

Ano 10, Nº1, Jan./Jun. 2019.

ISSN 2318-6879

REVISTA

DIREITO e SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

UMA PUBLICAÇÃO FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS, FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, CURSO DE DIREITO, ANO 10, Nº 1.

**Direitos Humanos,
Estado e
Políticas Públicas.**


Fema
Faculdades Integradas
Machado de Assis

CORPO EDITORIAL

COMISSÃO EDITORIAL

Prof.ª Dr.ª Bianca Tams Diehl
FEMA
Prof.ª Me. Mariel da Silva Haubert
FEMA
Prof.ª Dr.ª Marli Marlene Moraes da Costa
UNISC
Prof.ª Dr.ª Sinara Camera
FEMA
Prof.ª Me. Ana Paula Cacenote
FEMA

CONSELHO CONSULTIVO

Prof. Dr. João Martins Bertaso
URI (Santo Ângelo)
Prof. Dr. Mauro Gaglietti
IMED/URI (Santo Ângelo)
Prof. Dr. Ricardo Hermany
UNISC
Prof.ª Dr.ª Ivete Simionatto
UFSC
Prof.ª Dr.ª Jânia Maria Lopes Saldanha
UFSM/UNISINOS
Prof.ª Dr.ª Taciana Camera Segat
UFSM
Prof.ª Dr.ª Tatiana Bolivar Lebedeff
UFPEL

COORDENAÇÃO

Prof.ª Dr.ª Bianca Tams Diehl
Coordenadora do Curso de Direito
Prof.ª Me. Mariel da Silva Haubert
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa,
Pós-Graduação e Extensão - NPPGE

ARTE E DIAGRAMAÇÃO

Denise Felber

EDITORIAÇÃO

Prof.ª Me. Mariel da Silva Haubert

CAPA

Rafaeli Capeletti

R454 Revista Direito e Sociedade: reflexões
Contemporâneas/Faculdades Integradas
Machado de Assis - Santa Rosa, Ano 10, Nº 1, Jan./Jun. 2019.

I ISSN 2318-6879
Publicação Semestral

1. Direito 2. Sociedade 3. Artigos Acadêmicos
I. Faculdades Integradas Machado de Assis

CDU: 34(05)

Publicação Oficial das Faculdades Integradas Machado de Assis

Curso de Direito
Rua Santa Rosa, 902, Centro, Santa Rosa, Rio
Grande do Sul, Brasil.
CEP: 98900-000
Telefone/Fax: (55) 3511 9100
Homepage: www.fema.com.br

Endereço para o envio de trabalhos revistadireitoesociedade@fema.com.br

Publicação Semestral. Todos os direitos reservados. A
produção ou tradução de qualquer parte desta publicação
somente será permitida após a prévia permissão escrita do
autor. Os conceitos em artigos assinados são de
responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista
podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	04
A ORIGEM DA FAMÍLIA E O NOVO ARRANJO FAMILIAR, A SOCIOAFETIVIDADE.....	06
<i>Poliana Dickmann de Lima</i>	
<i>Ana Paula Cacenote</i>	
<i>Letícia Lassen Petersen</i>	
A BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA DO DIREITO.....	24
<i>Dionatan Cabreira</i>	
<i>Guilherme Scarantti Saling</i>	
<i>Jeremyas Machado Silva</i>	
A POLÍTICA PÚBLICA DO TRATAMENTO HOME CARE: UM COTEJO COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	37
<i>Cristiane Luiza Riffel</i>	
<i>Lairton Ribeiro de Oliveira</i>	
A PERDA DO PODER FAMILIAR: UMA ANÁLISE DAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DESSA MEDIDA.....	58
<i>Geórgia Dos Santos</i>	
<i>Rosmeri Radke</i>	
BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.....	86
<i>Poliana Dickmann de Lima</i>	
<i>Letícia Lassen Petersen</i>	
EDUCAÇÃO E CULTURA.....	102
<i>Luciane Brun</i>	
<i>Mariel da Silva Haubert</i>	

EDITORIAL

A Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis, destaca temas referentes aos *Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas*, com o objetivo de refletir sobre assuntos relevantes aos docentes e discentes especificamente do Ensino Superior e da Pós-graduação. Os artigos selecionados conferenciam conhecimentos acerca do espaço educacional, jurídico, político e sociocultural pertinentes as temáticas discutidas na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo tem por título *A Origem da Família e o Novo Arranjo Familiar, a Socioafetividade*, escrito por Poliana Dickmann de Lima, Ana Paula Cacenote e Letícia Lassen Petersen. O texto constitui-se no resultado de uma pesquisa monográfica que enfrenta a temática dos novos arranjos familiares. Delimita-se a discussão propondo-se ao mapeamento desta construção, bem como sua diversidade.

O segundo artigo intitula-se *A Busca da Verdade Processual sob a Ótica da Filosofia do Direito* de Dionatan Cabreira, Guilherme Scarantti Saling e Jeremyas Machado Silva. O texto trata da influência da Filosofia do Direito no processo penal no que se refere à busca da verdade real. Como delimitação do tema, focaliza-se o estudo dos efeitos jurídicos resultantes das premissas filosóficas da lógica jurídica, da teoria da argumentação e da metodologia do direito, no âmbito do direito processual com ênfase na busca da verdade real.

Na sequência, apresenta-se o artigo *A Política Pública do Tratamento Home Care: um cotejo com a análise econômica do direito*, produzido por Cristiane Luiza Riffel e Lairton Ribeiro de Oliveira. O texto versa sobre as Políticas Públicas para a Saúde, tendo como delimitação temática o atendimento denominado *Home Care*. O enfoque utilizado na investigação é administrativo e constitucional aliado à interdisciplinaridade das ciências, especialmente no que tange à análise econômica do Direito.

O quarto artigo *A Perda do Poder Familiar: uma análise das causas e consequências dessa medida* de Geórgia Dos Santos e Rosmeri Radke, focaliza o

estudo de hipóteses em que o Poder Judiciário decide pela perda do poder familiar e quais são as principais consequências dessa medida. Por meio desta pesquisa, investiga-se, fundamentando-se na legislação e na doutrina, para conhecer os principais posicionamentos e leis sobre o tema.

O quinto artigo intitulado *Breves Considerações Acerca da Construção Histórica da Família*, escrito por Poliana Dickmann de Lima e Letícia Lassen Petersen, possui delimitação acerca da amplitude da história de família, e, propõe-se ao mapeamento desta construção. As breves considerações expostas no decorrer deste estudo fazem parte de um arcabouço teórico amplo. Pauta-se a pesquisa, questionando quais as características dos núcleos familiares, suas formas e desenvolvimentos.

Como último texto, apresenta-se a resenha acadêmica *Educação e Cultura*, de *Luciane Brun* e *Mariel da Silva Haubert*. A presente resenha propõe uma reflexão sobre o artigo de *Alfredo Veiga Neto*, o qual procura dialogar com autores como *Kant* e *Baumann*, a fim de pensar sobre a educação e a cultura.

Desse modo, a Comissão Editorial da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA, sente-se agraciada pela qualidade dos artigos que compõem esta revista, oportunizando ao leitor o diálogo de qualidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Prof.^a Me. *Mariel da Silva Haubert*
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão –
NPPGE/FEMA Membro da Comissão Editorial da Revista Direito e Sociedade

A ORIGEM DA FAMÍLIA E O NOVO ARRANJO FAMILIAR, A SOCIOAFETIVIDADE

Poliana Dickmann de Lima¹
Ana Paula Cacenote²
Letícia Lassen Petersen³

RESUMO

O presente artigo é resultado de uma pesquisa monográfica que enfrenta a temática dos novos arranjos familiares. Delimita-se a discussão propondo-se ao mapeamento desta construção, bem como sua diversidade. A pergunta de pesquisa recai sobre o enfrentamento: de que forma o direito de família, que perpassa por profundas mudanças, classifica os entes familiares, em especial naquelas relações pautadas pelo afeto, a socioafetividade? Justifica-se a pesquisa pela indispensabilidade do conhecimento da história da família e de seus inúmeros arranjos, intentado uma construção de conhecimento efetivo e adequado. A metodologia da pesquisa caracteriza-se como teórica, com tratamento de dados qualitativo e fins explicativos. A geração de dados é por documentação indireta, em produção bibliográfica das informações. A análise e a interpretação do estudo acontecem por meio do método hipotético-dedutivo, com procedimentos técnicos histórico e comparativo. A contribuição perseguida é dar publicidade ao resgate histórico sistematizado das configurações familiares, no intuito de oferecer aos leitores o caminho normativo perseguido até o reconhecimento do arranjo familiar pautado nos laços de afeto, que reconhece a parentalidade por escolha, pelo cotejo de laços de amor.

Palavras-chave: Diversidade familiar – Família – Socioafetividade.

ABSTRACT

This article is the result of a monographic research that faces the theme of the new family arrangements. Delimits the discussion by proposing to the mapping of this construction, as well as its diversity. The question of the research lies on the confrontation: in what way does family law, which goes through deep changes, classify family entities, especially in those relations based on affection, socioaffectivity? The research is justified by the indispensability of the knowledge of the family history and its innumerable arrangements, attempting an effective and adequate knowledge construction. The methodology of the research is characterized as theoretical, with treatment of qualitative data and explanatory purposes. The generation of data is by indirect documentation, in bibliographical production of the information. The analysis and interpretation of the study takes

¹ Acadêmica do curso de Direito – 9º semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. polianalima@hotmail.com.ar

² Mestre em Direito pela URI – Campus Santo Ângelo (2014). Bacharel em Direito pelo IESA (2010).

³ Pedagoga – UNIJUI (2001). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – UNIJUI (2004). Especialista em Direito Civil – UNISUL (2005). Mestre em Desenvolvimento Regional – UNISC (2007). Doutora em Desenvolvimento – UNISC (2014). Pós Doutorado – UFRGS (2016). leticiapetersen@yahoo.com.br

place through the hypothetical-deductive method, with historical and comparative technical procedures. The contribution persecuted is to give publicity the systematized historical rescue of family configurations, in order to offer to the readers the normative path pursued until the recognition of the family arrangement based on the bonds of affection, which recognizes parenthood by choice, by the comparison of bonds of love.

Keywords: Family diversity - Family – Socioaffectivity.

INTRODUÇÃO

A temática do presente artigo aborda a família como instituição decorrente das relações humanas. Inicialmente, o espaço de acolhimento familiar possui configuração condicionante da sobrevivência, daqueles que nascem e dependem de cuidado e amor para resistir à vulnerabilidade e fragilidade que o início da vida expõe. Superados os momentos de fragilidades e descoberta do mundo, os laços familiares são preservados pela escolha, pelo cultivo do sentimento de amor. A construção afetiva, extrapola o âmbito dos vínculos sanguíneos, operando vínculos de cuidado e cumplicidade entre pessoas que não possuem qualquer grau de parentesco. Desta proximidade, surge a necessidade de respostas jurídicas no sentido de afirmar a dimensão do vínculo e sua repercussão na seara patrimonial.

No enfrentamento do contexto da formação de vínculos afetivos e da formação de família, uma das formas de arranjo familiar reconhecido pelo sistema normativo é a configuração da família socioafetiva, delimitação sobre a qual recai a presente pesquisa.

A discussão acerca da família socioafetiva possui relevância acadêmica jurídica e social, especialmente em razão do preconceito que circunda o assunto. A possibilidade de reconhecimento de vínculos para além dos laços sanguíneos, expõe o problemático enfrentamento patrimonial daqueles herdeiros eleitos pelas relações afetivas.

A presente pesquisa se justifica pela utilidade pública, no sentido de quebra de narrativas sociais preconceituosas que não coadunam com a expressão de igualdade, exercício das liberdades e diversidade. Notadamente a contribuição do estudo reside na possibilidade de proporcionar aos leitores o conhecimento de seus

entes familiares, possibilitando o entendimento e a comunicabilidade clara acerca do assunto.

A metodologia empregada para o desenvolvimento da pesquisa que resulta no presente artigo está orientada pelo método hipotético dedutivo e será realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental. O tratamento dos dados apurados é de caráter qualitativo.

A estrutura da pesquisa está organizada em duas seções: a primeira trata da historicidade da família, em que estudar-se-á os preceitos no que tange a sua construção; a segunda apresenta uma abordagem sobre o novo modelo de arranjo familiar, a socioafetividade e sua aplicabilidade perante o ordenamento jurídico vigente.

1 A HISTÓRIA DA ORIGEM DA FAMÍLIA, ASPECTOS E EVOLUÇÕES

O conceito de família advém de uma construção histórica, que possui contornos precisos, sendo possível delimitá-la cronologicamente, em tempo e espaço. Deveras importante se faz tal estudo, tendo em vista que os inúmeros arranjos familiares derivam dos contornos existentes ao longo da história. Por meio desta perspectiva, deve-se iniciar a sistematização dos inúmeros conceitos de família, conforme Dias, “[...] a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, e cuja estruturação se dá através da concretização do direito.” (DIAS, 2013, p. 27). Para Santos, conceitua-se família:

Família é um grupo de pessoas composto de pais e filhos, apresentando uma certa unidade de relações jurídicas, tendo uma comunidade de nome e domicílio, e fortemente unido pela identidade de interesses e fins morais e materiais, organizando-se sob a autoridade de um chefe, o pater famílias. (SANTOS, 1974, p. 147).

Para De Antoni, a psicologia entende como família, um conjunto de indivíduos que possuem relação direta, intensa e duradoura, baseados na reciprocidade (DE ANTONI, 2005).

Por sua vez, Roudiesco destaca que essas relações devem ser interiorizadas por seus membros, colocando-as em prática, e, conseqüentemente formulando padrões que abrangem a subjetividade de cada sujeito (ROUDIESCO,

2003).

A família nasce espontaneamente na sociedade, para tanto se fazem necessárias garantias jurídicas que controlam o respeito entre os seres humanos, servindo de baliza para nortear suas vidas. Nesse sentido, Maders e Weber entendem que:

Para reencontrar o sentido de sua vida, o ser humano da atualidade está se voltando mais para si e não tanto para o grupo. Esse senso de si mesmo, no entanto não é estático, vai sendo construído através das vivências, dos contatos e interações com o outro e na sociedade. É a partir desse contato que o sujeito se identifica, e o primeiro e mais importante contato que está ao seu alcance é a família, no seio da qual se dão as primeiras trocas, tanto emocionais, quanto de experiências e a conseqüente formação e desenvolvimento de suas identidades. (MADERS, WEBER, 2018, p. 01).

Cita-se que o primeiro agente socializador dos seres humanos, é a família. Destarte isso foi possível apenas com o ingresso do homem ao estado cultural. Ademais, a família pode ser considerada a unidade social mais antiga que se tem conhecimento. Para Dias, “A família é cantada e decantada como base da sociedade e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado.” (DIAS, 2015, p. 30). Nesse sentido, a família é o núcleo basilar da sociedade.

É notável a grande diversidade familiar existente na sociedade. O Brasil, é dotado de inúmeros pares familiares distintos, sendo impossível caracterizá-lo em apenas um (DIAS, 2015).

O conceito de família surgiu na antiga Roma derivado do latim *famulus*, o escravo doméstico. Nasce em meio as tribos latinas que foram introduzidas na agricultura, em meio a escravidão legalizada que abrangia a época (PIRES, 2007). Consoante ao exposto, Wald relata:

A família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater. (WALD, 2004, p. 57).

Na antiguidade, o patriarca era quem possuía domínio pelas obrigações morais. O poder familiar era mantido nas mãos deste, caracterizado por sua

masculinidade. Restavam aos demais, a obediência e subordinação. Nesse sentido, Costa preceitua:

Dependendo juridicamente, afetivamente, moralmente e religiosamente do marido, prestava-se docilmente a organizar a produção econômica da casa, supervisionando o trabalho escravo. Mão-de-obra gratuita, a mulher permitiu por muito tempo a autossuficiência das residências, fenômeno necessário ao despotismo senhorial sobre a cidade. (COSTA, 1980, p. 93).

O autor supracitado refere-se a mulher como multitarefas e ferramentas, nos termos:

A dona de casa era enfermeira, médica, sacerdote e professora, distribuindo medicamentos em caso de doenças, ensinando aos filhos as primeiras letras do alfabeto, comprimindo uma enorme quantidade de obrigações religiosas (terços, novenas, promessas, entre outros). (COSTA, 1980, p. 93).

Os primeiros órgãos familiares ou comunidades unidas por laços sanguíneos foram intitulados de clãs. Os clãs eram conhecidos pela união de um grupo de pessoas que possuíam a existência de um ancestral em comum (ARAÚJO, 2003). A evolução familiar era complexa, exigia dos pares a criação de uma família natural, formada por pais e seus descendentes. Por sua vez, à época, a família natural era reconhecida apenas como aquela derivada do matrimônio entre duas pessoas, homem e mulher (GRIMAL, 1995).

A realidade foi instituída na Roma Antiga, subdividia-se em dois grupos: *confarreatio* (cerimônia realizada apenas por patrícios, oferecida aos deuses) e *coemptio* (escalada à plebe, onde o marido “comprava” de seu sogro, o “poder” sobre sua esposa) (GRIMAL, 1995).

A família natural teve conceituação pela Igreja Católica, sendo sacralizada e passando a ser indissolúvel. Nesse sentido, Dias afirma que à época em questão, família era todo ente, unido pelo ato solene do matrimônio (em moldes religiosos) (DIAS, 2011).

Destarte, Rolf Madaleno pondera: “[...] a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente

era socialmente marginalizado.” (MADALENO, 2011, p. 27).

Ao período, a família era exclusivamente oficializada através do casamento. Não havia o que se falar em diversidades familiares atinentes a época. A União Estável era inimaginável, assim como o divórcio (RIZZARDO, 2007).

O constante ciclo deu origem a família medieval, extremamente relacionada ao âmbito econômico-político patriarcal. A esposa era passiva, a escolha de seu futuro marido era feita pelo patriarca da família e a concretização do casamento acompanhava um importe, valor atribuído em “compensação” aos pais da moça. A “recompensa” poderia acontecer através de bens materiais, que retornariam à residência do casal após o casamento (BONINI, 2009). Atinente ao exposto, Stéphane Nadaud preceitua:

Na Idade Média o que funda a família não é mais a existência do pater, mas o casamento, definido como uma sociedade de vida, um contrato onde os indivíduos dos dois sexos inserem-se na gênese de uma nova família, como um bem. (NADAUD, 2002, p.22).

Cumprе ressaltar que durante a Idade Média ocorreu a dissolução entre as instituições romanas, germânicas e canônicas. Nesse momento a igreja domina o casamento cristão, consagrando-o como ato solene e sacramental. Fulcro ao citado, Orlando Gomes se pronuncia acerca da construção da família ao longo da história, tecendo comparações à família hodierna:

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do *direito canônico*. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no *matrimônio*, elevado a *sacramento* por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por largo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do *direito canônico* na estruturação jurídica do grupo familiar. (GOMES, 2000, p. 40).

O direito canônico influenciou os textos jurídicos normativos que enfrentaram a temática da família ao longo da história brasileira. O Brasil possuiu sete Constituições Federais, sendo atualmente regido e orientado pela Constituição Federal de 1988. Apenas na Constituição Federal vigente é possível observar rupturas em relação ao reconhecimento de família para além dos laços

sanguíneos “oficializados” pelo casamento. A referida Constituição reconheceu o que já ocorria nos arranjos familiares, possibilitando que as pessoas articulassem e tivessem reconhecida a sua família de maneira diversa da preconizada por uma sociedade patriarcal e oligárquica. Nesse contexto, Gomes cita:

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º). (GOMES, 2000, p.34).

Consoante ao exposto, Sílvio Rodrigues afirma por família:

[...] conceito mais amplo, diz ser a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas providas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos. (RODRIGUES, 2004, p. 04).

Nesse sentido, Villa (2012) destaca que a principal modificação familiar deste século refere-se a quantidade de membros. A diminuição dos indivíduos que compõe o núcleo foi decorrência das inúmeras modificações sociais que abrangeram a época.

Nesta mesma linha, Washington de Barros Monteiro preceitua: “[...] enquanto a família num sentido restrito, abrange tão somente o casal e a prole, num sentido mais largo, cinge a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance é mais dilatado, ou mais circunscrito.” (MONTEIRO, 2004, p. 03).

Ambos destacavam a consanguinidade como elemento substancial à formação da estrutura familiar. Para tanto, Maria Helena Diniz coleciona: “[...] discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos.” (DINIZ, 2007, p. 09).

Em sentido, afirma-se que a Constituição de 1988 foi a primeira que buscou

igualar o afeto como sentimento essencial a formação da família, não distinguindo laços sanguíneos ou matrimoniais.

No tocante, Dias confirma: “[...] a família se transforma na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros, isto é, valorizam-se as funções afetivas da família.” (DIAS, 2006, p. 61).

Cerne ao citado, Lobo afirma que a igualdade abrange todos e quaisquer tipos de filiação, desconsiderando sua origem. Essa conquista deu-se com a Constituição Federal de 1988, baseada na comunhão, afeto e amor, estruturas do núcleo familiar (LOBO, 2006).

Precípua destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 caracterizou a família como base da sociedade (MADALENO, 2019). Nesta linha, veja-se o que dispõe o § 4º do artigo 226 da CF: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (CF, 1988). Para Madaleno:

Por sua vez, o parentesco funda-se na relação de sangue que existe entre duas pessoas, quando uma descende da outra, ou ambas de um tronco ou antepassado comum, na linha reta ou colateral. Já o parentesco por afinidade existe entre uma pessoa que está casada ou foi casada; vive ou viveu em união estável e os consanguíneos de seu marido ou companheiro, ou da sua esposa ou companheira. O artigo 1.593 do Código Civil faz menção ao parentesco por adoção e acrescenta ainda a expressão “outra origem”, admitindo outras fontes de parentesco, no entender da doutrina e da jurisprudência, quando advindos os vínculos da reprodução artificial e das relações socioafetivas. (MADALENO, 2019, p. 140).

Ambos destacavam a consanguinidade como elemento substancial à formação da estrutura familiar, para tanto, Diniz emerge colecionando: “[...] discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos.” (DINIZ, 2007, p. 09).

Os laços consanguíneos já não são capazes de abarcar toda necessidade humana, transferindo espaço ao amor e afeto, que passam a basilar as relações familiares existentes. No tocante, Dias confirma: “[...] a família se transforma na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros,

isto é, valorizam-se as funções afetivas da família.” (DIAS, 2006, p. 61).

O reconhecimento de filiação ganha protagonismo na discussão, à medida que é reconhecida e efetivada a igualdade entre os filhos. Lobo afirma que a igualdade abrange todos e quaisquer tipos de filiação, desconsiderando sua origem. Essa conquista deu-se com a Constituição Federal de 1988, baseada na comunhão, afeto e amor, estruturas do núcleo familiar (LOBO, 2006). Resta claro que os laços familiares sofreram diversas mudanças, durante e pela evolução social, desdobraram-se e atualmente vão além do matrimônio.

O advento da Constituição Federal de 1988, e a constante evolução social deram espaço ao reconhecimento jurídico do novo modelo familiar. Relacionados, concretizam novos modelos destas instituições, que passam a ser reconhecidas por suas formas e componentes, características próprias e singularidade. Os laços que ligam os núcleos familiares vão para além dos sanguíneos e perpetuação da linhagem, os modelos atuais passam a reconhecer também, os laços afetivos.

