

1. INTRODUÇÃO

A ordem constitucional inaugurada em 05 de outubro de 1988 no Brasil implantou uma nova visão no que se refere à atuação estatal, principalmente no que pertine à concretização e à efetivação dos direitos fundamentais afetos aos seus cidadãos, incluindo-se em tal rol, por óbvio, aqueles genérica e especificamente pertencentes às crianças e aos adolescentes.

A partir do referido marco histórico não mais se aceita, ou, pelo menos, não mais se deveria aceitar a possibilidade de se relegar ao descaso os princípios e objetivos fundamentais encampados pela Lei Política no momento de interpretação e de aplicação da norma jurídica ao caso concreto, isto é, na solução dos conflitos de interesses vivenciados em nosso meio social,¹ a fim de que se mantenha em prestígio, também, o vetor maior da dignidade humana.²

A concreção dos princípios e objetivos fundamentais da República perpassa, sem sombra de dúvidas, pela necessidade de que seja verificada, no meio social, a vivificação do princípio da igualdade, mormente no que diz respeito ao deferimento das condições mínimas de subsistência física e psicológica aos cidadãos que formam o Estado brasileiro, isonomia essa cuja proteção se encontra decantada de há muito no cenário internacional.

Há que se ressaltar, ainda, que a adoção de políticas públicas referentes ao atingimento e concretização dos citados princípios e objetivos fundamentais da República não se reveste de caráter discricionário,³ mas sim de natureza jurídica vinculada, não podendo o agente público e/ou político, por via de consequência, se furtar ao cumprimento de tal desiderato, sob pena de ser responsabilizado pela referida omissão.⁴

¹ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 21: “A falha dos mecanismos estatais em assegurar uma prestação segura e eficiente de serviços judiciais, no entanto, a par de não espelhar uma realidade propriamente nova, vem agora ganhando um especial relevo que não apenas a torna ma questão extremamente atual, como traduz-se em um reflexo positivo de uma progressiva conscientização social, na medida em que a cobrança pela realização do justo é um anseio próprio da cidadania”.

² BOGNETTI, Giovanni; COTTA, Sergio; FERRI, Giovanni Battista *et al.* **Diritti fondamentali dell'uomo**. Roma: Giuffrè, 1977, p. 78-79: “È questo valore della persona umana e il suo modo di essere che è inviolabile; immutabilmente inviolabile perché immutabile è il ruolo che l'uomo svolge in rerum natura”.

³ ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração: tradição e reforma**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 95-96: “Se à Admonistração caberá sempre, em respeito à sua liberdade e autonomia, o poder de emanar a decisão, já não nos repugna que ao juiz caiba a responsabilidade de eleger, de acordo com o paradigma normativo previamente elaborado, a norma aplicável ao caso concreto, sendo certo que, no âmbito da discricionariedade, o controlo jurisdicional não incide sobre o uso do poder, mas, diferentemente, sobre o conteúdo do exercício do poder administrativo, isto é, sobre o modo como vem exercitado”.

⁴ FIGUEIREDO, Ivanilda. **Políticas públicas e a realização dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 165-166: “A crescente importância dada à concretização dos direitos sociais alçou as políticas públicas a

Não se vislumbra, salvo melhor juízo, qualquer possibilidade de redução no que se refere ao dever estatal de garantir a concretização do direito de convivência familiar e comunitária pertencente a crianças e adolescentes, na exata medida em que tal se mostra essencial e fundamental ao desenvolvimento digno e escorreito dos referidos infantes, até porque, como bem ilustra Luiz Edson Fachin:

[...] o homem é histórico, tem de construir-se a si mesmo, colocado entre outros homens e os objetos, condicionado pelo passado e projetando-se para o futuro. O ser humano só pode ser apreendido em sua dimensão coexistencial, uma vez que a vida sem os outros nada mais é do que uma abstração, afastada da realidade. Existir é, pois, estar no mundo justamente com os outros e com as coisas. (FACHIN, 2006, pp. 45-46)

Não se olvida que a concreção dos direitos fundamentais pelo Estado não é tarefa das mais simples e muito menos das mais fáceis, haja vista a ocorrência de uma série de fatores que obstaculizam o atingimento do referido intento, a saber: pluralidade social, conflitos de interesses dos mais diversos setores, escassez das finanças públicas, malversação do dinheiro público, excesso de burocracia nos trâmites administrativos, lentidão na solução das demandas propostas perante o Poder Judiciário, dentre tantos outros males.⁵

Percebe-se, no Brasil, uma candente (porém, *permissa venia* estéril) discussão jurídica acerca da necessidade de diminuição da idade afeta a menoridade penal não se enfrentando adequadamente a questão de que a escolha feita pelo legislador constituinte

objeto de estudo dos juristas. Se, antes, a crítica das políticas públicas residia tão somente entre as preocupações de sociólogos e, especialmente, de cientistas políticos. Nos tempos atuais, quando as Constituições (vide os seguintes artigos da Carta brasileira: 3º, 6º, 7º, 129 (inc. III) e as disposições da Ordem Social da Carta brasileira) e a Normativa Internacional, (veja-se a Convenção do Milênio) ocupam-se não só em enunciar os direitos sociais, mas também em impor metas e desígnios para assegurar a efetividade dos mesmos, passou-se gradativamente a exigir a imersão dos juristas na aferição da adequação do desenho dos programas de ação governamental às normas jurídicas, em especial, à Constituição”.

⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37-39: “[...] imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece uma questão de fé, no sentido de que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que não se vêem, ou numa negação total aos direitos individuais. Se o Estado está obrigado a sempre ter recursos para prestar as utilidades que lhe são demandadas, há que se reconhecer o direito de obter esses recursos. Mas seja no campo da receita pública, seja no campo da própria contenção de gastos, há direitos individuais, como as garantias tributárias, a vedação ao confisco, o direito à percepção dos vencimentos e dos proventos. Indo um pouco além, se poderia dizer que a Constituição não faz distinção entre doenças, e, assim, os que necessitam de transplante têm o direito de obter o tratamento eficaz, o transplante. Mas como o Estado poderá obter os meios sem ser, novamente, da sociedade através da retirada de órgãos daqueles que estão com morte cerebral diagnosticada?”.

originário em 1988 (certa ou errada) foi alçapremada a condição de direito fundamental disperso, daí porque tal conteúdo encontra-se integralmente protegido de *ataque*, via emenda constitucional, tendo em vista fazer parte do núcleo constitucional material intangível, ou seja, possui inequívoca natureza jurídica de cláusula pétrea.

Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo:

[...] o Art. 228 da Constituição Federal se encontra no grupo petrificado, ou seja, que não admite mudança por emenda constitucional. Se o artigo quinto tratou da liberdade individual, se tratou da disciplina da privação de liberdade, o fato de o Art. 228 estar deslocado do artigo quinto, em nada altera a sua situação de imutabilidade. A interpretação sistemática leva a inclusão da regra do Art. 228 nos direitos e garantias individuais, como forma de proteção. E, como há capítulo próprio da criança e do adolescente, nada mais correto do que a regra estar inserida no seu capítulo específico, embora se constitua em extensão das regras contidas no Art. 5º, objeto da imutabilidade.⁶

O debate acerca da menoridade penal somente ganhará paragens mais férteis no momento em que se parar de transformar a Constituição atual numa colcha de retalhos, cujo alargamento interpretativo fica ao exclusivo talante de quem aplica o Direito, como bem nos deu conta a recente decisão da Suprema Corte Brasileira sobre o aborto⁷, e se assumir a posição acerca da necessidade de elaboração de nova Carta Política, contemplando, validamente, a suposta virada de pensamento da sociedade brasileira, se é que isso efetivamente ocorreu.

Contrario sensu, tal qual as panelas que jazem em esplêndido e eloquente silêncio em *terrae brasiliis*, não se percebem vozes altissonantes pugnando pela erradicação da causa maior da marginalidade e da violência, qual seja, a deficiente implementação do rol de

⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. A impossibilidade de alteração do Art. 228 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e seus valores democráticos. In: BIERRENBACH, Maria Ignês; CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira; NUNES, Irineide da Costa e Silva *et al* (orgs.). **A razão da idade**: mitos e verdades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 134.

⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>

característicos intrínsecos a essência e desenvolvimento humanos, como saúde, educação, cultura, lazer, água encanada, esgoto tratado, alimentação e moradia adequadas...

Acredita-se que a família é o organismo socializador que pode fazer a diferença, para melhor, no desenvolvimento adequado das pessoas que dela fazem parte, razão pela qual sua ausência mostra-se apta a criar um ilícito e indesejado bolsão de desprestigiados, de excluídos sociais.

Nesta discussão partir-se-á da premissa que toda vez que não se consiga fomentar o direito fundamental de crianças e adolescentes, no que se refere à convivência familiar e comunitária,⁸ bem como não se tenham colocado à disposição dos interessados mecanismos alternativos que possam mitigar tão importante ausência, pode e deve ser responsabilizado o Estado (e seus agentes) por tal omissão de índole constitucional, eis que, no mínimo, retirou-se dos infantes desafortunados a chance de dias melhores, ocasionando-lhes, inclusive, o que hoje a doutrina nomina de dano existencial.⁹

A perda dessa chance (de dias melhores) não pode, em hipótese alguma, ficar sem reparação, deixando-se de lado o pragmatismo liberal que tanto imantou a atividade estatal, a fim de que se possa dar vazão à busca e ao atingimento do que os doutrinadores nominam de *justiça social*.¹⁰

⁸ AUAD, Denise. O abuso do poder público em face do direito de prioridade absoluta da criança e do adolescente. In: **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: Arte Jurídica, 2000, p. 21: “Determina a Constituição Federal Brasileira em seu Art. 227 que ‘é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’. A Constituição é enfática e não se contenta em dizer apenas prioridade, vai mais além, e determina expressamente que tal prioridade tem o caráter de ser absoluta. Se tal determinação é fruto do próprio texto constitucional, isso significa que é um mandamento que vincula todas as demais normas infraconstitucionais de nosso ordenamento jurídico por um princípio de hermenêutica e de lógica. Em consequência, todos os operadores do Direito devem obedecer esse princípio”.

