

XXI CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS E
PROMOTORES DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – ABMP

TÍTULO DA TESE: A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM RELAÇÃO AOS
ARTIGOS 1.624 – PARTE FINAL E 1.638, INCISO IV DA LEI N. ° 10.406,/2002 -
NOVO CÓDIGO CIVIL

Autor: Laíse Tarcila Rosa de Queiroz

Cargo: 4.^a Promotora de Justiça da Defesa da Cidadania do Recife – Infância e Juventude e
Representante do Ministério Público junto à CEJA/PE

Mestranda em Direito pela UFPE

Especialista em Consultoria Empresarial pela SUDENE/CEBRAE

TEXTO DA TESE:

A proposta do presente trabalho é provocar a discussão acerca das antinomias jurídicas decorrentes da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (art. 1.624 – parte final e o art. 1.638, inc. IV) - Novo Código Civil, em relação à Constituição da República, no tocante ao direito à convivência familiar da criança e do adolescente, concluindo que a alternativa para superação desta incompatibilidade vertical é a aplicação do controle abstrato de constitucionalidade.

Início discorrendo acerca da *supremacia das normas constitucionais e do controle de constitucionalidade das leis*, em cuja análise não se pode deixar de reportar a Kelsen, para quem a razão de validade de uma norma jurídica encontra-se na Constituição, a de uma norma constitucional na Constituição que a antecedeu, até chegar-se à norma fundamental (*Gründnorm*), que é hipotética, elemento metajurídico, fonte comum a todas as normas (SILVA, 2001, p. 210) . Este complexo de normas tendo uma única e comum fundamentação, constitui a ordem jurídica, devendo as normas guardarem compatibilidade entre si.

Ao conceito de ordem jurídica, Paulo Dourado de Gusmão acrescenta que este complexo de norma jurídicas deve estar vigente em determinado momento histórico (GUSMÃO, 1993, p.63). Assim, não pode haver, em uma ordem jurídica, normas contraditórias que sejam válidas. Se esta incompatibilidade se dá verticalmente, diante da supremacia das normas constitucionais, a norma hierarquicamente inferior perde a sua validade. (SILVA,2001, p.213). De outra forma não poderia ser, caso contrário, estaria

admitindo-se uma reforma da Constituição sem que fossem respeitados os limites e procedimentos estabelecidos para tanto, afrontando a sua supremacia.

A supremacia da Constituição se dá pela sua natureza política (relacionada ao conceito de Constituição material) e jurídica (relacionada ao conceito de Constituição formal). Em razão da natureza política, as matérias que a integram são essenciais à configuração ideológica do Estado, e por tal razão foram escolhidas e receberam o *status* constitucional. Como conceito de natureza jurídica, encontra-se a suprallegalidade, ou seja, a Constituição é elaborada por um poder constituinte, o seu controle e o Poder de Reforma devem obedecer ao disposto no texto constitucional (DANTAS, 2001, p. 136-139).

Todavia, se a incompatibilidade é entre norma de mesma hierarquia (incompatibilidade horizontal), alguns aspectos devem ser analisados. Ao conflito entre duas ou mais normas válidas dá-se o nome de antinomia jurídica. Para enfrentar uma antinomia utilizam-se três critérios básicos: hierárquico (*lex superior derogat legi inferior*), cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), e o da especialidade da matéria (*lex specialis derogat legi generali*) (DINIZ, 1993, p. 430, 433).

Para que ocorra antinomia jurídica, é necessário que as normas originem-se de autoridades competentes em um mesmo âmbito normativo e que contenham instruções que se contradigam (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 209). Em havendo conflito entre os critérios, o que é chamado de antinomia de segundo grau, a solução vem através de metacritérios de segundo grau. Considerando que o objetivo do presente trabalho é analisar as incompatibilidades do Novo Código Civil em relação às disposições constitucionais

relativas ao direito à convivência familiar da criança e do adolescente, restrinjo-me a abordar o conflito pelo critério hierárquico, não me detendo nos demais.

O enfrentamento deste conflito se dá pelo controle de constitucionalidade das leis. Para fins de classificação quanto ao elemento estabilidade, ou seja, conforme se dê o seu processo de reforma, as constituições podem ser flexíveis, semi-rígidas e rígidas. A flexível pode ser alterada pelo legislador seguindo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias, não se exigindo um requisito especial; a semi-rígida é formada por uma parte flexível e outra rígida; enquanto a rígida exige, para a sua alteração requisitos formais específicos (SILVA, 1992, p.43).