2 SOCIOAFETIVIDADE: O NOVO MODELO DE ARRANJO FAMILIAR E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

Discutir os arranjos familiares atuais é assimilar que a orientação dos vínculos em direito de família, deixaram de se pautar apenas pelos laços sanguíneos e, atualmente, também partem da premissa que o amor e o afeto são os elementos determinantes para tal configuração.

Hintz afirma que a família é um núcleo flexível, que se molda conforme seu habitat, e amparos que lhe dão sustento. Nesse sentido, torna-se necessário analisar e considerar todos os aspectos que cercam este ente (HINTZ, 2007). Papalia e Feldman aludem que os inúmeros arranjos familiares derivam e são dispostos das relações existentes entre si, e, com a sociedade (PAPALIA; FELDMAN, 2013).

Ainda, no tocante, Hintz alude que a família atual resulta das diversas combinações sociais, pessoais e/ou interpessoais, valorando em especial o afeto, fraternidade e amor (HINTZ, 2007). Bowlby, por sua vez, destaca que a família vêm e está para ensejar o desenvolvimento humano (BOWLBY, 2006).

Para Venosa, foi a jurisprudência que concretizou o entendimento de filiação, como uma relação de parentesco edificada entre dois seres, podendo resultar de vínculos biológicos/sanguíneos, ou não (VENOSA, 2006). A filiação, independentemente de sua natureza, gera efeitos jurídicos.

Assim, Lobo compreende como estado de filiação: “[...] estado de filiação, compreendido como o que se estabelece entre o filho e quem assume os deveres de paternidade, correspondentes aos direitos mencionados no art. 227 da Constituição.” (LOBO, 2006, p. 16). Nesse sentido, Madaleno expõe:

As relações familiares vão modificando com muita velocidade, reduzindo-se os vínculos relacionais para um modelo familiar mais restrito, quer derive o parentesco da constituição de uma união estável, do casamento, dos laços naturais duplos, quando, de pai e mãe, ou simples, quando só tem em comum o pai ou a mãe e, por fim, o parentesco da afinidade ou da adoção. (MADALENO, 2019, p. 143).

A entidade familiar passa a ter maior preocupação com o conceito de infância, o que reflete no olhar direcionado à criança, desligando-se proporcionalmente a perpetuação da linhagem (VENOSA, 2006). Ainda nesse liame, evidencia:

Um acontecimento a ser considerado nesta mutação da modelagem familiar deriva das novas descobertas e dos avanços das técnicas de reprodução assistida, viabilizando que terceiros estranhos à relação possam ser biologicamente responsáveis pela geração de uma criança, sem assumirem oficialmente o papel parental de ser pai ou mãe, dando vazão à noção da filiação afetiva, que descarta a contribuição genética e valoriza a criação pelo afeto. A filiação afetiva também é consequência do desconhecimento ou da ocultação da identidade do genitor genético, criando-se com exacerbada frequência a dissonância entre o vínculo biológico e a realidade jurídica, subsistindo, ao cabo de tudo, uma tríplice natureza da filiação, em seu caráter natural, afetivo ou jurídico. (MADALENO, 2014, p. 19).

Nesse diapasão, Minuchin reitera que é dentro do núcleo familiar que a criança recebe a maior carga de socialização o que enseja a aquisição de habilidades, alto desempenho e valores culturais. Segundo Minuchin, a família é essencial para a construção de seus membros (MINUCHIN, 1982).

Cerne ao supracitado, entende-se atualmente por filiação o vínculo

existente entre pais e filhos. Esta fusão pode decorrer da consanguinidade ou afetividade. O afeto é a prerrogativa que permite aos seres/ humanos demonstrar sentimento. De acordo com Venosa: “Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que tem como sujeitos os pais com relação aos filhos.” (VENOSA, 2006, p. 227).

Fachin, alume que a filiação se constitui, portanto, em sua essência, do afeto que une pais e filhos, haja ou não vínculo biológico entre eles (FACHIN, 1996).

O princípio da igualdade de filiação foi recebido pelo artigo 1.596 do Código Civil de 2002. Destarte Rolf Madaleno cita que todos os filhos, havidos ou não do matrimônio, oriundos ou não de vínculo biológico são iguais, perante a lei e a sociedade em que vivem, conforme preceitua o artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 (MADALENO, 2019).

A filiação afetiva, pautada sob a ótica o sentimento – amor. Fulcro às afirmações, Sílvio Rodrigues dispõe: “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquela que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado.” (RODRIGUES, 2002, p. 323).

A filiação socioafetiva compreende-se como a filiação que não denota de laços biológicos, mas que surge a partir do afeto. Advém do amor e do respeito recíproco entre duas pessoas. Reconhecido pela brecha do Código Civil, que em seu artigo 1.593, reconhece como parentesco os originários pela consanguinidade ou de qualquer origem. (MADALENO, 2011, p. 98). Nesse contexto, Boeira enfatiza que:

A necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua papel secundário à verdade biológica. A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência uma convivência afetiva. (BOEIRA, 2004, p. 54).

Nesta linha de pensamento, Maders e Weber sintetizam que a importância de cada sujeito no ente familiar, passando a ser considerada um verdadeiro

âmbito socioafetivo (MADERS; WEBER, 2018). No campo da psicologia, Maluf abarca a ideia:

[...] o termo afetividade é utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta perante determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio. Tem por constituinte fundamental um processo cambiante no âmbito das vivências do sujeito, em sua qualidade de experiências agradáveis ou desagradáveis. A afeição ligada à vinda de afeto é representada por um apego a alguém ou a alguma coisa, gerando carinho, saudade, confiança ou intimidade. Representa o termo perfeito para representar a ligação especial que existe entre duas pessoas. É, por conseguinte, um dos sentimentos que mais gera autoestima entre pessoas, principalmente as jovens e as idosas, pois induz à produção de oxitocina, hormônio que garante no organismo a sensação perene de bem-estar. (MALUF, 2012 p. 19).

A ligação entre seres do núcleo, o afeto, advém da convivência, troca de experiências, dos exemplos de vida, do amor. A habitualidade constrói vínculos entre os indivíduos, e, nesse sentido, Maluf pondera:

Pode, ainda, ser definido como um conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagradado, de alegria ou tristeza. Do ponto de vista da psicologia e da psicanálise, o afeto terá diversos entendimentos, tendo em vista a existência de diversas teorias e os enfoques na compreensão da natureza psíquica do ser humano. De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos. (MALUF, 2012 p. 19).

Ao encontro do exposto, Madaleno enfatiza que a entidade familiar vai para além dos vínculos sanguíneos:

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação. (MADALENO, 2018, p. 504).

Madaleno explica ainda que a consanguinidade deve existir em conjunto com a socioafetividade, tendo em vista que o afeto e amor nutrem essa relação. Expõem ainda que não há de se aceitar relação de filiação sem haver o afeto mútuo (MADALENO, 2018). Ainda nesse sentido, Cassettari afirma:

Contudo, o problema maior é verificar se haverá a necessidade de existência da reciprocidade na afetividade, e se ela deve ser presente ou se pode ser pretérita. Isso porque há chance de uma das partes, mesmo depois de formada uma socioafetividade sólida, não desejar mais que essa situação se mantenha, talvez para que não produza efeitos jurídicos. Se for permitido a alguém refutar a socioafetividade já estabelecida e consolidada, por algum motivo, seria o mesmo que permitir a disposição das pessoas acerca da parentalidade, ou seja, que alguém pudesse, por exemplo, desconstituir a parentalidade com seus pais ou filhos. (CASSETARI, 2017, p. 30).

Cumprido ressaltar que a socioafetividade pode denotar apenas de laços afetivos, do sentimento entre pais e filhos, sendo dispensável o vínculo sanguíneo. A socioafetividade só foi possível com as inúmeras transformações e avanços sociais.

As mudanças, especialmente a partir da idade moderna impactaram brutalmente a realidade familiar. Foi nesse momento que a família passou a ter status liberal, adotando/reconhecendo filiações regidas pelo afeto (DIAS, 2006). Conforme Gélis, é a partir dessa época que a criança passa a ser vista como sinal de amor (GÉLIS, 1994).

Ademais, fulminou-se crível por meio do ordenamento jurídico vigente, que recebeu os novos modelos familiares de maneira aberta, possibilitando a confirmação de famílias socioafetivas, monoparentais, multiparentais, dentre outras (DIAS, 2006).

A possibilidade e as brechas encontradas no ordenamento brasileiro, em especial no artigo 1.596 do Código Civil, culminado a uma interpretação aberta, possibilitou os primeiros pleitos em relação ao reconhecimento de filhos afetivos, bem como, da socioafetividade (DIAS, 2006).

Por fim, resta destacar que o reconhecimento da filiação, bem como do estado de filho independe da origem biológica, da consanguinidade. O amor, afeto

e a fraternidade, juntos, superaram os rótulos sanguíneos e, neste século, um novo arranjo familiar tornou-se possível (DIAS, 2006).

A legislação brasileira amplia a ideia de família, para além dos vínculos sanguíneos. A evolução normativa quebra preconceitos que ainda vivem nas relações sociais.

CONCLUSÃO

Do arcabouço teórico sistematizado, é possível concluir que os laços de família, para além dos vínculos sanguíneos, reconhecem os vínculos afetivos, notadamente na configuração de uma família “socioafetiva”. São muitos os requisitos para realização de uma família socioafetiva. Grande parte deles dizem respeito à relação entre os indivíduos dessa entidade, em especial os sentimentos de afeto e amor.

De fato, as exigências quanto a ela fazem jus a sua importância. A família é a base social, garante a soberania mútua aos indivíduos que compõem o núcleo, e mantém vivo os vínculos.

Os arranjos familiares atuais precisam ser ajustados as realidades existentes, deixando de ser demasiadamente ligada ao matrimônio, sanguinidade e perpetuação da linhagem.

A família até então estigmatizada, ordeira, inspirada em dogmas vinculados à seara religiosa, com a Idade Moderna realinha-se. Tal evolução somente foi possível, deveras as conquistas femininas, de igualdade, direitos e deveres. A passagem à condição de indivíduo de direitos impactou brutalmente a sociedade e a estrutura familiar vigente. Trata-se de expressar de forma clara, que as mudanças sociais foram precursoras para os novos modelos familiares, notadamente àqueles relacionados ao afeto.

Saber interpretar a norma abstrata e aplicá-la aos novos arranjos familiares é digno das evoluções sociais. Por meio desta nova interpretação pode-se chegar a pontos de vista favoráveis a situação, utilizando então, a norma, de maneira favorável aos novos vínculos afetivos, até então, não reconhecidos juridicamente.

Ademais, espera-se que a constante evolução social, debates e conquistas, continuem afetando de forma positiva e constante, a sociedade e o ente familiar, tornando cada vez mais, a família um ser, de direitos e deveres, respeitada e evoluída, no meio e que vivemos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Walter da Rocha. **Representações Sociais sobre Família e Classes Sociais**. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/9933/1/arquivo9166_1.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Do Bem de Família**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Filiação e Solução de Conflitos de Paternidade**. Florianópolis: Vox Legem, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade, Posse de Estado de Filho, Paternidade Socioafetiva**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

BONINI, Juliana de Oliveira Reis. **Novos Arranjos Familiares: da família da idade medieval à família da atualidade**. Niterói, 2002. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/N202644.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

BOWLBY, J. **Cuidados Maternos e Saúde Mental**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, Emília Viotti da. **Introdução ao Estudo da Emancipação Política**. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Brasil em perspectiva*. 11. ed. São Paulo: DIFEL, 1980.

DE ANTONI, C. **Coesão e Hierarquia em Famílias com História de Abuso Físico**. Tese (Doutorado em Psicologia) – Pós-Graduação em Psicologia de Desenvolvimento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 1996.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRIMAL, Pierre. **A vida em Roma na Antiguidade**. Mem. Martins: Publicações Europa-América, 1995.

GÉLIS, Jacques. **A Individualização da Criança**. São Paulo: Cia das Letras, 1994.

HINTZ, H.C. **Espaço Relacional na Família Atual**. In: CERVENY, C.M.O. (Org.). **Família em movimento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

KRAEMER, Márcia Adriana Dias. **Reflexão sobre o Trabalho Docente: o conhecimento construído na formação continuada e a prática pedagógica**. Santa Rosa: FEMA, 2014.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **A Repersonalização das Relações de Família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real**. Brasília: Revista CEJ nº 34, jul/ set. 2006.

MADALENO, Rolf, 1954 – **Curso de Direito de Família**. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADERS, Angelita Maria; WEBER, Ana Laura. **As Implicações dos Laços Familiares na Formação das Identidades**: um estudo acerca de sua (in)observância na jurisprudência no Brasil. In: Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos. Campinas: Ed. Millennium, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MINUCHIN, S. **Famílias**: funcionamento e tratamento. Porto Alegre: Artmed, 1982.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito de família, 37. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

NADAUD, Stéphane. **L'homoparentalité**: une nouvelle chance pour la famille? Paris: Ed. Fayard, 2002.

PAPALIA, D.E; FELDMAN, R.D. **Desenvolvimento Humano**. Porto Alegre: AMGH, 2013.

PIRES, Duarte. **Família e Sociedade**, Minas Gerais, Recanto das Letras, 2007. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/artigos/771723>> Acesso em: 14 abril 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família** – lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7ª Edição – 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família** – lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7ª Edição – 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

ROUDINESCO, E. **A Família em Desordem**. Zahar: Rio de Janeiro, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VILLA, S.B. **Os Formatos Familiares Contemporâneos**: transformações demográficas. Revista Eletrônica de Geografia: 2012.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. ed.rev.atual.e ampl. Pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração da Prof.Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004.

A BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL SOB A ÓTICA DA FILOSOFIA DO DIREITO

Dionatan Cabreira¹
Guilherme Scarantti Saling²
Jeremyas Machado Silva³

RESUMO

O tema deste artigo trata da influência da Filosofia do Direito no processo penal no que se refere à busca da verdade real. Como delimitação do tema, focaliza-se o estudo dos efeitos jurídicos resultantes das premissas filosóficas da lógica jurídica, da teoria da argumentação e da metodologia do direito, no âmbito do direito processual com ênfase na busca da verdade real. Objetiva-se, também, analisar a metodologia científica empregada na busca da realidade dos fatos, trazendo para tanto a compreensão de grandes pensadores acerca do tema. A geração de dados ocorreu por meio de aportes teóricos da Filosofia do Direito e do Direito Processual. A pergunta norteadora desta pesquisa é: Em que medida a Filosofia, enquanto ferramenta de lógica argumentativa reflete nos métodos e procedimentos empregados na busca da verdade real nos processos judiciais? É possível se alcançar a verdade processual pelo uso de outros vetores senão aqueles aferidos pela Filosofia do Direito, quais sejam, a lógica jurídica, a teoria da argumentação e a metodologia do direito. A prospecção da verdade consiste basicamente dos preceitos filosóficos, uma vez que, por meio destes, pode-se aproximar o Direito da ciência, e assim, obterem-se decisões judiciais mais justas. Compreender como influem, na prospecção da verdade por intermédio de um processo judicial, os vetores filosóficos e metodológicos em especial a lógica jurídica em contraposição ao sofismo e ao paralogismo jurídico. O Direito e a Filosofia mantem relação desde a antiguidade e, portanto, compartilham de muitos vetores. Assim, em tempos de ativismo judicial se evidencia a necessidade do estudo e da compreensão dos mecanismos que constituem a verdade no âmbito processual. A importância do tema se demonstra pela possibilidade de proporcionar um tirocínio crítico e aprofundado dos aspectos que buscam qualificar como ciência o processo judicial de modo a aproximar a verdade processual da realidade dos fatos.

Palavras-chave: Filosofia do Direito – Verdade Processual – Processos Judiciais.

¹ Acadêmico do Curso de Direito – 9º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. d_cabreira@hotmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito – 4º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. guisaling@hotmail.com

³ Doutorando em História pela Universidade de Passo Fundo – UPF/RS. Orientador. Professor do Curso de Direito. jeremyass@gmail.com.br

RESUMEN

El tema de este artículo trata de la influencia de la Filosofía del Derecho en el proceso penal en lo que se refiere a la búsqueda de la verdad real. Como delimitación del tema, se enfoca el estudio de los efectos jurídicos resultantes de las premisas filosóficas de la lógica jurídica, de la teoría de la argumentación y de la metodología del derecho, en el ámbito del derecho procesal con énfasis en la búsqueda de la verdad real. Se objetiva, también, analizar la metodología científica empleada en la búsqueda de la realidad de los hechos, trayendo para tanto la comprensión de grandes pensadores acerca del tema. La generación de datos ocurrirá por medio de aportes teóricos de la Filosofía del Derecho y del Derecho Procesal. La pregunta orientadora de esta investigación es: ¿En qué medida la Filosofía, como herramienta de lógica argumentativa, refleja en los métodos y procedimientos empleados en la búsqueda de la verdad real en los procesos judiciales? Es posible alcanzar la verdad procesal por el uso de otros vectores que aquellos aferidos por la filosofía del derecho, cuales sean, la lógica jurídica, la teoría de la argumentación y la metodología del derecho. La exploración de la verdad consiste básicamente de los preceptos filosóficos, ya que por medio de éstos se puede aproximar el derecho de la ciencia y así obtener decisiones judiciales más justas. Comprender cómo influyen, en la exploración de la verdad por intermedio de un proceso judicial, los vectores filosóficos y metodológicos, en especial la lógica jurídica en contraposición al sofismo y al paralogismo jurídico. El derecho y la filosofía mantienen una relación biliar desde los primordios de la civilización y, por lo tanto, comparten muchos vectores. Así, en tiempos de activismo judicial se evidencia la necesidad del estudio y de la comprensión de los mecanismos que constituyen la verdad en el ámbito procesal. La importancia del tema se demuestra por la posibilidad de proporcionar un tiroteo crítico y profundizado de los aspectos que buscan calificar como ciencia el proceso judicial para aproximar la verdad procesal de la realidad de los hechos.

Palabras-clave: Filosofía del Derecho - Verdad – Procesal.

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que o direito encontra forte sustentáculo na filosofia e que esta, por sua vez, surge da reflexão dos fenômenos jurídicos e sociais e dos aspectos que os compõem. A contemplação da verdade sob a ótica filosófica compreende o uso da razão na interpretação dos elementos de causa e resultado sem adentrar na essência do fenômeno jurídico área tratada pela Teoria do Direito.

Da análise da verdade processual se abstrai que, esta se apresenta frágil e subjetiva, vez que os fatores que a despontam são em si, divergentes. A filosofia,

nesse sentido, tem um papel primordial pois permite tornar mais científicos os métodos de prospecção da verdade processual através das premissas filosóficas da lógica jurídica, da teoria da argumentação e da metodologia do direito.

A Filosofia do Direito constitui basilar componente de busca da verdade processualística derivando-se nas ferramentas de lógica, argumentação jurídica e metodologia jurídica. Para a compreensão destes mecanismos necessária se faz, primeiramente, a compreensão da Filosofia pura e de como esta trata e interpreta os aspectos da cognição humana.

A fundamentação teórica é de extrema importância para o desenvolvimento deste artigo científico. Desta maneira, os assuntos apresentados, condizem com o objetivo proposto pelo mesmo, em que este estudo compreende cinco tópicos para análise e compreensão: constituição e interpretação da verdade processual, filosofia do direito, da lógica e seus desdobramentos, da argumentação jurídica e da metodologia jurídica. Assim é pertinente a compreensão de cada um destes mecanismos de forma isolada a fim de se conhecer a sua atuação conjunta em aplicação da justiça.

1 CONSTITUIÇÃO E INTERPRETAÇÃO DA VERDADE PROCESSUAL

A Filosofia se constitui, pois, como a análise crítica das condições de certeza das próprias ciências: das ciências, em sua universalidade, o que constitui a precípua razão de ser da Gnoseologia, ou, mais genericamente, da Ontognoseologia, bem como das ciências nos distintos campos particulares em que se desenvolvem as suas estruturas e linguagem, tal como é estudado pela Lógica (REALE, 2002).

A Doutrina da Ciência não se reduz a uma teoria da linguagem, sendo certo, por outro lado, que a Filosofia não se esgota ou se confina nessa ordem de indagações, e que toda "doutrina da verificação" envolve o problema inevitável dos critérios estimativos e dos pressupostos da pesquisa, um estudo, em suma, de natureza ontognoseológica (REALE, 2002).

As ciências positivas, com suas leis e teorias, não deixam, é claro, de exercer influência sobre nosso comportamento, assim como sugerem caminhos a serem

seguidos ou evitados, tanto como fornecem meios adequados à consecução de fins. Estes resultam, porém, do reconhecimento de valores objetivos que são a razão de ser da conduta. A atitude do homem perante o homem e para mundo, e a projeção dessa atitude como atividade social e histórica, eis o tema nuclear e até mesmo dominante da Filosofia (REALE, 2002).

A Filosofia moderna marca, nesse ponto, uma mudança substancial. O pensamento moderno, que começa com o Humanismo, apresenta, desde o início, acentuada preocupação pelo problema dos limites e das possibilidades do conhecimento e, de maneira particular, do conhecimento científico (REALE, 2002).

A Filosofia moderna iria, assim, desenvolver-se cada vez mais como uma crítica do conhecimento. O homem moderno, antes de filosofar sobre a natureza ou sobre o ser, indagou das possibilidades de seu próprio pensamento (REALE, 2002).

O penalista por meio da reunião das notas determinantes do estelionato, do furto, do roubo e de outros, configurar os tipos aos quais deverão corresponder experiências da vida social. Há uma tipologia, uma classificação de condutas, às quais poderão corresponder experiências humanas concretas (REALE, 2002).

Desta forma, a filosofia se presume um conhecimento antes do conhecimento, abrindo entre si e as ciências um domínio próprio do qual se vale para passar a exercer funções de dominação (HABERMAS, 2003).

As ciências, além do elemento tipológico, trabalham com leis. A palavra lei, neste caso, deve ser tomada em sua acepção mais geral, abrangendo tanto as leis que se enunciam no saber físico-matemático, como as possíveis no plano das chamadas ciências culturais, em cujo âmbito se situa a Ciência do Direito (REALE, 2002). Ainda, sobre a Ciência do Direito, Reale elucida que:

Ciência do Direito tem por objeto o mesmo fenômeno histórico-social que chamamos fenômeno jurídico. A nossa preocupação é diversa, no entanto; não se confunde com a do historiador do Direito, nem tampouco com a do sociólogo. O jurista estuda a mesma realidade sob aspecto normativo ou regulativo. O sociólogo descreve e compreende o fato social, mas o jurista tem a função de ver o fenômeno associativo sob o prisma de um dever jurídico, na busca de seu sentido como conduta, pois a Jurisprudência é um dos estudos normativos ou regulativos da convivência humana, uma disciplina de atos futuros, por ser uma ordenação de comportamentos sociais segundo esquemas típicos exemplares, isto é, segundo modelos normativos. (REALE, 2002, p.74).

Observa Lalande, "[...] cada um dos momentos que compõem um raciocínio é, com efeito, um todo indivisível, enquanto é a apreensão de uma relação, isto é, um juízo; mas como esses momentos formam uma série o conjunto permanece discursivo." (REALE, 2002, p. 78).