⁹ Em seu Voto Concordeante no Parecer n. 17 sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, Antonio Augusto Cançado Trindade, eminente Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez mais destacou que a importância, no *jus gentium* de nossos dias, da consolidação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do indivíduo, “independentemente de seu existencial” (par. 70). E ponderou, nesse mesmo voto, que “As crianças abandonadas nas ruas, as crianças tragadas pela delinquência, o trabalho infantil, a prostituição infantil forçada, o tráfico de crianças para venda de órgãos, as crianças envolvidas em conflitos armados, as crianças refugiadas, deslocadas e apátridas, são aspectos do cotidiano da tragédia contemporânea de um mundo aparentemente sem futuro. Não vejo como evitar este prognóstico sombrio de que, um mundo que se descuida de suas crianças, que destrói o encanto de sua infância dentro delas, que põe um fim prematuro a sua inocência, e que as submete a toda sorte de privações e humilhações, efetivamente não tem futuro. [...]”.

¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz de. **Ciência política & teoria do Estado**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 45: “No fim do século, um fato novo foi injetado na filosofia-política liberal. Era a justiça social, antes referida, vista como necessidade de apoiar os indivíduos – estes não mais percebidos como seres isolados, mas agora componentes de determinadas coletividades, o que lhes dava certas identidades próprias e expressava interesses comuns – de uma outra forma quando da sua autoconfiança e iniciativa não podiam mais dar-lhes proteção ou quando o mercado não mostrava a flexibilidade ou a sensibilidade que era suposto demonstrar na satisfação de suas necessidades básicas”.

2. A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO A CONVIVÊNCIA COMUNITÁRIA E FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

A Constituição Federal demonstrando, como visto, a importância do tema em enfoque, houve por bem dedicar o Capítulo VII de seu Título VIII à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, oferecendo-lhes preciosos e fundamentais dispositivos.

Preconiza seu Art. 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Nessa linha de princípios, é evidente que o Direito de Família Contemporâneo tem como preocupação central a pessoa humana, de modo que, deixando de lado o interesse exclusivamente particular, as normas que versam sobre ele têm natureza jurídica marcadamente pública¹¹, eis que ela é a célula base da sociedade, merecendo total e especial proteção estatal.

A família como *locus* especial de afeto, guarida e carinho, torna-se (e sempre foi) palco inegável, em condições ideais, para o desenvolvimento de todo e qualquer ser humano (independente de raça, credo, origem), fazendo parte, assim, de um atributo intrínseco do próprio homem, galgando fundamentalidade na sua existência.

Ousa-se dizer que a filiação é a maior acepção de parentesco existente, na medida em que, tanto do ponto de vista legal quanto do ponto de vista afetivo, traduz a máxima proximidade entre duas pessoas, pouco importando se essa ligação tem caráter biológico, civil ou social.

¹¹ LOTUFO, Renan (coord). **Direito civil constitucional**: caderno 01. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 09: “[...] com o advento da nossa Constituição de 1988, tivemos um choque de perplexidade no início, quer por sua abrangência, que por passar a disciplinar diretamente matéria que até então era exclusiva do Código Civil”.

A seu turno, saliente-se que, tecnicamente, a expressão *genitores* indica filiação biológica, enquanto que *pais* refere-se à filiação socioafetiva, até mesmo em adesão à máxima de que pais são os que criam e não necessariamente os que geram.

Noutro giro verbal, urgia alterar o enfoque da legislação menorista, deixando-se de lado a principiologia da doutrina da situação irregular para assumir a moderna e avançada situação de prioridade absoluta e de proteção integral,¹² situação essa que foi devidamente alcançada com o advento do texto constitucional de 1988, mais precisamente no que diz respeito aos seus Arts. 227 e 228.

Todavia, para que os sujeitos de direito em questão fossem, efetivamente, reconhecidos como pessoas dignas de respeito e merecedoras de ampla e específica proteção jurídico-constitucional, muito se suportou, se engoliu, se machucou e se silenciou.

Como bem assevera Andréa Rodrigues Amin:

[...] vivemos um momento sem igual no plano do direito infanto-juvenil. Crianças e adolescentes são sujeitos de direito, beneficiários da doutrina da proteção integral. Mas não podemos olvidar que o presente é produto da soma de erros e acertos vividos no passado. Conhecer o passado é um importante instrumento para entendermos melhor o presente e construirmos o futuro.¹³

É nesse contexto que vem à luz a Lei nº 8.069, de 13 de setembro de 1990, alcinhada de *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ratificando a necessidade de concretização e outorga de direitos fundamentais gerais, bem como aqueles inerentes às condições dos infantes que se encontram sob a sua égide, converteu-se em verdadeiro microssistema

¹²Ibidem, p. 51: “O que significa ‘proteção integral’? Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte. Mas tem também outro sentido do ponto de vista estritamente legal: é que toda a matéria passará a ficar subordinada aos dispositivos do Estatuto, como de resto se deduz do último de seus artigos, o de nº 267”.

¹³AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução histórica do direito da criança e do adolescente*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 03.

jurídico, emergindo daí sua inegável e indispensável importância para o atingimento dos ideais constitucionais proclamados em 05 de outubro de 1988, lastreando-se nos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse.

