



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

ANA LÚCIA ZACARIAS BEZERRA

DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS COM TEA RESIDENTES
EM ABRIGOS

JOÃO PESSOA

2023

ANA LÚCIA ZACARIAS BEZERRA

**DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS COM TEA RESIDENTES
EM ABRIGOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Bezerra dos Santos

JOÃO PESSOA

2023

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

B549d Bezerra, Ana Lucia Zacarias.

Direito à convivência familiar de crianças com TEA residentes em abrigos / Ana Lucia Zacarias Bezerra. - João Pessoa, 2023.

46 f.

Orientação: Fábio Bezerra dos Santos.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito à Convivência Familiar. 2. Transtorno do Espectro Autista. 3. Acolhimento infantil. I. Santos, Fábio Bezerra dos. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

ANA LÚCIA ZACARIAS BEZERRA

**DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS COM TEA RESIDENTES
EM ABRIGOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Bezerra dos Santos

DATA DA APROVAÇÃO: 13 DE OUTUBRO DE 2023

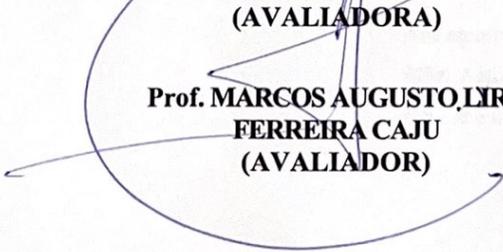
BANCA EXAMINADORA:



**Prof. Dr. FÁBIO BEZERRA DOS SANTOS
(ORIENTADOR)**



**Prof. Dra. LENIMA CRISTINA S.
DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)**



**Prof. MARCOS AUGUSTO LIRA
FERREIRA CAJU
(AVALIADOR)**

Aos amores da minha vida: Mariana, minha linda
filha, Antonio, meu pai, Lenice, minha estrela no
Céu, Jr e Cris, meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por cada sonho colocado em meu coração, bem como pela saúde para alcançá-los. À minha família, de modo carinhoso, à minha amada filha que me inspira, à minha amada e querida mãe, pelo seu amor imortal. Ao meu pai, pela força e incentivo. Aos meus amados irmãos, Júnior e Cristiano, por cada palavra de estímulo, por cada abraço apertado e por me apoiar em cada fase da vida. À minha amada sobrinha, Madalena, pela alegria que representa em minha vida.

À minha cunhada, Lílian, pelo incentivo, à Jéssica, pela vida do meu irmãozinho (a) e à Mércia R. Arcúrio Bezerra, por todo encorajamento e presença nesses dias, aos meus amigos pelo companheirismo e pela ajuda nos momentos difíceis.

Ao meu orientador, Professor Dr. Fábio Bezerra dos Santos, por toda condução para que eu conseguisse começar e concluir este trabalho de uma forma especial, pela compreensão e apoio dados.

Por fim, agradeço à Coordenação do Curso de Direito, aos professores e a todos que de alguma forma contribuíram para minha formação acadêmica e tornaram possível a construção deste trabalho.

Assim, permanecem agora estes três: a fé, a esperança e o amor. O maior deles, porém, é o amor. 1 Co 13:13

RESUMO

O trabalho trata-se do direito à convivência familiar de crianças com Transtorno do Espectro Autista -TEA residentes em abrigos, cuja modalidade de acolhimento é considerada por lei uma proteção especial - excepcional e provisória -, aplicada em casos de violência física ou psíquica, de modo que crie um caminho para o retorno do acolhido à família de origem ou à família substituta. Sendo assim, a pesquisa partiu do seguinte problema: é possível dizer que a não observância ao direito à convivência familiar de crianças com TEA residentes em abrigos, viola a dignidade da pessoa humana, agravando sua situação de vulnerabilidade, de modo a comprometer o seu desenvolvimento futuro em sociedade? Desse modo, de forma geral, buscou analisar a disciplina jurídica do direito à convivência familiar de crianças com TEA que residem em abrigos. Para tanto, fez uso da pesquisa bibliográfica, utilizou-se como fonte de pesquisa: artigos, bibliografias, legislação, jurisprudência etc. Através da análise, concluiu-se que, não obstante a constituição de 88 traga em seu texto a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo ordenamento jurídico brasileiro, bem como o estatuto da crianças e adolescentes preveja o princípio da proteção integral, as medidas de proteção às crianças no país ainda são ineficazes no tocante à garantia ao direito à convivência familiar de crianças residentes em abrigos. Outrossim, como a inefetividade de direitos também é um problema histórico, quando nega-se acesso geral, ali sequer são analisados com acuidade a prevalência dos interesses de crianças e adolescentes atípicos, em razão de maior sua vulnerabilidade, em especial crianças atípicas com TEA.

Por fim, justifica-se a escolha do tema por duas situações: primeiro um convite feito na igreja para desenvolver um trabalho social apadrinhamento de crianças que estavam em situação de abrigamento e, segundo, por uma inquietação em relação a não observância da convivência familiar de uma criança atípica dentro e fora do abrigo, agravando ainda mais sua situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Direito à Convivência Familiar, Transtorno do Espectro Autista, Acolhimento infantil.

ABSTRACT

The work deals with the right to family life for children with Autism Spectrum Disorder - ASD living in shelters, whose type of reception is considered by law as special protection - exceptional and provisional -, applied in cases of physical or psychological violence, in a way that creates a path for the host's return to the family of origin or the substitute family. Therefore, the research started from the following problem: it is possible to say that the non-observance of the right to family life of children with ASD living in shelters violates the dignity of the human person, worsening their situation of vulnerability, in a way that compromises their development future in society? Thus, in general, it sought to analyze the legal discipline of the right to family life for children with ASD who reside in shelters. To this end, he used bibliographical research, using articles, bibliographies, legislation, jurisprudence, etc. as a research source. Through the analysis, it was concluded that, despite the Constitution of 88 bringing in its text the dignity of the human person as the foundation of the entire Brazilian legal system, as well as the Statute of Children and Adolescents providing for the principle of integral protection, measures of protection for children in the country are still ineffective in terms of guaranteeing the right to family life for children living in shelters. Furthermore, as the ineffectiveness of rights is also a historical problem, when general access is denied, the prevalence of the interests of atypical children and adolescents is not even accurately analyzed, due to their greater vulnerability, especially atypical children with ASD.

Finally, the choice of the theme is justified by two situations: firstly, an invitation made at the church to develop social work to sponsor children who were in sheltered situations and, secondly, due to a concern regarding the non-compliance with the family coexistence of an atypical child inside and outside the shelter, further aggravating their vulnerable situation.

Key-words: right to family life, Autism Spectrum Disorder, childcare.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ACP – Ação Civil Pública
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
DANC – Diário da Assembleia Nacional Constituinte
IDH - Índice de Desenvolvimento Humano
MPE – Ministério Público Estadual
MPE-GO - Ministério Público do Estado de Goiás
OMS – Organização Mundial da Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
REsp. – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
TEA – Transtorno do Espectro Autista
TJ – Tribunal de Justiça
TJ-GO - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2. DO DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
2.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA	12
2.2 FAMÍLIA COMO CONDIÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA	15
2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA	17
2.4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA APLICADO ÀS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECÍFICAS	19
3 DIREITO À CONVIÊNCIA FAMILIAR E DESENVOLVIMENTO	22
3.1 DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE NA OBRA DE AMARTYA SEN	22
3.2 DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ECA	24
3.3 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	26
4 TUTELA JURÍDICA DE CRIANÇAS COM TEA RESIDENTES EM ABRIGOS	31
4.1 ASPECTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS COM TEA	31
4.2 (DES)CAMINHOS DE CRIANÇAS SOB O ESPECTRO QUE TORNAM-SE RESIDENTES EM ABRIGOS INSTITUCIONAIS VS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA COM OS PAIS BIOLÓGICOS	32
4.3 EM BUSCA DA HUMANIDADE PERDIDA: PRECEDENTES JUDICIAIS QUE NEGAM PROTEÇÃO À CRIANÇAS E ADOLESCENTES	37
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

1. INTRODUÇÃO

O Direito de Família sempre ocupou lugar de destaque na disciplina jurídica. A preocupação do Estado com a tutela jurídica da família não foi e continua sendo por acaso – nesse sentido, a palavra “família”, desde a promulgação em 05 de outubro de 1988, apareceu ou aparece 38 vezes no texto da Constituição Federal Brasileira. De fato, o ambiente familiar é onde primeiro o ser humano desenvolve suas habilidades e aptidões. Desde a gestação, primeiros meses e anos de nascimento com vida, a criança revela sua condição de vulnerabilidade e necessidade de maior proteção e atenção por parte das autoridades.

Assim, no Brasil, em 13 de julho de 1990, foi sancionado e promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente. Já no primeiro dispositivo do referido diploma legal a promessa de que o estado deverá responsabilizar-se pela “proteção integral à criança e ao adolescente”, em seguida, esclarecendo que será considerada criança a pessoa menor de 12 anos; e, adolescente, a pessoa não criança, menor de 18 anos (arts. 1º e 2º da Lei 8.069/90).

O ECA em seu artigo 4º ainda estabelece que é “dever da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Contudo, a realidade revela que frequentemente famílias desagregam-se e deixam seus filhos sem cuidados e proteção, a sociedade exclui e o poder público falha no dever de proteção integral, negando efetividade à Lei e à dignidade humana até mesmo de crianças, as quais, ainda quando sobrevivem, carregam traumas capazes de impedir ou comprometer o desenvolvimento de suas humanidades.

A situação torna-se mais grave se considerarmos que uma criança já sendo naturalmente vulnerável, seja portadora do Transtorno do Espectro Autista e residente em abrigos. O Ministério da Saúde brasileiro define TEA como “o transtorno do espectro autista (TEA) é um distúrbio do neurodesenvolvimento caracterizado por desenvolvimento atípico, manifestações comportamentais, déficits na comunicação e na interação social, padrões de comportamentos repetitivos e estereotipados, podendo apresentar um repertório restrito de interesses e atividades”¹.

Nesse sentido, o presente trabalho no plano geral, teve como objetivo estudar a disciplina

¹ In: <https://linhasdecuidado.saude.gov.br/portal/transtorno-do-espectro-autista/definicao-tea/> em 01 de outubro de 23, às 14h e 23min.

jurídica do direito à convivência familiar na primeira infância de crianças com TEA que residem em abrigos, cuja modalidade de acolhimento é considerada por lei uma proteção especial - excepcional e provisória -, aplicada em casos de violência física ou psíquica, de modo que crie um caminho para o retorno do acolhido à família de origem ou à família substituta.

Assim, tendo em vista a disciplina jurídica acima descrita, para o desenvolvimento da pesquisa, formulou-se a seguinte questão problema que serviu de direcionamento metodológico à presente investigação científica: é possível dizer que a não observância ao direito à convivência familiar de crianças com TEA residentes em abrigos, viola a dignidade da pessoa humana, agravando sua situação de vulnerabilidade, de modo a comprometer o seu desenvolvimento futuro em sociedade?

Deste modo, apresentado o assunto, o segundo capítulo da presente monografia dirigiu-se à compreensão do Direito de Família na vigência da Constituição Federal de 1988, estudando a Família como condição de dignidade humana, e, termos em que deu-se a constitucionalização do direito de família e o princípio constitucional da isonomia aplicado às pessoas com necessidades específicas.

No terceiro capítulo, a pesquisa debruçou-se ao estudo do direito à convivência familiar e desenvolvimento humano como liberdade, tendo como marco teórico a obra de Amartya Sen, professor e economista indiano, conhecido, principalmente, por seu trabalho e contribuição para a área econômica voltada para o bem-estar social, ganhador do Prêmio Nobel que contribuiu enormemente para a revisão teórica do conceito de IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). Nesse diapasão que no capítulo abordou-se sobre proteção integral de crianças e adolescentes no ECA e direito à convivência familiar.

Fechando o desenvolvimento dos argumentos monográficos, o quarto capítulo à guisa de conclusão, entrelaçou escritos anteriores com vistas à conduzir a investigação para o desfecho através da compreensão da tutela jurídica de crianças com TEA residentes em abrigos, afinando para a descrição de diagnóstico e prognóstico de crianças com TEA, (des)caminhos de crianças sob o especto do TEA sob a tutela direta ou indireta do Estado e análise de precedentes judiciais.

