitos de personalidade**. RF 216/7, 1966.

GOMES, Sergio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GORVEIN, Nilda Susana; POLAKIEWICZ, Marta. **El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo, Los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Tradução: Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

GROSMANN, Cecilia P. et al. **Los Derechos del niño en la familia, discurso y realidad**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

HASSELMANN, Elisa de Carvalho Laurindo. O melhor interesse da criança e do adolescente em face do Projeto de Código Civil, O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar. Coord. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **O belo artístico ou o ideal**. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. Madrid: Dykinson, 2000.

ITURRASPE, Jorge Moosset. **El daño fundado en la dimension del hombre en su concreta realidad**. RT, v.723 - Doutrina Civil, ano 85 (23-45), Janeiro de 1996.

JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1956.

JUNQUEIRA, Lia. **Abandonados**. São Paulo: Ícone Editora, 1986.

- KAYSER, Pierre. Les droits de le personnalité - aspects théoriques e pratiques. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.445-509, 1971.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral da normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LACERDA, Paulo de. **Código Civil Brasileiro**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1926.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 2.ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1983.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. A oitiva de crianças nos processos de família. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n.278, p.22-38, dez.2000.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n.78, p.22-39.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família**. 1. Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.
- LEITE, Miriam Lifchitz Moreira; PRIORE, Mary Del (Org.). **O óbvio e contraditório da roda, in história da criança no brasil**. 5.ed. São Paulo: Contexto, 1998. (Caminhos da História).
- LONDONÕ, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História da criança no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Contexto (Caminhos da História), 1998.
- LYRA, Roberto. Promessas e realidades da assistencia aos menores. **Revista Forense**, [s.], p.452-454, mar. 1927.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariiedade administrativa**. RT 749/82.
- MARCÍLIO, Maria Luiza (Coord.); Lafaiete Pussoli. **A construção dos direitos da criança brasileira. Século XX**. Cultura dos Direitos Humanos. São Paulo: Ltr Ed. 1998.
- MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Livaria Agir Editora, 1966.
- MARQUES, Márcio Thadeu Silva. **Melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo, o melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Coordenação: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO FILHO, Joaquim Baptista de. **Direitos de bastardia**. São Paulo: Saraiva, 1933.
- MENDEZ, Emílio Garcia, COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**: "Com efeito, o sujeito de direito é sujeito de direitos virtuais...". Lisboa: Editorial Estampa, 1989. p.118.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. (Parte Geral - volume I).
- MORAES NETO, Geneton. **Dossiê Brasil**. Rio de Janeiro: Ed.Objetiva, 1997.
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais**. Contribuição para uma teoria. São Paulo: LTR, 1997.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MORO, Alfredo Carlo. **Manuale di diritto minorile**. 2.ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2000.
- MOTA PINTO. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, 1993 (BFD, 69 p.479-586).
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1998.
- NETTO, Alvarenga. **Código de menores**. Rio de Janeiro: Livaria Editora Leite Ribeiro, 1929.
- OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O estado de direito e os direitos de personalidade**. RT 532/11, fev.1980.
- PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. São Paulo: RT, 1990.
- PAIS, Maria Santos. **Le meilleur intérêt de l'enfant**, O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Coordenação: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PASSETTI, Edson. **O menor no Brasil republicano**. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História da criança no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Contexto, 1998. (Caminhos da História).
- PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- PEREIRA, Tânia da Silva. **Infância e Adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil**. Biblioteca da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude - Textos Avulsos - www.abmp.org.br.
- PEREIRA, Tânia da Silva. **O "melhor interesse da criança"**: O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar. Coordenação: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. V.i
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3.ed. (rev. e ampl.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIOVESAN, Flavia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: Maria Luiza Marcílio (Coord.); Lafaiete Pussoli. **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: Ltr Ed. 1998.

- PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n.15, p.93-110, jan./jun. 2000.
- PIRAGIBE, Vicente. Infancia abandonada e delinquente. **Revista Forense**, [s.l.], p.228-238, maio 1937.
- PLUTARCO. **Vidas paralelas**. São Paulo: Paumape, 1991.
- RAYMOND, Guy. **Droit de l'enfance e de l'adolescence: le droit français et-il conforme a la Convention Internationale des droits de l'enfant?** Paris: Libraire de la Cour de cassation, 1995.
- RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. 2.ed. (12. Reimpressão) São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- ROJAS, Valéria Luco. Derecho de niñas, niños y jóvenes en Chile - El Estado y las organizaciones no gubernamentales. Do avesso ao direito. In: SIMONETTI, Cecília (Org.) et al. **Seminário Latino-Americano**. São Paulo: Malheiros 1994.
- SANTOS, Ebe Campinha dos. **Direitos Humanos, representações no campo de defesa dos direitos infanto-juvenis no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SANTOS, J.M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. V.iv.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 1998.
- SÊDA, Edson. **Construindo o passado**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v.19, n.56, p. 87-142, nov. 1992.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v.4, 1998.
- SILVA, Moacyr Motta da e VERONESE, Josiane Rose Petry. **a tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Ltr., 1998.
- SIMAS, Ulisses Fialho. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimentos cíveis da Lei n.º 8.069/90. **O melhor interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Coordenação: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SIQUEIRA, Liborni. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Coordenação: Liborni Siqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- SLAIB FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988, aspectos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SOUSA, Rabindranath V.A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. **O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma refforma legislativa: problemas de direito civil - constitucional**. Coordenação: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la Personalidad**. *Revista General de Legislacion y Jurisprudência*, Madrid: Instituto Editorial Reus, Jul./Ago. 1952.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica de la modernidad**. (4. reimp.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica de Argentina, 1998.

VERCELONE, Paolo. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Coordenação: CURY, Munir et al. São Paulo: Melhoramentos Ed. 1992.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo (Coord); NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas atuais de direito civil na constiituição federal**. São Paulo: Ed. RT, 2000.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: RT, 1977.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZAGAGLIA, Rosângela Martins Alcântara. Algumas considerações interdisciplinares na aplicação das medidas sócio-educativas visando ao melhor interesse do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

APÊNDICE 1 - QUESTIONAMENTOS COLHIDOS EM PALESTRAS A ESTUDANTES SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Trata-se, o presente Apêndice, de material colhido em palestras proferidas em escolas da rede estadual e da municipal de ensino de Curitiba .

As palestras trataram do tema "direitos da criança e do adolescente" e a sistemática de abordagem propôs que os jovens – crianças e adolescentes – elaborassem questões por escrito sobre a matéria e a partir das perguntas, na medida em que eram respondidas, assuntos mais gerais e de ordem jurídica ligados à infanto-adolescência também eram explorados.

Este adendo visa reproduzir as perguntas feitas pelas crianças e adolescentes e complementar a Seção 2, do Capítulo 2, da Parte 4, da dissertação, pertinente aos direitos de personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os questionamentos que formam este Apêndice são transcritos com fidedignidade, sem quaisquer alterações.

I - Relação das escolas onde foram proferidas as palestras

1. Colégio Estadual de "Ponto Final" - Vila Osternack - Bairro Novo - CIC
Data: 06/03/99
2. Colégio Estadual "Nilson B. Ribas" - Jardim Centenário
Data: 10/03/99 e 14/06/99
3. Escola Municipal "Prof. Alcindo Jr."
Data: 29/03/99
4. Colégio Estadual "Pedro Macedo" - Portão
Data: 14/04/99
5. Instituto Salesiano - Vila Guaíra
Data: 23/04/99
6. Colégio Estadual "Doraci Severino" - Vila Parolin
Data: 18/05/99

7. Escola Municipal da "Vila Guaíra" - Vila Guaíra
Data: 22/09/99
8. Escola Municipal "Luiza Ross" - Boqueirão
Data: 25/09/99
9. Escola Municipal da "Vila Tecnológica" - Bairro Novo
Data: 21/10/00
10. Escola Municipal "Itacilino Bittencourt" - Vila Guaíra
Data: 22/10/99

II - Perguntas elaboradas por crianças e adolescentes de algumas escolas da rede paranaense e curitibana de ensino público a respeito de seus direitos e deveres

1. A quantidade de drogas varia com a pena do maior de idade?
2. O que acontece com um usuário, quando a polícia pega com certa quantidade de droga? Se ele for de menor? e até onde a polícia pode ir?
3. Se um demenor for pego com revolver oque acontece com ele? Qual será a sua pena?
4. O que seria se fosse punir os alunos que fassem pichação de carteiras? Qual a pena? Não seria depreção do Patrimonio?
5. Qual é a pena para o menor que for encontrado com mais de um quilo de drogas?
6. O que o governo está fazendo para diminuir as drogas no Estado do Paraná?
7. Uma pessoa drogada, ela se torna violenta? Quando um jovem (de menor) é pego inflagrante com drogas, o que acontece com ele nas mãos dos policiais? Qual é a primeira atitude que devemos tomar, quando vemos um jovem se drogando?
8. Se os alunos, após a saída do colégio ficarem esperando um colega, em frente ao colégio, os policiais podem bater, por que já aconteceu comigo de apanhar de ficar marcado, queria saber se foi justo eles terem me batido? Sou menor
9. A polícia pode bater em demenor