O alcance da doutrina da proteção integral não se limita a proteção ao direito à vida, mas a todos os direitos e aspectos considerados indispensáveis ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Uma das claras diretrizes que deriva, diretamente, do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, diz respeito à chamada *paternidade responsável*, deixando claro que o ser humano não pode ser *coisificado*, devendo ser rememorada, nesse compasso, a lição difundida por Geraldo Trejos, nos idos de 1977:

“[...] *la autoridad parental se otorga a los padres para que protejan al hijo menor en su salud, su seguridad, y su moralidad. Por ello, su ejercicio confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada, corregir al hijo*”.¹⁴

Em condições normais, a família é responsável pela lapidação da *pedra bruta* de modo a recepcioná-la, protegê-la e devolvê-la ao meio, já devidamente adaptada e moldada para o normal e harmonioso convívio em sociedade.

Obviamente, a necessidade de efetivação de proteção dos direitos de crianças e adolescentes não é uma preocupação somente de nosso País, alertando Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, que:

[...] no que concerne aos direitos das crianças, enquanto dirigidos a um grupo socialmente diferenciado e que se encontra em posição de menos valia, a sociedade internacional acaba por considerá-los um conjunto de direitos que pretende garantir e proteger esse grupo, de forma, a progressivamente, implementar uma correta equalização quando em comparação com os adultos, grupo social do qual as

¹⁴TREJOS, Geraldo. *Introducción al derecho de familia costarricense*. San José da Costa Rica: Juricentro S.A., 1977, p. 129.

crianças tendem a fazer parte integrante, num futuro mais ou menos próximo.¹⁵

Os primeiros documentos internacionais contemporâneos relativos à proteção dos direitos de crianças e adolescentes datam de 1924, mais precisamente no que se refere a chamada *Declaração de Genebra*; 1948, com a eclosão da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*¹⁶; e, 1959, com a promulgação da Declaração dos Direitos da Criança, onde se destacam seus Princípios 6 e 7:

[...]

Princípio 6

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Princípio 7

A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua

¹⁵ MONACO, 2005, p. 148.

¹⁶ Aprovada na quando da realização da IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, realizada em Bogotá, na Colômbia.

capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

Reafirmando os ideais acima traçados, mister se faz trazer à lume a parte final constante do Preâmbulo do referido documento internacional, a saber:

Assim, a Assembleia Geral proclama a presente Declaração dos Direitos das Crianças, a fim de que tenha uma infância feliz, e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e liberdades aqui enunciados e apela que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os governos nacionais reconheçam esses direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios: [...].

Em 1966, com a promulgação dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, restou garantida proteção especial estatal à família, com destaque no sentido de que a referida tutela deveria ser ainda mais intensa naquela em que o núcleo apresente, em seu seio, crianças e adolescentes.

Na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos¹⁷, realizada em San José, na Costa Rica, aos 22 dias do mês de novembro de 1969, foi reafirmada a

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 293-294: “A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, em São José, na Costa Rica. Entrou em vigor internacional somente em 18 de julho de 1978, conforme determinava o §2.º de

importância da família no contexto social e necessidade de preservação dos direitos inerentes a condição de criança, como bem se infere de seus artigos 17 e 19, *in verbis*:

Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.
4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.
5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Artigo 19. Direitos da criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

seu art. 74, após ter obtido 11 ratificações. Em 2015, a Convenção conta, entre os 35 Estados independentes das Américas, com 23 Estados Partes, após a denúncia de Trinidad e Tobago (1998) e da Venezuela (2012). (...) O Brasil aderiu à Convenção em 9 de julho de 1992, depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, e a promulgou por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro do mesmo ano. O ato multilateral entrou em vigor para o Brasil em 25 de setembro de 1992, data do depósito de seu instrumento de ratificação (art. 74, §2º) [...]”.

Por fim, tem-se a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, realizada pela ONU, no ano de 1989, vigente a partir de 02 de setembro do ano¹⁸ seguinte e que, na feliz explanação levada a efeito por André de Carvalho Ramos, “[...] leva em conta o direito de que as pessoas na infância recebam cuidados e assistências especiais, em virtude da falta de maturidade física e mental [...]” (RAMOS, 2017, p. 195).

Estabeleceu-se a necessidade de asseguramento de sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, ou seja, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição própria da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

Os Estados, dentre eles o Brasil, se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas, certificando-se, ainda, que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou de sua proteção cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à sua segurança e à sua saúde, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

A fundamentalidade do direito de ser ter uma família ganha espaço nas três dimensões mais consagradas e utilizadas em estudos que tais.¹⁹

Isso porque, no que diz respeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão, tem-se sua caracterização pela não intervenção estatal em determinados aspectos do indivíduo e da sociedade que ele compõem, ficando caracterizado pela palavra *liberdade*.

¹⁸ Passou a integrar o direito interno brasileiro por força de sua promulgação mediante o Decreto nº 99.710/90.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?textID=85>>. Acesso em: 12 mar. 2007: “Quando se pensa em direitos humanos fundamentais, o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar a vida humana sem pensar a família. Uma implica a outra, necessariamente, e por isso que o direito à vida implica o direito à família, fundando-o como o mais fundamental dos direitos familiares. Outros direitos humanos fundamentais também se ligam à família. A liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à família e se realizam mais efetivamente no lar [...]. Por fim, não há esquecer que, por ser direito da humanidade, o direito à família e com ele os direitos humanos da família são verdadeiros direitos difusos, que não podem ser negados a nenhum sujeito humano. Não comportam, nem suportam discriminação”.