Utilizou-se as pesquisas bibliográficas, jurisprudencial e legislativa, na busca de uma visão crítica sobre o tema.

Por fim, nas considerações finais foram apresentados resultados extraídos ao longo da elaboração dos argumentos, depurados e reanalisados até que fossem considerados pela autora suficientes. Sendo assim, depara-se ao leitor interessado no assunto, dotado do compromisso de ler a presente monografia, carregada de expectativa de que a mesma lance luzes sobre o tema.

2. DO DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família é uma área do direito que regula as relações familiares e as questões decorrentes delas. Seu desenvolvimento histórico é complexo e influenciado por fatores sociais, culturais e religiosos ao longo dos séculos.

Para tratar do Direito de Família é preciso iniciar pelo Direito Romano antigo, no qual as bases do direito brasileiro estão fundamentadas. Responsável por influenciar profundamente o Direito de Família em muitas sociedades ocidentais, o Direito Romano estabeleceu a base para conceitos como casamento, divórcio e herança. O casamento romano era uma instituição formal, e o marido tinha autoridade legal sobre a esposa e os filhos, e “a família fundava-se na autoridade de um chefe, este era o soberano, formando assim, uma família de cunho patriarcal”.

O poder familiar (pater família) ficava concentrado nas mãos do chefe, exercendo sobre os filhos o direito de vida e morte, desse modo, a mulher jamais iria elevar-se à posição de pater família, ficando sempre subordinada às vontades do marido. Representava um relacionamento de total submissão por parte da mulher, a qual representava o papel de mãe e de esposa².

Já na Idade Média, a Igreja Católica exerceu uma influência significativa sobre o Direito de Família na Europa Ocidental. O casamento foi considerado um sacramento, e o divórcio era raro. As leis e as normas sociais eram fortemente influenciadas pelas doutrinas religiosas.

Na Idade Média, as relações familiares passaram a sofrer grandes influências do Cristianismo, essencialmente da Igreja Católica, e, a família por sua vez passou a ser fundamentada no casamento religioso, representando além do acordo de vontades, um sacramento. Além disso, a esposa passou, timidamente, a ter direitos sobre parte do patrimônio do marido, no entanto, este ainda exercia o pátrio poder, porém, mais restrito e menos autoritário.³

Nesse período histórico prevalecia o Direito Canônico, no qual, segundo Wald,

Os canonistas opuseram-se ao divórcio, considerando-o um instituto contrário à própria índole da família e ao interesse dos filhos, cuja formação prejudica. Sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*. [...] Durante a Idade Média as relações de família passaram a se reger exclusivamente pelo Direito Canônico, visto que do século X ao século XV o casamento

² SUZUKI, Cristiane Esteves. **Evolução histórica e legislativa do direito de família e filiação no Brasil**. 2014. Monografia de Especialização (Especialização em Direito de Família e Sucessões) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 11.

³ Op. Cit

religioso é o único conhecido. [...] Na doutrina canônica o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado⁴.

O Direito Canônico também exerceu forte influência sobre o controle das relações sexuais, colocando como centro a cópula carnal (*ratum*), passível de dissolução, caso não fosse consumada. (Wald, 1990)

No período da Revolução Francesa e o subsequente Código Napoleônico (1804) teve um grande impacto na modernização do Direito de Família. O Código Napoleônico estabeleceu princípios de igualdade, liberdade individual e separação entre Igreja e Estado. Também simplificou as regras de casamento e divórcio.

Somente nos meados do século XIX surgiu entre nós uma legislação especial referente ao casamento dos acatólicos. A Lei 1.144, de 11.9.1861, deu efeitos civis aos casamentos religiosos realizados pelos não católicos, desde que estivessem devidamente registrados⁵.

Durante o século XIX, muitos países europeus e ocidentais adotaram códigos civis que refletiam as ideias do Código Napoleônico. O casamento civil tornou-se mais comum e a separação legal mais acessível, ocorrendo uma série de mudanças no Direito de Família em todo o mundo, apenas no século XX. Nesse sentido, o autor em referência destaca que o reconhecimento legal do divórcio tornou-se mais amplo, e as questões relacionadas à custódia dos filhos e pensões alimentícias tornaram-se mais complexas. A igualdade de gênero também desempenhou um papel importante na evolução do Direito de Família, com leis que visavam garantir direitos iguais para homens e mulheres. O século XXI viu um aumento na diversidade de estruturas familiares reconhecidas legalmente, incluindo famílias monoparentais, famílias do mesmo sexo e famílias adotivas. Muitos países atualizaram suas leis para refletir essas mudanças na sociedade e reconhecer uma variedade de arranjos familiares.

O direito de família no Brasil tem uma história que reflete a evolução social, cultural e jurídica do país ao longo dos séculos. “A família brasileira, como hoje a conceituamos, sofreu as influências da família romana, da família canônica e da família germânica”⁶.

Atualmente, pode-se dizer que o país possui um sistema legal mais inclusivo e flexível – se comparado aos períodos históricos anteriores deste mesmo país –, para acomodar uma variedade de situações familiares, buscando promover a igualdade e o respeito à diversidade.

A seguir, apresenta-se uma breve síntese histórica, dividida por períodos, com as

⁴ WALD, Arnaldo; FÁBREGAS, Luiz Murillo. **Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 28-29.

⁵ Op. cit., p. 34.

⁶ Op. cit., p. 26.

principais normas e legislações que regiam a família no Brasil:

- Período Colonial (1500-1822): durante a colonização portuguesa, as normas relativas ao casamento e à família eram regidas pelo direito canônico da Igreja Católica; a família era patriarcal, e o casamento era um ato religioso com forte influência da Igreja.

Em 1595 foi determinada a Compilação das Ordenações Filipinas, a qual a Lei de 11.1.1603 mandou observar tanto em Portugal quanto no Brasil. Os historiadores assinalam que uma das causas prováveis da nova compilação, determinada por Felipe II, foi a aprovação do Concílio Tridentino, que dera novo realce ao Direito Canônico, revogando disposições anteriores do direito civil português. Com o advento das Ordenações houve sensível diminuição do prestígio eclesiástico⁷.

- Período do Brasil Império (1822-1889): com a independência do Brasil em 1822, o país passou a elaborar suas próprias leis e, com isso, o Código Criminal de 1830 incorporou disposições sobre casamento e família, mantendo influências religiosas e patriarcais.

- República Velha (1889-1930): a Constituição de 1891 estabeleceu a separação entre Igreja e Estado e garantiu maior autonomia ao direito civil, incluindo questões de família; a mulher passou a ter mais direitos, como o direito de pedir o divórcio.

- Era Vargas (1930-1945): durante o governo de Getúlio Vargas, o Código Civil de 1916 foi promulgado, consolidando as regras do direito de família; o casamento civil foi fortalecido, e o divórcio era proibido.

- Constituição de 1988: a Constituição Federal de 1988 introduziu mudanças significativas no direito de família brasileiro. Ela estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres em questões familiares e acabou com a proibição do divórcio; reconheceu a união estável como uma forma de constituição de família e estabeleceu o princípio da igualdade entre filhos, independentemente de serem nascidos dentro ou fora do casamento; possibilitou a adoção de crianças por casais do mesmo sexo.

⁷ Op. cit., p. 32.

- Lei do Divórcio (Lei 7.841/1989): esta lei regulamentou o divórcio no Brasil, permitindo a dissolução do casamento de forma mais simples e rápida.

Por fim, desde a Constituição de 1988, o direito de família no Brasil tem continuado a evoluir para refletir a diversidade de arranjos familiares presentes na sociedade. Foram introduzidas leis e decisões judiciais que reconhecem a união estável homoafetiva, garantem direitos parentais a casais do mesmo sexo e regulamentam questões como a guarda compartilhada e a pensão alimentícia.

2.2 FAMÍLIA COMO CONDIÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA

Nas palavras do célebre constituinte Ulisses Guimarães, em seu histórico discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382⁸

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora. [...] A primeira é a coragem. A coragem é a matéria-prima da civilização. Sem ela, o dever e as instituições perecem. Sem a coragem, as demais virtudes sucumbem na hora do perigo. Sem ela, não haveria a cruz, nem os evangelhos. [...] A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer **mudar o homem em cidadão**, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. (Palmas.)

A Constituição Federal desde o artigo 1º, estabelece a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático brasileiro. Nesse sentido, o aplaudido constituinte, no mesmo discurso, já percebendo os imensos desafios, ao tempo em nomeou de Constituição Cidadã, também a intitulou de Constituição Coragem.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁹.

⁸ In: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>, acessado em 01 de outubro de 23, às 15h e 40min.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.62.

Pois, como tornar-se efetivamente um cidadão, plenamente capaz de exercer seus direitos, sem que tenha acesso às condições mínimas de dignidade humana? Nesse sentido, Luiz Antônio Rizzatto Nunes conceitua-a sob dois aspectos análogos, mas distintos:

[...] aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade de o direito que têm as pessoas de viver uma vida digna. [...] Outro aspecto é o que diz respeito aos enfermos, que, sendo dignos como pessoas, nem sempre levam uma vida digna, por estarem física, psíquica ou fisiologicamente lesados ou limitados, como alguém que, por exemplo, esteja em coma. [...] Cabe ao Estado zelar por sua saúde psíquica¹⁰.

Nessa seara, Hannah Arendt apresenta um excelente apontamento histórico em clássico trabalho monográfico, desde antiguidade grega, sobre o limiar que estabeleceu-se ao longo da convivência humana entre a esfera privada e pública, deparando salutar distinção entre família e *pólis*:

O que distinguia a esfera familiar era que nela que os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências. A força compulsiva era a própria vida- os penaches, os deuses do lar, eram, segundo Plutarco, os deus que nos fazem viver e alimentar o nosso corpo; e a vida para a sua manutenção individual e sobrevivência com vida da espécie, requer a companhia de outros. O fato de que a manutenção individual fosse a tarefa do homem e a sobrevivência da espécie fosse a tarefa da mulher era tido como óbvio; e ambas estas funções naturais, o labor do homem no suprimento de alimentos e o labor da mulher no parto eram sujeitas a mesma premência da vida. Portanto, a comunidade natural do lar decorria de necessidade: era a necessidade que reinava sobre todas as atividades exercidas no lar. A esfera da *Pólis*, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na *Pólis*. A política não podia, em circunstância alguma, sem apenas um meio de proteger a sociedade- uma sociedade de fiéis como na idade média, ou uma sociedade de proprietários como em Locke, ou uma sociedade inexoravelmente empenhada em um processo de aquisição, como em Hobbes, ou uma sociedade de produtores, como em Marx, ou uma sociedade de empregados, como a nossa própria sociedade, ou uma sociedade de operários, como nos países socialistas e comunistas. Em todos estes casos, é a liberdade da sociedade que requer e justifica a limitação da autoridade política. A liberdade situa-se na esfera do social e a força e a violência tornam-se monopólio do governo¹¹.

A doutrina constitucional brasileira contemporânea, soa uníssona quanto à responsabilidade do estado no que se refere ao dever de proteção à saúde psíquica como condição da dignidade da pessoa humana. Destarte, o professor-doutor José Cláudio Domingues Moreira, esclarece que

¹⁰ RIZZATTO NUNES. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 64 e 65.

¹¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 39-40.

A sociedade brasileira é multicultural e o princípio da dignidade da pessoa humana é capaz de promover laços comunitários a reforçar a inclusão social das minorias. Repita-se: o princípio da dignidade da pessoa humana abrandou a dicotomia direito público-direito privado, aproximando-os em prol da promoção do bem comum, da felicidade e da solidariedade humana. A palavra dignidade tem sua origem etimológica no substantivo dignitas, que significa mérito, prestígio, ou seja, o que é digno e merece respeito. Outrossim, a palavra “pessoa” deriva da expressão latina personare: máscara teatral utilizada para ampliar a voz dos atores e que, posteriormente, passou a designar a própria personagem representada¹².

É claro que com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, na qual a dignidade da pessoa é a base de todo ordenamento jurídico, espaços privados mereceram proteção constitucional possibilitando a constitucionalização do direito privado, que será objeto da próxima ponderação.