Para Husserl, todo raciocínio é suscetível de ser visto como uma série contínua de intuições, no entanto o processo de seriação racional não é explicável segundo a soma dos elementos intuitivos que a compõem (HUSSERL, 1929). O raciocínio não resulta, em verdade, de simples ordenação de intuições, elaborada por livre opção do estudioso; decorre antes do modo de ser do objeto estudado, razão pela qual, a esta luz, os processos discursivos não constituem simples conexões ou justaposições de resultados intuitivos, mas possuem um valor intrínseco de "totalização" que a mera soma das intuições de per si não fornece.

2 FILOSOFIA DO DIREITO

A Ciência Jurídica configura sobre uma larga base de experiência axiológica, valendo-se de dados que só a intuição pode apreender, para a elaboração e a verificação racionais.

A filosofia do direito na perspectiva hermenêutica de Dworkin faz parte de um projeto interdisciplinar no qual ela tem uma função legitimadora, de modo a reunir as condições de produção de um novo discurso, na medida em que trafega, interdisciplinariamente, pelas áreas da epistemologia, da política, da ética e da estética.

Para Gadamer, um relevante aspecto de interpretação da verdade remete ao princípio da história efetual, isto é, a percepção da influência que a história exerce sobre o ser humano e que esta influência molda e fundamenta o modo de compreender (GADAMER, 1997). Ademais, nas palavras atemporais de Gadamer acerca da interpretação histórica da transmissão de uma mensagem:

[...] cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que

representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico. (GADAMER, 1997, p. 366).

Assevera Gonçalves, que a hermenêutica técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, vez que os pressupostos teórico-científicos, metodológicos e também filosóficos da Ciência do Direito, postos em evidência pela hermenêutica de Gadamer, necessitam ser estudados e aprofundados (GONÇALVES, 2002). Neste sentido, afiguram-se os ensinamentos de Arruda Júnior e Gonçalves em relação a Hermenêutica Filosófica:

Discutir a Hermenêutica Filosófica como um novo paradigma cognitivo para o saber e a prática jurídica envolve a reformulação preliminar daquele território metodológico no qual são radicalmente delimitadas as possibilidades de percepção e funcionamento do Direito. A concepção hermenêutica sugere formas alternativas, menos cientificistas e mais historicizadas, para as gerações vindouras apreenderem o Direito como um entre os diversos outros componentes do fenômeno normativo-comportamental mais geral. (ARRUDA JUNIOR; GONÇALVES, 2002, p.233).

O conceito de verdade se divide, inicialmente, em verdade material e processual, enquanto configura utópica a verdade real. A verdade real, num universo ideal, seria o retrato fiel da realidade dos fatos ocorridos de modo a proporcionar uma análise límpida e justa. *A priori* a verdade era prospectada, no âmbito processual, por interposição de mecanismos inquisitoriais que geravam como resultado verdades falaciosas.

Para o autor Alexandre Morais da Rosa a verdade real constitui uma empulhação ideológica que serve apenas para acalmar a consciência de acusadores e julgadores e se comporta como uma ilusão da informação perfeita no âmbito processual (MORAIS DA ROSA, 2015).

O autor Aury Lopes Junior refere que o mito da verdade real tem suas raízes no sistema inquisitorial e é oriundo de um argumento falacioso de proteção do interesse público que serviu de base para a prática das maiores atrocidades da nossa história. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura -, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados (LOPES JR., 2016).

Assim, a busca pela verdade pela interposição de qualquer meio está profundamente ligada ao sistema inquisitório e a ideia de juiz inquisidor. Tem-se ainda que o mito da verdade real ou substancial surgiu na inquisição, e a partir daí foi sendo utilizada para justificar os abusos e as ingerências estatais. Luigi Ferrajoli em suas palavras faz uma análise sobre a verdade substancial afirmando que:

É evidente que esta pretendida "verdade substancial", ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

O autor Ferrajoli diz que não existe uma verdade absoluta ou objetiva; a verdade não passa de uma ideal inalcançável. É, portanto, uma ingenuidade epistemológica acreditar em uma verdade que não possa ser superada. Nessa esteira, não há que se falar em verdade substancial no processo penal, mas sim em verdade aproximada (processual) (FERRAJOLI, 2002).

3 A LÓGICA E SEUS DESDOBRAMENTOS

A palavra lógica advém da palavra grega logos que significa a racionalização propriamente dita ou o estudo filosófico do raciocínio. De modo geral a lógica é vista como uma verdade comum e presumível entre dois interlocutores sendo desnecessária a inferência de maiores informações.

A autora Marilena Chaui entende que a conclusão sem contradição, valendo-se de conhecimentos prévios, constitui aquilo que julgamos lógico ou ilógico (CHAUÍ, 1995).

O conceito de lógica possui multifaces e ampla interpretação sendo muitas vezes usado de forma equivocada pela própria comunidade jurídica como refere Chaim Perelman:

Quando el jurista defiende una interpretación lógica del derecho, cuando sus adversarios replican que "la vida del derecho no es la lógica sino la experiencia"; cuando los abogados se acusan mutuamente de no respetar la lógica, la palabra "lógica" no designa, en ninguno de estos casos, la

lógica formal, la única practicada por la mayoría de los lógicos profesionales, sino la lógica jurídica, que los lógicos modernos ignoran por completo. (PERELMAN, 1973, p.9).

Para o autor Fábio Ulhoa Coelho a lógica constitui uma maneira específica de racionalização ou da forma como se arranjam os pensamentos sendo de suma importância para o campo do direito (COELHO, 2009).

Em relação a argumentação lógica refere o autor Fábio Ulhoa Coelho que “[...] os princípios da lógica formal não mantêm relação com a verdade ou validade do seu conteúdo.” (COELHO, 1996, p. 21).

O argumento pode ser lógico, mas isso não quer dizer que sua conclusão seja necessariamente verdadeira, isto é, corresponda à realidade. Muito pelo contrário, a única garantia que o raciocínio lógico oferece é a de que, sendo verdadeiras as premissas e válida a inferência, a conclusão será verdadeira. Em outros termos, há duas condições para que o raciocínio lógico nos conduza à verdade: a veracidade das premissas e a correção do próprio raciocínio. Os lógicos se ocupam dessa segunda condição apenas, já que da veracidade das premissas cuidam os cientistas (biólogos, matemáticos, físicos, sociólogos, psicólogos, etc.).

Entendem, alguns juristas e filósofos, que em um campo da lógica onde se incluem as operações não dedutivas, como a argumentação retórica e a analogia, existe uma linha autônoma denominada lógica jurídica. Nesta perspectiva o filósofo polonês Kalinowski se manifesta que, inicialmente opunha a ideia da existência da lógica jurídica, ao justificar sua mudança de entendimento, afirmou que:

(...) la lógica en sentido propio no agota el dominio de lo racional y por otra parte la retórica y la argumentación en derecho (incluyendo también la interpretación jurídica) no están condenadas a lo irracional (pero deben poner atención de no caer en él). En consecuencia, y tomando en cuenta el carácter analógico del concepto de lógica y partiendo del nombre que lo significa, se puede, siguiendo respectivamente el ejemplo de Perelman y de Gregorowicz, extender al nombre de lógica jurídica al estudio de la argumentación jurídica de carácter retórico, y al estudio de las reglas “extra-lógicas” de interpretación del derecho. (KALINOWSKI, 1973, p.33).

Deste modo a lógica jurídica se constitui de um caráter mais amplo abarcando elementos racionais não dedutivos presentes nas decisões judiciais.

Esse aspecto evidencia a íntima relação entre a Lógica jurídica, a teoria da argumentação e a metodologia do Direito, na medida em que a possibilidade de

existência de justificações racionais para as decisões jurídicas é um dos mais basilares pressupostos para a qualificação do direito como ciência. Com razão, portanto, Karl Engisch, quando afirma que:

A lógica do jurista é uma lógica material que, com fundamento na lógica formal e dentro dos quadros desta, por um lado, e em combinação com a metodologia jurídica especial, por outro lado, deve mostrar como é que nos assuntos jurídicos se alcançam juízos "verdadeiros", ou "justos" (correctos), ou pelo menos "defensáveis". Uma lógica e metódica do jurista assim entendida não é uma "técnica" que ensine artifícios conceituais com cujo auxílio se possam dominar do modo mais expedito possível as tarefas de pensamento que se deparam ao estudioso do direito. Ela também não é psicologia ou sociologia da heurística jurídica, a qual indaga como se conduzem de facto as pessoas na prática quotidiana ao adquirirem pontos de vista jurídicos. Constitui antes reflexão sobre o processo de conhecimento jurídico especificamente correcto, o que não é coisa de fácil penetração. Ela esforça-se por alcançar (nos limites do que ao conhecimento humano é possível) a meta de descobrir a "verdade" e emitir juízos conclusivamente fundados. (ENGLISH, 1965, p. 7-8).

4 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Outra importante ferramenta de busca da verdade processual advém da argumentação jurídica que configura uma forma de fundamentar racionalmente as decisões judiciais.

O Direito se funda em explicações argumentativas, pois não se formula um pedido a um juiz sem que antes se explique o porquê, caso contrário o pedido se qualifica infundado. Sem argumentação o Direito é inerte e inoperante. Antes de mais nada, a teoria da argumentação jurídica justifica-se na viabilidade de um discurso racional e lógico dentro da própria fundamentação jurídica; desta forma Carneiro destaca que “[...] o ato de argumentar, portanto, liga-se à ideia de desenvolver raciocínios capazes de comprovar uma conclusão almejada, com o fim de torná-la preferível em relação a sua adversária.” (CARNEIRO 1997, p. 157).

A teoria da argumentação jurídica, baseada na fundamentação racional do discurso, foi fomentada por Alexy Robert estudioso alemão, em meados dos anos 70 e logo ganhou destaque internacional. Alexy em sua teoria a respeito da administração da justiça assevera que:

A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem

constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundadas na argumentação racional. Deve ficar evidente que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade. (ROBERT, 2001, p. 54).

De certo, quando se trata de expressão, o discurso prático, especificamente o discurso jurídico deve ser fundado racionalmente, sempre com o objetivo de corrigir os enunciados regulamentativos. Ele deve se adaptar a uma forma devida na realidade, indo além da idealidade do discurso.

A autora Cláudia Toledo, em seus estudos acerca da discursiva jurídica dispõe que: Há regras que regem o discurso, as quais variam um pouco de autor para autor, mas que têm seu cerne, sua ideia nuclear inalterada. São as regras requisitos imprescindível para a aferição da racionalidade de qualquer discurso prático. Isto é, tudo pode e deve ser objeto do discurso, tanto o conteúdo de suas regras – que são, por sua vez, a forma do discurso – quanto a própria forma dessas regras, isto é, a forma da forma do discurso (TOLEDO, 2005).

5 A METODOLOGIA JURÍDICA

Antes de se adentrar a metodologia jurídica faz-se necessária a compreensão do que constitui a palavra método. O método configura uma sequência de regras e procedimentos a serem utilizados na resolução de determinado problema por intermédio de hipóteses e teorias previamente testadas.

O método jurídico segundo Bodenheimer, se constitui de preceitos que podem ser considerados os instrumentos de trabalho usados para identificar, mediante uma descrição sucinta, situações típicas caracterizadas por elementos comuns idênticos (BODENHEIMER, 1968).

Tal método subsume um complexo de regras sem as quais lhe escaparia o rigor exigido por uma teoria da ciência que pretende ser o mais objetiva possível. O positivismo não considera, porém, a certeza do conhecimento como

exclusivamente garantida por meio do embasamento empírico, ao lado da certeza sensível, é a certeza metódica (HABERMAS, 1989).

Ainda segundo Habermas as ciências particulares disponíveis como sistemas de proposições e modos de proceder, ou seja, como complexo de regras com base nas quais as teorias são construídas e controladas, 16 serão o referencial do saber positivo, que, assim, reduz-se a uma metodologia da pesquisa (HABERMAS, 1989).

Para Friedrich Müller, a Epistemologia ou Metodologia Jurídica propõe-se a desenvolver-se sobre as bases que determinam suas diferentes funções, que são o estabelecimento das normas, a concretização das normas e seu controle (legislação, governo, administração da justiça, jurisprudência, ciência e política jurídica) (MÜLLER, 1996).

Consoante Müller, a Metodologia Jurídica analisa também as propriedades de concretização da norma na ação prática, de modo que se pode falar que o Direito, em termos epistemológicos, possui uma prática metodológica (MÜLLER, 1996).

Adverte Hans-Georg Gadamer que “[...] para as ciências do espírito [como é o caso do Direito] não é nada fácil encontrar junto à opinião pública a reta compreensão de seu modo de trabalho”, qual seja, a metodologia aplicada. (GADAMER, 2009, p. 49).

Como se vê, é complexa a metodologia jurídica, como complexa é a realidade histórico-social do direito, que integra normativamente formas de comportamento, o ser social em sentido de dever ser ou de valores, correspondendo a um modo particular da existência humana, considerada esta não apenas em suas relações causais, mas sobretudo segundo os valores que lhe emprestam significado e dos quais resultam exigências normativas (REALE, 2002).

No exame das condições em que o processo normativo se desenvolve, é de grande alcance o método indutivo, que nos permite conceber certos esquemas genéricos de comportamentos possíveis, com auxílio dos quais a estimativa do fato humano pode expressar-se em normas jurídicas, que são, como veremos melhor na segunda parte desta obra, medidas exigíveis e garantidas de conduta bilateral atributiva (REALE, 2002).

Não se pode, pois, dizer que o raciocínio dedutivo decorre sempre e integralmente dos resultados da indução, porque esta, no Direito como em outras ciências, pressupõe evidências, dados intuitivos, assim como resultados que a dedução desenvolve a partir de evidências ou de dados assentes em anteriores observações do real, inclusive sob a forma de conjeturas (REALE, 2002).

CONCLUSÃO

Sendo o Direito uma ciência social e não exata há que se ponderar o uso da lógica, evitando o absolutismo, a fim de solucionar os aspectos epistemológicos inerentes às relações sociais. Destarte, considerando a Argumentação Jurídica e a Metodologia do Direito como elementos essenciais no processo de cientificação do direito, estes garantem o método de prospecção da verdade processual enquanto a lógica assegura o correto trato do conhecimento pelo uso da razão. A verdade pura se constitui utópica, contudo, a Filosofia por intermédio dos elementos supramencionados assegura maior justiça nas decisões que verem sobre relações sociais.

REFERÊNCIAS

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito: sociologia e metodologia teórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CARNEIRO, M. F.; SEVERO, F. G.; ÉLE, K. **Teoria e Prática da Argumentação Jurídica – Lógica – Retórica**. Curitiba: Juruá, 1997.

CARNEIRO, Maria Francisca. **O Conceito de Lógica e sua Relação com o Direito**. Disponível em: < <http://www.tribunapr.com.br/noticias/o-conceito-de-logica-e-sua-relacao-com-o-direito/> > Acesso em: 10 maio 2018.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. Ática, 1995.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Roteiro de Lógica Jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Ano 1983.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. (Trad. De Enio Paulo Giachini). 4. ed., Petrópolis: Vozes, 2009, p. 49.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

KALINOSWKY, Georg. **Introducción a la Lógica Jurídica**. Buenos Ayres: EUDEBA, 1973.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

MAIA, Antonio Cavalcanti, "*Pós-fácio...*" in CAMARGO, **Margarida, Hermenêutica e Argumentação**, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 3ª tiragem, 2011, p. 284.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal**. 2. ed. Empório do direito. 2015.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. (Trad. De Olivier Jouanjan). Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 368.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2002

ROBERT, Alexy. **Teoria da Argumentação Jurídica**: tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Veredas do Direito: Belo Horizonte, 2005.

V. LALANDE. **Vocabulaire, cit., no Verbetes "Raisonnement"**, vol. II, pág. 679, nota.

V. HUSSERL. **Investigaciones Lógicas**, trad. de Garcia Morente e José Gaos, Madri, 1929.

A POLÍTICA PÚBLICA DO TRATAMENTO *HOME CARE*: UM COTEJO COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Cristiane Luiza Riffel¹
Lairton Ribeiro de Oliveira²

RESUMO

O tema a que esta abordagem se propõe trata das Políticas Públicas para a Saúde, tendo como delimitação temática o atendimento denominado *Home Care*. O enfoque utilizado na investigação é administrativo e constitucional aliado à interdisciplinaridade das ciências, especialmente no que tange à análise econômica do Direito. Busca-se explorar a política pública do *Home Care*, tendo-se como problematização o questionamento acerca da sua viabilidade financeira no Brasil, levando-se em consideração o cenário econômico brasileiro, sopesando-se a humanização que esta forma de tratamento proporciona, em consonância com o postulado da dignidade da pessoa humana, fundamento republicano do Estado Democrático de Direito, aqui vigente. Para tanto, na tentativa de atribuir maior significado ao debate, investiga-se os fundamentos jurídicos de interesse da abordagem, extraídos de um caso judicializado de atendimento na modalidade *Home Care*. Entende-se que é necessário enfrentar a discussão desta temática sob a óptica da viabilidade econômica, tendo-se em vista que o benefício proporcionado por tal modalidade de atendimento ao paciente é incontroverso. Trata-se de um tema relevante e de interesse da sociedade, notadamente se considerando o crescente aumento da expectativa de vida da população brasileira e a atual realidade de carência de recursos públicos para as políticas públicas de saúde. Assim, avulta-se a necessidade do debate no meio acadêmico, ambiente propício para inquietações acerca das situações postas ou mesmo impostas pelo Estado.

Palavras-chaves: Políticas Públicas – *Home Care* - Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The theme to which this approach is proposed is of the Public Policies for Health, with the thematic delimitation called Home Care. The focus used in the research is administrative and constitutional, allied to the interdisciplinarity of the sciences, especially in relation to the economic analysis of the Law. The aim is to explore the public policy of Home Care, having as a problematization the question about its financial viability in Brazil, taking into account the Brazilian economic

¹ Bacharela em Direito, servidora pública da Procuradoria Municipal de Santo Cristo, Brasil. cristianeluizariffel@gmail.com

² Mestre em Integração Latino-Americana, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). lairtonsm@gmail.com.

scenario, considering the humanization that this form of treatment provides, in consonance with the postulate of the human dignity, republican foundation of the Democratic State of Law, in force here. To this end, in an attempt to give greater meaning to the debate, we investigate the legal grounds of interest of the approach, drawn from a judicial case of attendance in the Home Care genre. It is understood that it is necessary to confront the discussion of this topic from the perspective of economic viability, considering that the benefit provided by such mode of patient care is uncontroversial. It is a relevant topic and of interest to the society, especially considering the increase in life expectancy of the Brazilian population and of the current reality of lack of public resources for public health policies. Thus, the need for debate in the academic world is underlined, an environment conducive to disquiet about the situations posed or even imposed by the state.

Keywords: public policies- *home care*- economic analysis of law.

INTRODUÇÃO

A presente análise abordará o tratamento de saúde prestado na forma de atendimento domiciliar, conhecido como *Home Care*, que é basicamente oferecido no Brasil por empresas privadas especializadas, circunstância que o torna de difícil acesso devido alto custo de contratação. Destaca-se, de pronto, que em alguns países ele é fornecido por operadoras de planos de saúde, e tem se mostrado, em determinados casos, mais econômico do que o mesmo tratamento disponibilizado em ambiente hospitalar.

Busca-se com essa análise perquirir o porquê dessa forma humanizada de atendimento não ser oferecida no Brasil, voluntariamente, tanto pelo Estado como por operadoras de planos de saúde, visto que, na maioria dos casos, ela somente acaba sendo disponibilizada compulsoriamente, mediante provimento judicial. O estudo referencia-se na legislação pertinente e em autores de Direito Administrativo, Civil e Constitucional, baseado na temática específica do atendimento *Home Care* na esfera da saúde, visando uma análise quanto à sua aplicabilidade ou inaplicabilidade na realidade brasileira, tendo por elemento norteador a análise econômica do Direito.

Pretende-se desenvolver uma abordagem de caráter reflexiva e com fundamentação histórica, analisando-se o contexto das políticas públicas¹ e o

¹ Para Bucci, as políticas públicas se desenvolvem em três estágios, quais sejam, o primeiro momento que é o da formação, no qual se refere a apresentação dos pressupostos técnicos e

serviço privado de atendimento na seara da saúde. O Estudo norteia-se em buscar possíveis respostas à seguinte indagação: é viável a prestação dos serviços de saúde sob a modalidade *Home Care* no sistema brasileiro de saúde pública?

Tem-se por objetivo instigar os leitores a uma reflexão crítica e construtiva acerca da temática relativa à saúde, com enfoque na efetivação de direitos que concretizam o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana e que possam resultar em diminuição de custos no tratamento médico, aliados a um atendimento humanizado, realizado no ambiente familiar. Para tanto, a abordagem metodológica eleita é de cunho qualitativo, com pesquisa de natureza teórica e bibliográfica, de viés explicativo, que se respalda nos métodos hipotético-dedutivo e histórico.

A pesquisa, que trata qualitativamente os dados, de forma sistemática e por meio de documentação indireta, justifica-se por se tratar de tema que abarca a coletividade e refere-se a um bem fundamental da maior grandeza, qual seja a saúde, elementar para uma vida digna. Nesse contexto busca-se analisar especificamente o atendimento a domicílio pelo método *Home Care*, fazendo-se um cotejo com a análise econômica do direito.

A abordagem estrutura-se em três seções, sendo a primeira destinada a explorar a origem histórica do tratamento denominado *Home Care*, que se trata de uma modalidade de atendimento a um paciente em seu domicílio, também conhecido como desospitalização, bem como apresentar as normativas basilares acerca desse serviço. Busca-se, nesta oportunidade, situar o leitor quanto ao tema, que é pouco conhecido no meio acadêmico e instigar esses leitores a questionarem-se acerca das razões pelas quais esse modelo de tratamento humanizado, que traz melhor qualidade de vida e preserva o doente no seio familiar, ainda é pouco difundido no Brasil.

Na segunda seção, destina-se a investigar acerca da viabilidade ou inviabilidade do fornecimento desse tratamento por operadores de planos de saúde e pelo Estado, fazendo-se um cotejo com a análise econômica do direito que se

materiais. O segundo momento que é o da execução, que consiste nas medidas administrativas, financeiras e legais utilizadas para sua implementação, e o terceiro e último momento que é o da avaliação, no qual analisa-se os efeitos sociais e jurídicos no processo de atuação da política pública (BUCCI, 2006).

acredita ser a ciência apta a franquear, de forma interdisciplinar, o conhecimento necessário na avaliação quanto à viabilidade financeira de implementação dessa modalidade de tratamento

Nessa esteira, na terceira seção, serão apresentados alguns parâmetros decisórios extraídos de um caso de atendimento na modalidade *Home Care*, que se encontra judicializado, cujo desdobramento fático-jurídico envolve a ação de diversos atores, públicos e privados, na busca por uma solução adequada, economicamente viável e socialmente aceita, diante das limitações financeira, tanto do postulante, quanto dos Entes Estatais demandados.

1 CONTEXTO HISTÓRICO E LEGISLATIVO DO ATENDIMENTO HOME CARE

Sabe-se que o ambiente hospitalar, via de regra, é utilizado por um indivíduo de forma transitória quando, por alguma dificuldade com relação à sua saúde, ele recebe uma assistência por profissionais especializados. Todavia, existem casos em que esta internação se faz necessária em períodos prolongados, o que sabidamente pode se tornar extremamente penoso, tanto para o paciente quanto para os seus familiares, situações em que o tratamento domiciliar se mostra um alento para os envolvidos nesse processo.