Nesse eito, pode-se citar, como exemplo, a liberdade que é conferida às pessoas de escolherem aquelas para a formação de uma determinada entidade familiar, a liberdade de planejar o número de membros que referida entidade terá, dentre outras situações.

No que se refere aos direitos fundamentais de segunda dimensão, caracterizados estes pela palavra igualdade, em seu sentido substancial, tem-se que a concessão de direitos sociais interligados, umbilicalmente, à família, são: saúde, educação, moradia, etc.

A terceira dimensão está lastreada na tutela de interesses coletivos²⁰ (supraindividuais, transindividuais ou metaindividuais), cuja atuação se desdobra em três espécies, a saber: (i) interesses difusos; (ii) interesses coletivos *strictu sensu*; e, (iii) interesses individuais homogêneos.

A evidência mostra ser a família quem oferece o melhor quadro emocional e moral para uma criança ou jovem adquirir um padrão de referência, uma forma de agir e interpretar os acontecimentos que lhes cercam, tomando, assim, decisões corretas e pertinentes com o seu normal desenvolvimento e com o atingimento de uma qualidade de vida digna.²¹

Embora a família, sozinha, não tenha como garantir o resultado mencionado no parágrafo anterior, sem sombra de dúvidas, serve de esteio e conforto para o encaminhamento das escolhas que a vida impõe a toda e qualquer pessoa, principalmente em relação àquelas que se encontram em estágio de formação ou, em outras palavras, confere a pessoa a chance de optar, com qualidade, por aquilo que entenda ser mais pertinente à sua vida.

Se é verdade que a família por si só e dependente de suas características não está apta a garantir, integralmente, qualidade de vida aos elementos que lhe integram, não menos verdade é o fato de que o indivíduo suprimido de tal convivência, por mais que seja escorregado, não a atingirá, em hipótese alguma.²²

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65: Para o autor são aqueles que “[...] deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”.

²¹ LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002, p. 144: “A qualidade de vida é uma categoria suficientemente ampla para abranger todos os direitos fundamentais da terceira geração já identificados e, quiçá, muito dos que nem sequer ainda foram plenamente caracterizados”.

²² FACHIN, 2001, p. 144: “Aí se evidenciam os desafios que reclamam um novo olhar para o Direito de Família, voltado para a efetividade material dos direitos fundamentais, assentados na dimensão pessoal, superando a conotação patrimonializada das relações familiares”.

De acordo com João Baptista Herkenhoff:

Vemos a família como a depositária da vida. A família serve à vida, quando gera e educa, numa atmosfera de segurança e amor. A família serve à vida, quando gera na alma, trazendo ao convívio do amor o filho adotivo. A família serve à vida, quando se amplia no acolhimento de pais, avós, parentes, agregados. A família serve à vida, mas, mesmo assim, há partilha e comunhão, na doação recíproca entre os cônjuges e na abertura para o mundo. Não é o vínculo formalmente legal ou sacramental que estabelece a família. A família é estabelecida pelo amor.²³

Solapar-se da criança e do adolescente seu direito fundamental de convivência familiar e comunitária, sem que lhe seja estabelecido um contraponto para mitigação da referida problemática, acarreta, como dito, a perda de uma chance, a qual é passível de ser tutelada e, ao menos, mitigada no campo jurisdicional.

Isso porque, como direito fundamental que é, devem ser outorgadas, pelo Estado, todas as condições mínimas para que os cidadãos tenham plenas condições de vivificar referido grupamento social, devendo ser ele responsabilizado em caso de omissão ou deficiência de atuação, como será mais bem detalhado no último capítulo deste trabalho.

A proteção efetiva do direito fundamental material exige determinado procedimento que o garanta e o concretize, sob pena de se tornar letra morta dentro do ordenamento jurídico vigente, o que se cumpre a todo custo evitar.

Deveras, de nada adiantaria o texto constitucional garantir a todo cidadão brasileiro o direito de ir e vir dentro do território nacional, senão tivesse disponibilizado, com o mesmo *status* jurídico-fundamental, uma garantia à sua concretização, qual seja, o *habeas corpus*.²⁴

²³ HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex, 2000, p. 80.

²⁴ CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 122: “[...] o sistema brasileiro estabeleceu, clara e indubitavelmente, o controle jurisdicional da prisão, assegurando plena garantia ao indivíduo, como, aliás, recomendam os Organismos Internacionais, que defendem o respeito aos direitos humanos para todos, indistintamente”.

Trazendo a discussão acima para o campo da família, tem-se de que nada adiantaria resguardar o livre planejamento familiar, senão fosse garantida, aos membros de uma determinada entidade familiar que optaram por ter filhos, assistência pré e pós-natal gratuitos, na rede pública hospitalar.

É o que Sergio Rezende de Barros denomina de direitos fundamentais propriamente ditos e direitos fundamentais operacionais.²⁵

O que se verifica do exposto acima, em linhas gerais, é o direito indelével de o cidadão obter do Estado, prestações positivas, as quais, pela importância, ultrapassam o campo da mera discricionariedade administrativa para uma inafastável vinculação de índole e força constitucionais, de modo que as pautas de atuação governamental estabelecidas no próprio seio da Lei de Outubro jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois, como visto, são indispensáveis à manutenção do *status* de dignidade da pessoa humana.