2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o advento da Constituição de 1988, a preocupação seguinte dos juristas, dirigiu-se para o fenômeno da recepção de normas pretéritas pela Carta Magna, inclusive o direito de família inserido na seara do Direito Civil. Assim, conforme destacou o emérito Paulo Luiz Netto Lôbo:

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o locus normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal. Sua lenta elaboração vem perpassando a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos, parecendo infenso às mutações sociais, políticas e econômicas, às vezes cruentas, com que conviveu. Parecia que as relações jurídicas interpessoais, particularmente o direito das obrigações, não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemoriais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada. Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a **inserção do direito civil na Constituição** jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos. Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a **unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil**. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)¹³.

¹² In: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc04.pdf>, acessado em 01 de outubro de 23, às 18h e 07min.

¹³ In: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>, acessado em 01 de outubro de 23, às 17h e 59min.

Na mesma direção, Ingo Wolfgang Sarlet ilumina que

[...] os valores desta sociedade não são aqueles pregados pelo direito civil do Estado Liberal. Ao invés da autonomia da verdade e da igualdade formal, sobrepõe-se os interesses de proteção de uma população que aguarda providências e prestações estatais. Estes **valores, que outrora estavam no direito civil, estão agora nas constituições**. A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a preocupar-se com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento. A lei fundamental então é que positiva os **direitos concernentes à justiça, segurança, liberdade, igualdade, propriedade, herança etc.**, que antes estavam no Código Civil. Além disso, uma grande parte do complexo de relações sociais (e, portanto jurídicas) não está mais regulada pelo Código Civil, mas pelos microsistemas. A Constituição que já era encarada como lei fundamental, fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista, todavia considerada somente como estatuto da vida política do Estado, passou a expressar essa supremacia também no campo normativo. Como consequência, o centro do ordenamento passou a ser, em vez do Código Civil, a Constituição. Esta, na qualidade de *Lex Superior*, é o que unifica em torno de si todo o complexo de normas que compõe o ordenamento jurídico, expressando a ordem material de valores¹⁴.

Ao inferir o conceito de família da Constituição Federal de 1988, a professora-doutora Joyceane Bezerra de Menezes destaca sua natureza sócio-cultural, ressaltando que nesse diapasão dá-se a sua transição de mera instituição jurídica para a perspectiva constitucional da pessoa humana.

É exatamente quando o centro da família se firma na pessoa, na figura do membro, que a organização familiar revela a sua função humanizante, cujo motor propulsor é o afeto e a solidariedade. A família promove o desenvolvimento da personalidade dos seus membros e o planejamento familiar é da livre decisão da pessoa. Assim, com **ênfase na função humanizante e no afeto**, outros modelos de organização familiar poderão ser considerados destinatários da proteção constitucional. A família homoafetiva, a família anaparental e a família concubinária seriam exemplos de modelos familiares que não cabem na moldura jurídica infraconstitucional atualmente existente¹⁵ (grifos meus).

Evidenciada, portanto, a solidariedade como matriz nomológica do afeto e sua condição humanizadora da pessoa, bem como a responsabilidade do Estado em garantir políticas públicas para o desenvolvimento. Nessa perspectiva, Michele Carducci propôs um direito constitucional altruísta:

[...] o **“Mecanismo vitimário” que exclui povos e indivíduos do planeta do acesso aos bens fundamentais é um problema relacionado com os direitos fundamentais de liberdade** e que, no horizonte da “globalização” do homem e do mundo, não pode ser delegado à soberania de cada Estado Nacional, mas à inteira comunidade internacional. Já iniciamos a experimentar o que significa viver na interdependência com outros povos

¹⁴ FINGER, Julio Cesar. **Constituição e direito privado**: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: Constituição concretizada, Coord. Por Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria do Advogado: Porto Alegre: 2000, pp. 93 e 94.

¹⁵ In: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2722.pdf>, acessado em 01 de outubro de 23, às 16h e 55min.

(migrações, exploração demográfica, refugiados, etc) e o que significa a “globalização” do homem e do mundo. É um estado de ânimo que podemos descrever com as palavras de Bruckner: “incapazes de invadir de um planeta cheio como o ovo e obrigados a viver ao lado de vizinhos que não escolhemos, nos sentimos como passageiros entulhados em um meio de transporte super lotado, temendo que a chegada de novos passageiros tome nosso espaço vital.” Sob este perfil, a redefinição da liberdade como responsabilidade – Para-com-os-outros coloca em questão o conceito de liberdade individual que, colocando-se como lugar de interseção entre “liberdade positiva” (a capacidade de ser e agir) e “liberdades negativas”, universaliza **o direito de ter direitos para todo o gênero humano**. Daí a urgência de pensar a democracia como um novo princípio político destinado a garantir a “dignidade” humana no pluralismo e no “moral disagreement”. E daí a **urgência de um Direito Constitucional “altruísta” como novo *nomos* da Terra**, capaz de contestar o princípio da soberania e os interesses da razão do Estado como fundamento exclusivo da legitimidade política e da liberdade¹⁶.

Assim, a compreensão altruísta do direito revela uma alternativa para a superação do parâmetro economicista, promotor de crises e de exploração, ao tempo em que determina a ampliação da ideia de acesso aos bens fundamentais, ampliando a responsabilidade pela realização da cidadania para além da atuação estatal, mas também de todos os sujeitos sociais.

2.4 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA APLICADO ÀS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECÍFICAS

Priscila Lacerda Junqueira de Arantes, destaca em sua dissertação, a importância de avaliar as diferenças entre o princípio da igualdade formal e o da substancial, tomando como exemplo o artigo 3º da Constituição italiana.

*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*¹⁷.

A autora analisando o pensamento italiano de Pietro Perlingieri, ressalta que tanto a igualdade formal quanto material, são expressões completas da cláusula geral de tutela da pessoa, são, portanto, recíprocas e ditam única normativa: aquela da igualdade da justiça social, sendo imperativo impedir que possa existir igualdade sem justiça social, concluindo que: “a igualdade não se exaure na paridade de tratamento. As disparidades de condições econômicas e sociais podem, ou melhor, devem, ser tratada de forma diversa, isto é, sem paridade”¹⁸.

Perlingieri *apud* Lacerda, discorre sobre a importância do princípio da igualdade em sua

¹⁶ CARDUCCI, Michele. Por um direito constitucional altruísta. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003, pp. 58 e 59.

¹⁷ ARANTES, Priscila Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na Teoria Contratual Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 83 e 84.

¹⁸ Pp. 84 e 87

dimensão material no que se refere à paridade de tratamento:

[...] a paridade de tratamento justifica-se, sempre, com fundamento na lógica da justiça retributiva e da par condicio, enquanto que a igualdade constitucional tende a realizar a igual dignidade social, removendo obstáculos que limitam a liberdade dos cidadãos de maneira a realizar a justiça social e distributiva. (...) o princípio da paridade de tratamento pressupõe a paridade de condições de regras rígidas que se inspiram em critérios precisos os quais podem ser somente patrimoniais, somente pessoais, ou de natureza mista. (...) na hipótese de contraste entre princípio de igualdade presente em um nível constitucional, e o princípio de paridade de tratamento, presente ao livro de legislação ordinária, prevalece o primeiro: O princípio de paridade de tratamento encontra-se em uma situação de subordinação relativamente ao outro.

Lacerda, ainda ressalva que o princípio da igualdade deve ser aplicado, também, “como valor positivo a ser realizado, ao invés de um limite ou obstáculo a ser removido”, que, na aplicação de tratamento diferenciado entre indivíduos iguais deve haver uma justificação razoável¹⁹.

Ana Paula Oriola de Raefray, por sua vez, chama atenção para o fato de que a redemocratização no Brasil pós 64, “teve a vantagem de não provocar abalos sociais, mas teve também a desvantagem de não colocar em questão problemas que se encontravam muito além da garantia de direitos políticos à população”. Outrossim, a autora em referência não olvida que:

A desigualdade de oportunidades, a ausência de instituições do Estado confiáveis e aberta aos cidadãos, a corrupção, o clientelismo são males arraigados no Brasil. Certamente, esses males não seriam curados rapidamente, mas poderiam começar a serem enfrentados no momento oportuno da transição o fato de que tenha havido uma aparenta acordo geral pela democracia por parte de quase todos os atores políticos, facilitou a continuidade de práticas contrárias a uma verdadeira democracia. Desse modo, o fim do autoritarismo levou o país mais a uma “situação democrática”, que há um regime democrático consolidado²⁰.

De fato, o povo brasileiro não desejava apenas liberdades, mas, também, a garantia e os reconhecimentos de seus direitos, considerados, os indivíduos e a coletividade, dentre eles os direitos sociais, tendo a pessoa humana como protagonista na Constituição de 1988.

A seu turno, Tércio Sampaio Ferraz Jr. assevera com agudez contumaz:

Em outras palavras, os valores expressos na declaração “do direito do homem” têm de ser concedidos abstratamente, para deixar em aberto as diversas possibilidades de ação. Ora, isso só pode ser alcançado quando sua “seletividade” é dirigida aos comportamentos visados que podem ocorrer de modo variado, de tal maneira que esses últimos venham a funcionar como prisma para a seleção de meios apropriados. Vê-se, por aí, que as simples declarações dos direitos, de fato, em virtude da sua flexibilidade abstrata, pode trazer dificuldades: a ideia de que o direito aos fins dá também o direito aos meios perde sua força²¹.

¹⁹ Pp. 87-88.

²⁰ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde**. São Paulo: Quatier Latin, 2005, pp. 259.

²¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito Constitucional Liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007, p. 530.

Expoente da terceira fase da Escola de Frankfurt, J. Habermas, de um ponto de vista pragmático, antes de denunciar a problemática da “subjetividade alienada”²², deparou condicionante intrinsecamente relacionada quando advertiu que “não haverá direito algum se não houver liberdades subjetivas de ação que possam ser juridicamente demandadas e que garantam a autonomia privada de pessoas em particular juridicamente aptas”.

A relação dialética entre autonomia privada e pública só se torna clara por meio da possibilidade de institucionalização dos Status de um cidadão como esse, democrático e dotado de competências para o estabelecimento do direito, isso somente com auxílio do direito coercivo. No entanto, por que esse direito se direciona a pessoas que, sem direitos civis subjetivos, não podem assumir de forma alguma o status de pessoas juridicamente aptas, as autonomias privadas e públicas dos cidadãos pressupõem-se *reciprocamente*. Como já mencionamos, os dois elementos já estão entrelaçados no conceito do direito positivo e coercivo [...]; em tão pouco haverá direito legítimo, se não houver o estabelecimento comum e democrático do direito, por parte de cidadãos legitimados para participar deste processo como cidadãos livres e iguais. Quando esclarecemos de tal maneira o projeto do direito é fácil notar que a substância normativa dos direitos à liberdade já está contida no instrumento que é ao mesmo tempo necessário à institucionalização jurídica do uso público da razão por parte de cidadãos soberanos. O objeto central da análise a seguir é formado então pelos pressupostos da comunicação e pelos processos de uma formação discursiva da opinião e da vontade, em que o *uso público* da razão se manifesta²³.

Assim, como os direitos fundamentais constituem uma limitação para a atuação da autonomia pública dos cidadãos políticos, ao mesmo tempo os direitos humanos só existem enquanto direitos legítimos, porque podem se encontrar com a vontade de seus destinatários, que os promovem por meio de um procedimento democrático.

²² In: <file:///C:/Users/F%C3%A1bio/Downloads/3421-Texto%20do%20artigo-13277-1-10-20200131.pdf>, Liberdade e alienação na intersubjetividade em Sartre, acessado em 02 de outubro de 23, às 12h e 40min. Nesse artigo, a doutoranda Helen Aline dos Santos Manhães aborda o existencialismo de Sartre em contraponto ao pragmatismo de J. Habermas.

²³ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudo de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 91.

3. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E DESENVOLVIMENTO

3.1 DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE NA OBRA DE AMARTYA SEN

Professor na Delhi School of Economics, London School of Economics, Universidade de Oxford e Universidade de Harvard, Reitor da Universidade de Cambridge, fundador do Instituto Mundial de Pesquisa em Economia do Desenvolvimento das Organizações das Nações Unidas (ONU), são algumas credenciais do escritor, filósofo e economista Amartya Kumar Sen. Nascido aos 03 (três) de dezembro de 1933 (mil novecentos e trinta e três), Sen é uma referência em teoria da escolha social e em economia do bem-estar, tendo demonstrado ao longo da sua vasta obra uma profunda preocupação com a pobreza, a fome, a injustiça, a desigualdade social, a ética e o desenvolvimento, o que lhe valeu a atribuição do Prêmio Nobel de Economia em 1998. No ano 2000 foi publicada sua obra “Desenvolvimento como liberdade”. Também participou no Programa de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas (UNDP, sigla em inglês), assumindo o protagonismo juntamente com outros economistas reconhecidos, como o paquistanês Mahbub ul Haq no desenvolvimento dos Índices de Desenvolvimento Humano (IDH). Relevante seu apontamento, sobretudo, se considerarmos que o Brasil ocupa a 84ª posição no ranking, com IDH em 0,765, entre 189 nações, contudo, caiu cinco posições em relação ao índice medido em 2019²⁴.

Enquanto isso, até chegar-se à ideia de desenvolvimento na perspectiva contemporânea de Amartya Sen, muitos escritos brasileiro ainda debruçaram-se sobre essa temática adontando abordagens tradicionais, a partir de sentido e alcance semióticos aptos a produzir uma semântica negativista e liberalizante, com tímidas menções ao *welfarismo* – exceto pelo aproveitamento do seu simbolismo -, maior preocupação em diagnosticar causas do fracasso econômico brasileiro do que propor e analisar soluções pragmáticas a serem adotadas de plano.

Ou seja, não é o fato de não termos alcançado o Estado de Bem Estar Social que nos impede de construir um Estado que possa superar a barreira do sub-desenvolvimento. A questão da retomada do desenvolvimento no Brasil está intrinsicamente ligada, portanto, a “crise do Estado brasileiro” sem repensarmos como queremos estruturá-lo e quais devem ser seus objetivos não há como pensar em desenvolvimento. A Constituição de 1988 tentou estabelecer as bases de um projeto nacional de desenvolvimento. No entanto, a falta de consenso em todo da própria constituição é patente: todos os governos pós-1988 assumiram com o discurso da implementação e da concretização da Constituição, mas todos, sem exceção, praticaram, e praticam, o discurso das reformas constitucionais. Possuir uma Constituição em constante processo de reforma significa que não conseguimos obter um consenso mínimo para estabelecer, a partir das bases constitucionais, um projeto nacional de desenvolvimento. Esta reflexão sobre o Estado é ainda mais fundamental se levarmos em consideração a afirmação do historiador alemão Reinhart Koselleck de que uma das principais características do Estado Moderno no seu processo de formação foi a de se arrogar o monopólio da dominação do futuro. O Estado que abre mão de planejar o futuro, desta forma, abre mão, também, de uma das características fundamentais da sua própria estatalidade. Apenas com a reestruturação

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 67.

(para não dizer restauração) do Estado brasileiro poderemos concretizar o tal desejado projeto nacional de desenvolvimento, cujos alicerces estão previstos na nossa constituição de 1988- Passo decisivo em direção de nossa emancipação social²⁵.

A diferença de abordagem no tratamento do *welfarismo* que levou Sen a ser indicado ao Prêmio Nobel de Economia, foi bem destacada por Botelho e Wentroba *apud* Assumpção,

A originalidade do seu pensamento traduz-se na tentativa de enfatizar todos os componentes sociais e políticos do desenvolvimento, sem negar a importância do mercado na criação de riqueza, propondo uma análise integrada das esferas econômica, social e política, o que permite uma abordagem mais ampla do que a centrada no mero crescimento do produto e do rendimento. Outro dos elementos centrais do pensamento de Sen é o valor absoluto da democracia, incorporado na sua definição de desenvolvimento, entendido como um processo de expansão das liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantia de transparência, segurança e proteção²⁶.

Sentido que levou à constatação por parte das autoras em referência a constatarem

O que Amartya Sen pretende discutir em sua teoria é que a qualidade de vida humana não deve ser medida pela riqueza das nações, mas sim pelas liberdades proporcionais aos indivíduos, mas é importante ressaltar que de forma alguma, pretende desconsiderar fatores econômicos, como o aumento do produto interno bruto (PIB), mas sim, enfatizar que a partir do momento em que os governos atentam para disposições sociais, como saúde e educação o desenvolvimento é ressaltado. O crescimento econômico, ainda que importante, não pode ser um fim em si mesmo e o desenvolvimento acontece com a “expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (SEN, 2000, p. 17). Na visão de Sen a riqueza proporciona aos indivíduos a possibilidade de ser livre para realizar as suas vontades, mas, porém, não sendo a riqueza a principal responsável pelo desenvolvimento econômico. [...] Ainda, (SEN, 2000) diz que não há desenvolvimento sem que o ser humano seja o centro desse processo, daí a importância da realização pessoal dos indivíduos e da sua felicidade, pois, o bem-estar e desenvolvimento dizem respeito ao fortalecimento de liberdades e à melhora de vida dos indivíduos, assumindo a felicidade humana um importante papel nesse processo.

À guisa de demonstrar a aplicabilidade de uma proteção integral, faz-se necessário introduzir a perspectiva piagetiana do ciclo vital, oriunda da psicologia evolutiva organicista. Assim, Jesús Palacios destaca que:

Em primeiro lugar, **questiona-se que o desenvolvimento psicológico seja somente algo que afete crianças e adolescentes**: Também durante a idade adulta e a velhice, ocorrem importantes fatos evolutivos; por isso, **o estudo do desenvolvimento tende começar nos primeiros anos de vida e se estender por todo ciclo vital** (daí a denominação dessa orientação). Em segundo lugar, critica-se o conceito universalista de teleonomia tão típico do modelo organicista, e de acordo com o qual o desenvolvimento consiste em um progresso sequencial em direção a uma meta evolutiva. (genitalidade adulta, operações formais). Da perspectiva do ciclo vital, o desenvolvimento é visto como multidirecional, isto é, como estando orientado para metas diversas, não universais e nem necessárias, e também como multidimensional, isto é, que nem todas as dimensões evolutivas mudam da mesma maneira e da mesma direção. Em terceiro lugar, a perspectiva do ciclo vital dá muito importante a variáveis de natureza histórica e cultural, em contraposição à ênfase das variáveis maturativas no universalismo tão importantes nas proposições organicistas.

Segundo a forma de pensar dos autores proponentes da perspectiva do ciclo vital, os fatos evolutivos descritivos por Freud e Piaget, estava, sem dúvida, muito relacionados com a maturação biológica [...] abrindo mais o foco para não iluminar somente a primeira etapa

²⁵ Op. cit., p. 68.

²⁶ BOTELHO, Louise de Lira Roedel; WENTROBA, Jaíne Cristiane. A teoria do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen e o direito a educação. *Revista Orbis Latina*. ISSN 2237 6976, p. 4.

do desenvolvimento humano (antes da idade adulta) a psicologia evolutiva do ciclo vital considera que o que realmente existe ao longo do desenvolvimento é o investimento de esforços e de recursos destinados, em cada idade, a objetivos diferentes. Assim, durante a infância e adolescência, os recursos se destinam sobretudo ao crescimento e ao conseqüente desenvolvimento; durante a idade adulta, também há desenvolvimento e mudança, mas boa parte dos recursos se orientam para a manutenção das conquistas prévias para resposta aos novos desafios e para a recuperação, no caso de perda de algumas dessas conquistas; na última etapa da vida continua tendo desenvolvimento e mudanças, mas boa parte dos recursos evolutivos é dedicada à regulação e à compensação das perdas (BALTS, Linderberger e STAUDINGR, 1998), que garantem o funcionamento o mais adequado possível a um nível inferior quando a manutenção e a recuperação típicas da idade adulta não são possíveis²⁷.

Destarte, as perspectivas teóricas oriundas da psicologia evolutiva, tornam-se mais diversa tanto quanto às idades como quanto aos conteúdos e também no que se refere à metodologia, conforme veremos mais adiante.

3.2 DA PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ECA

Em anotações ao Estatuto da Criança e do Adolescente, trabalho coordenado por Munir Cury, a proteção integral prevista de o art. 1º do referido diploma legal, define-se à luz dos Direitos Humanos, a partir do sistema internacional de proteção *onusiano*²⁸.

Ao romper definitivamente a *doutrina da situação irregular*, até então admitida pelo código de menores (Leis 6697, de 10.10.79), e estabelecer como diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes a *doutrina de proteção integral*, o legislador pátrio agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e documentos internacionais aprovados com amplo consenso da comunidade das nações.

O marco legal de consolidação da proteção integral por ratificar os direitos fundamentais e as garantias formais desses direitos é a Constituição Cidadã, o ECA segue reafirmando :

O dispositivo ora em exame é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que “os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos não incluindo apenas o aspecto do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros”.

Este dispositivo deixa claro que às crianças e aos adolescentes devem ser oportunizados meios e facilidades para o seu desenvolvimento em todas as esferas, seja física, mental, moral, espiritual e social, bem como estabelecendo condições de liberdade e dignidade:

²⁷ PALACIOS, Jesús. **Psicologia evolutiva**: conceito enfoques, controversas e métodos. In Desenvolvimento psicológico e educação. Coord. Jesús Palacios et al. 2. ed. Artmed: Porto Alegre: 2004, p.30 e 31.

²⁸ CURY, Munir. **O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 11ª ed. Atual. Malheiros: São Paulo, 2010, pp. 17-18, 23 e 25.

É verdade que o ECA, construído sobre a doutrina da proteção integral, exige obediência estrita à condição peculiar de seus destinatários- pessoas em processo de desenvolvimento- e à garantia de prioridade absoluta. Por outro lado, o ECA “abrange matérias de *Direito Civil*, umas próprias do *Direito de Família*, outras não; mas abrange, também, matérias de natureza bem diversa, tanto de Direito Processual como de Direito Material- nestas últimas, matérias de natureza trabalhista, de natureza penal, de natureza administrativa, e algumas, ainda, relacionadas às liberdades políticas configura, por assim dizer, um *microsistema*, vale dizer, corpo normativo que regula *completamente* o Direito da Criança e do Adolescente, em todos os seus aspectos, mecanismo absolutamente necessário diante da magnitude dos interesses envolvidos, que reclamam tratamento de Direito Privado e de Direito Público de forma harmônica e sistemática. Assim, “como as principais relações jurídicas do mundo infanto-juvenil e o mundo adulto encontram-se disciplinados num microsistema criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e a elas são aplicáveis às normas nele previstas. Somente devem incidir às normas do Código Civil, do Código de Processo Civil, etc. quando houver lacuna no Estatuto da Criança e do Adolescente, e mesmo assim, se não forem incompatíveis com seus princípios fundamentais”²⁹.

Como forma de ampliar a eficácia jurídico-constitucional, apta a garantir concretização de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, compromissos assumidos através de pactos e convenções internacionais, desde o desenrolar da Carta das Nações unidas no pós-guerra (1945), o legislador brasileiro aprovou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Leda Tatiana Cury destaca que o desenvolvimento saudável é fundamental para a criança, assim como sua aptidão para viver harmoniosamente no meio variável é essencial a tal desenvolvimento. Completa autora:

A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de importância capital para um melhoramento da saúde dos povos; os governos têm responsabilidade pela saúde de seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias sociais e sanitárias adequadas³⁰.

Considerando o direito à convivência intimamente relacionado com a saúde psíquica, urge concordar que

[...] aceitando estes princípios com fim de cooperar entre si e com os outros para promoverem e protegerem a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como organismo especializado, nos termos do artigo 57 das cartas das Nações Unidas. O texto da constituição da OMS contém uma definição ampla e restrita do que seja saúde: “estado de completo bem estar físico, mental e social”. (apud TOEBES, 1999, p.23). A definição negativa de saúde foi abandonada (saúde como ausência de doença), passando-se a adotar

²⁹ COELHO, João Gilberto Lucas. **Criança e adolescente**: a convenção da ONU e convenção brasileira, UNICEF, p. .3.