O país pioneiro nesse tipo de tratamento foi os Estados Unidos quando, no ano de 1947, no pós-guerra, um grupo de enfermeiras reuniu-se para desenvolver a atividade de cuidar de pacientes em seus ambientes domiciliares. Contudo, foi no ano de 1960 que esse modelo fortaleceu-se, no intuito de afastar a hospitalização, como forma de amenizar a superlotação dos hospitais, diante da insuficiência de vagas, potencializado pela existência de muitos enfermos com sequelas da guerra, tudo isso aliado ao fator do aumento da longevidade e da falta de recursos para construção de novos hospitais (SAMPAIO; IMAI, 2017).

Foi no mesmo período que surgiram os “*Nursing Home*”, até hoje existentes, que proporcionam um atendimento realizado especialmente por equipes de enfermagem a pacientes idosos, com algum tipo de patologia crônica, em estágio terminal. Devido ao grande sucesso desse modelo de tratamento, que resultou numa redução de custos da ordem de 20% até a 70%, se comparado ao modelo

tradicional de internação hospitalar, pensou-se em ampliar esta experiência para outros tipos de patologias (SAMPAIO; IMAI, 2017).

Não obstante, poucos eram os indivíduos com condições financeiras para arcar com as despesas do tratamento domiciliar, circunstância que acabou por torná-lo em um serviço elitizado. Dessa forma, as operadoras de planos de saúde dos Estados Unidos, com um olhar econômico prospectivo, passaram a oferecer tal serviço a seus conveniados, em razão da redução drástica das despesas, comparativamente com à forma usual de contratação de vagas em leitos hospitalares para internação de seus segurados, ou mesmo a manutenção de hospitais próprios (FALCÃO, 1999).

No Brasil, o tratamento domiciliar está regulamentado por meio de leis, resoluções e portarias, dentre as quais pode-se destacar, a Lei 10.424/2002, que acrescentou o capítulo VI, sobre o atendimento e internação domiciliar, na Lei 8.080, de 1990, que trata do Sistema Único de Saúde (SUS); a Portaria nº 825, de 25 de abril de 2016, que redefiniu a Atenção Domiciliar no âmbito do SUS; a Resolução do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN), nº 270, de 18 de abril de 2002 e a Portaria nº 629, de 18 de julho de 2013 (SAMPAIO; IMAI, 2017).

Assim, no ordenamento jurídico pátrio, é a Lei 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde, o pilar central no qual todas as demais normativas buscam seu fundamento, sem olvidar, evidentemente, dos preceitos constitucionais correlatos. O aludido diploma legal constitui-se no marco temporal a partir do qual criou-se um sistema de atendimento custeado pelo Estado, na área da saúde, conquista que, normativamente, beneficiou a coletividade (BRASIL, 1990).

A mencionada alteração normativa, produzida pela Lei 10.424/02, disciplinou o subsistema de atendimento e internação domiciliar, pelo qual, em seu artigo 19-I, estabeleceu-se a possibilidade de realização de procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral em domicílio, a serem realizados por equipes multidisciplinares, que atuam nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora, diretamente na residência do paciente, uma verdadeira inovação ao tradicional atendimento hospitalar (BRASIL, 2002).

Não obstante, os atos normativos infralegais correspondentes, as Resoluções COFEN, nº 267/01 e 270/02, respectivamente, aprovaram as atividades de Enfermagem *Home Care* e regulamentaram a atuação das empresas que prestam Serviços de Enfermagem Domiciliar - *Home Care*, visto haver empresas que prestavam referido serviço sem regulamentação específica, estabelecendo-se o quadro de profissionais e especialidades necessárias para a prestação desse atendimento (BRASIL, 2001-2002).

Não se pode olvidar, ainda, da Portaria nº 825, de 25 de abril de 2016, que redefiniu a atenção domiciliar no âmbito do SUS, considerando a internação domiciliar, aquela que possa ser prestada no domicílio do indivíduo acometido de situação clínica estável, cujo quadro necessite intensidade de cuidados além das modalidades ambulatoriais e que, todavia, possibilite o tratamento em casa por profissionais capacitados para esse fim. A referida norma isciplina, ainda, os parâmetros de inserção e exclusão de pacientes nessa modalidade de tratamento. (BRASIL, 2016)

A despeito das mencionadas normas, é o anexo da Resolução COFEN, nº 267/01, que define o atendimento de enfermagem em *Home Care* como sendo a prestação de serviços de saúde ao cliente, família e grupos sociais em domicílio, na modalidade assistencial, conservando a autonomia e o caráter liberal do profissional Enfermeiro (BRASIL, 2001-2002).

O aludido ato normativo subdivide o atendimento em três níveis de complexidade. Nesse intento, considera-se de menor complexidade o atendimento domiciliar caracterizado pela investigação do processo saúde/doença, no qual o cliente necessita de procedimentos técnicos-científicos de Enfermagem, relacionados às prevenções, promoções e manutenção do estilo de vida saudável (BRASIL, 2001-2002).

No nível de média complexidade não se dá a caracterização de uma doença em curso, situação em que o enfermo necessita de procedimentos técnicos-científicos de Enfermagem que definirão o modelo assistencial aplicado à pessoa, visando a resolução do dano, invalidez e a reabilitação da patologia com retorno ao seu estado sanitário anterior (BRASIL, 2001-2002).

O terceiro nível, definido como de alta complexidade, é empregado quando o paciente apresenta uma doença em curso, cujo atendimento em domicílio deverá ser multiprofissional, ficando assegurada a complexidade do especialista de Enfermagem em Domicílio - *Home Care* (BRASIL, 2001-2002).

Nessa via, como exemplo prático da adoção dessa política, pode-se citar um modelo de atendimento *Home Care* que é prestado na cidade de Pelotas, primeira cidade do Rio Grande do Sul a disponibilizar esse tratamento por meio de convênio com o Ministério da Saúde, totalmente custeado com recursos públicos federais, denominado “Melhor em Casa” (NAURO JR, 2012).

Para ter acesso a esse tratamento, o paciente deve ser usuário do Sistema Único de Saúde (SUS), submeter-se a uma avaliação médica para analisar a viabilidade desse tratamento e, se indicado, deve aceitar essa modalidade de atendimento. Além disso, também faz-se necessário que a família tenha um cuidador, o qual pode ser um familiar, em turno intensivo acompanhando o paciente (NAURO JR, 2012).

Em cumprindo-se tais requisitos, o paciente recebe o tratamento domiciliar na modalidade *Home Care*, ou, caso não haja vagas de imediato, aguarda em uma lista de espera, visto que as equipes são limitadas e o Ministério da Saúde exige que, pelo menos, uma visita semanal seja realizada pela equipe multidisciplinar do programa “Melhor em Casa” (NAURO JR, 2012).

A partir do aludido programa, vislumbra-se a viabilidade de implantação dessa modalidade de atendimento, utilizando-se para tanto da estrutura existente nos municípios e adequando-as as exigências do Ministério da Saúde, pelo menos em parcela da população, o que já justificaria sua implementação, sobretudo por agregar qualidade de vida aos enfermos, liberar vagas em hospitais além de promover a dignidade da pessoa humana.

Contudo, embora o tratamento esteja disciplinado e regulamentado no Brasil, no âmbito da normativa correspondente ao sistema público de saúde, impõe-se a constatação de que, em grande medida, ele está acessível somente aos indivíduos que detenham condições financeiras de arcar com tal custo, visto constatar-se um flagrante desinteresse dos governantes em disponibilizá-lo a população, restando nesse caso, a contratação de empresas privadas que atuam

na área, circunstância que motiva a análise acerca da viabilidade financeira de sua prestação pelo Estado, bem como pelas empresas gestoras de planos de saúde.

2 VIABILIDADE OU INVIABILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO ATENDIMENTO HOME CARE E UM COTEJO COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Um aspecto relevante, no que tange à definição, execução e eficácia das políticas públicas, e que começa timidamente a tomar corpo na conjuntura atual é o referente à necessidade de se ter em conta, em todas as fases de sua elaboração e execução, a análise econômica do direito.

Esta teoria, segundo Coura, busca na economia subsídios para otimizar ações, podendo resultar em ganhos financeiros. Seus postulados foram utilizados, por exemplo, pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, para fundamentar seu voto na decisão do Recurso Especial nº 1.162.283, no ano de 2015, em julgamento relativo ao reequilíbrio contratual de financiamento habitacional, quando defendeu a conexão das ciências jurídicas e econômicas (COURA, 2017).

Nesse julgamento, o aludido Ministro argumentou que a análise econômica do Direito permite uma maior previsibilidade, que se transforma em segurança nas operações econômicas e sociais, tornando os setores públicos e privados mais sustentáveis, com instituições mais sólidas que vão reforçar, não só a economia do país, como também a própria sociedade, mesmo que indiretamente (COURA, 2017).

Acrescentou o Ministro que deverá haver um intercâmbio entre as ciências jurídica e econômica, não a exclusão de uma pela outra. Portanto, infere-se que a ciência jurídica deve complementar-se pela econômica, no ponto em que poderá contribuir. Para o enfoque dessa abordagem, tais aspectos permitiriam a racionalização da análise quando confrontada a necessidade de satisfação dos interesses individuais com a finitude dos recursos públicos.

Notadamente, o Brasil, por sua ampla extensão territorial e geografia heterogênea, constitui-se em um desafiador projeto administrativo governamental.

Por mais abrangente que sejam a norma jurídica e as políticas públicas, há uma necessidade de adequação, dentro do contexto social no qual ela será inserida, que impacta na eficiência do agente político. É nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito-AED, poderia contribuir com um estudo técnico e detido sobre a realidade do local e/ou regional, para definição da melhor estratégia de enfrentamento das demandas públicas, tal como na área da saúde, justamente por ser aspecto essencial à dignidade da pessoa humana, reitera-se, fundamento constitucional republicano pátrio.

Acerca da AED, importa esboçar a conceituação elaborada por Gico Jr., proposta nos seguintes termos:

[...] é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. (GICO JR, 2014, p. 1).

Notadamente, a interconexão dessas ciências demanda esforço múltiplo, por meio de uma conjunção de iniciativas e diálogos entre os atores correspondentes envolvidos, algo complexo diante da sistemática atual em que a interdisciplinaridade ainda é muito incipiente na solução das demandas públicas, permanecendo tanto o legislador quanto o julgador, soberanos em suas decisões, por vezes apartados da realidade econômica tanto da Administração Pública, quanto da expressiva maioria da população.

A AED é a ciência que pesquisa como o indivíduo reage em um espaço limitado de recursos, quais decisões toma e os seus consequentes efeitos. Assim o é porque constitui-se em uma ferramenta que segue um método no qual despreza-se o senso comum e a intuição, pois se utiliza de dados com os quais analisa-se a causa e o efeito, levantando-se proposições sobre o impacto das leis na conduta humana, o que torna-o empírico, tendo-se em conta que “[...], a escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes.” (GICO JR., 2014, p. 19).

Além disso, é considerada maleável, para amoldar-se em realidades diversas, congregando-se a inter e transdisciplinaridade. Nesse sentido:

[...] a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos em determinada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável. (GICO Jr., 2014, p. 28).

Assim, quando a decisão envolve o direito à vida, nas palavras do conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, Alexandre Cordeiro, as escolhas são trágicas, contudo “[...] a vantagem da análise econômica do Direito é conseguir medir o impacto das decisões e das normas [...]” (COURA, 2017).

A análise econômica do direito, portanto, tem sido apontada como fundamento de decisões, como esposada no trecho de Acórdão em Apelação, inscrita sob o nº 70077089860, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que trata da teoria do risco concorrente:

[...] Caso se examine a questão sob a óptica da análise econômica do direito, pode-se invocar a doutrina do *cheapest cost avoider*. Esta doutrina defende a idéia de que um critério objetivo para minimizar perdas e evitar custos consiste em tentar identificar quem pode evitar o dano a um menor custo [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2018, a).

Com efeito, o que deve prevalecer é a eficácia das ações administrativas, que não deverão ser convalidadas quando se mostrarem ineficientes e/ou excessivamente onerosas e, nesse caso, podem ser afastadas, fundadas na lei e em consonância com os princípios gerais do direito, o que possibilita uma maleabilidade fundamentada e sustentada no interesse da coletividade, o que redundará na juridicidade qualificada.

Nessa perspectiva, Freitas leciona que o Direito Administrativo é composto de Direito Formal e Material, teoria e prática, de forma que lançando-se mão tão somente das regras não se é possível encontrar respostas para toda a complexa atividade estatal. Assim:

O sistema administrativo não se constrói dotado de estreitos e definitivos contornos, sobretudo porque o dogma da completude não resiste à constatação de que as contradições e as lacunas acompanham as normas, à feição de sombras. Dado que a decisão administrativa transcende a esfera do discurso descritivo e da lógica formal em termos dedutivos, verifica-se que o formalismo não abarca o todo do fenômeno administrativo, em profundidade e extensão. (FREITAS, 2014, p. 76).

Nesse viés, faz-se necessária uma análise detida sobre as políticas públicas que serão implementadas, não se concebendo programas sem um prévio estudo de sua viabilidade econômica e financeira, evitando-se que se instituem programas de atendimento a pacientes, como o *Home Care*, de difícil implementação e que trazem grande repercussão social.

Percebe-se flagrante resistência por parte das operadoras de planos de saúde em oferecer o tratamento na forma de *Home Care*. Contudo, o STJ tem se posicionado no sentido de determinar a concessão, desde que o custo do atendimento domiciliar, por dia, não supere o custo diário em hospital, conforme se vislumbra na decisão Agravo em Recurso Especial nº 1.016.162 – SP, julgado em maio de 2017:

[...] Ademais, acerca da controvérsia em torno da recusa da recorrente à cobertura do tratamento domiciliar pelo sistema *home care*, o acórdão reclamado deu solução à lide sob o seguinte enfoque: **É importante ressaltar que não há controvérsia acerca da necessidade da prestação de tais serviços.**[...] No caso, o Tribunal *a quo* decidiu de modo integral e com fundamentação suficiente à controvérsia posta, trilhando caminho no sentido de que, diante da gravidade do estágio atual da parte recorrida, há urgência/emergência para o tratamento, restando inequívoco que este deve ser na forma domiciliar (*home care*), **tratando-se, a recusa do plano de saúde, de ato ilegal e abusivo.**[...]. Mesmo nos casos de expressa exclusão da cobertura mediante o serviço de *home care*, tem sido reconhecida a abusividade dessa cláusula contratual. A propósito: [...] 1 - Polêmica em torno da cobertura por plano de saúde do serviço de "home care" para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica. 2 - O serviço de "home care" (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. [...]. 4- Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, **o serviço de internação domiciliar (*home care*) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.** [...] (BRASIL, 2017) (grifo nosso).

Hodiernamente, no Brasil, podem ser citados dois exemplos de empresas privadas que tiveram relativo sucesso na disponibilização do atendimento *Home Care*, quais sejam a ADS e a Home Doctor, ambas sediadas em São Paulo e que são modelos lucrativos e em franca expansão desse tipo de serviço (GODINHO, 2016).

Segundo Luiz Claudio Rodrigues Marrochi, à época presidente do Núcleo Nacional das Empresas de Serviços de Atenção Domiciliar (NEAD), o ponto nevrálgico para implementação desse tipo de serviço reside no fato da escassez de recursos humanos qualificados para prestar esse tipo de atendimento (GODINHO, 2016).

Marrochi sustenta que trata-se de um setor jovem e que exige mão de obra qualificada, o que não se vislumbra no mercado de trabalho, tampouco no meio acadêmico, que é carente de pesquisas e cursos de especialização na área, situação que dificulta a implementação do serviço, visto que são poucos os profissionais com formação apropriada, condição que acaba elevando os custos operacionais (GODINHO, 2016).

Afirma ainda o autor que a dificuldade reside no fato de equilibrar a delicadeza desse tipo de serviço com a complexidade das exigências técnicas que o serviço demanda, e que seguem o modelo de atendimento hospitalar,

[...] com elaboração de prontuários dos pacientes, auditoria interna das equipes, reuniões para estudo de caso, pesquisa direta e indireta com pacientes e familiares, canal de queixas e reuniões periódicas com as operadoras para discutir indicadores de qualidade [...]”. (MARROCHI, apud GODINHO, 2016).

Segundo relato do Diretor e Pesquisador do NEAD, no ano de 2018, Ari Bolonhezi, as empresas prestadoras de serviço têm notado um significativo aumento na procura por esse tipo de serviço, tendo em vista o envelhecimento da população, decorrente da crescente expectativa de vida, aliada à carência de vagas em hospitais, ao aumento de patologias crônicas e incapacidades funcionais, que podem ser tratadas em ambiente domiciliar, desde que o paciente seja assistido por uma equipe multidisciplinar, na forma do *Home Care* (REZENDE, 2018).

Outro aspecto que merece relevo é o fato de que, para a prestação desse serviço faz-se necessária “[...] uma estrutura sofisticada de logística, com locais de

depósito de equipamentos e medicamentos e frota de transporte para as equipes e materiais[...]”. (GODINHO, 2016). Assim, infere-se o grau de complexidade e planejamento que a disponibilização desse serviço demanda, aspecto que, contudo, não pode ser considerado empecilho intransponível para sua implementação.

Nas pesquisas da autora, de acordo com os especialistas da área, a chamada desospitalização, que é a transferência dos cuidados efetuados em um hospital para a residência do paciente, reduzem em até 80% os gastos para o sistema de saúde (GODINHO, 2016). Esta estimativa mostra-se plausível, notadamente se considerada a supressão, em primeira análise, do custo referente à diária hospitalar, reconhecidamente de valor elevado.

Pelo exposto, infere-se que se trata de um ramo no qual a gestão é o ponto crucial para a implementação desse empreendimento no tocante ao levantamento e controle de custos, tanto na esfera privada quanto na pública, sendo esse o ponto no qual acredita-se que a análise econômica do direito se amoldaria perfeitamente com a interdisciplinariedade das ciências, a fim de que se possa encontrar solução adequada e razoável, humanizando-se os tratamentos de saúde, par e passo com a redução dos custos do seu fornecimento.

Não se pode olvidar, contudo, que ao par dessa discussão existem demandas judiciais nas quais esse tratamento tem sido deferido por meio de medidas liminares, quando o Poder Judiciário determina que o Estado custeie o tratamento de forma compulsória, por meio de bloqueios de valores nas contas bancárias dos entes estatais, para pacientes usuários do SUS.

3 PARÂMETROS DECISÓRIOS DE UM CASO JUDICIALIZADO DE ATENDIMENTO NA MODALIDADE *HOME CARE*

Tendo-se como pano de fundo os parâmetros decisórios de um caso que envolve o tratamento *Home Care*, o qual se encontra em fase recursal, adentra-se nesse tópico. Busca-se a análise das decisões judiciais exaradas em um caso de *Home Care*, originário da comarca de Santo Cristo, Rio Grande do Sul, relativo a uma criança portadora de Atrofia Muscular Espinhal Tipo I, mais conhecida como

doença de *Wednig-Hoffmann*, que buscou judicialmente o direito de receber seu complexo e multidisciplinar tratamento em sua residência.

O tratamento estava sendo disponibilizado no Hospital de Caridade de da cidade de Santa Rosa, RS, pelo SUS, por meio de uma de Ação Ordinária de Obrigação de fazer, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, inscrito sob o nº 124/1.09.0000427-2, deferida em face do Município de Santo Cristo, RS. Em dado momento pleiteou-se o fornecimento de suporte necessário para que o tratamento pudesse ser realizado na sua residência do autor, englobando o fornecimento de equipe médica, de enfermagem e de equipamentos (respirador, oxímetro e torpedo de oxigênio), sendo que a antecipação de tutela foi deferida (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Ocorre que a sentença restou parcialmente procedente, restando decidido que o tratamento deveria ser mantido pelo Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Santo Cristo no âmbito hospitalar, sob os fundamentos de que o não fornecimento do tratamento postulado ao demandado (*Home Care*) não colocaria em risco a sobrevivência do autor e que os pedidos ultrapassaram a medida do razoável, para a realidade local, visto que o último bloqueio judicial tinha sido no aporte de R\$ 213.100,32 (duzentos e treze mil e cem reais e trinta e dois centavos) (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Fundamentou-se que o *Home Care* não constituía a única forma de tratamento, sendo que o autor poderia receber a terapia no ambiente hospitalar, pois embora a organização de saúde é obrigação dos entes públicos, ela deverá ser analisada sob o viés de seu impacto na coletividade, que não pode ser relegada em segundo plano (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Argumentou-se, ainda, que o fornecimento do tratamento, assim como a imposição dessa obrigação ao ente público, deveria ser analisada sob a luz do princípio da reserva do possível, merecendo exegese contextualizada levando em consideração a proporcionalidade da medida pleiteada, devendo ser avaliado com cautela, pelo Poder Judiciário, o deferimento indiscriminado do direito à saúde às pessoas, pois acaba por adentrar-se na esfera da administração e orçamento público (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Sustentou-se que não se tratava de direito à sobrevivência, mas sim, a busca de qualidade de vida, que certamente é importante, porém na realidade fática dos autos seria medida extrema e excepcional, constituindo-se o que doutrina e jurisprudência costumam chamar de “escolhas trágicas”, pois o direito à saúde não é absoluto e deverá ser analisado sob o contexto do impacto na coletividade em razão da escassez de recursos (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Não tendo obtido o êxito no âmbito da Justiça Comum Estadual, e esgotadas as possibilidades recursais, a parte autora, entendendo que a responsabilidade pelo direito pleiteado seria de competência comum dos Entes Federados, ajuizou ação Ordinária de Obrigação de Fazer, no âmbito da Justiça Federal, em face da União, Fundação de Saúde de Santa Rosa- RS- FUMSSAR e Hospital de Caridade de Santa Rosa - Vida e Saúde, processada sob o nº 5001850-54.2017.4.04.7115/RS (BRASIL, 2017).

Neste âmbito, após audiência de conciliação inexitosa, a Autoridade Judiciária Federal decidiu conceder a antecipação dos efeitos da tutela de urgência, com o fim de determinar que a Fundação Municipal de Saúde de Santa Rosa (Fundação Autárquica Municipal) fornecesse o suporte necessário para o tratamento do requerente, em sua residência, na cidade de Santa Rosa, por tempo indeterminado e de modo contínuo, sendo que os custos deveriam ser integralmente ressarcidos pela União, chamando-se assim, mais de um Ente às suas respectivas responsabilidades (BRASIL, 2017).

A referida decisão fundamentou-se nos seguintes aspectos:

[...] não desconheço que, em período pretérito o autor ajuizou ação diversa perante a digna Justiça Estadual, na qual buscava, em decorrência da mesma enfermidade, a concessão de atendimento e assistência médica domiciliar.