10. Eu queria perguntar, se o polícia militar pode prende o carro do gente, porcalsa da carteira que esta vencida, e cobra 150 reais para liberar esse serviço não é Detran.
11. Quais as penalidade do menor infrator?
12. Fale um pouco sobre drogas. Qual a punição sobre um briga de gang? Se estamos em cimco Pessoas uma esta com droga a punição? É P/ todos? O afogamento para cumtar é legal? Um policial para e faz uma abordagem, ou seja uma revista. Ele pode tirar sarro das pessoas que estão sendo abordagem.
13. Você gosta de mecher com armas não tem medo
14. Quando os alunos de colégio diferente brigam e a polícia barra o que acontece?
15. O que os policiais fazem com os carros apreendidos que foram roubados por quadrilhas?
16. O que os policiais fazem para impedir brigas de gangues?
17. Se a polícia por acaso pegar jovens menor de idade brigando na rua o que acontece com os jovens?
18. Qual a garantia de segurança (se existe) para a pessoa que faz uma denúncia ao Conselho Tutelar (tanto pais quanto professores? Eu conheci um pai, cuja filha menor de idade fugiu de casa para morar com um traficante e quando este pai procurou a ajuda do Conselho Tutelar, além de ã ter o problema resolvido, esperado por muito tempo, ainda teve sua vida ameaçada, assim como a do filho menor. Acabou mudando-se do bairro e desistindo da ação.
19. O que devo fazer quando sou agredido pelos policiais sem ter cometido erros? Por que só na periferia os PM nos barram e zombam de nossa cara? O que devo fazer quando sou zombado, zuado e insistem em julgar-me por erros que eu não cometi? O que devo fazer quando me barram na rua e insistem em querer informações sobre os traficantes? Se alguém me agride verbalmente por algo que não fiz e não sou, tenho o direito de processá-lo? O adolescente tem obrigação de ser privado de colegas e lugares pelos pais?

Por que na maioria das vezes somos fotografados e filmados na nossa vila. Eles tem este direito?

20. Se pode processar o professor por danos morais?
21. Com que idade um adolescente pode começar a trabalhar.
22. Se uma criança ou um menor for espancado, agredido por sua família, o que se feito com essas pessoas? A partir de que idade os (as) adolescente podem começar à trabalhar, e quais seria seus direitos dentro da empresa no caso por ser menor de idade?
23. Gostaria de saber se uma pessoa menor de idade que não mora mais com os pais a mãe pode continuar mandando. Eu gostaria de saber se o filho menor de idade ir morar com um homem maior de idade por ser tocada de casa a mãe pode mandar prender o homem e processa-lo por abuso sexual.
24. Eu gostaria de saber, porque o estatuto não ajuda as crianças de rua?
25. Quais os maiores deveres e direitos do adolescente? Se o professor chegar a agredir o aluno pode processar?
26. Eu gostaria saber se uma criança for espancada o que acontece? Se o pai vai preso?
27. Quais são os direitos e deveres na rua, escola ou em casa?
28. O que o Ministério da Educação faz com as crianças que desistem do colégio e não quer mais estudar? E por que tem muitas crianças de ruas que não estudam.
29. Quais os direitos e deveres dos alunos? Quais os direitos dos adolescente?
30. Como que e o caminamento
31. Cada pessoa tem direito a mesma liberdade fora de casa?
32. Voce acha que o jovem devem ter liberdade.
33. Qual o dever de um aluno dentro de uma escola? Por que foi inventado este estatuto?
34. Qual os direitos dos estatutos da criança?
35. Quais são os direitos? E quais são os deveres? e com e feito