³⁰ CURY, Leda Tatiana. **Direito fundamental à saúde**. Evolução normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43.

uma conceituação de sentido positivo e amplo³¹.

No pensamento *onusiano*, portanto, a responsabilidade governamental pela saúde pública é explicitamente reconhecida e o direito à saúde é expressamente mencionado como consequência fundamental do princípio da proteção integral disciplinado no ECA para a concretização dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

3.3 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal e os Estatuto da Criança e Adolescente sacramentaram o direito da criança e adolescente à convivência familiar e comunitária como fundamento e prioridade igualmente ao direito , o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, entre outros:

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.

Estabelece o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente reafirmando a disciplina jurídica:

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária.

João Gilberto Lucas Coelho em comentários ao art. 4º do ECA, esclarece que nada obstante existam outras necessidades materiais, como habitação e trabalho abrigado dos rigores da natureza, vestimentas protetoras, meios de locomoção, são imperativos que só podem ser atendidos mediante troca de bens e de serviços. Por outro lado, existem necessidades espirituais, intelectuais e a afetivas que a pessoa humana só satisfaz através da convivência com outras pessoas, inclusive e especialmente, o direito de expor seus pensamentos e de dialogar. Nesse seguimento, complementa o autor:

Aí está o fundamento da solidariedade e da responsabilidade. Como as crianças e os adolescentes são mais dependentes e mais vulneráveis a todas as formas de violência, é justo que toda a sociedade seja legalmente responsável por eles. Além de ser um dever moral, é da conveniência da sociedade assumir essa responsabilidade, para que a falta de apoio não seja fator de discriminações e de desajustes, que, por sua vez, levaram à prática

³¹ Op. cit., p. 44.

de atos antissociais.

O autor em comento ainda invoca argumentos de François Rémy, presidente do Comitê Francês para a UNICEF, quando apontou deve-se assegurar às crianças e aos adolescentes não somente a vida, mas, também, a qualidade da vida.

A rigor, todos os direitos aí especificados podem ser considerados como complementos do direito à vida que não pode ser concedida apenas como sobrevivência física, mas exige a possibilidade plena físico, psíquico e intelectual, com satisfação das necessidades materiais, afetivas e espirituais. Além disso, é indispensável que inclua também a preparação da criança e do adolescente para a convivência pacífica e harmoniosa com os familiares e comunidade, bem como para prover com liberdade e dignidade sua própria subsistência, ajudando, ainda, os que necessitem de apoio³².

Em comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Deodato Rivera, esclarece que na hierarquia dos direitos desde o referido diploma, situa-se o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade imediatamente após o direito à vida e à saúde, e antes dos **direitos à convivência familiar e comunitária**, à educação, cultura, esportes, lazer, à profissionalização e proteção no trabalho, e completa a proposição nos seguintes termos:

Essa ordem nada tem de acidental. Ela visa a colocar os dois primeiros direitos fundamentais como direitos-fins, para os quais os demais são direitos-meio. De fato, **a trilogia liberdade-respeito-dignidade é o cerne da doutrina da proteção integral**, espírito e meta do Estatuto, e nesses três elementos cabe à dignidade a primazia, por ser o coroamento da construção ética estatutária³³. (grifos meus)

O ECA inaugura um capítulo inteiro sobre o direito à convivência familiar e comunitária (III):

Capítulo III

Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, **assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral**.

Por todo exposto, até aqui, já é possível perceber a relevância do convívio para o desenvolvimento da pessoa. Ousa-se afirmar que nenhum ser humano que jamais recebeu afeto, tornou-se verdadeiramente livre, porquanto, embrutecido, não conheceu suas potencialidades ensejadoras de humanidade. Tão grave a questão de assegurar tal direito à humanidade, independentemente de autorização judicial, que mesmo estando cumprindo pena em sistema prisional - independentemente do crime que cometeu -, ou nas hipóteses de acolhimento

³² COELHO João Gilberto Lucas. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Coord. Munir Cury. Ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 43 e 44.

³³ RIVERA, Deodato. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Coord. Munir Cury. Ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 106.

institucional, o §4º do dispositivo 19, assim estabelece:

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a **mãe ou o pai privado de liberdade**, por meio de **visitas periódicas** promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, **independentemente de autorização judicial**.

Constatada cientificamente o direito à convivência familiar como condição de desenvolvimento da humanidade e/ou regate das humanidades perdidas, o legislador não olvidou de prover mecanismos de substituição em caso de impossibilidade da criança permanecer com os pais biológicos³⁴.

§ 7º Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a **ação de adoção**, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência.

Art.19-B: § 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu **desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro**.

§ 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela **equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar**.

Ainda no art. 42 é possível verificar previsão para adoção conjunta até mesmo por parte de pais divorciados, separados judicialmente ou ex-companheiros, desde que acordem sobre guarda e visitas, observado o estágio de convivência iniciado na constância dos relacionamentos, mediante comprovação de vínculos afetivos³⁵, podendo, inclusive e excepcionalmente, haver dispensa do estágio de convivência se o adotando já estiver sob a guarda legal ou tutela do adotante por tempo razoável para a constatação do vínculo afetivo (§1º), do mesmo modo em que a simples guarda de fato pode não considerada suficiente por si só para dispensa do estágio de convivência (§2º)³⁶. O

³⁴ Nesse sentido, também dispõe o “art.101 em seu § 9º Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda”.

³⁵ “Art.42 § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão”.

³⁶ “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. § 1º O estágio de

legislador não descuidou de criar procedimentos judiciais para cercar de cuidados protetivos o imperativo de convivência como condição para o estabelecimento de vínculos, e, nesse estido estipulou prazos e prevalência da jurisdição natural do local de residência da criança ou adolescente adotando (§§§ 3º, 4º e 5º)³⁷.

Outro importante mecanismo de defesa do direito de proteção integral de crianças e adolescente em situação de adoção diz respeito à guarda provisória mediante assinatura de termo de responsabilidade:

Art. 167. A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.

Parágrafo único. Deferida a concessão da guarda provisória ou do estágio de convivência, a criança ou o adolescente será entregue ao interessado, mediante termo de responsabilidade.

Como já se deslinda, a disciplina jurídica existe no ECA, inclusive com eficácia plena para garantir o pleno exercício do direito de convivência familiar a adotandos com deficiência e em situação de acolhimento.

Art. 197 1º É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar e dos grupos de apoio à adoção devidamente habilitados perante a Justiça da Infância e da Juventude, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes **com deficiência**, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos.

§ 2º Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com **crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional**, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude e dos grupos de apoio à adoção, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar e institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Art. 208 - IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de

convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. § 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.”

³⁷ “§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. § 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. § 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. § 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. § 5º O estágio de convivência será cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança.”

famílias e destinados ao **pleno exercício do direito à convivência familiar** por crianças e adolescente.

Do mesmo modo, foi pensada também na efetividade desses objetivos. Assim, o legislador assegurou como prioridade a obtenção de recursos a serem captados pela União, estados e municípios, considerando o disposto no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa de Crianças e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária, bem como as do Plano Nacional pela Primeira Infância (§1º do art. 260, ECA)³⁸.

No capítulo seguinte será tratada da situação jurídica que permite crianças e adolescentes residirem em abrigos, relacionando com outros problemas que reforçam ainda mais a situação de vulnerabilidade em que se encontram, bem como o estudo de casos de crianças com TEA em situação de acolhimento, considerando a garantia à convivência familiar e comunitária.

³⁸ “Art. 260 § 1º-A. Na definição das prioridades a serem atendidas com os recursos captados pelos fundos nacional, estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente, serão consideradas as disposições do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária e as do Plano Nacional pela Primeira Infância.”

4. TUTELA JURÍDICA DE CRIANÇAS COM TEA RESIDENTES EM ABRIGOS

4.1 ASPECTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS COM TEA

No Brasil, estima-se que 2 milhões de pessoas são autistas³⁹. No país o Transtorno do Espectro Autista (TEA) é reconhecido e regulamentado por meio de várias leis e políticas públicas. A legislação relacionada ao TEA aborda principalmente a garantia de direitos e o acesso a serviços para indivíduos com autismo. Alguns dos principais dispositivos relacionados ao TEA na legislação brasileira incluem:

- **Lei Berenice Piana (Lei nº 12.764/2012)**: também conhecida como “Lei do Autismo”, esta é uma das leis mais importantes relacionadas ao TEA no Brasil. Foi promulgada em dezembro de 2012 e estabelece diretrizes para o diagnóstico e tratamento de pessoas com TEA no Brasil e instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. A lei estabelece direitos e medidas de proteção às pessoas com TEA, incluindo o acesso à saúde, à educação e à assistência social. Algumas das disposições mais importantes incluem: - Garantia de atendimento integral e multidisciplinar pelo Sistema Único de Saúde (SUS); reconhecimento do direito à educação inclusiva e o acesso a um acompanhante, se necessário; prioridade na tramitação de processos judiciais que envolvam pessoas com TEA; estabelecimento do Dia Nacional de Conscientização sobre o Autismo (2 de abril).

- **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015)**: esta lei, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, aborda direitos e garantias para todas as pessoas com deficiência, incluindo aquelas com TEA. Algumas disposições relevantes incluem: garantia do direito à inclusão social, educação inclusiva e acessibilidade; proibição de discriminação e ações que restrinjam a participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade; acesso a serviços de saúde, habilitação e reabilitação.

- **Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Portaria 1.679/2019)**: trata-se de uma portaria que estabelece diretrizes para a implementação da política nacional de proteção dos direitos das pessoas com TEA. Ela detalha ações e estratégias para promover a inclusão, a educação, o atendimento em saúde e o apoio às famílias de pessoas com TEA. Ainda de acordo com a Portaria, o Sistema Único de Saúde (SUS) deve oferecer atendimento especializado para pessoas com TEA, incluindo diagnóstico, tratamento e terapias

³⁹ https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2011/01_abr_autismo.html. Acessado em 05 de outubro de 2023 às 08h e 50min.

- **Leis Estaduais e Municipais:** além das leis federais, muitos estados e municípios brasileiros têm suas próprias legislações e políticas relacionadas ao TEA baseadas na legislação federal. Essas leis podem variar em detalhes, mas geralmente buscam garantir direitos semelhantes em nível local.

- **Planos e Programas de Saúde e Educação:** o Brasil possui planos e programas específicos de saúde e educação que visam atender às necessidades das pessoas com TEA. Isso inclui protocolos para o diagnóstico precoce, serviços de reabilitação, terapias, educação inclusiva e apoio às famílias.

Consta ainda, na legislação brasileira, o direito a Benefícios Previdenciários por parte de pessoas com TEA, como o Benefício de Prestação Continuada (BPC), desde que atendam aos critérios estabelecidos pela legislação. A legislação brasileira também aborda a acessibilidade para pessoas com deficiência, incluindo aquelas com TEA. Isso envolve a adaptação de espaços públicos, transporte e comunicação para torná-los acessíveis a todas as pessoas.

A legislação trabalhista no Brasil proíbe a discriminação no emprego com base em deficiência, o que inclui o TEA. Empregadores são incentivados a promover a inclusão e a adaptação do ambiente de trabalho para acomodar as necessidades de pessoas com TEA.

4.2 (DES)CAMINHOS DE CRIANÇAS SOB O ESPECTRO QUE TORNAM-SE RESIDENTES EM ABRIGOS INSTITUCIONAIS VS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA COM OS PAIS BIOLÓGICOS

O art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente estipula de forma inequívoca a prevalência da guarda pelos pais biológicos:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º **A adoção é medida excepcional** e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Assim, Roberto João Elias, em comentários ao ECA, não olvida que

Se é verdade que os vínculos afetivos são imprescindíveis ao desenvolvimento sadio de uma criança ou adolescente, e que a simples existência de um vínculo biológico não é garantia de que os pais não irão exercer a contento seus deveres para com seus filhos, isto não dá ao Estado (*lato sensu*) o direito de tratá-los com preconceito e discriminação e, muito menos, de deixar de perseguir – e com afinco, determinação e profissionalismo –, a devida reestruturação sóciofamiliar. Assim sendo, por intermédio deste e de inúmeros outros dispositivos (com ênfase para os princípios inseridos no art. 100, parágrafo único, incs. 9 e 10 do ECA), o legislador procurou resgatar o compromisso do poder público para com as famílias, de modo a privilegiar a manutenção da criança ou adolescente em sua família biológica, investir no resgate/fortalecimento dos vínculos familiares e evitar, o quanto

possível, o rompimento dos laços parentais em caráter definitivo⁴⁰.