O *pedido* declinado no presente feito, entretanto, não é o mesmo, uma vez que na demanda pretérita o autor pretendia provimento judicial que determinasse o fornecimento de “*home care*” ao passo que agora postula a obtenção de “suporte necessário ao tratamento do requerente em sua residência”, em termos bem diversos daqueles tratados no feito anterior. Inclusive no que tange a valores envolvidos. A alteração dos fatos, como também pontuei, enseja igualmente mudança *na causa petendi*. Com efeito, narra a parte autora ter obtido recentemente, mediante doação, um aparelho de ventilação mecânica necessário à sua manutenção vital e, demais disso demonstra o menor custo (substancial, ressalte-se) do tratamento residencial em comparação com o leito hospitalar, o que, postula, seja agora levado em conta no momento de decidir. Cumpre observar ainda o fato de que a genitora do infante graduou-se como

técnica de enfermagem, o que claramente faz com que o ambiente residencial conte com apoio familiar profissional. [...] Em sede de análise sumária, destarte, permaneço entendendo que a alteração fática decorrente do agravamento do seu estado de saúde (advinda do retorno ao ambiente hospitalar), bem como da comprovação do menor custo do tratamento no âmbito residencial, afastam o reconhecimento da litispendência ou coisa julgada. Tenho que, além disso, o pedido merece ser apreciado sob ótica diversa da enfrentada pela digna Justiça Estadual. [...] Nesse ponto, a pergunta central a ser respondida ao ver do julgador é: mostra-se **razoável, proporcional e coerente com a ordem constitucional condenar uma criança a passar desnecessariamente toda a sua infância em um quarto hospitalar de UTI?** Acredito que no caso em específico a resposta deva ser negativa [...] (BRASIL, 2017).

Em sede de prolação de sentença, manteve-se o entendimento de que o tratamento continuasse a ser realizado na forma do *Home Care*, determinando-se que os custos dispendidos pela Fundação Municipal de Saúde do Município de Santa Rosa com o tratamento do autor, deveriam ser integralmente ressarcidos pela União, sob fundamento principal de que, nos termos do artigo 38 da Portaria nº 963/2013, a política pública ineficiente foi elaborada e é financiada pela União, não cabendo ao Município, que é mero executor da referida política, arcar com esses custos (BRASIL, 2017).

Pela adequação, riqueza e coerência da fundamentação da sentença, e por restar demonstrado que com o envolvimento e colaboração do poder público o tratamento na modalidade *Home Care* tornou-se viável, especialmente pela ótica financeira, colaciona-se trecho infra:

[...] Não é o paciente, em suma, que deve se adequar à política pública fornecida pelo Estado, este último é que deve construir soluções capazes de albergar, na medida de suas possibilidades, todos aqueles que deles necessitam em suas políticas de saúde. Neste ponto, a pergunta central a ser respondida, ao ver do julgador é: mostra-se razoável, proporcional e coerente com a ordem constitucional condenar uma criança a passar desnecessariamente toda a sua infância em um quarto hospitalar de UTI? Acredito que no caso específico a resposta deva ser negativa. Os sistemas econômico, político e jurídico não foram criados pela sociedade para obstar o desenvolvimento humano. Muito pelo contrário, são meios para resolver os problemas e a inexorável contingência que sempre surgirão ao longo do caminho da evolução do homem. Os direitos humanos, nesse percurso, representam um degrau nessa evolução em busca da alteridade e, por isso, a preservação de seu núcleo essencial deve ser sempre o objetivo de toda sociedade. Sob tal enfoque, no caso vertente percebeu-se em audiência de conciliação (termo juntado ao evento 30) a elogiável disposição da Fundação Municipal de Saúde de Santa Rosa em albergar e resolver a sensível situação do autor, mostrando-se simpática ao pedido de retorno do infante ao lar, mediante internação domiciliar assistida por profissionais da área de Saúde do

Município de Santa Rosa. A preocupação do Gestor Municipal, por outro lado, com a adequação técnica da medida postulada (também manifestada em audiência) deve ser atenuada nesta oportunidade. Como afirmado acima, é pródigo o conjunto probatório até aqui produzido no sentido de que o retorno da criança à sua residência é medida salutar e recomendável à sua condição física e psíquica atual - o que, todavia, poderá ser reanalisado no curso do feito, mediante prova pericial. Nesta oportunidade, contudo, considero evidente a possibilidade de ocorrência de gravame de difícil reparação caso a medida de urgência não seja deferida, especialmente diante dos riscos de infecções naturalmente decorrentes da internação hospitalar de paciente com traqueostomia e ventilação mecânica, tal como referido no relatório médico acima transcrito. Saliento, ademais, que a permanência em ambiente coletivo de UTI importou, no caso específico, interrupção no processo educacional do infante, o qual já vinha sendo prestado mediante política pública educacional domiciliar prestada pelo Município de Santa Rosa, além dos prejuízos de ordem familiar, social, fonoaudiológica e fisioterápica igualmente ressaltados acima. Finalmente, percebeu-se em audiência conciliatória que os custos da internação domiciliar noticiados na inicial não são elevados e podem ainda ser reduzidos sensivelmente. Diante da clara predisposição dos litigantes presentes em resolver amigavelmente o litígio, houve concordância de que os próprios profissionais da Fundação Municipal de Saúde de Santa Rosa, em caso de deferimento de ordem judicial, possam prestar o atendimento multiprofissional necessário à assistência domiciliar do demandante, inferindo-se que os custos dos insumos por ele atualmente utilizados (que giram em torno de cinco mil reais mensais) podem também ser reduzidos, caso adquiridos pelo Gestor da Saúde, mediante política pública de descontos obrigatórios. De fato, a elogiável visão humanizada e comunitária flagrantemente assumida pela Gestão Municipal da Saúde de Santa Rosa parece direcionar o litígio à proximidade de um desfecho favorável, independentemente da atuação do Ente Federal - este que, infelizmente, sequer compareceu em audiência. Impõe-se, portanto, o deferimento do pedido de tutela de urgência nos termos encaminhados na audiência de conciliação, com a ressalva de que os custos a serem arcados pela Fundação Municipal de Saúde do Município do Santa Rosa com o tratamento do autor deverão ser integralmente ressarcidos pela União, mediante repasses diretos e periódicos do Fundo Nacional de Saúde ao Fundo Municipal (repasse Fundo a Fundo). Isso porque a política pública ineficiente em exame foi elaborada e é financiada, notadamente, pelo Ente Federal (artigo 38 da Portaria nº 963/2013), não sendo lógico que o tratamento domiciliar seja custeado pelo Gestor Municipal, mero executor da política pública federal [...] (BRASIL, 2018).

Todavia, a União inconformada por ter sido condenada a arcar com a integralidade dos custos com o tratamento ingressou com recurso de Apelação. O autor, em defesa, apresentou contrarrazões arguindo a drástica redução de custos que por ora o tratamento domiciliar proporciona, primeiro porque sua genitora habilitou-se como técnica de enfermagem e exerce pessoalmente a assistência por 24 horas do infante. Além disso, arguiu-se que o município está disponibilizando profissionais de seu quadro funcional para prestar atendimento especializado. Não

obstante, destacou-se que o tratamento no domicílio não gera despesas de diárias e atendimentos no âmbito hospitalar (BRASIL, 2018).

Ao fim e ao cabo, o apelado demonstrou através de orçamentos que o tratamento na modalidade *Home Care*, na forma como está sendo prestada, com disponibilizações de profissionais da área médica do quadro funcional do Município, está 61% menor do que na modalidade de tratamento hospitalar (BRASIL, 2018).

Depreende-se, a partir dos desdobramentos do caso em comento, que a solução para as controvérsias judiciais importa em envolvimento dos diversos atores sociais, na esfera pública e privada, em colaboração, na busca de um desenlace exequível, tendo sempre a lume o bem estar do ser humano, com escopo nos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, um dos pilares que sustentam do Estado Democrático de Direito, sem se descuidar da análise da factibilidade econômica da opção jurídica eleita.

CONCLUSÃO

A atuação do Estado, representado pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, materializa-se, principalmente, por meio de ações positivas que buscam garantir aos indivíduos o alcance a uma vida digna. Este é o seu papel fundamental como Estado Social Democrático de Direito, buscar sempre o atingimento do interesse público. Todavia, existem mazelas nas quais, embora haja um esforço conjunto de seus órgãos, seus objetivos não se concretizam adequadamente, o que acaba por gerar deficiências que impactam diretamente na vida das pessoas.

Assim, uma forma de materialização de ações em prol da sociedade são as políticas públicas, que buscam assegurar a consecução dos direitos sociais, tendo como enfoque, nesta pesquisa, a seara da saúde, bem maior do ser humano e essencial para que se tenha uma vida digna. Neste intento, debruçou-se na análise das ferramentas adotadas pelo Estado na tentativa de disponibilizar aos seus cidadãos políticas capazes de efetivar os direitos expressos no texto legal.

Nesse ponto, analisou-se o atendimento domiciliar do *Home Care*, que também é denominado de desospitalização, no qual o paciente recebe os cuidados em sua residência, junto de seus familiares, circunstância que proporciona um atendimento humanizado. Sabe-se que existem problemas que acabam por refletir

diretamente na eficácia das políticas públicas prestacionais do Estado, especialmente ligados a gestão e contingenciamento orçamentário.

Dessa forma, depreende-se que o norteador das ações estatais deve ser a busca do interesse público, tendo como escopo o bem da coletividade, aliando-se as diversas ciências com seu aparato de cognição interdisciplinar, em especial no que concerne a aplicação da teoria da AED, como forma de estabelecer a viabilidade ou não do *Home Care*, tanto por meio das empresas operadoras de plano de saúde quanto pelo próprio Estado, importando em efetividade das políticas públicas.

Nessa vertente, quanto às possíveis contribuições e repercussão da discussão proposta, enfatiza-se a afirmação de que o problema da saúde é de interesse de toda a sociedade, e encontra no meio acadêmico o ambiente ideal de inquietações e questionamentos quanto a situações postas e impostas, tanto pelo Estado como pela sociedade.

Em relação a essas, em especial à temática da política do *Home Care*, conclui-se que a pesquisa, a experiência, a ponderação e o debate inter ou transdisciplinar, além da análise sistêmica de todos os fatores, podem redundar no alcance das melhores estratégias e condutas para o alcance dos fins almejados pelo Estado, em especial àqueles que podem dar concretude à prevalência da dignidade humana, conforme demonstrado na ímpar solução encontrada para o caso judicializado apresentado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 23 maio 2019.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

_____. **Lei nº 10.424**, de 15 de abril de 2002. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de serviços correspondentes e dá outras providências, regulamentando a assistência domiciliar no Sistema Único de Saúde. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10424.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. **Anexo Resolução 267/2001**. Disponível em: <<http://www.coren-ro.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Anexo-Resolucao-267.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. **Resolução 270/2002**. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/resolucofen-2702002_4307.html>. Acesso em: 22 maio 2019.

_____. **Ministério da Saúde** – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2006/res001126_01.html>. Acesso em: 22 maio 2019.

_____. **Ministério da Saúde** – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0825_25_04_2016.html>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. **Agravo em Recurso Especial Nº 1016162**, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em 19 de maio de 2017. c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=%28%28%22PAULO+DE+TARSO+SANSEVERINO%22%29.min.%29+E+%28%223T%22%29.org.&processo=REsp+1378707%2FRJ&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. **Processo nº 5001850-54.2017.4.04.7115/RS**. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?processo=2016%2F0213526-0+ou+201602135260&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COURA, Kalleo. **Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/analise-economica-do-direito-chega-aos-tribunais-do-pais-01072017>>. Acesso em: 21 maio 2019.

FALCÃO, Horácio Arruda. **Home Care** – uma alternativa ao atendimento da saúde. Disponível em: <http://www.geocities.ws/mcdobies/enf_domiliciar/home_care.doc>. Acesso em: 30 maio 2019.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 1-33.

GODINHO, Inês. **Atendimento em Casa**: o serviço que pode resolver o nó da saúde. Disponível em:

<<https://dcomercio.com.br/categoria/sustentabilidade/atendimento-em-casa-o-servico-que-pode-resolver-o-no-da-saude>>. Acesso em: 01 maio 2019.

JÚNIOR, Nauro. **Pelotas é a Primeira Cidade Gaúcha a Receber Programa de Saúde Domiciliar do Governo Federal**. Disponível em:

<<https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/vida/noticia/2012/03/pelotas-e-a-primeira-cidade-gaucha-a-receber-programa-de-saude-domiciliar-do-governo-federal-3696731.html>>. Acesso em: 01 maio 2019.

REZENDE, Ana Paula. **O Crescimento do Atendimento Home Care**. Disponível em: <<https://sebraers.com.br/saude/o-crescimento-do-atendimento-home-care/>>. Acesso em: 01 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70077089860**. Relator

Desembargador Eugênio Facchini Neto, Nona Câmara Cível. J. 25 de abril de 2018. b. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aplica%C3%A7%C3%A3o+da+an%C3%A1lise+econ%C3%B4mica+do+direito&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=tratamento+home+care+custeado+pelo+sus&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. **Processo de Conhecimento Nº 12410900004272**. Vara Judicial de Santo Cristo. J. 12 de maio de 2015. f. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

SAMPAIO, Ana Virgínia C. de Faria Sampaio; IMAI, Cesar. **A Atenção Domiciliar à Saúde (home health care), a Arquitetura Acessível e o Desenho Universal**.

Disponível em:

<https://www.usp.br/nutau/nutau_2012/2dia/20120628170403_artigo%20NUTAU%202012%20final%20com%20pag.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.

A PERDA DO PODER FAMILIAR: UMA ANÁLISE DAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DESSA MEDIDA

Geórgia Dos Santos¹
Rosmeri Radke²

RESUMO

A família, unidade básica da sociedade, é composta por grupos de pessoas, consanguíneas ou ligadas por laços afetivos. Ela é a primeira a ser chamada para suprir as necessidades de seus integrantes em situação de dependência. É na família que os dependentes devem encontrar a proteção e o cuidado necessários para o seu desenvolvimento. Infelizmente, nem sempre é assim. Existem famílias desestruturadas, por desavenças, problemas econômicos, pelo uso de álcool ou drogas, dentre outros. Nesses casos, o ambiente familiar se mostra inadequado para o desenvolvimento pleno e seguro de crianças e adolescentes. O Estado precisa intervir, para proteger aqueles considerados vulneráveis. É nesse contexto que se desenvolve essa pesquisa, que trata da perda do poder familiar, realizando uma análise das causas e consequências de tal intervenção no universo familiar. Delimita-se a pesquisa para estudar as hipóteses em que o Poder Judiciário decide pela perda do poder familiar e quais são as principais consequências dessa medida. Por meio desta pesquisa, investiga-se, fundamentando-se na legislação e na doutrina, para conhecer os principais posicionamentos e leis sobre o tema. A metodologia empregada na pesquisa é de caráter teórico-empírico, fundamentada na legislação e na doutrina. A coleta de dados é bibliográfica, por meio de documentação indireta, como textos doutrinários e legais. A análise de dados é qualitativa, com fins explicativos. Constata-se ao final que a perda do poder familiar é medida reservada para casos extremos, em que os direitos da criança ou adolescente encontram-se ameaçados, tendo-se por objetivo garantir o melhor interesse do menor, vítima em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Família - Poder Familiar – Crianças - Adolescentes.

ABSTRACT

The family, basic unit of society, is composed of groups of people, inbred or linked by affective bonds. It is the first to be called upon to meet the needs of its dependent members. It is in the family that dependents must find the necessary protection and care for their development. Unfortunately, it is not always this way. There are families broken down by disagreements, economic problems, the use of alcohol or drugs, among others. In these cases, the family environment is

¹ Egressa do Curso de Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis.

² Graduada em Direito. Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada, Mestranda em Docência Universitária, Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

inadequate for the full and safe development of children and adolescents. The state needs to intervene to protect those considered vulnerable. It is in this context that the present theme is developed, dealing with the loss of family power, performing an analysis of the causes and consequences of this measure. Research is limited to study the hypotheses in which the judiciary decides for the loss of family power and what are the main consequences of this measure. Through this research, investigation is conducted, based on legislation and doctrine, to know the main positions and laws on the subject. The methodology used in the research is theoretical and empirical, based on legislation and doctrine. Data collection is bibliographic, through indirect documentation, such as doctrinal and legal texts. Data analysis is qualitative for explanatory purposes. In the end, the loss of family power is a measure reserved for extreme cases in which the rights of the child or adolescent are threatened, with the aim of guaranteeing the best interest of the minor, victim in vulnerable situations.

Keywords: Family - Family Power - Children - Adolescents.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, observa-se uma geração mais consciente de seus direitos, que passa a exigir, extra ou judicialmente, que os pais cumpram os deveres inerentes ao exercício do poder familiar. Pais cada vez mais ocupados, com menos tempo disponível para seus filhos, somente esse fator já se apresenta como um problema para a formação das futuras gerações. No entanto, existem situações ainda mais graves, de pais que não cumprem suas obrigações básicas em relação aos filhos, como por exemplo, garantir sua educação, alimentação, higiene, etc. Mais grave ainda é quando os pais, em virtude do estresse, do uso de substâncias psicoativas, ou em virtude de outros fatores, praticam atos de violência contra os filhos. Uma vez comprovados esses fatos graves, cometidos pelos pais, e quando estes chegam ao conhecimento dos órgãos responsáveis por zelarem pela segurança e bem estar dos menores, o Estado deve agir, através do poder judiciário, aplicando as medidas previstas na legislação, para garantir a segurança e o melhor interesse da criança ou adolescente.

Para a proteção dos menores, tem-se o Estatuto da Criança e do adolescente, regulamentando o que prevê a Constituição Federal, para garantir seus direitos fundamentais: o direito à vida, a saúde, a liberdade, o respeito, a dignidade, direito de convivência, e ao seu desenvolvimento sadio e harmonioso

dentro do ambiente familiar. Concretizar esses direitos é função conjunta da família, da sociedade e do Estado.

Paralelamente à proteção legislativa, para garantir os direitos de crianças e adolescentes, o que se observa é o crescimento do número de processos que buscam reparar danos causados pelo abandono, material ou afetivo, dos pais em relação aos seus filhos. Nesse contexto, o questionamento que se busca responder com essa pesquisa é: em que hipóteses pode se verificar a perda do poder familiar e quais são as consequências dessa medida para a vida dos envolvidos?

A perda do poder familiar leva ao rompimento dos laços familiares, razão pela qual ela deve ser aplicada com cautela, levando-se em conta sempre o melhor interesse da criança. Para responder a questão problema, define-se como objetivo geral analisar, com base na legislação e na doutrina, as hipóteses em que pode ocorrer a perda do poder familiar e as consequências dessa decisão. Mais especificamente, objetiva-se estudar a evolução histórica do poder familiar e o tratamento que lhe é dispensado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 2002.

Justifica-se a pesquisa, por se tratar de um tema atual, que atinge muitas famílias brasileiras, ou seja, trata-se de tema de importância social, no sentido de não se permitir que crianças e adolescentes fiquem em situação de risco, e na medida do possível, permaneçam junto ao seu pai e sua mãe, a quem incumbe o dever constitucional de assistir, criar e educar os filhos menores.

Em algumas situações ou pais podem ser suspensos temporariamente do exercício do poder familiar, em outras, mais graves, se verifica a extinção definitiva desse poder. Os pais são destituídos do poder familiar, como sanção, por falha grave em seu exercício. As hipóteses para cada medida estão especificadas e bem delineadas na legislação, possibilitando a atuação dos órgãos responsáveis para a proteção das crianças e adolescentes em qualquer situação de risco, negligência e maus tratos, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 A FAMÍLIA E O PODER FAMILIAR

A família é a primeira experiência de convívio social de um indivíduo. É no seio da família que a criança deve se sentir segura, amada e protegida. Infelizmente a realidade demonstra que isso nem sempre acontece. É no ambiente doméstico que crianças também são negligenciadas ou agredidas, e quando isso ocorre o Estado precisa intervir, através dos órgãos competentes e do Poder Judiciário, para garantir a sua segurança.

Como unidade básica da sociedade, a família se forma por grupos de pessoas, consanguíneas ou ligadas por laços afetivos, e nesse sentido, pode se afirmar que ela é a primeira a ser chamada para suprir as necessidades de seus integrantes em situação de dependência. É o que se pode interpretar da leitura do artigo 229 da CF/88: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL, 1988).

A concepção de família vem sofrendo alterações ao longo do tempo, no entanto, independentemente do modelo familiar, a presença de crianças em sua composição exige maior atenção do grupo, em razão de sua vulnerabilidade, da fragilidade que acompanha essa fase da vida. O amparo e a assistência familiar são de fundamental importância para uma formação saudável. É no seio da família que o indivíduo busca conforto, carinho e atenção, tão importantes nessa fase.

Com a evolução da sociedade conceitos e valores são modificados, e a família, como base de sua estrutura, precisa se adaptar a essas mudanças. Falar de família, na atualidade, tem um sentido mais amplo, pois ela já não se compõe mais unicamente pela forma tradicional, ou seja, o pai, a mãe e os filhos. A legislação também vai se adaptando às mudanças sociais. A própria Constituição Federal de 1988 alargou o conceito de família, ao permitir o reconhecimento de entidades familiares que não se formam a partir do casamento. O poder familiar, que no passado era exercido exclusivamente pelo pai, hoje é compartilhado com a mãe.

A família pode ser considerada a unidade social mais antiga da história da humanidade, pois mesmo no tempo primitivo, do nomadismo, os grupos se

organizavam em torno de um ancestral comum. No direito Romano, a família era o conjunto de pessoas que estavam submetidas ao pátrio poder do ascendente mais velho. Este exercia todo seu poder sobre os seus descendentes ainda não emancipados, sua esposa e as mulheres casadas com seus descendentes (WALD, 2009).

Conforme Pontes de Miranda, os romanos davam ao *pater familias* o direito, inclusive, de matar o filho (*Jus vitae et necis*), estendendo-se esse direito no período da república, embora com alguma moderação, mas apenas no século II, sob a influência de Justiniano, os poderes do chefe de família teriam sido limitados ao direito de correção dos atos da prole. (MIRANDA apud CABRAL, 2015, p. 3).

Nesse modelo de família sobrepunha-se o princípio da autoridade do *pater familias*, que como senhor absoluto do lar, exercia uma incontestável chefia sobre as pessoas a ele subordinadas. Ele tinha o poder de venda dos filhos, cuja finalidade era a de poder suprir eventuais dificuldades financeiras da família, ou seja, sacrificava-se um dos integrantes da família em benefício dos demais (CABRAL, 2015).

No direito romano o poder familiar é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao pater, na qualidade de chefe de organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. “Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula – base da sociedade” [...], que nela encontra o seu principal alicerce (RODRIGUES, 2004, p. 353).

Com efeito, o poder familiar, “[...] na forma como é instituído em Roma, tem um fundamento político e religioso que lhe explica os aparentes exageros.” De início, essa autoridade, desconhece limites, compreendendo o direito de punir, de expor, de vender o filho e mesmo o direito de matá-lo. (RODRIGUES, 2004, p. 354).

Em Roma, caso o filho fosse “[...] *alieni juris*, não tinha patrimônio e, portanto, tudo que porventura ganhasse pertencia ao pai.” (RODRIGUES, 2004, p. 354). O chefe da família tinha o direito de abandonar o filho recém-nascido e o direito de seleção eugênica quando nascesse uma criança com alguma deficiência. Essas práticas, no entanto, se mostraram incompatíveis com os postulados do Cristianismo, quando este assumiu o “topos” de religião oficial do Estado Romano,

quando passou a ser proibida a venda, a morte ou a entrega do filho a um credor (CABRAL, 2015).