A brasileira, como é cediço, é uma constituição rígida, na qual estão o poder constituinte – do qual emana a norma constitucional - e os poderes constituídos – dos quais emanam as leis ordinárias (BONAVIDES, 2004, p.298).

Resta evidente que as normas constitucionais dotadas que são de supralegalidade, gozam de uma proteção diferenciada das demais normas jurídicas. Como elementos de proteção à Constituição, tem-se, além da rigidez, o controle de constitucionalidade, que é o instrumento para invalidar ou negar aplicação aos atos normativos inferiores que, no que concerne à forma ou ao conteúdo, seja com ela incompatíveis (ÁVILA, 2002, p.363).

A importância do controle de constitucionalidade das leis é de tal ordem que Paulo Bonavides o considera a coluna de sustentação do Estado de direito (2004, p.301), enquanto Zeno Veloso enfatiza que “a verificação de compatibilidade das normas, controle de constitucionalidade, é um expediente indispensável e vital para a ordem e segurança jurídicas” (BONAVIDES, 2000, p.18).

No Brasil, cabe ao poder judiciário verificar a constitucionalidade das leis, e ele o faz através do controle por via de exceção e por via de ação (CR, arts. 52, X; 97, 102, I, e III “a”; 103, 125, § 2º. e 129, IV; CPC arts. 480 *usque* 482; Lei n.º 9.868/99) . O primeiro - também chamado de controle difuso, concreto ou por via incidental - ocorre no curso do processo, e não acarreta a retirada da lei da ordem jurídica, apenas a sua não aplicabilidade ao caso concreto, tem eficácia *inter partes*, podendo a alegação de inconstitucionalidade ser argüida por quem quer que integre a relação processual, pelo Ministério Público ou pelo juiz *ex officio*.

Diferentemente ocorre na segunda modalidade - também chamada de controle abstrato ou concentrado - onde a lei é impugnada através de uma ação própria: ação direta de inconstitucionalidade - ADIn. Neste caso, declarada a inconstitucionalidade da lei, ela é suprimida da ordem jurídica. As disposições relativas ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade encontram-se na Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal - STF (CF, art. 102, I, “a”).

Feitas esta discussão introdutória, inicio a análise do *direito à convivência familiar na Constituição da República*. Impulsionada pelos movimentos populares da década de 80, através de uma Emenda Popular, foi incluído na Constituição o art. 227, o qual sintetiza as bases da Doutrina da Proteção Integral, rompendo com a Doutrina da Situação Irregular.

A nova Doutrina é consagrada na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989 (portanto posterior à CR/88), da qual o Brasil é país ratificante, e, de acordo com os seus princípios, a criança e o adolescente passam a ser reconhecidos como sujeitos de direitos que, em decorrência da sua peculiar situação de

pessoa em desenvolvimento, são merecedores de uma proteção integral a ser assegurada com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A condição de sujeito de direitos transforma todo o entendimento então vigente, de *capitis deminutae* a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos plenos, dentre ele o direito à convivência familiar, todos a serem assegurado com absoluta prioridade – único momento em que o legislador constituinte utilizou esta expressão – dentro de um modelo que prevê a co-responsabilidade da família, da sociedade e do Estado.

A Constituição no *caput* do art. 226 reconhece a família como base da sociedade, assegurando-lhe especial proteção do Estado, enquanto no seu parágrafo 4º, é igualmente reconhecida como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Esta mesma comunidade é denominada no Estatuto de família natural (art. 25).

O direito à convivência familiar possui caráter híbrido, se por um lado destina-se à proteção do direito individual da criança e do adolescente – prioridade absoluta - por outro alcança o interesse da sociedade, que tem na família a sua base, assim reconhecida na Constituição da República.

Com relação à criança e ao adolescente, encontra-se ele previsto no art. 227 *caput* da Constituição, é repetido no art. 4º. do Estatuto e detalhado no art. 19 do mesmo Diploma Legal, ao afirmar que toda a criança e adolescente tem direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente em família substituta, que é medida de proteção (CURY, GARRIDO e MARÇURA, 2000, p.30-31). Encontramos então o princípio da subsidiariedade que rege a colocação em família substituta.