O autor ainda adverte que a destituição do poder familiar em posterior adoção jamais pode ser o objetivo da intervenção estatal, mesmo diante da constatação de que uma criança encontra-se em situação de risco, devendo antes prevalecer uma completa e criteriosa avaliação técnica e interprofissional, de que o rompimento, em definitivo, dos vínculos com os pais e parentes biológicos seja a única solução cabível.

Destarte, se a disciplina jurídica é deste modo para toda criança, como maior razão e maiores cuidados, deverá ser para a criança dita atípica. Nesse sentido e conforme introduzido, o Ministério da Saúde brasileiro já definiu TEA como “o transtorno do espectro autista (TEA) é um distúrbio do neurodesenvolvimento caracterizado por desenvolvimento atípico, manifestações comportamentais, déficits na comunicação e na interação social, padrões de comportamentos repetitivos e estereotipados, podendo apresentar um repertório restrito de interesses e atividades”⁴¹.

Atualmente mais de 29,8 mil crianças estão em serviços de acolhimento no país, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça. O principal motivo que leva a Justiça a decidir pelo acolhimento institucional ou familiar de crianças e adolescentes no Brasil é a negligência⁴².

Como já deparado, abrigo é uma modalidade de acolhimento institucional considerado por lei uma proteção excepcional e provisória, aplicada em casos de violência física ou psíquica. Contudo, o tratamento isonômico c/c o princípio da proteção integral (art. 1º do ECA), requerem, por exemplo, por parte dos abrigos institucionais, que os espaços ocupados por crianças portadoras de TEA sigam diretrizes projecturais importantes em função de necessidades específicas⁴³.

Segundo estudo realizado na cidade de João Pessoa em tese de doutoramento por Shirley Elziane Diniz Abreu, os principais motivos que levam ao acolhimento institucional de crianças, em termos percentuais, são 52% devido à impossibilidade da família de educar/cuidar da criança, 15% negligência, 14% abandono, 12% violência doméstica, 4% família/criança com vivência de rua, 2% orfandade e 1% prostituição materna.

Observa-se que a impossibilidade da família de educar/cuidar da criança tem o

⁴⁰ ELIAS, Roberto João; CURY, Munir. **O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 11ª ed. Atual. Malheiros: São Paulo, 2010, pp. 193-194.

⁴¹ In: <https://linhasdecuidado.saude.gov.br/portal/transtorno-do-espectro-autista/definicao-tea/> em 01 de outubro de 23, às 14h e 23min.

⁴² <https://www.cnj.jus.br/juizes-defendem-familias-acolhedoras-como-alternativa-aos-abrigos/> acesso em 04/10/2023 as 11:40

⁴³ AIOCHIO, Geovana dos Santos; QUEIROZ, Virginia Magliano; **Arquitetura e autismo**: orientações para espaços terapêuticos, p. 925-937 . In: Anais do VIII Encontro Nacional de Ergonomia do Ambiente Construído e do IX Seminário Brasileiro de Acessibilidade Integral. São Paulo: Blucher, 2020. ISSN 2318-6968, DOI 10.5151/eneac2020-77.

maior percentual. Nesta categoria, a autora reuniu os casos em que houve institucionalização pelo fato de a família não cumprir seu papel por falta de recursos econômicos por questões de ordem química, de saúde como a depressão, pela situação de vulnerabilidade, desemprego, entre outros. Ressalta-se que, embora a pobreza não seja um motivo para a institucionalização, o que se percebe é que, na prática, acaba sendo o fator que mais leva ao acolhimento. Demonstrando que o Estado não tem cumprido com seu dever, já que inúmeras pessoas são privadas de condições mínimas de existência e dignidade.⁴⁴

Sobre a matéria, destaca-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C ADOÇÃO. ARREPENDIMENTO DA MÃE BIOLÓGICA QUE ENTREGARA A CRIANÇA. ABANDONO DA INFANTE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INEFICÁCIA DO ARREPENDIMENTO. DOCTRINA. PRECEDENTES DE NOSSOS TRIBUNAIS. ADOÇÃO. ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO ENTRE A CRIANÇA E OS ADOTANTES. PROVIDÊNCIA RECOMENDADA PELOS LAUDOS PSICOSSOCIAL E PSICOLÓGICO. I - A ausência de condições financeiras para prover as necessidades financeiras da criança, que fora entregue aos adotantes, pelos seus pais biológicos, caracteriza o abandono - procedimento apenas alterado pela mãe biológica após restringida em seu direito de visitas - fato previsto no art. 1.638, II, do Código Civil, como extintivo do poder familiar. Precedentes do STJ. II - A adoção da criança pelos adotantes, que receberam a criança na tenra idade de 1 ano e quatro meses, e permanece nesta condição até o momento, quando já conta com 5 anos e 9 meses, após desenvolvidos fortes vínculos emocionais, demonstra-se a medida menos danosa à criança, consoante laudos psicossocial e psicológico elaborados em ambas as instâncias. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.(TJ-SE - AC: 2009213474 SE , Relator: DESA. GENI SILVEIRA SCHUSTER, Data de Julgamento: 16/11/2010, 1ª.CÂMARA CÍVEL)

Assim, outro desafio apresentado pela autora na segunda parte de seu estudo, é que, dentre as crianças que participaram da pesquisa, 41% permaneceram acolhidas, 33% foram reintegradas à família, 13% foram adotadas, 9% recambiadas para outro município e 4% foram transferidas para outra instituição. Ou seja, a maioria permaneceu no acolhimento, muito embora a característica principal do acolhimento seja a provisoriedade. Quando este critério não é atendido e a criança permanece na unidade, fica comprometido o seu direito à convivência familiar, pois, conforme já dito, o ECA prevê o acolhimento como medida excepcional e provisório.⁴⁵

⁴⁴ ABREU, Shirley Elziane Diniz. **A criança em acolhimento institucional e o direito humano à educação infantil: sob as teias do abandono**. 2010. 253 f. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2010.p 22 e 23 Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/4603/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 06 outubro.2023.

⁴⁵ Op. cit. p. 24

Conforme precedente do STJ a seguir:

HABEAS CORPUS. FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. EXECUÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO. DETERMINAÇÕES DE SUSPENSÃO DE VISITA MATERNA E DE PROCURA DE INTERESSADOS NA ADOÇÃO DE MENOR, ATUALMENTE COM 9 (NOVE) ANOS DE IDADE E QUE ESTÁ **ABRIGADA HÁ 3 (TRÊS) ANOS**. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. EXAME DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. MEDIDA PROTETIVA NA MODALIDADE **ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL** C/C PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. CRIANÇA EM SITUAÇÃO DE **RISCO**, EM VIRTUDE DE NEGLIGÊNCIA MATERNA. TENTATIVAS DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA REDE SOCIOASSISTENCIAL DE REINTEGRAÇÃO NA FAMÍLIA NATURAL SEM ÊXITO. AUSÊNCIA DE ADESÃO DA GENITORA AOS ACOMPANHAMENTOS E RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA EM ATENDER AS ORIENTAÇÕES TÉCNICAS. A PERMANÊNCIA EM ABRIGO INSTITUCIONAL DEVE SER TEMPORÁRIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE NA SUSPENSÃO DAS VISITAS MATEERNAS. PRETENSÃO DE GUARDA DA AVÓ MATERNA. TEMA NÃO SUBMETIDO À AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo do cabível recurso ordinário. Possibilidade excepcional de concessão da ordem de ofício. Precedentes.
2. Por expressa previsão constitucional e infraconstitucional, as crianças e os adolescentes têm o direito de ver assegurado pelo Estado e pela sociedade o atendimento prioritário do seu melhor interesse e garantida suas proteções integrais, devendo tais premissas orientar o seu aplicador, principalmente, nas situações que envolvem abrigo institucional.
3. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior, em observância a tal princípio, consolidou-se no sentido da primazia do **acolhimento** familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo **institucional**.
4. Há flagrante ilegalidade na permanência de criança por mais de 3 (três) anos em abrigo institucional, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina que a providência deve ser temporária e revista a cada 3 (três) meses.
 - 4.1. O procedimento de destituição do poder familiar deve durar o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias.
5. A prova pré-constituída trazida na impetração revelou que houve por parte do Poder Judiciário e da Rede Socioassistencial tentativas de reintegração familiar da menor na família natural, que segundo a lei deve ter preferência.
 - 5.1. Tentativas infrutíferas em virtude, notadamente, da conduta negligente da genitora que sumia por tempos e não interagira nas visitas com a filha, não aderiu aos programas sociais e não aceitava a ajuda, orientação e intervenção dos órgãos sociais envolvidos.
6. A circunstância de ainda não ter sido proferida sentença nos autos da ação de destituição do poder familiar não veda que seja iniciada a colocação da criança em família substituta, nos termos do § 5º do art. 28 do ECA, e em virtude do disposto no § 1º do art. 19 do referido estatuto principalmente em observância aos princípios norteadores antes destacados.
 - 6.1. Sem prejuízo do que for decidido nos autos da ação de destituição do poder familiar, a manutenção da paciente em abrigo institucional que já dura mais de 3 (três) anos, além de ser manifestamente ilegal, não atende seu superior interesse e tem potencial de lhe acarretar dano grave e de difícil reparação psicológica, até porque o tempo está passando e vai ficando mais difícil a sua colocação em família substituta.
7. Considerando que o relatório técnico da equipe multidisciplinar, que acompanha a criança desde o seu abrigo, noticiou que o contato com a genitora não estava sendo produtivo para o seu desenvolvimento emocional, a decisão que entendeu pela suspensão das visitas maternas, não se mostrou ilegal ou teratológico.
8. A questão relativa ao pedido de guarda da avó materna não foi objeto de análise pela autoridade apontada como coatora, não podendo o Superior Tribunal de Justiça examiná-la em virtude da indevida supressão de instância.
9. Habeas corpus não conhecido, com recomendações de providências urgentes por parte Juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Ribeirão Preto/SP. **(STJ-HC 790283 / SP, relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Data de julgamento: 21/03/2023 3 TURMA)**

Desse modo, infere-se que muito embora o acolhimento seja provisório, conforme dispõe o §2º, do art. 19, do ECA, “ a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária”, na prática, diversos acolhidos permanecem por muito tempo, ultrapassando o esperado

Nesse sentido, Bitencourt e Ferreira, com espeque em Rizzini e Rizzini, apontam que a “institucionalização de crianças e adolescentes em “situação de risco” (ou a denominada ‘situação irregular’, nomenclatura utilizada pelo Código de Menores) consagrou-se ao longo de várias décadas como a principal forma de solucionar o problema da infância abandonada e desamparada no Brasil”⁴⁶.

Os autores em referência, agora com arrimo em Passet, não olvidam que o antigo Código de Menores (Lei 6.697/1979) atualizou a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, formalizou “a concepção ‘biopsicossocial’ do abandono e da infração e explicitou a estigmatização das crianças pobres como ‘menores’ e delinquentes em potencial através da noção de ‘situação irregular’ expressa no seu artigo 2º”⁴⁷. Considerando esse contexto histórico, inevitável inferir que se já não havia preocupação efetiva com o bem-estar de menores abandonados em abrigos institucionalizados, tidos como típicos do ponto vista biopsíquico, o haveria de ser dessas crianças com TEA, em situação de abrigamento, em caso de inoperância do Estado?

HABEAS CORPUS. MENOR. GUARDA PROVISÓRIA. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA TEMPORÁRIA. CADASTRO DE ADOÇÃO. ORDEM. OBSERVÂNCIA, VIOLÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em regra, não é cabível habeas corpus como sucedâneo do recurso próprio. Igualmente não se trata do remédio processual cabível para decidir questão acerca de registro civil e guarda de menor.