36. Quais os direitos que as crianças e os adolescentes tem? O que quer dizer direitos da criança e adolescente?
37. Quais os direitos e deveres que nos temos no estatuto da criança e do adolescente.
38. Qual o direito de um jovem que saiu de casa e dever ja morando num lar (dinheiro, casa estudo
39. Os adolescentes do colegio tem direito de mandar em auguma coisa do colegio ou da sua casa
40. Qual os direitos da criança e do adolescente
41. Quais são os nossos direitos?
42. Quais são os direitos do adolescente em relação a ser agredido pelo professor sem motivo algum?
43. Se um aluno responder o professor no, certo deve acontecer com o aluno?
44. Quais são os meus direitos e deveres? Se eu cometer algum erro, qual seria a minha punição? O que acontece com um adulto bate em uma criança?
45. Por acaso eu acordar atrasado, tenho direito de entrar na sala
46. Quais são nossos direitos de cidadão? E se os professores podem tratar voce com estupidez e com ofensas e palavrões?
47. Como que é um caminhamento em caso uma professora bata na gente
48. Qual é a punição para um aluno que discute com um professor.
49. Eu quero que eles falem sobre nossos direitos e deveres dentro da escola.
50. O que eu devo fazer quando alguem me agride verbalmente?
51. No caso um pai de família viveu 17 anos com sua ex-companheira quais seriam os direitos do filho que seria menor de 18 anos e sua ex-companheira.
52. Quando o pai maltrata demais o filho era pode ser preso? O professor pode bater na criança?
53. Quais os direitos da criança e do adolescente? Se um padrasto bate em uma adolescente e quando essa adolescente ai contar pra mãe ele faz sinal de morte para ela que direitos ela tem? E que direitos ele tem de bater nela? Que direitos tem um adolescente tem de bater no outro?

54. O pai ou a mãe podem bater nos filhos, espancá-los ou qualquer outra coisa desse tipo? Qual é a punição para adolescentes pixadores? Se uma mãe abandonar, doar o filho, mais tarde ela tem o direito de pedi-la de volta?
55. Se uma criança tem um padrasto alcoólico que bate nela e não adianta processá-lo porque só fica 24 horas na cadeia e depois volta do mesmo jeito o que ela deve fazer?
56. Se um Pai expulsa um filho de casa Eu posso processá-lo?
57. Se uma criança é espancada pelos seus pais eles podem ser processados? O que vocês fazem para os postos de saúde que não tem um bom atendimento?
58. O que diz o estatuto sobre quem explora os menores? O que acontece com essas pessoas?
59. Agressão policial contra menor de idade é crime? Se um menor é pego fazendo coisas erradas, o culpado é o responsável?
60. O que acontece quando uma menina é estuprada a força e acaba engravidando? O que vocês acham do aborto? O que vocês acham dos homossexuais?
61. Quais são os direitos dos adolescentes?
62. E os bebês que não podem se defender como eles devem fazer para não sofrerem mais. Os vizinhos devem denunciar os pais?
63. Se uma adolescente engravida e ela está estudando qual a atitude dos diretores ela continua a estudar ou não?
64. Porque os pais são responsabilizados pelos atos dos filhos de menores já que muitos jovens sabem o que fazem e o que não fazem?
65. Os adolescentes tem direito de querer sair a noite, para uma discoteca; e o pai não deixa, e fala que não tem idade, que é perigoso e dá várias desculpas. Ele tem esse direito, ele está certo?
66. Quais são os direitos de uma criança de rua e os deveres?
67. O que acontece se o diretor pegar alunos trocando drogas?
68. Aqui no Nilson Ribas tem muito problema com drogas ou violência?

69. O que eles fazem com os policiais usuarios de droga.
70. O que fazem com as drogas apreendidas
71. Quem tem problemas nos estudos, brigas e drogas, tem alguma chance de se livrar destes tipos de coisas?
72. O que é arma para voce?
73. O que voce acha da violência nas escolas?
74. E o que voce acha da fome da miséria e principalmente das Drogas!?
75. O que acontece com os traficantes de drogas quando estão drogados
76. Porque a droga visia
77. Qual é o nome da arma mais potente?
78. O que as drogas tem para fazer o corpo humano delirar?
79. Por que vendem as drogas as pessoas? Por que deixam as pessoas fumar maconha?
80. Quais as armas mais perigosas, gostaria de ver uma PP7 com selenciador ou sem uma RC 900 E quais a distancia que uma bala perdida pode chegar.
81. Como os adolescentes ficam quanto usam a droga? Voce sabe como as drogas ou voce tem a noção porque eles vendem as drogas?
82. Quando os filhos usam arma, drogas , aculpa é dos pais ou do próprio filho? O que os leva ao usarem drogas e - ou armas?
83. Porque tem violência nas escolas
84. Antes do senhor ser policial, o senhor já usou drogas e porque a drogas faz tanto mal as pessoas?
85. Existem punição para alunos que trazem armas para a escola?