No Brasil, a partir de sua descoberta pelos portugueses, e enquanto colônia de Portugal, como norma vigente seguiam-se as ordenações portuguesas, segundo as quais “[...] o pai tinha um domínio quase absoluto sobre os filhos, com poder de correção que se manifestava em reprimendas e castigos corporais moderados e que não resultassem em ofensas físicas sérias.” (CABRAL, 2015, p. 4).

A partir da independência e da construção de um direito nacional, inicialmente a situação não se modificou significativamente:

No esboço do Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas, editado entre 1860 e 1865, no artigo 1.518, o poder paterno autorizava o pai a corrigir e castigar moderadamente seus filhos, podendo requerer ao Juiz dos Órfãos autorização para a detenção dos filhos por até quatro meses na casa correcional, sem direito a recurso. (CABRAL, 2015, p. 4).

O Código Civil de 1916, por sua vez, previa que o homem mantinha o poder, ele era o chefe da casa, do casal e dos filhos. A mulher dependia do marido, para exercer uma profissão precisava sua autorização, esse poder só era transmitido para a mulher quando o marido se ausentava ou se encontrava impedido de exercê-lo. Somente nessas situações ela assumia o exercício de chefe do lar (WALD, 2009).

Trazia o antigo código em seu artigo 379: “Os filhos legítimos, ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.” (BRASIL, 1916).

Desde o início da década de 1980, com o período de democratização, quando houve a emergência da Constituição Federal de 1988, o exercício do pátrio poder passou a ser exercido de forma igualitária pelos pais. Seguindo a orientação da Constituição, a Lei nº 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), introduziu essa previsão em seu artigo 21:

Art. 21. O pátrio poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990).

Mais tarde, no Código Civil de 2002, mais especificamente no artigo 1.634, confirma-se esse novo entendimento: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar [...]”. (BRASIL, 2002).

A expressão “*pátrio poder*” foi modificada pela Lei nº 12.010, de 2009, Lei da Adoção:

Art. 3º A expressão “*pátrio poder*” contida nos arts. 21, 23, 24, no parágrafo único do art. 36, no § 1º do art. 45, no art. 49, no inciso X do caput do art. 129, nas alíneas “b” e “d” do parágrafo único do art. 148, nos arts. 155, 157, 163, 166, 169, no inciso III do caput do art. 201 e no art. 249, todos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, bem como na Seção II do Capítulo III do Título VI da Parte Especial do mesmo Diploma Legal, fica substituída pela expressão “*poder familiar*”. (BRASIL, 2009).

A doutrina há tempos criticava a expressão *pátrio poder*, primeiro porque esse poder já não era mais só do pai, e já não existia mais um amplo poder do pai sobre o filho, mas sim um conjunto de direitos e deveres de ambos os pais para com os filhos (MADALENO, 2011).

Como ensina Silvio Rodrigues: “Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção deste, que é o mesmo conceito que se utilizava quando da expressão anterior”. (RODRIGUES, 1995, p. 339).

Os filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, estão sujeitos ao poder familiar. Se nascidos fora do casamento, ou da união estável, só estarão por ele protegidos aqueles que forem legalmente reconhecidos, ou adotados, porque aí se estabelece o parentesco, uma das condições para o exercício do poder familiar.

Os pais, adotantes ou biológicos, têm o direito-dever de criar aos filhos, como se lê do art. 1.634, inc. I, NCC. Criar é palavra ampla, que pode e deve ser compreendida extensivamente em relação aos filhos, porque engloba sua educação, a companhia, a guarda, a alimentação, o direito de autoridade, enfim, quem cria se responsabiliza no mais amplo sentido, pela vida e sobrevivência da criatura. (FONSECA, 2004, p. 133).

Em contrapartida, os pais também têm direitos em função do exercício do poder familiar, conforme se pode ler nos incisos VIII E IX do artigo 1.634 do Código Civil vigente: “[...] VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que

lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (BRASIL, 2002).

Os deveres dos pais também estão previstos no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990).

São os pais que representam os filhos até a idade de 16 anos; são quem os assistem nos atos civis em geral, quando possuem entre 16 e 18 anos de idade, conforme regra insculpida no já citado artigo 1.634, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Na contemporaneidade se verifica menor exigência desse dever de obediência dos filhos, há uma nova geração que tende a exigir mais seus direitos e que está menos disposta a arcar com seus deveres, talvez isso seja fruto da demasiada tolerância dos pais, que nem sempre esclarecem os filhos acerca dos direitos e deveres de cada um dos componentes da entidade familiar.

Isso reflete em toda a sociedade, pois a falta orientação, de correção, de exigência, de respeito, faz com que tais adolescentes tenham dificuldade em reconhecer autoridade, privada ou pública. O elevado número de procedimentos por atos infracionais praticados por adolescentes demonstra que eles desconhecem limites familiares, impostos pela autoridade dos pais.

Mais grave que a falta de orientação por parte dos pais é quando estes negligenciam as suas obrigações mais básicas em relação à criança ou adolescente, ou pior ainda, quando praticam atos de violência contra os filhos.

Quando se configuram fatos mais graves, e tal notícia chega ao conhecimento dos órgãos estatais encarregados de zelar pela segurança e bem estar dos menores, o Estado não pode deixar de intervir, para a aplicação da legislação, no sentido de garantir o melhor interesse do menor.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou o artigo 227 da Constituição Federal, com o intuito de proteger as crianças e adolescentes,

garantindo seus direitos fundamentais, dentre eles: o direito à vida, a saúde, a liberdade, o respeito, a dignidade, e seu direito de convivência familiar, bem como o seu desenvolvimento sadio e harmonioso. É o que se pode concluir a partir da leitura do artigo 7º do Estatuto: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.” (BRASIL, 1990). O supracitado artigo da Constituição Federal atribui obrigação à família, à sociedade e ao Estado:

Art. 227. 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. (BRASIL, 1988).

Portanto, o dever de garantir e assegurar esses direitos de forma prioritária é de todos, da família, da sociedade e do poder público. Conforme, o artigo 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Toda a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” (BRASIL, 1990).

É importante que o menor cresça e seja educado no seio de sua família ou de família substituta, pois somente assim poderá desenvolver plenamente sua personalidade. Ora, a família é uma instituição necessária ao ser humano, ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, preexistente a qualquer norma positiva (ELIAS, 2014).

Por outro lado, como a família interessa para o Estado, por ser a base da sociedade, suas normas são, em sua maioria, de ordem pública, não podendo ser derogadas. Assim, sendo, não podem ser modificadas por particulares, pelo que o direito que o menor tem de crescer e desenvolver plenamente sua personalidade, dentro do grupo familiar, não pode ser relegado a um plano secundário (ELIAS, 2014).

Um dos problemas mais dramáticos que se verifica em âmbito familiar na atualidade é a dependência química por parte de seus integrantes. O uso de drogas

altera totalmente as relações familiares, gerando um ambiente impróprio para o desenvolvimento saudável de seus membros.

Entre 2012 e 2013, foram divulgados dados sobre consumo de maconha, cocaína e seus derivados, além da ingestão de bebidas alcoólicas por brasileiros. A partir desses resultados, os pesquisadores estimam que 5,7% dos brasileiros sejam dependentes de drogas, índice que representa mais de 8 milhões de pessoas. (CARVALHO, 2013, P.1).

Colocar o menor a salvo de exploração, violência e opressão, conforme prevê a Constituição Federal, significa mantê-lo em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Isso pode levar a mudança de guarda e também a destituição do poder familiar e da tutela. O ideal é que o menor cresça no ambiente familiar, mas este precisa ser adequado para lhe proporcionar condições de um desenvolvimento sadio, o que certamente não acontece em locais onde há pessoas viciadas (ELIAS, 2014).

Sempre que for possível, conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se manter ou reintegrar a criança ou adolescente à sua família biológica. Para a família deve ser dado todo o apoio necessário. Os pais, por sua vez, têm a obrigação de assistir, criar e educar os filhos, enquanto menores (BRASIL, 1990).

A desobediência aos preceitos do art. 22 pode levar a perda ou suspensão do poder familiar, como proclama o artigo 24 do mesmo diploma: “A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22.” (BRASIL, 1990).

Os pais, no exercício do poder familiar, têm a administração e, também, o usufruto dos bens dos filhos (art. 1.689 do Código Civil). No entanto, conforme prevê o artigo 1.637 do Código Civil, suspende-se o exercício do poder familiar quando o pai ou a mãe forem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002).

A destituição, que é mais grave, é tratada no art. 1.638. Destarte, ela pode ocorrer nos casos de castigos imoderados, de abandono, de prática de atos

contrários á moral e aos bons costumes e, também, quando reiteradamente reincidir nas falhas que conduzem à suspensão (ELIAS, 2014).

O poder familiar somente poderá ser suspenso ou perdido em virtude de decisão judicial. O procedimento para essa perda ou suspensão terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, conforme o artigo 155 do Estatuto (BRASIL, 1990).

Apesar de o artigo 1.637 do CC/02 se referir a requerimento feito por parente do infante ou do jovem para a tomada de medidas protetivas, também pode o Conselho Tutelar representar a autoridade judiciária nesse sentido, conforme artigos 136, V, e 148, VII, ambos do Estatuto (BRASIL, 1990).

O artigo 163 do mesmo ordenamento prevê que: “Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias. Parágrafo único. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.” (BRASIL, 1990).

Depois de perdido o poder familiar, dificilmente ele se reestabelece, e quando isso ocorre, deve ser feito por via judicial. José Antônio de Paula Santos Neto (1992:192) analisa o tema do restabelecimento do pátrio poder:

[...] sabendo-se que os motivos que ensejam medida drástica com a perda do pátrio poder são sempre de extrema gravidade, a recuperação só é concebível em caráter excepcional, quando o interesse do menor manifestamente a reclamar. Dependerá sempre de ato judicial, devendo o juiz se certificar, sem dúvidas, da existência de condições absolutamente propícias, inclusive dando ao Ministério Público oportunidade de manifestação. (NETO, 1992, p. 192 apud ISHIDA, 2009, p. 276).

Em igual inclinação, manifesta-se Carlos Alberto Bittar Filho: “Admite-se, ademais, a recuperação do poder pelo interessado, desde que prove a sua regeneração, ou a cessação da causa determinante, e desde que requeira judicialmente a medida.” (BITTAR FILHO, RT 676, p.83, apud ISHIDA, 2009, p. 277).

Silvio Rodrigues também se alinha a esse pensamento: “Tanto assim é que, cessadas as causas que conduziram á suspensão ou a destituição do poder familiar e transcorrido um período mais ou menos logo de consolidação, pode o poder

paternal ser devolvido aos antigos titulares.” (RODRIGUES apud ISHIDA, 2009, p. 277).

Ainda neste sentido, tem-se o artigo 6º do Estatuto, que prevê a obrigatoriedade da interpretação da Lei, com base em certos princípios: “Art. 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.” (BRASIL, 1990).

A carência de recursos materiais, em princípio, não é causa de perda do poder familiar. A perda do poder familiar constitui-se em verdadeira sanção decorrente do descumprimento dos deveres inerentes aos genitores. Na sequência passa-se a análise mais detalhada das hipóteses em que pode se verificar a perda, a suspensão ou a extinção do poder familiar.

2 AS HIPÓTESES DE PERDA, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR E AS CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DESSA MEDIDA.

Quando o pai ou a mãe não exercem regularmente o poder familiar, podem sofrer diversas sanções, como a aplicação da multa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1990).

Além disso, aplicam-se outras medidas, como a perda da guarda, prevista no artigo 129, VIII, também do Estatuto. O poder familiar representa “[...] um *munus*, um poder-dever exercido em favor e no interesse do filho.” (RAMOS, 2016, p. 55).

Ocorrendo a morte dos pais, deixa de existir quem era titular do poder familiar. Caso se verifique a morte de somente um dos pais, o poder familiar se concentra na figura do sobrevivente. Quando mortos ambos é preciso que se faça a nomeação de um tutor, que dará sequência a gestão e proteção de interesses

pessoais e patrimoniais do menor (GONÇALVES, 2009). Morto o filho, desaparece o titular do direito.

A extinção do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco, destituído o genitor do poder familiar, não dá para admitir que conserve o direito sucessório com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. (DIAS, 2015, p. 470).

A extinção pela emancipação ocorre por autorização dos pais, conforme prevê o artigo 5º, parágrafo único, I, do Código Civil de 2002:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.
Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos. (BRASIL, 2002).

A lei presume que maiores de 18 anos e os emancipados, não precisam mais de proteção, e a maioria faz parar a subordinação dos filhos aos seus pais. Essa regra comporta exceções, como por exemplo, no caso de incapacidade física.

Outra hipótese de extinção se verifica com a adoção do menor. “Com a adoção extingue-se o poder familiar, na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante, sendo essa circunstância irreversível, podendo o pai se arrepender com sua decisão, sendo ineficaz, se o procedimento foi regular, pelos tribunais.” (GONÇALVES, 2009, p. 387).

Quando a extinção ocorre por decisão judicial, conforme apresentado no inciso V do citado artigo, é preciso reportar-se ao que prevê o artigo 1.638 do mesmo código. Essa modalidade de extinção pode ocorrer nos seguintes casos:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018). (BRASIL, 2002).

O genitor ou a genitora que castigar seu filho exageradamente poderá vir a sofrer as consequências pela perda do poder familiar ou a sua destituição. É inviável deixar um filho junto de seus genitores se estes não o protegem, pelo contrário, o expõe a constante situação de risco, tendo atitudes violentas, maltratando-o. Entende a doutrina que só se verifica a falta grave, por parte do genitor, para com seu filho, se o castigo for realmente exagerado (GONÇALVES, 2009).

Não se configura hipótese de perda do poder familiar o fato do genitor, solteiro ou separado, contrair novas núpcias. Nesse caso o genitor continua exercendo, regularmente seu poder, que não se estende ao novo cônjuge ou companheiro:

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável. (BRASIL, 2002).

No entanto, ocorrendo às hipóteses previstas no já citado artigo 1638, pode se verificar a perda do poder familiar. O inciso IV, do referido artigo, refere-se às hipóteses da perda do poder familiar, quando cometidas as faltas elencadas no artigo 1.637:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz,

requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002).

Esse dispositivo não só autoriza a suspensão, como também outras medidas que são próprias do poder familiar. Ou seja, o juiz pode suspender o aludido poder em casos de:

- a) Falta de cumprimento dos deveres: Os pais tem o dever de criar e educar seus filhos, conceder ou negar consentimento para casar aos seus filhos, exercer a guarda compartilhada nos termos do art. 1.584, nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, representar seus filhos judicial ou extrajudicialmente até os 16 anos, reclamá-lo de quem ilegalmente os detenha, e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (Art. 1.634).
- b) Ruína dos bens dos filhos: destruição, perda dos bens dos filhos (Art. 1.637, segunda figura).
- c) Condenação com trânsito em julgado de crime com pena superior a dois anos de prisão: houve nesse caso a suspensão, mesmo se os pais não fossem presos. Sendo assim, substituído o regime aberto por penas restritivas de direito (Art. 44 do Código Penal) (ISHIDA, 2009, p 73).

Referente a suspensão do poder familiar, em virtude da condenação criminal, de titular por sentença irrecorrível, o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu: “Menor. Suspensão do poder familiar. Réu condenado por sentença criminal irrecorrível em crime cuja pena excede a dois anos de prisão. Adequação do julgamento antecipado da lide. Sentença de procedência confirmada.” (SÃO PAULO, 2006 apud DIAS, 2015). Houve então a suspensão, mesmo que os pais não fossem presos, sendo substituído o regime fechado por penas restritivas de direitos. No momento em que os pais são destituídos do poder sobre seus filhos, eles perdem o direito sucessório em relação aos filhos, mas estes não o perdem em relação aos genitores, preservando esses direitos. Extinto o poder familiar, não se perdem os vínculos de parentesco (DIAS, 2015).

Com a suspensão do exercício do poder familiar, os pais não se isentam do dever de conceder alimento aos filhos. “A suspensão do poder familiar ocasiona ao pai perda de alguns direitos em relação ao filho, mas não o isenta do dever de alimentá-lo”. (CASABONA, 2006, p. 85 apud VICHI, 2017, s.p.).

A partir da perda do poder familiar, os atos ilícitos praticados por um filho, podem acarretar a interrupção da responsabilidade civil do seu genitor. Sendo o poder familiar, um conjunto de direitos e deveres dos pais, em relação aos filhos, os genitores perdendo o poder, esses deveres acabariam por isso, cessados (ISHIDA, 2009).

Prevê o artigo 932, I, do Código Civil, a responsabilidade pela reparação civil dos genitores em relação aos filhos menores, que estejam sob sua autoridade e em sua companhia. Essa responsabilidade é inerente ao exercício do poder familiar. A teoria adotada pelo Código Civil é a teoria do risco, pela qual, quando um filho é gerado, os pais passam a ser responsáveis por ele e por seus atos até que atinja a maioridade. No entanto, a perda do poder familiar, excluiria o genitor do dever de indenizar por um ato ilícito do filho (BRASIL, 2002).

Determinando o juiz, a perda do poder familiar, em relação a um dos genitores, o exercício desse poder passará ao outro. Se o outro, que seria titular do poder familiar, vier a falecer, ou for incapaz de exercer a sua responsabilidade, o juiz irá nomear um tutor para o menor (DINIZ, 2008).

Os pais tem o dever de zelar pelo filho, pelo sustento, formação para que um dia seja útil para a família e a sociedade. Os genitores tem o encargo de zelarem materialmente e moralmente pelo filho, isso envolve, além da manutenção e cuidado físico, prover sua educação e a construção de seu caráter (RODRIGUES, 2004).

A infração da não observância do dever de criação chama-se de crime de abandono material (Artigo 244, CP), configurando-se em causa de perda do poder familiar (GONÇALVES, 2007).

Conforme o artigo 1703, do Código Civil, os pais tem o dever de sustentar seus filhos, “na proporção de seus recursos”. Entretanto, faltando alguns recursos, isto não irá resultar em perda da guarda e nem mesmo do poder familiar (RODRIGUES, 2004).

O inciso II do artigo acima citado prevê o direito/dever dos pais de ter os filhos em sua companhia e guarda. Tais direitos servem a ambos, aos pais, e estes tem o mesmo direito. Caso os pais entreguem o filho a uma pessoa que não tem uma boa reputação, configura-se o crime previsto no artigo 245, do Código Penal:

Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984)

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984). (BRASIL, 1940).

Outra obrigação dos pais, prevista no inciso III do citado artigo 1634, é dar ou negar seu consentimento para que o filho menor se case. A aprovação dos pais, para o casamento do filho, deve ser específica, com determinada pessoa. Nesse caso, exige-se a aceitação de ambos os genitores, ou de alguém que esteja lhes representando, de acordo com o artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2007).

Compete aos pais, de igual forma, nomear tutor aos filhos por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. Acredita-se que não há ninguém melhor que os pais, para confiar à tutela de seus filhos menores, se um dos pais não sobreviver ou estiver vivo, mas não ter capacidade de exercer o poder familiar (GONÇALVES, 2007).

Também é de responsabilidade dos pais representar ou assistir seus filhos menores ou incapazes, conforme o caso. Sendo os menores incapazes de fato ou de exercício, estes são impossibilitados de praticar os atos da vida civil. Essa incapacidade pode ser absoluta ou relativa. A incapacidade absoluta provoca a proibição total do exercício, esse ato é praticado pelo representante legal do incapaz. Já a incapacidade relativa é aceita, desde que tenha alguém amparando, para que os atos da vida civil sejam efetuados (RODRIGUES, 2004).

Os pais também tem o dever de reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha. Esse é um direito atribuído aos pais, contra a pessoa que detenha seu filho ilegalmente (RODRIGUES, 2004).

Por outro lado o filho tem o dever de prestar obediência aos pais, conforme prescreve o inciso VII do artigo 1634. Os pais, ao imporem aos filhos obediência e

respeito, devem agir moderadamente, sem exageros. Os filhos menores que trabalham, devem dar todo seu salário aos pais, sendo que a lei concede aos pais, exigirem dos filhos, serviços de sua idade e condição. Conforme o artigo 403, da CLT, a lei proíbe-se o trabalho fora do lar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, artigo 7º, XXXIII, CF/88, e de acordo com o artigo 404, da CLT, proíbe-se o trabalho noturno, até os 18 anos (GONÇALVES, 2007).

O exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, em relação ao filho. A suspensão do poder familiar é uma sanção, que objetiva defender os interesses do filho, retirando-o de toda influência maléfica do genitor que infringe o dever de exercer o poder familiar, de acordo com a lei (DINIZ, 2008).

No artigo 1637 do Código Civil, encontram-se as causas determinantes de suspensão do poder familiar, expostas de forma genérica, como por exemplo: abuso do poder por pai ou mãe; falta aos deveres paternos, quando os pais dão muita liberdade aos seus filhos, sem se importarem com eles, ficando eles em Estado de abandono; não os alimentam, colocando em risco a sua saúde; e consomem com os bens dos próprios filhos (DINIZ, 2008).

Ficará suspenso do poder familiar, o genitor que maltratar, explorar, colocar em perigo a saúde, a segurança e a moral do filho. Isso pode ocorrer, por exemplo, se o pai ou a mãe, sofrerem condenação por sentença irrecorrível, cometem crime cuja pena exceda a 2 anos de prisão (Reclusão ou detenção) (Art. 1637, parágrafo único) (DINIZ, 2008).

Os pais que derem causa a circunstância irregular, em que o filho menor for encontrado, conforme a Lei n. 8.069/90, art. 24 e 129, X, também podem ser suspensos do poder familiar pelo juiz (DINIZ, 2008).

Como exemplos de efeitos de condenação, tem-se a incapacidade permanente ou temporária, para o exercício do poder familiar (Art. 92, II, parágrafo único, do CP) Se a sanção, de suspensão, for determinada ao pai, a mãe irá se responsabilizar, pelo exercício do poder familiar, e vice-versa (DINIZ, 2008).

Já a extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais e de pleno direito. Citam-se, as seguintes causas de extinção, de acordo com o artigo 1635, do Código Civil: morte dos pais, ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial na forma do artigo 1638, do CC/02. Com a extinção, não se extingue o

vínculo de parentesco, e o filho continua com o direito de receber a herança dos pais (DIAS, 2015).

Com a morte dos pais, não haverá mais titulares do direito. No caso de morte de um deles, o poder familiar se concentra no outro, mas se os dois morrem, será nomeado tutor. E se é o filho que acaba morrendo, extingue-se permanentemente o poder familiar (GONÇALVES, 2007).

Outra forma de extinção é a emancipação, se a idade do menor for entre 16 e 18 anos, sendo, nesse caso, uma faculdade dos pais. Sendo que com relação aos filhos maiores de 18 anos, ou emancipados, não será mais necessária a sua proteção através do poder familiar, porque serão considerados capazes. O poder familiar também será extinto em caso de adoção, pois nesse caso ele se transfere ao adotante, sendo este ato irreversível (GONÇALVES, 2007).

Seja pela hipótese que for, extinguindo-se o poder familiar, tem-se, como consequência, o rompimento com relação ao conjunto de direitos e deveres que ele institui, ou seja, a partir da extinção os genitores não poderão mais exercer sua autoridade para com o filho, e nem usufruir dos direitos próprios dessa condição.