Com este princípio tem-se que o objetivo primeiro é buscar a manutenção da criança na família natural, em não sendo possível é que se irá recorrer à família substituta nacional, privilegiando-se as que tenham laços parentais e afetivos com a criança e o adolescente (art. 28, parágrafo 2º. do Estatuto) e, só então, esgotas as possibilidades de mantê-los no seu país de origem, recorre-se a família substituta através de adoção internacional (art. 31 do Estatuto). O princípio da subsidiariedade da adoção internacional em relação à nacional é hoje indubitado, diante do disposto no art. 226, parágrafo 5º., da Constituição, e da ratificação pelo Brasil da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional – Convenção de Haia.

Em linhas gerais, estes são os paradigmas que referenciam, na Constituição da República, o direito à convivência familiar da criança e do adolescente: sujeito de direitos plenos, dentre eles o direito à convivência familiar, a ser assegurado com absoluta prioridade pela família, sociedade e Estado. Agora passo a discorrer acerca de como o *Novo Código Civil tratou a questão*.

Historiando o processo que resultou no NCC, diz Paulo Nader que este teve início em 1969, quando Miguel Reale foi convidado para assumir a coordenação geral da comissão elaboradora do anteprojeto. Reale, por sua vez, convidou Clóvis do Couto e Silva para atuar na sua equipe, respondendo pelo Direito de Família. Por opção, a proposta excluiu temas inovadores, a exemplo da fertilização *in vitro*, privilegiando as regras já consolidadas pelo tempo e, com relação às inovações, aquelas que gozassem de um maior grau de certeza e segurança (NADER, 2004, p. 46-50).

O receio em razão do longo período de tramitação do projeto (que recebeu o n.º 634/75) na Câmara e no Senado, período em que houveram alterações legislativas significativas na ordem jurídica nacional e que afetaram a contemporaneidade de alguns dos seus dispositivos, é considerado pelo seu Relator Geral, Deputado Ricardo Fiúza. (2004, p. 1-3).

Considerando que os trabalhos que resultaram no Novo Código Civil tiveram início em 1969, é compreensível que alguns dos seus dispositivos não tenham acompanhado as evoluções legislativas que ocorreram em mais de três décadas, exigindo-se que, nos atuais debates para o seu aperfeiçoamento, incluam-se os paradigmas relacionados à Doutrina da Proteção Integral, afinal, como ensina Miguel Reale, “o jurídico é uma experiência, feliz ou malograda, de justiça, e mesmo quando de bom êxito, tem sempre caráter provisório, tão infinita é a esperança de justiça que nos anima e nos impele através do tempo” (REALE, 1993, p. 713).

Como já foi dito na introdução do presente trabalho, restrinjo-me a abordar dois dos dispositivos relacionados ao direito à convivência familiar. São eles o art. 1.624 – parte final e o art. 1.638, inc. IV.

O primeiro exige, para que um órfão não reclamado por parente seja disponibilizado para adoção, o prazo de um ano. Para que se possa melhor compreender o que tal dispositivo significa para uma criança, convém o esclarecimento de algumas questões preliminares. O direito à convivência familiar é direito fundamental com assento na Constituição. O Estatuto, regulamentando a matéria, informa que deve ser privilegiada a

família natural, e, se a causa do afastamento for tão-somente a falta ou carência de recursos materiais, esta família deve ser incluída em programas oficiais de auxílio (art. 23).

Se, mesmo com as medidas protetivas adotadas, for inevitável a colocação em família substituta, deve-se privilegiar aquela com quem a criança possua laços parentais e afetivos e, ainda, privilegiar-se a família substituta nacional em relação à adoção internacional.

O abrigo, por sua vez, é medida excepcional e transitória, a ela se recorrendo como uma etapa, uma passagem para a colocação em família substituta, cabendo a estas instituições, quando inviável o retorno da criança à família natural, atuar de forma a facilitar a integração desta em família substituta (art. 101, parágrafo único e art. 92, inc. II do Estatuto).

A alternativa para um órfão não reclamado seria a adoção através do cadastro quando, após ser declarada a sua condição de apto para fins de adoção, em razão da extinção do poder familiar dos seus genitores pela morte (art. 1.635, I do NCC), o infante seria inscrito em cadastro e, identificada uma família com condições e interesse de recebê-lo (família esta também cadastrada previamente), autorizar-se-ia o início do estágio de convivência em processo de adoção.

Ocorre que a grande maioria dos pretendentes a adoção, dentre outras características da criança pretendida (como as relacionadas ao sexo e a cor), privilegia as de menor idade. Assim, exigir o prazo de um ano para que se constate que uma criança órfã foi abandonada, e então possa ser disponibilizada para a adoção, na esperança de que, durante este período surja um parente para reclamá-la, é afrontar o direito desta criança à convivência familiar, seja por prolongar desnecessariamente a sua permanência em uma instituição de abrigo,

seja por reduzir as suas chances de ser colocada em família substituta nacional, e, até mesmo, internacional.