A real eficácia de um direito fundamental propriamente dito está a depender da eficácia de um direito fundamental operacional.

De nada adiantaria, do ponto de vista prático, estabelecer-se, constitucionalmente, o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, se não lhes fossem outorgados instrumentos aptos a atingir o referido desiderato, nunca se perdendo de vista a aplicação, conjunta, dos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse do infante.

Até porque, se é verdade que a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento afetivo e seguro do ser humano, não menos verdade é o fato de que o Estado é o *locus*

²⁵ Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?textID=85>>. Acesso em: 03 fev. 2007: “Há quem separe direitos humanos de direitos fundamentais. Mas não é de ser aceito esse entendimento de que os direitos humanos e os direitos fundamentais constituem dois institutos jurídicos distintos. Essa separação retira humanidade do fundamental e fundamentalidade do humano, ao passo que na realidade do mundo jurídico o que se verifica é que, contrariando essa dissociação doutrinária, os direitos humanos se associam, ora como direitos mais fundamentais, ora como direitos mais operacionais, colocando em ação um só e mesmo instituto para atender a uma só e mesma finalidade: realizar o ser humano em todos os indivíduos humanos, nas condições de dignidade próprias de cada época da história da sua civilização. Em verdade, não só realizar, mas também garantir a humanidade assim realizada. Para essa finalidade maior se faz presente nos diversos ramos do Direito – e, também, no direito de família – o desdobramento dos direitos humanos em fundamentais e operacionais. O que leva a perguntar qual é no direito de família o direito humano fundamental de todos os outros. A resposta é uma só: é o próprio **direito à família**”.

privilegiado de emanção da normatividade protetiva dos direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade.²⁶

3. DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Ab initio, é preciso que fique absolutamente claro que, nos exatos moldes do Art. 73 da legislação estatutária²⁷, a inobservância dos direitos fundamentais afetos a crianças e adolescentes importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica afeta a dita conduta ilícita, enquadrando-se no conceito de pessoa jurídica o Estado, em todas as suas esferas de atuação.

A responsabilidade civil do Estado, em regra, é objetiva, isto é, independentemente de culpa, conforme se infere dos dizeres estampados no Art. 37, § 6º da Constituição Federal, em se tratando de conduta *comissiva*; entretantes, em situações de omissão, como aquela retratada neste artigo, a responsabilidade passa a ostentar natureza subjetiva, pelo que só estará obrigado a indenizar os danos decorrentes dos acontecimentos que tinha o dever de impedir, *id est*, provenientes de negligência, imprudência ou imperícia (art. 186 do Código Civil), mediante a demonstração da culposa *faute du service*.

Para que se chegue à conclusão de que o Estado responde, quando omissivo, em relação ao seu dever de concretização do direito fundamental de convivência comunitária de crianças e adolescentes, mister se faz a correta identificação da ocorrência do ilícito, do prejuízo ou do dano infligido em casos tais.

A necessidade de demonstração de culpa não se converterá em empecilho a responsabilização pretendida, pois é consabido que o Estado, ao não concretizar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, sem sombra de dúvidas, estabelece ilícita discriminação em relação as crianças e adolescentes que tiveram a sorte de ter uma família estruturada daqueles que assim não conseguiram, encontrando-se os efeitos da citada diferenciação, infelizmente, espalhados nos mais diversos campos (educação, saúde, moradia,

²⁶ MORAIS; STRECK, 2006, p. 21.

²⁷ **Art. 73.** A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

vestuário, etc.), furtando-lhes a indispensável oportunidade de um desenvolvimento escoreito e digno.

Ademais, a própria Lei nº 8.069/90, em plena consonância com a verba constitucional, determinou, em seu Art. 70, que a responsabilidade no que tange à prevenção à ocorrência de ameaça ou à violação dos direitos e interesses de crianças e adolescentes é de todos.

Dentro da acepção do vocábulo *todos* não há como se excluir a responsabilidade do Estado nesse particular.²⁸

A confirmação do quanto acima asseverado, ainda que de maneira analógica, encontra-se demonstrada por intermédio do posicionamento de nossos Egrégios Pretórios, trazendo-se a lume, *ad exemplum*, posicionamento formalizado no âmbito da Corte Suprema quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 195.192-5/RGS, a saber:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INC. LXIX, DO ART. 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inc. LXIX do Art. 5º da Constituição Federal.

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA.

Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear

²⁸ MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73: “Os Direitos da Criança e Adolescente previstos no Estatuto correspondem a uma obrigação daqueles sujeitos elencados no Art. 227, da Constituição Federal: família, sociedade e Estado, sendo permitido a este último admitir a participação de entidade não-governamentais, ratificado pelo Art. 4º do ECA. Pelo descumprimento de uma obrigação em relação à infância e adolescência, tais sujeitos (individual e solidariamente, conforme o caso) que ficaram legalmente obrigados serão responsabilizados por seus atos. Tal responsabilização será decorrente de atos comissivos ou omissivos, ‘por falta ou insuficiência da oferta de prestações’, conforme ensina Mancuso, de todos aqueles legitimados passivamente, inclusive coobrigados solidariamente, a teor do Art. 70, do ECA. Assim, responsabilizam-se conforme suas obrigações: pais, tutores, entidades de atendimento governamentais ou não-governamentais e o próprio Estado”.

alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.²⁹

O direito fundamental à convivência familiar e comunitária, bem como o acesso a instrumentos que mitiguem tal impossibilidade de concreção, fazem parte do chamado *mínimo vital*, tendo prevalência, assim, sobre *a reserva do possível*.