2. Hipótese, todavia, em que a criança se encontra em poder da **família substituta** desde os 11 meses de vida (cinco anos e três meses atualmente), o que - ausente indício de que esteja sofrendo algum tipo de violência física ou psicológica - não recomenda sua colocação em abrigo para **acolhimento institucional**.

3. No caso em exame, a concessão da guarda provisória à família substituta regularmente inscrita e em observância à ordem do cadastro de adoção, é a medida que melhor preserva o **interesse do menor**, seja em razão do abandono pela genitora, seja em virtude da consolidação da situação, especialmente diante da constatação de que o menor conta com atualmente com 5 anos e três meses de idade e está sob o guarda da família substituta desde os onze meses, tem pré-diagnóstico de **Transtorno do Espectro Autista**, encontra-se acompanhado por equipe multidisciplinar formada profissionais de saúde pagos pelo casal a quem foi concedida a guarda provisória, está regularmente matriculado em instituição de ensino e plenamente adaptado e integrado à nova casa e família extensa.

4. Ordem concedida. (HC 797901 / MG HABEAS CORPUS 2023/0014764-4 , relator: **Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI**. Data de julgamento: 02/05/2023 STJ)

⁴⁶ FERREIRA, Lúcia; BITTENCOUR, Sávio. Direito à Convivência Familiar de Crianças Abrigadas: o papel do Ministério Público. **Revista em Pauta**. V. 6 – Nº 23 – Jul. de 2009.

⁴⁷ Op. cit.

4.3 EM BUSCA DA HUMANIDADE PERDIDA: PRECEDENTES JUDICIAIS QUE NEGAM PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Até aqui, a presente pesquisa constatou que existe eficácia jurídica e previsão de recursos para garantir proteção integral a crianças e adolescente com TEA em situação de acolhimento, ou seja: o legislador cumpriu seu papel diante dos compromissos assumidos pelo Brasil ao tornar-se signatário de tratados e pactos internacionais de direitos humanos. Contudo, resta verificar se Judiciário e Executivo têm garantido a efetividade desses direitos, e, neste item, invoca-se conjuntamente esses dois poderes constituídos, porque frequentemente diante da inoperância dos entes federativos (União, estados e municípios), as questões são levadas aos órgãos judiciários pelos Ministérios Públicos (dentre outros), na forma de ações judiciais, as quais nem sempre são analisadas e deferidas em consonância com as expectativas generalizadas em torno da conclamada Proteção Integral anunciada desde o art. 1º do ECA, como foi o caso da seguinte Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás, por intermédio do Núcleo da Infância e Juventude em face da inoperância do Executivo estadual para determinar a construção abrigo para acolhimento de menores.

RELATÓRIO O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, com arrimo no art. 105, III, a e b, da Constituição Federal contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. O recorrente, por intermédio do Núcleo da Infância e da Juventude, propôs ação civil pública para compelir o Estado de Goiás a determinar a construção de estabelecimento educacional para o acolhimento de adolescentes que venham a receber a aplicação de medida sócio-educativa de internamento. Julgada procedente em parte, foi a decisão cassada em grau de apelação, cujo acórdão registrou a carência de ação, por falta de possibilidade jurídica do pedido. 60 Barbosa Riezo 3. Alega o recorrente que a decisão guerreada contrariou o art. 4º da Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - , e convalidou ato omissivo do governo local contestado tanto em face da referida lei quanto em face da Constituição Estadual. 4. O recurso foi admitido com fundamento na alínea b do permissivo constitucional. 5. O Ministério Público Federal, em parecer do Dr. WÁGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, opinou pelo provimento do recurso. Não cabe alegação de falta de recurso orçamentário. Além disso, determinação judicial objetivando adequar prioridade que deveria ser concedida pelo Estado ao menor é juridicamente possível. Não há interferência no poder discricionário estatal, devendo este ser entendido como o poder outorgado ao agente público para atuar dentro do âmbito demarcado pela regra jurídica. É o relatório. VOTO O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): - O especial se faz pelas alíneas a e b do permissivo constitucional. O recorrente transcreve o art. 171 da Constituição do Estado de Goiás: “O Estado e os Municípios assegurarão à criança e adolescente, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à moradia, ao lazer, à proteção no trabalho, à cultura, à convivência familiar e comunitária, nos termos da Constituição da República, compreendendo: Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado 61 I - IV - aquinhoamento privilegiado de recursos públicos, para os programas de atendimento de direitos e proteção especial da criança e do adolescente”. O artigo “supra”, não é preciso muito esforço ou acuidade para perceber, se modelou bem de perto no art. 227 da Constituição Federal (“Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”). O art. 4º da Lei n. 8.069/90, também transcrito pelo recorrente, dispõe: “É dever da família, da

comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) distinção privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”. 62 Barbosa Riezo

Infelizmente, o recurso não tem como ser provido. Todavia, não posso furtrar-me à transcrição de uma nota de admiração pela recorrente, a Promotora de Justiça MARIA JOSÉ PERILLO FLEURY, por seu idealismo, e porque não dizer, “posicionamento vanguardeiro em relação ao nosso atual estágio político-jurídico”. Explico-me: A nossa Constituição de 1988, mais do que todas as Cartas e Constituições brasileiras anteriores, é “dirigente” (“dirigierende Verfassung”) e “programática” (“programmatische Verfassung”). Ela almeja “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), erradicando “a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (“id.”, III). Em outras palavras, um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa é oferecer “diretivas modeladoras” para a própria Sociedade, acenando com a intervenção do Poder Público na “ordem econômica”, “financeira”, “cultural” e “ambiental”. Essas normas programáticas se destinam especialmente aos Poderes Públicos. Ao Legislativo, para que ele procure elaborar as normas infraconstitucionais consoante os “programas” e “tarefas” gizados pela Constituição. Ao Judiciário, para que ele igualmente exerça a denominada “atualização constitucional” (“Verfassungsaktualisierung”), ou seja, interprete as leis tal qual preceituado na Constituição. Acontece que no caso dos autos as normas maiores não estabeleceram, de modo concreto, a escalada de prioridade. Assim, não se tem como obrigar o Executivo a construir o Centro de Recuperação e Triagem para a recepção de adolescentes submetidos ao regime compulsório de internamento. Haveria uma verdadeira intrusão do Judiciário no Executivo. O Relator “a quo”, o eminente Desembargador NOÉ GONÇALVES FERREIRA, bem apreendeu em seu voto: “Analisando o caso sob enfoque nestes autos em face do estudo ora reproduzido, tem-se, sem dúvida, que a **sentença** ver- Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado 63 gastada **impôs ao Poder Executivo Estadual obrigação de executar obra inserida na sua discricionariedade, o que evidentemente, não é possível**. Sim, porque o Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas”. Ainda que escrito há mais de meio século e na França, onde o figurino constitucional é diferente do brasileiro, vale a pena transcrever palavras de Maurice Hauriou em seu “Précis Élémentaire de Droit Administratif” (Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 229): “A administração não é animada, naquilo que ela faz, por uma vontade interior, mas, sim, por vontade executiva livre submetida à lei como um poder exterior. Segue-se que, de um lado, nas matérias de sua competência, enquanto seu poder não está ligado por disposições legais, ele é inteiramente autônomo e, por outro lado, nas matérias em que seu poder parece ligado pela lei, ele se conforma sempre a uma certa escolha de meios que lhe permite de se conformar voluntariamente à lei. Esta faculdade de se conformar voluntariamente à lei é tanto mais reservada à administração das leis quanto ela goza constitucionalmente de uma certa liberdade na escolha dos momentos e das circunstâncias em que assegura esta aplicação. Conforme este ponto de vista, convém mostrar novamente que o poder discricionário da administração consiste na faculdade de apreciar a “oportunidade” que pode ter de tomar ou não tomar uma decisão executória, ou de não torná-la imediatamente, que seja prescrita pela lei”. 64 Barbosa Riezo Ou no original: “L’administration n’est pas animée, dans ce qu’elle fait, d’une volonté intérieure légale; elle est animée d’une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à un pouvoir extérieur. Il suit de là, d’une part, que, dans les matières de sa compétence, lorsque son pouvoir n’est pas lié par des dispositions légales, il est entièrement autonome, et, d’autre part, que, dans les matières où son pouvoir paraît lié par la loi, il lui se conforme toujours à un certain choix des moyens qui lui permet de se conformer volontairement à la loi. Cette faculté de se conformer volontairement à la loi est d’autant plus réservée à l’administration des lois et qu’elle jouit constitutionnellement d’une certaine latitude dans le choix des moments et des circonstances où elle assure cette application. A ce point de vue, il convient d’indiquer à nouveau que le pouvoir discrétionnaire de l’administration consiste en la faculté d’apprécier l’opportunité qu’il peut y avoir à prendre ou à ne pas prendre une décision exécutoire, ou à ne pas la prendre immédiatement, même lorsqu’elle est prescrite par la loi”. Com essas ligeiras considerações, conheço do recurso para **negar-lhe provimento**. É como voto. EXTRATO DA MINUTA REsp n. 63.128-9 - GO - (95.0015132-4) - Relator: Exmo. Sr. Ministro Adhemar Maciel. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Estado de Goiás. Advogados: Drs. Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado 65 Maria José Perillo Fleury e outros e Getúlio

Vargas de Castro e outros. Decisão: **A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso**, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 11.03.96 - 6ª Turma). Votaram os Exmos. Srs. Ministros William Patterson, Luiz Vicente Cernicchiaro, Anselmo Santiago e Vicente Leal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ADHEMAR MACIEL⁴⁸. (grifos meus)

Como pode-se observar, em que pese já haver-se constatado no art. 4º do ECA que a efetivação dos direitos ali previstos, concernentes à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e à convivência familiar e comunitária, **deveriam ser assegurados com absoluta prioridade**⁴⁹. Está na Lei, mas, não nas mentes dos dirigentes, em que pese a existência de previsão fundos para captação de recursos:

Art. 260 § 1º-A. **Na definição das prioridades a serem atendidas com os recursos captados pelos fundos nacional, estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente**, serão consideradas as disposições do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária e as do Plano Nacional pela Primeira Infância.

Descaminho, portanto, no caso do TJ-GO acima deparado, quando relativizou previsão de absoluta prioridade por meios de uma de suas turmas, quando por unanimidade entendeu por cassar sentença monocrática que deferiu pedido do MPE-GO em sede de ACP, a qual veiculou as inteligências dos arts. 4º e 260, §1º do ECA, na competência daquele poder executivo, porquanto dentro de sua discricionariedade deveria priorizar o acolhimento de adolescentes naquele estado.

Porém, as falhas de aplicações não se restringem aos tribunais de segundo grau. Até o mesmo o STF já teve decisões equivocadas. Nesse sentido, João Luiz M. Esteves destacou um caso que refere à inobservância da equiparação do direito à licença maternidade para mãe adotiva:

Nesse caminho, desenvolveu-se no presente capítulo pesquisa jurisprudencial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que procurou identificar e selecionar decisões e votos de ministros e que estivessem presentes elementos que identificassem a existência de pleitos judiciais que envolvessem uma discussão que apresentasse como objeto a efetivação de direitos fundamentais sociais que demandassem prestações ou que demonstrasse contrariedade a efetivação destes mesmos direitos. Nessa pesquisa o marco inicial é o ano de 1996 quando foram protocoladas e julgadas a ADIN 1439 e a ADIN por omissão 1458-7, ambas versando sobre o descumprimento do estatuído no inciso IV do artigo 7, da CF (salário mínimo), às quais são significativas pelo simbolismo de que se traveste o salário mínimo no País, pois o cumprimento do dispositivo constitucional referenciado seria quase suficiente para solução de efetividade da cidadania social. A partir daquele ano realizou-se pesquisa no banco de dados jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no *site* disponível na rede mundial de computadores (internet), com o uso das seguintes palavras-chave digitadas no campo de busca “direitos sociais; direitos fundamentais sociais; “saúde”; “educação”; “moradia”; “lazer”; “previdência social”; “assistência aos desamparados”; “proteção à infância”; “salário mínimo” e “art.6º, expressões que traduzem diretamente a terminologia constitucional ligada aos direitos fundamentais

⁴⁸ In: <http://www.cesarkallas.net/arquivos/livros/direito/00241%20-%20Estatuto%20da%20Crian%20e%20do%20Adolescente%20Interpretado.pdf>, acessado em 02 de outubro de 23, às 18h e 29min.