Já a extinção por decisão judicial, que decreta a perda do poder familiar, prevista no artigo 1638, do Código Civil, será tratada com mais detalhes no próximo título.

3 O PROCEDIMENTO JUDICIAL PARA A PERDA DO PODER FAMILIAR

Quando os pais não cumprem seus deveres para com os filhos, pode acontecer a perda, a suspensão ou a extinção do poder familiar. Quando é iniciada uma ação de suspensão ou de perda do poder familiar, seguem-se as regras processuais do Estatuto da Criança e do Adolescente, e utilizam-se, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Civil (BRASIL, 1990).

Existem na legislação pátria três formas principais de extinção do poder familiar: por ato voluntário; por fato natural e por sentença judicial. As causas da extinção do poder familiar vêm elencadas no art. 1.635 do CC: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação; III – pela maioria; IV – pela adoção; e V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638 do Código Civil. (MALUF; MALUF, 2016, p 666).

Nessa parte do estudo interessa, particularmente, a forma prescrita no inciso V do citado artigo, ou seja, a parte procedimental da ação para a destituição do poder familiar. A perda da autoridade parental conforme já visto, se dá por ato judicial, e como consequência, levando à sua extinção e com isso tem-se o fim do poder familiar (Art. 1.635, V, CC/02) (DIAS, 2015). É o que também prevê o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.” (BRASIL, 1990).

A ação de destituição do poder familiar é feita por procedimento judicial, e pode ser proposta pelos genitores, tendo sua legitimidade no Ministério Público, (ECA, art. 201, III), assim, esta ação pode ser dirigida contra um dos pais ou ambos (DIAS, 2015). A iniciativa da ação é do Ministério Público ou de outros interessados, conforme o artigo 155 do ECA: “O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.” (BRASIL, 1990).

Lembrando que é atribuição também do Conselho Tutelar representar ao Ministério Público, para o efeito da ação de perda do poder familiar. Mas tal prerrogativa não confere legitimidade ao Conselho Tutelar para propor a ação (DIAS, 2015). O artigo 136 do Estatuto, em seu inciso XI, é que traz essa atribuição: “XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, depois de esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural.” (BRASIL, 1990).

O processo, conforme já visto, pode ser iniciado por provocação do Ministério Público, e essas ações tramitam na Justiça da Infância e da Juventude (art. 148, parágrafo único, b) (DINIZ, 2008).

O processo se inicia a partir de uma petição inicial, informando as provas que foram produzidas, e contendo resumidamente a explanação dos fatos. Por intermédio de uma medida liminar, se existir uma causa grave, até a sentença absoluta da causa, o juiz pode definir a suspensão do poder familiar, encaminhando a criança ou o adolescente aos cuidados de uma pessoa confiável, apta, capaz, ou

até mesmo a uma casa de acolhimento. Os pais serão ouvidos e poderão se defender das acusações narradas na inicial.

Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

Art. 156. A petição inicial indicará:

I - a autoridade judiciária a que for dirigida;

II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido, dispensada a qualificação em se tratando de pedido formulado por representante do Ministério Público;

III - a exposição sumária do fato e o pedido;

IV - as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos.

Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

§ 1º Recebida a petição inicial, a autoridade judiciária determinará, concomitantemente ao despacho de citação e independentemente de requerimento do interessado, a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar para comprovar a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar, ressalvado o disposto no § 10 do art. 101 desta Lei, e observada a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.

[...]

Art. 158. O requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos. (BRASIL, 1990).

Ouidas as testemunhas na audiência, e completada a instrução do feito, pelo artigo 163, da Lei n. 8.069/90, o prazo o máximo para concluir a sentença é de 120 dias. A sentença que decreta a perda do poder familiar será registrada a margem do registro de nascimento do menor. Dessa sentença cabe apelação, que terá que ser recebida com efeito devolutivo (BRASIL, 1990).

Determina ainda, a Lei n. 8.069/90, a colocação da criança ou adolescente em família substituta, nas hipóteses do artigo 166:

Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.

§ 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da

Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.

§ 3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

§ 4º O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

§ 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança.

§ 7º A família natural e a família substituta receberão a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL, 1990).

A perda é uma penalidade que é determinada por sentença judicial. Já a extinção dá-se pela morte, pela emancipação ou pela extinção do sujeito passivo. A perda do poder familiar é uma penalidade de máximo alcance, que corresponde à desobediência de uma obrigação fundamental, sendo assim, uma medida obrigatória, e não optativa (DIAS, 2015).

Quando for decretada a perda do poder familiar, é recomendável que seja aplicada alguma medida de proteção para a criança ou para o adolescente, para que ela (ele) tenha acompanhamento, apoio e orientação, conforme o artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente (DIAS, 2015).

Se houver a exclusão do poder familiar, a criança ou o adolescente que estiver com algum parente, a competência será das Varas de família. E se essa criança ou adolescente, não estiver segura ou estiver em situação de risco (ECA, art. 98), mesmo que esteja acompanhada de um familiar, a ação deverá ser proposta nas Varas da infância e Juventude (ECA, art. 148, parágrafo único) (DIAS, 2015).

Dependendo do grau de prejuízo, a que a criança ou o adolescente estarão submetidos, será possível a suspensão liminar ou incidental do poder familiar (ECA, art. 157) (DIAS, 2015).

Sendo formulado o pedido, por via de medida cautelar, a criança ou o adolescente poderá ser colocado em outras famílias, substituindo-se a sua atual (ECA, art. 166).

No decorrer do trâmite da demanda da destituição, muitas crianças e adolescentes ficam em abrigos ou são levados para famílias substitutas. Muitas vezes, essas ações são demoradas, exaustivas, os genitores tentam de todas as formas para que seus filhos não saiam de seu poder e permaneçam ao seu lado, com isso querendo manter o vínculo familiar (DIAS, 2015).

O Estado muitas vezes é omissivo, e a justiça é demorada, os abrigos em que as crianças e os adolescentes permanecem se transformam em verdadeiros depósitos de crianças abandonadas ou rejeitadas, tendo um único lugar para muitos jovens, que lá só podem permanecer até completarem 18 anos (DIAS, 2015).

Ou seja, a situação da criança ou adolescente que é afastada da família natural, seja pela suspensão ou perda do poder familiar, é sempre delicada. Se ficar junto à família pode estar correndo sérios riscos, se for para uma instituição ou mesmo para uma família substituta, rompem-se os vínculos com a família de origem, o que, por si somente, já é doloroso.

O juiz precisa analisar, em cada caso concreto, a melhor medida a ser aplicada, tendo como objetivo primordial preservar o melhor interesse da criança ou adolescente. Nem sempre é fácil identificar, entre as opções disponíveis, qual a mais adequada para minimizar o sofrimento do menor, que é sempre a parte mais vulnerável desse tipo de demanda.

CONCLUSÃO

A primeira experiência de convívio social de um indivíduo é a família. É nela em que a criança deve se sentir amada e protegida. No entanto, esta nem sempre é a realidade. Muitas vezes é no âmbito familiar que crianças e adolescentes são agredidos, vítimas de maus tratos, e quando isso ocorre o Estado precisa intervir, para garantir a sua proteção.

A família pode ser entendida como um grupo de pessoas, unidas por laços consanguíneos ou de afinidade. Nesse grupo, geralmente existe relação de dependência, em que os indivíduos incapazes de proverem as próprias necessidades são amparados por aqueles considerados capazes. É o que ocorre, por exemplo, na relação dos pais com os filhos menores. A obrigação dos pais,

para com os filhos, encontra amparo constitucional. O artigo 229 da CF/88 prevê que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL, 1988). A obrigação é recíproca, mas para o presente estudo interessou, particularmente, a obrigação dos pais em relação aos filhos.

O conceito de família vem se modificando ao longo do tempo, no entanto, independentemente do modelo de família que se tem, a presença de crianças em sua composição exige maior atenção do grupo familiar, por serem mais frágeis e vulneráveis, por estarem em uma fase da vida em que dependem dos outros para se desenvolver de forma sadia. Quando são amparados e assistidos pela sua família, aumentam suas chances de uma formação saudável.

Com a sociedade em constante evolução, conceitos e valores são modificados, e a família, sendo sua base estrutural, precisa se adaptar a essas mudanças. A legislação também vai se adaptando às mudanças sociais. A própria Constituição Federal de 1988, ampliou o conceito de família, permitindo o reconhecimento de entidades familiares que não se formam a partir do casamento. O poder familiar, que no passado era exercido somente pelo pai, hoje é exercido também pela mãe. Nesse contexto, o tema deste trabalho apresenta relevância social, pois trata de questões preocupantes que envolvem a formação das atuais e futuras gerações.

Em uma sociedade cada vez mais complexa, com famílias de modelos variados, com configurações tão diversas, é necessário que a legislação proteja aqueles considerados dependentes, incapazes e vulneráveis.

No exercício do poder familiar, os pais têm o dever de criar, educar, e zelar pelos seus filhos menores, dando-lhes amor, carinho e suprimindo-lhes as suas necessidades básicas. Conforme preceitua o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, é atribuído a sociedade, a família e ao Estado, o dever de assegurar a criança e ao adolescente, o direito à vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade, e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Quando os pais ou detentores do referido poder familiar não agem de acordo com a legislação, pode ocorrer a suspensão ou a perda desse poder. Diversas são as hipóteses que podem ensejar essa perda, a decisão que a determina, no entanto, deve estar pautada sempre no melhor interesse da criança ou adolescente.

Como o poder familiar é um dever dos pais, para ser exercido no interesse dos filhos, quando estes não cumprem suas obrigações, o Estado deve intervir, e estes, sofrem como sanção, a perda do poder familiar, podendo até esse poder ser suspenso ou excluído, sendo assim, o direito-dever dos pais não cessa por qualquer razão, mas sim nos casos previstos na lei.

A prioridade é preservar a integridade física e psíquica das crianças e adolescentes, quando os pais tem um comportamento ruim para com os filhos, o Poder público poderá afastá-los de seus lares, visando sua proteção.

Existem três medidas distintas, no código civil, que afetam diretamente o exercício do poder familiar: a extinção, prevista no artigo 1.635, do CC/02, a suspensão do poder familiar, delineada no 1.637, e, por fim, a perda do poder familiar, prevista no artigo 1.638. Uma vez suspenso o poder familiar dos pais, com relação aos filhos, estes não se isentam do dever de alimentá-los. A suspensão é medida menos grave que a destituição, que rompe com os vínculos familiares do filho com o seu genitor.

O que se constatou, ao final da pesquisa, é que, por se tratar de medida de extrema gravidade, com consequências muito sérias e irreversíveis, tal medida deve ser adotada com muito critério, mediante provas robustas e sempre no interesse do bem estar do menor.

A pesquisa não tem a pretensão de ser exaustiva, e deve prosseguir em novo grau de estudo, tendo em vista que, em um cenário de mudanças, em que a configuração familiar se modifica constantemente, os valores superiores como o zelo, a reciprocidade e a afetividade entre pais e filhos, devem prevalecer.

Portanto, diante deste cenário, a pesquisa detém relevância social, sendo útil, para o esclarecimento da sociedade em geral, já que aborda questões controvertidas da convivência familiar e da preservação dos direitos do menor. Deve-se priorizar o melhor interesse do infante, em qualquer situação, ainda que isso signifique afastá-lo de quem o gerou, até mesmo porque, em muitas situações,

o vínculo biológico não garante a afetividade e o cuidado necessários para com essa criança ou adolescente. São situações lamentáveis, em que o Poder Judiciário, na pessoa do juiz, precisa decidir pela medida que acredita ser menos prejudicial ao desenvolvimento de um ser humano em formação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. **Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Lei No 4.121, de 27 de Agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____, **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. **Lei No 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Lei Nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

CABRAL, Edson de Almeida. **Direito e Humanismo**. Brasília: Ano 5|n. 12|v. 1|jan-jun.2015| ISSN 2238-0779. Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/2470a8940713f6084d8138e70fe781bc.pdf>. Acesso em: 30 set. 2016.

CARVALHO, Eduardo. **Segundo Pesquisa, 28 Milhões têm Algum Parente Dependente Químico**. Artigo Publicado em 03/12/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/12/28-milhoes-tem-algum-familiar-dependente-quimico-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

_____. Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELIAS, Roberto Joao. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8. 069, de 13 de Julho de 1990**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **O Código Civil e o Novo Direito de Família: Casamento, separação e divórcio, adoção, poder familiar, alimentos, bem de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Antônio Cezar Lima da. **A Ação de Destituição do Pátrio Poder Familiar**. Brasília a. 37 n. 146 abr./jun. 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/597/r146-20.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 11 dez.2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, Vários autores. **Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 9. ed. São Paulo: Barueri, 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2011.

_____. Rolf. **Direito de Família**. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2016. 2. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: conceito e evolução histórica e sua importância**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 24 set. 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. vol. 6. 21. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

_____. Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. vol. 6. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VICHI, Samuel Gomes. **Guarda Compartilhada**: visando o interesse do menor. 2017. Disponível em:
<<https://samuelvichi.jusbrasil.com.br/artigos/533285730/guarda-compartilhada>>.
Acesso em: 11 dez. 2016.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: Direito de Família. vol. 5 – 17. ed. Reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Poliana Dickmann de Lima¹
Letícia Lassen Petersen²

RESUMO

O artigo científico possui delimitação acerca da amplitude da história de família, e, propõe-se ao mapeamento desta construção. As breves considerações expostas no decorrer deste estudo fazem parte de um arcabouço teórico amplo. Pauta-se a pesquisa, questionando quais as características dos núcleos familiares, suas formas e desenvolvimentos. O trabalho de pesquisa é justificável pela sua indispensabilidade, vista que, conhecer a história da família, seus desdobramentos, conceituações, características e evoluções, é reconhecer a atualidade. O presente artigo científico objetiva uma construção de conhecimento adequado e efetivo. A pesquisa caracteriza-se com metodologia teórica, com tratamento de dados qualitativo dos dados e fins explicativos. A fonte de geração de dados são: documentação indireta, em produção bibliográfica das informações. A análise e a interpretação do estudo acontecem por meio do método hipotético-dedutivo, com procedimentos técnicos histórico e comparativo. A contribuição alcançada é de que o estudo histórico possibilite aos leitores, uma reflexão acerca da construção histórica da família até o contexto brasileiro atual.

Palavras-chave: História – Família – Evolução.

ABSTRACT

The scientific article has delimitation about the extent of family history, and it is proposed to map this construction. The brief considerations presented throughout this study are part of a broad theoretical framework. The research is guided by questioning what are the characteristics of family cores, their forms and developments. The research work is justified by its indispensability, since to know the history of the family, its developments, conceptualizations, characteristics and evolutions, is to recognize the present. This scientific article aims at an adequate and effective knowledge construction. The research is characterized by theoretical methodology, with qualitative data processing and explanatory purposes. The source of data generation is: indirect documentation, in bibliographic production of information. The analysis and interpretation of the study take place through the hypothetical-deductive method, with historical and comparative technical

¹ Acadêmica do curso de Direito – 10º semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. polianalima@hotmail.com.ar

² Pedagoga – UNIJUI (2001). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – UNIJUI (2004). Especialista em Direito Civil – UNISUL (2005). Mestre em Desenvolvimento Regional – UNISC (2007). Doutora em Desenvolvimento – UNISC (2014). Pós Doutorado – UFRGS (2016). leticiapetersen@yahoo.com.br

procedures. The contribution achieved is that the historical study enables readers to reflect on the historical construction of the family to the current Brazilian context.

Keywords: Story - Family – Evolution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a família como núcleo base da sociedade. A família é resultante das relações humanas condicionantes da sobrevivência e da diversidade familiar, por sua vez, estas precisam fazerem-se claras, para que atinjam seus objetivos. Para tanto, torna-se imprescindível analisar o ordenamento jurídico brasileiro, e, se este, acolhe por completo as necessidades das instituições familiares.

O núcleo familiar possui inúmeros desdobramentos, resultantes das constantes mudanças políticos e sociais. Nesse sentido, a delimitação adotada para a presente discussão abarca a construção histórica da família, características e evoluções.

A discussão da família apresenta relevância acadêmica e jurídica, vez que a temática é base para os demais desdobramentos, no âmbito familiar. Esse artigo dedicar-se-á exclusivamente ao estudo da construção histórica do ente familiar, formando um referencial teórico sobre o assunto.

A presente pesquisa se justifica pela utilidade pública, pois a família é cerne da vida em sociedade, e, a partir dela que decorrem as demais relações sociais, bem como seus inúmeros desdobramentos.

O presente artigo científico está organizado em uma seção, que abarca a historicidade da família, focalizando-se nos preceitos que deram ensejo a sua construção, bem como características atinentes a época, e sua constante evolução.

1 A HISTÓRIA DA ORIGEM DA FAMÍLIA, ASPECTOS E EVOLUÇÕES

O conceito de família advém de uma construção histórica, que possui contornos precisos, sendo possível delimitá-la cronologicamente, em tempo e espaço. Deveras importante se faz tal estudo, tendo em vista que os inúmeros arranjos familiares derivam dos contornos existentes nesta história.

Por meio desta perspectiva, deve-se iniciar o saber pelos inúmeros conceitos de família, conforme Dias, “[...] a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, e cuja estruturação se dá através da concretização do direito.” (DIAS, 2013, p. 27).

Nesse sentido, afirma-se que família é o fruto decorrente da existência humana, ou seja, seria impossível e/ou inimaginável uma sociedade sem o núcleo familiar, e suas características basilares. Para Santos, conceitua-se família:

Família é um grupo de pessoas composto de pais e filhos, apresentando uma certa unidade de relações jurídicas, tendo uma comunidade de nome e domicílio, e fortemente unido pela identidade de interesses e fins morais e materiais, organizando-se sob a autoridade de um chefe, o pater famílias. (SANTOS, 1974, p. 147).

Para De Antoni, a psicologia entende como família por um conjunto de indivíduos que possuem relação direta, intensa e duradoura, baseados na reciprocidade (DE ANTONI, 2005).

Por sua vez, Roudiesco destaca que essas relações devem ser interiorizadas por seus membros, colocando-as em prática, e, conseqüentemente formulando padrões que abrangem a subjetividade de cada sujeito (ROUDIESCO, 2003).

A família nasce espontaneamente na sociedade, para tanto, se fazem necessárias garantias jurídicas, estas, que controlam o respeito entre os seres humanos, servindo de baliza para nortear suas vidas. Nesse sentido tem-se que:

Para reencontrar o sentido de sua vida, o ser humano da atualidade está se voltando mais para si e não tanto para o grupo. Esse senso de si mesmo, no entanto não é estático, vai sendo construído através das vivências, dos contatos e interações com o outro e na sociedade. É a partir desse contato que o sujeito se identifica, e o primeiro e mais importante contato que está ao seu alcance é a família, no seio da qual se dão as primeiras trocas, tanto emocionais, quanto de experiências e a conseqüente formação e desenvolvimento de suas identidades. (MADERS, WEBER, 2018, p. 01).

Cita-se que o primeiro agente socializador dos seres humanos, foi a família. Destarte isso foi possível apenas com o ingresso do homem ao estado cultural. Ademais, a família pode ser considerada a unidade social mais antiga que se tem conhecimento. (DIAS, 2015, p. 30).

Para Dias, “A família é cantada e decantada como base da sociedade e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado.” (DIAS, 2015, p. 30). Nesse sentido, a família é o núcleo basilar da sociedade.

Ademais, a família pode ser considerada a unidade social mais antiga que se tem conhecimento (DIAS, 2015), sendo notável a diversidade familiar existente na sociedade. O Brasil, é dotado de inúmeros pares familiares, distintos, sendo impossível caracterizá-lo em apenas um (DIAS, 2015).

É notável a grande diversidade familiar existente na sociedade. O Brasil, é dotado de inúmeros pares familiares distintos, sendo impossível caracterizá-lo em apenas um (DIAS, 2015).

O conceito de família surgiu na antiga Roma derivado do latim *famulus*, o escravo doméstico. Nasce em meio as tribos latinas que foram introduzidas na agricultura, em meio a escravidão legalizada que abrangia a época (PIRES, 2007). À época em questão, Wald relata:

A família era, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater. (WALD, 2004, p. 57).

Na antiguidade, o patriarca era quem possuía domínio pelas obrigações morais. O poder familiar era mantido nas mãos deste, caracterizado por sua masculinidade. Restavam aos demais, a obediência e subordinação. Assim, Costa preceitua:

Dependendo juridicamente, afetivamente, moralmente e religiosamente do marido, prestava-se docilmente a organizar a produção econômica da casa, supervisionando o trabalho escravo. Mão-de-obra gratuita, a mulher permitiu por muito tempo a autossuficiência das residências, fenômeno necessário ao despotismo senhorial sobre a cidade. (COSTA, 1980, p. 93).

Nesse diapasão, Costa ainda refere-se a mulher como multitarefas e ferramentas, nos termos:

A dona de casa era enfermeira, médica, sacerdote e professora, distribuindo medicamentos em caso de doenças, ensinando aos filhos as primeiras letras do alfabeto, comprimindo uma enorme quantidade de obrigações religiosas (terços, novenas, promessas, entre outros). (COSTA, 1980, p. 93).

Os primeiros órgãos familiares ou comunidades unidas por laços sanguíneos foram intitulados de clãs. Os clãs eram conhecidos pela união de um grupo de pessoas que possuíam a existência de um ancestral em comum (ARAÚJO, 2003). A evolução familiar era complexa, exigindo dos pares a criação de uma família natural, formada por pais e seus descendentes. Por sua vez, à época, a família natural era reconhecida apenas como aquela derivada do matrimônio entre duas pessoas, homem e mulher (GRIMAL, 1995).

A realidade foi instituída na Roma Antiga, subdividia-se em dois grupos: *confarreatio* (cerimônia realizada apenas por patrícios, oferecida aos deuses) e *coemptio* (escalada à plebe, onde o marido “comprava” de seu sogro, o “poder” sobre sua esposa) (GRIMAL, 1995).

A família natural teve conceituação pela Igreja Católica, sendo sacralizada e passando a ser indissolúvel. Nesse sentido, Dias afirma que à época em questão, família era todo ente, unido pelo ato solene do matrimônio (em moldes religiosos) (DIAS, 2011).

Destarte, Rolf Madaleno pondera: “[...] a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado.” (MADALENO, 2011, p. 27).

Ao período, a família era exclusivamente oficializada através do casamento. Não havia o que se falar em diversidades familiares atinentes a época. A União Estável era inimaginável, assim como o divórcio (RIZZARDO, 2007).

O constante ciclo deu origem a família medieval, extremamente relacionada ao âmbito econômico-político patriarcal. A esposa era passiva, a escolha de seu futuro marido era feita pelo patriarca da família e a concretização do casamento acompanhava um importe, valor atribuído em “compensação” aos pais da moça. A “recompensa” poderia acontecer através de bens materiais, que retornariam à residência do casal após o casamento (BONINI, 2009). À luz do exposto, Nadaud preceitua:

Na Idade Média o que funda a família não é mais a existência do pater, mas o casamento, definido como uma sociedade de vida, um contrato onde os indivíduos dos dois sexos inserem-se na gênese de uma nova família, como um bem. (NADAUD, 2002, p.22).