Não socorre o Estado o argumento de que, supostamente, não haveria dinheiro para a execução das políticas públicas outrora assumidas, na exata medida em que foi o próprio Estado, por intermédio de maus administradores e pela malversação de verbas públicas, quem deu causa à referida ausência.

Assim, deve ser aplicado o vetusto brocado latino *nemo potest venire contra factum proprium*, isto é, ao Estado não é dado se opor a fato que ele mesmo deu causa. É a chamada proibição de comportamento contraditório,³⁰ cujo postulado está embasado no princípio e na necessidade de tutela da confiança.

Nesse eito, e preocupando-se com a concretização dos direitos de crianças e adolescentes e com a execução de políticas públicas de atendimento em casos tais, tem-se que no inc. IV do Art. 88 da Lei nº 8.069/90 (ECA) determinou-se a “[...] manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente”.

As políticas públicas que envolvam direitos de crianças e de adolescente desfrutem, assim, de prioridade orçamentária.

Pelo quanto visto anteriormente, tais situações se coadunam com a natureza e com a extensão protetiva e de aplicabilidade imediata, eis que apresentam caráter prestacional de

²⁹ STF, 2ª Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 22/02/00, v.u., com destaques nossos.

³⁰ SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p. 202: “Ao tratar do fundamento normativo do *nemo potest venire contra factum proprium*, sustentou-se sua inserção no âmbito da cláusula geral de boa-fé objetiva, suscitando-se, então, a questão da sua aplicabilidade a relações de direito público. Afirmou-se que a boa-fé objetiva, como expressão e valores constitucionais, deve se aplicar a toda espécie de relações. Não obstante, mesmo aqueles que restringem a aplicabilidade da boa-fé objetiva às relações privadas, devem admitir a incidência do princípio da proibição de comportamento contraditório em relações de direito público, seja como expressão de institutos verdadeiramente publicísticos (como a moralidade administrativa e a igualdade dos administrados em face da Administração Pública) ou como resultado da direta aplicação do valor constitucional da solidariedade social. A análise de casos mostra que a tudo isto se conforma a nossa jurisprudência”.

dimensão subjetiva forte, razão pela qual, em tais hipóteses, é plenamente cabível a intervenção judicial positiva quando a omissão estatal na sua consecução se fizer presente.

Invocar-se o Poder Judiciário diante da omissão inconstitucional das demais esferas estatais, não raras vezes, se converte na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes o caminho do desenvolvimento e do de bem-estar e acabaram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

Essa também parece ser a visão do Supremo Tribunal Federal, haja vista que seu Pleno deliberou no sentido de que:

[...] o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência tomada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também

impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e dos princípios da Lei Fundamental.³¹

Deve o aparelho estatal sair do *berço esplêndido* no qual se encontra deitado, participando e intervindo ativamente no meio social, toda vez que tal atitude se mostrar preponderante e indispensável à garantia dos direitos de seus cidadãos.

No que se refere à problemática em estudo, e diante da importância familiar para o correto desenvolvimento moral e psíquico de crianças e adolescentes demonstrada anteriormente, vislumbra-se a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³², menciona que a perda de uma chance

[...] corresponde à reparação devida ao lesado pela frustração de uma probabilidade em decorrência de um fato imputável ao agente responsável. Em outras palavras, o evento danoso acarreta para alguém a perda de uma chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda (...). Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciada em uma esperança para o sujeito, cuja privação caracteriza um dano pela frustração da probabilidade de alcançar esse benefício possível. Fica claro, assim, que o perdido, o frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado como tal (...). Repara-se a chance perdida, e não o dano final [...].

Em continuidade, para que se possa aplicar a teoria da perda de uma chance em casos de violação ou malferimento ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, mister se faz, corretamente, identificar quem detém o dever, a obrigação de concretizá-lo e respeitá-lo para que, ao depois, se possa perseguir, com segurança, a devida responsabilização pela verificação do ilícito.

³¹ STF, Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, RTJ nº 185, p. 794-796.

³² Princípio da Reparação Integral, Editora Saraiva, pág. 166 e s.

Na hipótese em estudo, surge, com clareza solar, que a obrigação pela consecução do mencionado direito fundamental recai sobre o Estado, ou seja, sobre a União Federal, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, nos exatos termos dos Arts. 226 e 227 da Constituição Federal, referendados pelo Art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Impende averiguar, da probabilidade que teriam as crianças e adolescentes ausentes de seu direito fundamental de convivência comunitária e familiar de alcançar o pleno desenvolvimento da dignidade, da igualdade e da personalidade, tivesse sido diferente a conduta do Estado.

Deve o Estado buscar sua concretização e complementação, dando efetiva prioridade na aplicação das verbas orçamentárias inerentes à condição peculiar de crianças e adolescentes, destinando suas energias para que as pessoas em tal estágio de desenvolvimento tenham acesso a uma vida digna, a um atendimento médico-hospitalar condizente, a uma educação de qualidade, a uma atividade profissional digna e razoavelmente rentável, à cultura, ao esporte e ao lazer, de modo que consigam uma melhor condição de inserção do seio social em que vivem.