⁴⁹ O ECA em seu artigo 4º ainda estabelece que é “dever da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

sociais. A partir disso, identificados os processos judiciais nos quais se faz constar- na fundamentação das decisões- pelo menos uma das expressões que serviram para a busca inicial, por meio da leitura dos textos jurisprudenciais, foram selecionadas as jurisprudências em que os direitos sociais aparecem como objeto central do debate processual e da matéria julgada.

Realizada, portanto, a escolha da jurisprudência mais significativa – pela qual a garantia do direito social se apresenta como objeto principal do julgado- para procedimento da análise investigativa, houve a necessidade de escolha de somente uma jurisprudência por assunto, a qual simbolizasse posicionamentos reiterados, como forma de medir a repetição, uma vez que uma parte da jurisprudência coletada pela técnica utilizada demonstrou-se apenas reiteração de julgados do Supremo Tribunal Federal, o qual – só é possível constatar- decide com base em análise de precedente.

O primeiro caso apresentado na tabela anterior foi objeto do Recurso Extraordinário 197.807/2000, em que foi relator o Ministro Otávio Gallotti. Tratou-se de Recurso contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, que estenderá à mãe adotiva o direito a licença instituído em favor da empregada gestante, conforme inciso VIII do art. 7º da CF.

A decisão recorrida teve como fundamento que a matéria evidenciava preocupação com a criança, lastreada na Constituição Federal, em que se consignou expressamente o **Princípio de proteção “à maternidade e a infância” e à família**, e como direito fundamental do indivíduo e da coletividade conforme determinado nos seus artigos 6º e 203, inciso I, e em virtude de que o fato de a mãe da criança ser adotiva e não biológica não altera os encargos e atenção devidos à criança. O recurso teve por fundamento de mérito que a licença prevista no dispositivo constitucional serve, em síntese, para “resguardo pós-parto”, e, não tendo a mãe adotiva gestado o filho, esta não teria a mesma necessidade da mãe biológica.

O Supremo Tribunal Federal, pelo voto do relator, reformou a decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) referenciado, **mediante a interpretação gramatical** da regra inscrita na Constituição Federal, que fica clara em passagem do relatório que fundamenta o voto: “**procede a irresignação**. Conquanto não se deva chegar o extremo da noção revelada pelo recorrente, segundo a qual a norma em questão teria por fundamento único a “**necessidade biológica de resguardo pós-parto**” [...] – mas, igualmente, à proteção à criança, da família, e ao próprio trabalho da mulher-, sua letra só é possível extrair, em rigor, na ordem constitucional pretérita (art.165, XI), a ideia de “descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário”⁵⁰.

Contudo, não se pode olvidar que estes entendimentos foram ultrapassados e que novos entendimentos vêm sendo firmados. Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6327:

Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou que o marco inicial da licença-maternidade e do salário-maternidade é a alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido - o que ocorrer por último. A medida se restringe aos casos mais graves, em que as internações excedam duas semanas.

A decisão foi tomada no julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6327, na sessão virtual finalizada em 21/10. A decisão torna definitiva a liminar concedida pelo relator, ministro Edson Fachin, referendada pelo Plenário em abril deste ano.

⁵⁰ ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007, pp. 93-94 e 96.

Na ação, o partido Solidariedade pedia que o STF interpretasse dois dispositivos: o parágrafo 1º do artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo o qual o início do afastamento da gestante pode ocorrer entre o 28º dia antes do parto e a data do nascimento do bebê; e o artigo 71 da Lei 8.213/1991, que trata do dever da Previdência Social de pagar o salário-maternidade com base nos mesmos termos. Para o partido, a literalidade da legislação deve ser interpretada de forma mais harmoniosa com o objetivo constitucional, que é a proteção à maternidade, à infância e ao convívio familiar.

Proteção à infância

Ao votar pela procedência do pedido, ratificando a liminar, o relator afirmou que a interpretação restritiva das normas reduz o período de convivência fora do ambiente hospitalar entre mães e recém-nascidos. Essa situação, a seu ver, está em conflito com o direito social de proteção à maternidade e à infância e viola dispositivos constitucionais e tratados e convenções assinados pelo Brasil.

Omissão inconstitucional

Segundo o relator, é na ida para casa, após a alta, que os bebês efetivamente demandarão o cuidado e a atenção integral dos pais, especialmente da mãe. Ele explicou que há uma omissão inconstitucional sobre a matéria, uma vez que as crianças ou as mães internadas após o parto são privadas do período destinado à sua convivência inicial de forma desigual.

O ministro ressaltou que essa omissão legislativa resulta em proteção deficiente tanto às mães quanto às crianças prematuras, que, embora demandem mais atenção ao terem alta, têm esse período encurtado, porque o tempo de permanência no hospital é descontado do período da licença.

Outro ponto observado por Fachin é que a jurisprudência do Supremo tem considerado que a falta de previsão legal não impede o deferimento do pedido. Segundo ele, o fato de uma proposição sobre a matéria tramitar há mais de cinco anos no Congresso Nacional demonstra que a via legislativa não será um caminho rápido para proteção desses direitos.

Fonte de custeio

O relator também afastou o argumento de falta de fonte de custeio para a implementação da medida. “O benefício e sua fonte de custeio já existem”, afirmou. De acordo com o ministro, a Seguridade Social deve ser compreendida integralmente, como um sistema de proteção social que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade⁵¹.

Por fim, chama atenção que ora uma interpretação gramatical, ora uma hermenêutica extensiva, serviram e podem voltar a servir de argumentos para subverterem finalidades que deveriam ser consideradas óbvias de plano.

⁵¹ In: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=496265&ori=1>, acessado em 03 de outubro de 23, às 14h e 40min.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se um aspecto que deve ser levado em consideração no que refere à inefetividade do ECA e da CRFB. É que existe a disciplina geral de proteção de todas as crianças e adolescentes, e a específica para pessoas com TEA, onde se inseriu o tema da presente pesquisa, ou seja, “Direito à convivência familiar de crianças com TEA residentes em abrigos”. Assim, antes de que perscrutar-se acerca de qualquer necessidade específica, a dogmática jurídica inicia o tratamento das demandas à partir das previsões gerais.

Isto deve-se à cultura jurídica que ao orientar-se por características de uma técnica legislativa que historicamente dirigiu-se pela generalidade e abstratividade das normas, sobretudo, pelo fato de compreenderem no plano geral, todos os direitos atribuídos às crianças e adolescentes, considerando portanto, num primeiro instante, todas as crianças como típicas. Todavia, como a inefetividade de direitos também é um problema histórico, quando nega-se acesso geral, ali sequer são analisados com acuidade a prevalência dos interesses de crianças e adolescentes atípicos, em razão de maior sua vulnerabilidade, em especial crianças atípicas com TEA.

Verifica-se, pois, que poderes constituídos do Estado brasileiro, ao assumirem compromisso internacional com a defesa de direitos humanos de crianças com TEA, sendo elementar o direito à convivência em abrigos, jamais deveriam omitir-se, criando interpretações normativas que na prática negam direitos humanos explícitados em texto tão objetivos que não deixam margem para tanto, cabendo responsabilizações às autoridades envolvidas e sanções ao Estado brasileiro perante organismos internacionais.

Nesse contexto, não apenas o simples e pleno acesso, mas, também cumpre o dever de supervisionar a qualidade dos abrigos e orientação de ações capazes de garantir o necessário convívio familiar e comunitário, integração dos setores envolvidos e a necessidade de se mudar o entendimento equivocado que ainda cerca as questões de crianças com TEA residentes nos abrigos familiares ou institucionais.

Outrossim, verificou-se que a imperatividade do direito à convivência familiar vai além da área de cognição metodologicamente pensada para a realização da presente investigação, de modo que, por exemplo, na Lei de Alienação Parental (Lei 12.318), pesquisa breve com a expressão “convivência familiar” revela 13 ocorrências, sendo uma lei de poucos dispositivos (apenas 11 artigos), fato digno, portanto, de registro.

Por fim, conclui-se que persiste a insegurança nas autoridades que ora entendem por aplicar interpretações literais para negar a concretização de direitos humanos fundamentais, ora criam

interpretações extensivas capazes condenar à morte até mesmo crianças com necessidades especiais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Shirley Elziane Diniz. **A criança em acolhimento institucional e o direito humano à educação infantil: sob as teias do abandono**. 2010. 253 f. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/4603/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 06 outubro de 2023.

AIOCHIO, Geovana dos Santos; QUEIROZ, Virginia Magliano; **Arquitetura e autismo: orientações para espaços terapêuticos**, p. 925-937 . In: Anais do VIII Encontro Nacional de Ergonomia do Ambiente Construído e do IX Seminário Brasileiro de Acessibilidade Integral. São Paulo: Blucher, 2020. ISSN 2318-6968, DOI 10.5151/eneac2020-77.

ARANTES, Priscila Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na Teoria Contratual Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTELHO, Louise de Lira Roedel; WENTROBA, Jaíne Cristiane. A teoria do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen e o direito a educação. **Revista Orbis Latina**. ISSN 2237 6976.

CARDUCCI, Michele. **Por um direito constitucional altruísta**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

COELHO João Gilberto Lucas. **Criança e adolescente: a convenção da ONU e convenção brasileira, UNICEF**. In Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Coord. Munir Cury. Ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

CURY, Leda Tatiana. **Direito fundamental à saúde**. Evolução normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CURY, Munir. **O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 11ª ed. Atual. Malheiros: São Paulo, 2010.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito Constitucional Liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas.** Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA, Lúcia; BITTENCOUR, Sávio. Direito à Convivência Familiar de Crianças Abridadas: o papel do Ministério Público. **Revista em Pauta.** V. 6 – Nº 23 – Jul. de 2009.

FINGER, Julio Cesar. **Constituição e direito privado:** algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: Constituição concretizada, Coord. Por Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria do Advogado: Porto Alegre: 2000, pp. 93 e 94.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** Estudo de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

PALÁCIOS, Jesus. **Psicologia evolutiva:** conceito enfoques, controversas e métodos. In Desenvolvimento psicológico e educação. Coord. Jesus Palácio et al. 2. ed. Artmed: Porto Alegre: 2004.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde.** São Paulo: Quatier Latin, 2005.

RIVERA, Deodato. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** Coord. Munir Cury. Ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

RIZZATTO NUNES. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.62.

SUZUKI, Cristiane Esteves. **Evolução histórica e legislativa do direito de família e filiação no Brasil.** 2014. Monografia de Especialização (Especialização em Direito de Família e Sucessões) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

WALD, Arnoldo; FÁBREGAS, Luiz Murillo. **Direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Sítios eletrônicos:

<https://linhasdecuidado.saude.gov.br/portal/transtorno-do-espectro-autista/definicao-tea/> em 01 de outubro de 23, às 14h e 23min.

<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>, acessado em 01 de outubro de 23, às 15h e 40min.

<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc04.pdf>, acessado em 01 de outubro de 23, às 18h e 07min.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>, acessado em 01 de outubro de 23, às 17h e 59min.

<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2722.pdf>, acessado em 01 de outubro de 23, às 16h e 55min.

<file:///C:/Users/F%C3%A1bio/Downloads/3421-Texto%20do%20artigo-13277-1-10-20200131.pdf>, Liberdade e alienação na intersubjetividade em Sartre, acessado em 02 de outubro de 23, às 12h e 40min.

<https://linhasdecuidado.saude.gov.br/portal/transtorno-do-espectro-autista/definicao-tea/> em 01 de outubro de 23, às 14h e 23min.

<http://www.cesarkallas.net/arquivos/livros/direito/00241%20-%20Estatuto%20da%20Crian%20e%20do%20Adolescente%20Interpretado.pdf>, acessado em 02 de outubro de 23, às 18h e 29min.

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=496265&ori=1>, acessado em 03 de outubro de 23, às 14h e 40min.

<https://www.cnj.jus.br/juizes-defendem-familias-acolhedoras-como-alternativa-aos-abrigos/> acesso em 04/10/2023, às 11h e 40 min.

https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2011/01_abr_autismo./ acesso em 05 de outubro de 23, às 08h e 50min.