Cumprе ressaltar que durante a Idade Média ocorreu a dissolução entre as instituições romanas, germânicas e canônicas. Neste momento a igreja domina o casamento cristão, consagrando-o como ato solene e sacramental. Fulcro ao citado, Orlando Gomes, antes da promulgação da Constituição de 1988:

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do *direito canônico*. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no *matrimônio*, elevado a *sacramento* por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por largo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do *direito canônico* na estruturação jurídica do grupo familiar. (GOMES, 2000, p. 40).

A família natural teve conceituação pela Igreja Católica, sendo sacralizada e passando a ser indissolúvel. Nesse sentido, Dias afirma que à época em questão, família era todo ente, unido pelo ato solene do matrimônio (em moldes religiosos). (DIAS, 2011). Unicamente constituída pelo casamento, não havia o que se falar em diversidades familiares atinentes a época. A união estável era inimaginável, assim como o divórcio (RIZZARDO, 2007).

Destarte, Rolf Madaleno pondera: “[...] a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado.” (MADALENO, 2011, p. 27).

Em meados do século XVII surge o Iluminismo, extremamente contrário ao poder absoluto da Igreja Católica, sua maneira de pensar e agir. O Iluminismo regia-se pela razão, pelo pensamento lógico.

O iluminismo consagrou-se realmente no século XVIII, amplamente influenciado por ideias e ideais dos séculos XVI e XVII. As ideias iluministas tinham o propósito de reordenar a sociedade (NASCIMENTO, 1998). À época em questão, mantinha-se a ideia de família patriarcal.

Segundo Rousseau, a mulher não participava do contrato social, sendo submissa ao homem (ROUSSEAU, 1991). Inúmeras foram as fases do iluminismo, e com o passar dos anos, o iluminismo trouxe consigo a ideia e implantação de indústrias familiares como base e sustento do grupo familiar. A família moderna teve anseios iluministas, principalmente no que tange a ciência e laicidade (não religiosidade) (NASCIMENTO, 1998).

Cumprе ressaltar que a concepção de família passa a ganhar outros contornos, para além da religião, da cultura. Conforme o entendimento de Farias e Rosenvald:

Sem dúvida, então, a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas. É que o fenômeno familiar “não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas”, 6 que atingem cada uma das partes nela inseridas de modo diferenciado, necessitando, via de consequência, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global. Do contrário, é possível que se enxergue menos do que a ponta do iceberg. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 2-3).

Com o transcorrer dos tempos, vislumbra-se a família moderna, reflexo da cultura, oriunda do século XV. O modo capitalista de produção, a civilização, racionalização e institucionalização foram particularidades que deram ensejo a família moderna. Outrossim, os vínculos afetivos (afeto, fraternidade, amor, companheirismo e igualdade) tornam-se cerne dessa entidade (VENOSA, 2006).

A entidade familiar moderna passa a ter maior preocupação mais com o conceito de infância, o que reflete no olhar direcionado à criança, desligando-se proporcionalmente a perpetuação da linhagem (VENOSA, 2006). Conforme Gélis é a partir dessa época que a criança passa a ser vista como sinal de amor (GÉLIS, 1994).

Neste diapasão, convém destacar ainda, que a igualdade entre homens e mulheres deu-se por meio da família moderna. A família ordeira conhecida até então, passa a ter aspectos liberais, o matrimônio sacralizado configura-se como desnecessário (DIAS, 2006).

A Idade Moderna impactou brutalmente a sociedade e o ente familiar. A

mulher passou a ser vista como sujeito de direitos, derrubando paradigmas pré-existentes. O crescente número de divórcios, a inserção da mulher no ambiente de trabalho (não apenas doméstico), a independência econômica, e a diminuição da natalidade, foram reflexos do empoderamento feminino familiar construído durante a Idade Moderna (ROUDINESCO, 2003). Nesse sentido, Roudinesco afirma:

O modelo edipiano é de fato a tradução de uma organização nova de família, originária da própria sociedade civil, que repousa em três fenômenos marcantes: a revolução da afetividade, que exige cada vez mais que o casamento burguês seja associado ao sentimento amoroso e ao desabrochar da sexualidade feminina e masculina; o lugar preponderante concedido ao filho, que tem como efeito “maternalizar” a célula familiar; a prática sistemática de uma contracepção espontânea, que dissocia o desejo sexual da procriação, dando assim origem a uma organização mais individual da família. (ROUDINESCO, 2003, p. 28).

O Brasil possuiu sete Constituições Federais, sendo atualmente regido e orientado pela Constituição Federal de 1988. A referida Constituição reconheceu o que já ocorria nos arranjos familiares, possibilitando que as pessoas articulassem de maneira diversa da preconizada por uma sociedade patriarcal e oligárquica. Nesse contexto, Gomes cita:

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º). (GOMES, 2000, p.34).

Consoante ao exposto, Sílvio Rodrigues afirma por família:

[...] conceito mais amplo, diz ser a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos. (RODRIGUES, 2004, p. 04).

Nesta senda, Madaleno também afirma, “[...] a família brasileira era

eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado.” (MADALENO, 2011, p. 27).

A partir da segunda metade do século XX que ocorrem as maiores mudanças no tocante às instituições familiares. A família passa chamar-se “família contemporânea”, vista suas modificações, valores e costumes. Fundada sob o princípio da dignidade da pessoa humana, passa a considerar cada indivíduo com suas peculiaridades (SINGLY, 2007).

As profundas modificações reduziram expressivamente o número de componentes do ente familiar. Neste sentido parafraseando Jablonski, “[...] os institutos passaram a se chamar “famílias”, destarte seu isolamento, igualando-se a uma ilha.” (JABLONSKI, 1991, p. 58).

Consoante, Villa destaca ainda que a principal modificação familiar deste século refere-se a quantidade de membros. A diminuição dos indivíduos que compõe o núcleo foi decorrência das inúmeras modificações sociais que abrangeram a época (VILLA, 2012).

Nesta mesma linha, Monteiro preceitua: “[...] enquanto a família num sentido restrito, abrange tão somente o casal e a prole, num sentido mais largo, cinge a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance é mais dilatado, ou mais circunscrito.” (MONTEIRO, 2004, p. 03).

Nesse discorrer, Rodrigues afirma por família: “[...] conceito mais amplo, diz ser a formação por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que inclui, dentro da órbita da família, todos os parentes consanguíneos.” (RODRIGUES, 2004, p. 04).

Ambos destacavam a consanguinidade como elemento substancial à formação da estrutura familiar, para tanto, Maria Helena Diniz emerge colecionando: “[...] discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos.” (DINIZ, 2007, p. 09).

Em sentido, afirma-se que a CF de 1988 foi a primeira que buscou igualar o afeto como sentimento essencial a formação da família, não distinguindo laços

sanguíneos ou matrimoniais.

No tocante, Dias confirma: “[...] a família se transforma na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros, isto é, valorizam-se as funções afetivas da família.” (DIAS, 2006, p. 61).

Cerne ao citado, Lobo afirma que a igualdade abrange todos e quaisquer tipos de filiação, desconsiderando sua origem. Essa conquista deu-se com a Constituição Federal de 1988, baseada na comunhão, afeto e amor, estruturas do núcleo familiar (LOBO, 2006).

Precípua destacar que a CF de 1988, em seu artigo 226 caracterizou a família como base da sociedade. (MADALENO, 2019). Nesta linha, veja-se o que dispõe o § 4º do artigo 226 da CF: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (CF, 1988). Para Rolf Madaleno:

Por sua vez, o parentesco funda-se na relação de sangue que existe entre duas pessoas, quando uma descende da outra, ou ambas de um tronco ou antepassado comum, na linha reta ou colateral. Já o parentesco por afinidade existe entre uma pessoa que está casada ou foi casada; vive ou viveu em união estável e os consanguíneos de seu marido ou companheiro, ou da sua esposa ou companheira. O artigo 1.593 do Código Civil faz menção ao parentesco por adoção e acrescenta ainda a expressão “outra origem”, admitindo outras fontes de parentesco, no entender da doutrina e da jurisprudência, quando advindos os vínculos da reprodução artificial e das relações socioafetivas. (MADALENO, 2019, p. 140).

Ambos destacavam a consanguinidade como elemento substancial à formação da estrutura familiar, para tanto, Diniz emerge colecionando: “[...] discorre sobre família no sentido amplo como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos.” (DINIZ, 2007, p. 09).

Os laços consanguíneos já não são capazes de abarcar toda necessidade humana, transferindo espaço ao amor e afeto, que passam a basilar as relações familiares existentes. (DIAS, 2015, p. 406-407).

Cerne ao citado, Lobo afirma que a igualdade abrange todos e quaisquer tipos de filiação, desconsiderando sua origem. Essa conquista deu-se com a

Constituição Federal de 1988, baseada na comunhão, afeto e amor, estruturas do núcleo familiar (LOBO, 2006). Resta claro e demonstrado que os laços familiares sofreram diversas mudanças, durante e pela evolução social, desdobraram-se e atualmente vão além do matrimônio.

O advento da CF de 1988, a constante evolução social culminada ao novo modelo familiar, concretizam ultra modelos destas instituições, que passam a ser reconhecidas por suas formas e componentes. Os laços vão além dos sanguíneos e passam a ser conhecidos como afetivos.

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil. (FARIAS, 2004, p. 15).

A dignidade da pessoa humana concretiza a possibilidade e aceitação dos novos modelos familiares. Nesse sentido, torna-se capaz verificar que o afeto é a base do ente familiar. Nesta senda, Lobo ainda refere que a CF de 1988 passou a privilegiar o afeto e amor comum entre a fusão social, para que a partir disso se conquiste a realização pessoal de seus integrantes (LOBO, 1989).

À vista disto, importante destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana conquistou importância familiar a partir da época em que a paternidade e filiação passaram a ser valorizados juridicamente (DIAS, 2006).

A compreensão acerca da família contemporânea vai além dos laços consanguíneos, jurídicos e culturais. Nesse sentido, Dias aduz:

Enfim, a família contemporânea e seus múltiplos e plurais arranjos ganha, cada vez mais, visibilidade, projeção e reconhecimento, quer do ponto de vista social, quer do ponto de vista judicial e jurídico, sempre à busca do reconhecimento legal. E não há juízo de valores a ser feito, porque estes modelos sempre existiram, mas não estiveram à mostra, por razões de hipocrisia social e moral, no mais das vezes. Nos dias de hoje, outra é a família, outros são os valores, outra é a finalidade de se estar junto, num mesmo núcleo familiar. “Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”, diz Luiz Edson Fachin. Sua célebre frase mostra exatamente o caráter eudemonista das famílias da contemporaneidade. Quer dizer, não se inventou agora a ideia de que cada pessoa persegue, por toda a vida, o seu projeto pessoal de felicidade. E essa busca se dá, na rigorosa maioria das vezes, durante os períodos de convivência familiar, quer pertencendo

à sua família original, quer pertencendo à família constituída pelos relacionamentos afetivos mais adultos. Vale dizer, a busca pelo eudemonismo decorre daquela convivência interpessoal marcada pela afetividade e pela solidariedade mútua, e que se estabelece, normalmente, dentro de ambientes considerados familiares, pelas novas visões do que sejam entidades familiares. (DIAS, 2010, p. 42).

O cenário jurídico brasileiro passou a crer nas possibilidades e diferentes formações familiares. Os sentimentos de afeto e amor como base familiar passaram a ser reconhecidos juridicamente. O constante crescimento, construção e evolução social, ensejaram e ensejam de maneira significativa os indivíduos e, conseqüentemente os núcleos familiares, que, com o passar dos anos, possuem novas características, formas e nomenclaturas.

CONCLUSÃO

A história de construção do ente familiar é densa. Inúmeros foram os desdobramentos e acontecimentos necessários para que chegássemos aos modelos familiares atuais.

Muitos são os requisitos para realização de uma família. Grande destes requisitos dizem respeito à relação entre os indivíduos dessa entidade, em especial a consanguinidade, bem como os sentimentos de afeto e amor. A família é cerne social, e faz jus a tal importância. Os vínculos familiares mantém e garantem vivos os vínculos que compõem o núcleo familiar.

Os arranjos familiares atuais precisam ser ajustados as realidades existentes, deixando de ser demasiadamente ligada ao matrimônio, sanguinidade e perpetuação da linhagem.

A família ordeira, pacata, a partir da Idade Média, transforma-se. As referidas evoluções somente foram possíveis com a evolução social, direitos e deveres. A passagem do gênero feminino à indivíduo de direitos impactou brutalmente a sociedade e o ente familiar. As mudanças sociais foram extremamente importantes para os modelos familiares.

Interpretar a norma, as mudanças sociais e tecnológicas, e aplica-las aos novos núcleos familiares são dignos da chamada evolução social. Por meio desta nova interpretação pode-se chegar a pontos de vista favoráveis a situação,

utilizando então, a norma, de maneira favorável aos novos vínculos consanguíneos e afetivos, até então, não reconhecidos juridicamente.

Outrossim, espera-se que as constantes mudanças sociais, prossigam afetando de maneira positiva a família e a sociedade, possibilitando e garantindo cada vez mais, à família, direitos e deveres, respeitada e evoluída, perante o meio em que vivemos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Walter da Rocha. **Representações Sociais sobre Família e Classes Sociais**. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Centro de Ciências Sociais e Aplicadas, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/9933/1/arquivo9166_1.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Do Bem de Família**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Filiação e Solução de Conflitos de Paternidade**. Florianópolis: Vox Legem, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade, Posse de Estado de Filho, Paternidade Socioafetiva**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

BONINI, Juliana de Oliveira Reis. **Novos Arranjos Familiares: da família da idade medieval à família da atualidade**. Niterói, 2002. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/N202644.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

BOWLBY, J. **Cuidados Maternos e Saúde Mental**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, Emília Viotti da. **Introdução ao Estudo da Emancipação Política**. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). *Brasil em perspectiva*. 11. ed. São Paulo: DIFEL, 1980.

DE ANTONI, C. **Coesão e Hierarquia em Famílias com História de Abuso Físico**. Tese (Doutorado em Psicologia) – Pós-Graduação em Psicologia de Desenvolvimento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Nova ortografia. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GÉLIS, Jacques. **A Individualização da Criança**. São Paulo: Cia das Letras, 1994.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRIMAL, Pierre. **A vida em Roma na Antiguidade**. Mem. Martins: Publicações Europa-América, 1995.

HINTZ, H.C. **Espaço Relacional na Família Atual**. In: CERVENY, C.M.O. (Org.). **Família em movimento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

KRAEMER, Márcia Adriana Dias. **Reflexão sobre o Trabalho Docente: o conhecimento construído na formação continuada e a prática pedagógica**. Santa Rosa: FEMA, 2014.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real**. Brasília: Revista CEJ nº 34, jul/ set. 2006.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **A Repersonalização das Relações de Família**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MADALENO, Rolf, 1954 – **Curso de Direito de Família**. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADERS, Angelita Maria; WEBER, Ana Laura. **As Implicações dos Laços Familiares na Formação das Identidades**: um estudo acerca de sua (in)observância na jurisprudência no Brasil. In: Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflitos. Campinas: Ed. Millennium, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MINUCHIN, S. **Famílias**: funcionamento e tratamento. Porto Alegre: Artmed, 1982.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito de família, 37. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

NADAUD, Stéphane. **L'homoparentalité**: une nouvelle chance pour la famille? Paris: Ed. Fayard, 2002.

PAPALIA, D.E; FELDMAN, R.D. **Desenvolvimento Humano**. Porto Alegre: AMGH, 2013.

PIRES, Duarte. **Família e Sociedade**, Minas Gerais, Recanto das Letras, 2007. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/artigos/771723>> Acesso em: 14 abril 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família** – lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed., 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família** – lei nº 10.406, de 10.01.2002. 7. ed., 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

ROUDINESCO, E. **A Família em Desordem**. Zahar: Rio de Janeiro, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VILLA, S.B. **Os Formatos Familiares Contemporâneos: transformações demográficas**. Revista Eletrônica de Geografia: 2012.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. ed.rev.atual.e ampl. Pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil. (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração da Prof.Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004.

EDUCAÇÃO E CULTURA

A cultura, nesta resenha, tende a ser compreendida como um processo pelo qual o homem acumula as experiências que vai sendo capaz de realizar; procura converter em ideias, as imagens e lembranças que até então eram realidades sensíveis.

Luciane Brun¹

Mariel da Silva Haubert²

Faculdades Integradas Machado de Assis – Curso de Direito – 8º semestre.

A presente resenha propõe uma reflexão sobre o artigo de Alfredo Veiga Neto, o qual procura dialogar com autores como Kant e Baumann também referidos neste texto.

Alfredo Veiga Neto, doutor em educação, professor titular aposentado do Departamento de Ensino e Currículo da Faculdade de Educação da UFRGS, atualmente é professor convidado do Programa de Pós-Graduação em Educação dessa mesma Universidade e professor do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Luterana do Brasil. Publicou recentemente entre muitos artigos, os seguintes artigos e capítulos de livros: *Curriculum y exclusión social* (Morón-Sevilla: Kikiriki, ano XIV, nº 59-60, dec. 2000- may, 2001, p. 45-49); *Incluir para saber; saber para excluir* (Pró- Posições, v. 12, nº 3 (36), nov. 2001. p. 22-31); *Currículo e telemática* (In: MOREIRA, Antônio Flávio, MACEDO, Elizabeth (orgs)). *Currículo, práticas pedagógicas e identidades*. Alfredo Veiga Neto, através de sua pesquisa mostra o caminho, um tanto pedregoso, onde a cultura e a educação vêm trilhando ao passar dos anos, numa tentativa de aceitação e reconhecimento de que ambas são essenciais para a evolução da civilização humana.

No artigo *Culturas, Cultura e Educação*, Alberto Veiga Neto coloca em pauta as diferenças culturais, sustenta que essas diferenças são cada vez mais visíveis, seja na busca de exploração econômica e material, seja na prática e imposição de valores, o que coloca a cultura no centro das atenções, não por ser privilegiada,

¹ Acadêmica do Curso de Direito – Faculdades Integradas Machado de Assis. Santa Rosa – RS – Brasil - lucianebrun@yahoo.com.br

² Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão. Professora das Faculdades Integradas Machado de Assis. mariel@fema.com.br

mas porque perpassa tudo o que acontece na vida, tanto individual como em sociedade.

Existe um atrelamento entre a Pedagogia e Escola Moderna a serviço do conceito de Cultura. A pedagogia moderna não pode se esquivar do compromisso de conciliar e combinar o passado com o futuro, nem deixar de observar os novos paradigmas da cultura e da educação.

Durante os três últimos séculos, vem-se estudando esse binômio cultura/educação e segregando que a cultura era o conjunto de tudo aquilo que a humanidade havia produzido de melhor: em termos materiais, artísticos, filosóficos, científicos, literários. Assim a cultura foi defendida como única e universal, com status único e elevado, servindo de modelos para outras gerações, inclusive com cunho elitista, com expressões do tipo: “fulano é culto”. E a educação era entendida como caminho para as formas mais elevadas da cultura e modelo para grupos sociais mais educados e, por isso, mais cultos.

Em 1776, Kant já discorria sobre Pedagogia: “Sobre a falta de disciplina como um mal pior do que a falta de cultura, dando muita ênfase sobre ser disciplinado ou ser culto”. Em sintonia com outros autores alemães como Gothe, Schiller, Herdes, Fichte; Kant diferencia cultura e civilidade. Esses autores agasalharam o conceito de cultura com entendimentos a partir da civilidade como um conjunto de atividades e ações humanas da ordem do comportamento, tais como: gesticulação, cortesia, recato, elegância, boas maneiras delicadeza, amabilidade, entre outros. A Cultura, então, também era entendida como conjunto de produções e representações que era de ordem dos saberes da sensibilidade e do espírito.

Para os filósofos alemães, os franceses não tinham a cultura modelar dos alemães. Kant era seguro em afirmar que talvez a educação se tornasse sempre melhor a cada geração e mais ainda, que o modo como o mundo “vinha” se desenvolvendo era possível que a felicidades dos estados crescesse na mesma velocidade do que a infelicidade dos homens. Kant também questionava sobre a espécie de poder que poderia deixar os homens mais felizes, sem se tornarem sábios e morais.

A partir dessa reflexão, é possível perceber a preocupação de Kant que tenta compreender como seria a educação escolarizada para a nova geração. E, para ele, entende-se que deveria ser por uma via educacional de padrão cultural, único para todos. Deveria, mas não deu certo, pois o estado tornou a escola, seu serviço a fim de realizar de maneira mais ampla e duradoura a tarefa de regular a sociedade. A educação escolarizada foi, então, colocada a serviço de uma modernidade, ou seja, de uma sociedade mais homogênea e menos ambivalente.

Mais contemporâneo, Baumann dizia: “[...] a escola foi colocada a serviço da limpeza do mundo.” (BAUMANN, 2000, p. 95). Na cultura, seria um mundo completamente difuso. Em termos culturais, significaria uma identidade única e a rejeição de toda e qualquer diferença. Esse foi o lado anômalo da educação, começaram-se os ataques da antropologia, da linguística e da filosofia. Da mesma forma, a sociologia começou a colocar em questão a epistemologia monocultural.

Se o monoculturalismo coloca ênfase no humanismo e na estética, o multiculturalismo muda a ênfase para a política. Assim, compreende-se que seria preciso aprofundar o assunto para encontrar a lógica única e o repertório comum de princípios, códigos e valores comuns para todas as culturas e, por isso, partilhado com todas elas.

Existe ainda um argumento a favor do universalismo idealista. Esse argumento defende um denominador comum a todas as culturas. Sairiam da filosofia e da linguagem, algumas contribuições muito interessantes para situar essa problemática. Surge, então, *Wittgenstein* que diz existir uma gramática profunda pautada em regras contingentes de uso determinado pela prática da linguagem. As consequências desse olhar são imensas, estilhaça e pulveriza os cacos na linguagem e na cultura.

Outra consequência entre o cruzamento de cultura e educação se dá no plano da ética. Assumindo uma postura intelectual, cabe à educação apenas dizer como fazer parte desse mundo, como funciona integrar, cooperar e se inserir atuante no mundo ora apresentado. Qualquer pedagogia deve pretender mostrar como o mundo é constituído nos jogos do poder e do saber, por aqueles que falam nele e dele, e como se pode criar outra forma de estar nele.

Dessa forma, a ideia alcançada ao final desse pequeno estudo, não é vislumbrar um futuro perfeito, nem julgar o passado ou presente, apenas tecer algumas considerações de ordem histórico-genealógica, de modo a mostrar o atrelamento da Pedagogia e da escola moderna no tocante ao aspecto cultural, e o quanto isso pode funcionar como um obstáculo para as transformações educacionais e sociais que hoje se mostram necessárias.

Um futuro melhor, um mundo melhor, é o que todos buscam. Conhecer o passado e o estado das coisas no que se refere a cultura e a educação, faz-se absolutamente necessário para pensar um mundo novo, mais integrado com tudo e com todos.

REFERÊNCIAS

BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Tradução de Marcus Penchel, 2000.

KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia** (1724-1804). Tradução de Francisco Cock Fontanella. Piracicaba: Editora Unimep, 1996.

VEIGA, Alfredo Neto. **Cultura, Culturas e Educação**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Educação Universidade Luterana do Brasil, Programa de Pós-Graduação em Educação, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n23/n23a01>>. Acesso em: 10 jun. 2019.