Com essas realizações, a Constituição não será mais usada como mero instrumento de retórica vazia, mas sim, como verdadeiro documento político fundamental de concreção de vida digna para todos os cidadãos brasileiros, sem distinções de quaisquer naturezas.

Seria, enfim, o Brasil um autêntico Estado Constitucional Social, visando, verdadeiramente, ao bem-estar de seus convivas.

4. CONCLUSÃO

Não se pode negar a força hierárquica superior que possuem as normas constitucionais e, em especial, a importância e a amplitude daqueles regramentos basilares destinados à garantia dos chamados *direitos humanos fundamentais*, verificando-se, em tal particular, que estes, com o advento da Carta Magna de 1988, passaram a ter eficácia plena e aplicação imediata, sempre no sentido de valorização humana e na busca incansável do pleno desenvolvimento da cidadania.

A viga-mestra do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, encartado no inc. III do Art. 1º da *Lex Major*, elevando a pessoa, o ser humano, independentemente de qualquer característica individual, à condição de elemento imprescindível e indispensável à fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, derramando, ainda, seus efeitos perante princípios outros, de assaz importância na preservação e no atingimento de tal desiderato, como, por exemplo, o princípio da isonomia cravado no *caput* do Art. 5º do referido compêndio basilar.

O pretendido tratamento isonômico só é possível de ser atingido a partir do momento em que o Estado deixar sua habitual neutralidade, propiciando medidas práticas que venham a fomentar a concretização e a materialização da igualdade constitucional no dia-a-dia, quiçá por intermédio das denominadas ações afirmativas ou por qualquer outro meio que tenha por escopo erradicar a nefasta presença da discriminação e do preconceito até hoje presentes em casos tais, prestigiando-se o direito de convivência familiar que é essencial ao digno desenvolvimento dos infantes.

Reforce-se que o Poder Público, seja qual área e esfera de atuação for, está intrinsecamente ligado e destinado ao irrestrito cumprimento e a irrestrita observância dos direitos fundamentais apresentados pela Carta Constitucional, de modo que não se vislumbra mais hoje, parâmetros que possam, legitimamente, afastar o Estado de tal mister, sendo certo que o afastamento da referida determinação importará na sua responsabilização e na de seus agentes.

A inércia e a omissão estatais acima apontadas sempre acabarão por redundar num ilícito efeito, qual seja, o de retirar dos cidadãos o exercício de direitos que lhe são fundamentais e, no tema em comento, retirar da criança e do adolescente expurgados da convivência familiar e comunitária a possibilidade de um desenvolvimento afetuoso e digno, abrindo-lhe, assim, o caminho para pleitear indenização embasada na teoria de responsabilidade civil denominada de *perda de uma chance*.

O Estado, ao não concretizar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, sem sombra de dúvidas, estabelece ilícita diferenciação em relação aos infantes que tiveram a sorte de ter uma família estruturada daqueles que assim não conseguiram, cujos

efeitos da citada diferenciação se encontram, infelizmente, espalhados nos mais diversos campos (educação, saúde, moradia, vestuário, etc.), solapando-lhes a indispensável oportunidade de um desenvolvimento esmerado e digno, o que não se mostra lícito dentro da sistemática constitucional em vigência.

A exclusão da convivência familiar e comunitária retira da criança e do adolescente qualquer direito de escolha, impondo-lhes, salvo raras exceções, o tortuoso caminho do abandono, da falta de carinho, da criminalidade, da marginalidade, da opressão, enfim, da mais completa e irrestrita ausência de dignidade humana.

Por fim, a problemática em discussão somente terá a possibilidade de galgar solução juridicamente adequada, a partir do momento em que se emprestar, verdadeiramente, eficácia aos comandos constitucionais existentes, mormente aqueles de natureza fundamental, como é o caso do direito de convivência familiar e comunitária pertencente às nossas crianças e adolescentes, pois, do contrário, teremos, apenas e tão-somente, mero exercício de vã retórica.

5. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração: tradição e reforma**. Coimbra: Almedina, 2000.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A impossibilidade de alteração do Art. 228 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e seus valores democráticos**. In: BIERRENBACH, Maria Ignês; CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira; NUNES, Irineide da Costa e Silva *et al* (orgs.). **A razão da idade**: mitos e verdades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2017.

AUAD, Denise. **O abuso do poder público em face do direito de prioridade absoluta da criança e do adolescente**. In: **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: Arte Jurídica, 2000.

BOGNETTI, Giovanni; COTTA, Sergio; FERRI, Giovanni Battista *et al*. **Diritti fondamentali dell'uomo**. Roma: Giuffrè, 1977.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIGUEIREDO, Ivanilda. **Políticas públicas e a realização dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Thex, 2000.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002.

LOTUFO, Renan (coord). **Direito civil constitucional**: caderno 01. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento**. São Paulo: Atlas, 2002.

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

MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz de. **Ciência política & teoria do Estado**. 5ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

TREJOS, Geraldo. *Introducción al derecho de familia costarricense*. San José da Costa Rica: Juricentro S.A., 1977.