Casos de abandono exigem uma postura ativa dos Conselhos Tutelares, abrigos, Ministério Público e Judiciário, não se restringindo a uma mera espera de que alguém venha reclamá-la pelo período de um ano, ao contrário, devem ser adotadas diligências na tentativa de localizar e apoiar a família ampliada, ou mesmo pessoas com quem a criança possua vínculos afetivos, de forma a viabilizar a reinserção familiar ou uma forma de colocação que seja menos traumática.

A ausência de uma manifestação espontânea da família pode ter vários significados, que vão desde a falta de compromisso para com a criança até uma fragilidade sócio-econômica, situação que só poderá ser esclarecida e enfrentada com ações concretas.

Com relação ao art. 1.638, inc. IV, que considera o descumprimento reiterado dos deveres decorrentes do poder familiar como hipótese que autoriza a decretação da perda deste, se revela uma lastima a exclusão da expressão “injustificável” contida no art. 24 do Estatuto. Este dispositivo, como atualmente redigido, igualmente afronta a Doutrina da Proteção Integral incorporada ao nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, pois a pobreza não pode servir de fundamento para que se retire uma criança do seio da sua família natural, por exemplo (CURY, org., 1996, p.95; FIGUEIRÊDO, 2006).

O Estatuto, em perfeita harmonia com a Constituição da República, expressamente refere-se à falta ou carência de recursos, rejeitando esta hipótese como autorizadora da decretação da perda do poder familiar (pressuposto para adoção), determinado, se necessário for, a inclusão da família em programas de apoio.

É claro que, como destaca Nelson Saldanha, quando se fala em cidadania às vezes tende-se a reduzi-la a um conjunto de direitos, desprezando-se o seu sentido de dever, trazendo esta reflexão para o tema em pauta, em persistindo, injustificadamente, o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, caberá a intervenção judicial para fins de assegurar, em caráter de prioridade absoluta, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar através da família substituta. (SALDANHA, 1998, p.176).

Não se desconhece aqui os direitos dos pais em relação aos filhos (arts. 1.630 e 1.634 do NCC), todavia não se pode perder de vista que o direito à convivência familiar é um direito humano de cunho ético e político, que estando previsto na Constituição recebe a denominação de direito fundamental (SARLET, 2003, p. 34). E, como direito fundamental que é, irradia a sua eficácia, interferindo na atividade dos três poderes através de diretrizes e condicionantes interpretativos (SARMENTO, 2003, p. 279), prevalecendo o interesse da criança que é sujeito de direitos plenos a serem assegurados com absoluta prioridade.

A 2.^a Vara da Infância e da Juventude do Recife vem aplicando o controle difuso de constitucionalidade desde a vigência do NCC (FIGUEIRÊDO, 2006), o que pode também está ocorrendo em outras comarcas, entretanto, uma vez que esta modalidade não possui o condão de suprimir a lei inferior incompatível da ordem jurídica, mas tão-somente evitar que esta opere os seus efeitos no caso concreto, *inter partes*, apresento a proposta que se segue.

Proposição: Considerando que os arts. 1.624 – parte final (que exige o prazo de um ano para que o órfão não reclamado por qualquer parente seja considerado apto a adoção) e 1.638, inciso IV (considera o descumprimento reiterado dos deveres decorrentes do poder familiar como hipótese que autoriza a decretação da perda deste último, omitindo a expressão “injustificado” contida no artigo 24 da Lei n.º 8.069/90), afrontam o direito à convivência familiar previsto no *caput* do artigo 227 da Constituição da República, proponho o envio deste estudo ao Procurador-Geral de Justiça (art. 103, VI da CR) para que aprecie a possibilidade de ingressar junto ao STF com Ação Direita de Inconstitucionalidade (art. 102, I, “a” da CR) para enfrentar esta inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a fazenda pública. *In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre, ano XXVII, n.º 86, Tomo II, junho de 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL, **Código Civil** – Lei n.º 10.406/2002, Vademecum Universitário de Direito/Marcus Cláudio Acquaviva, 8. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 35 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Lei n.º 8.069/90, 2 ed. Brasília: publicação do Ministério da Justiça/Secretaria de Estado dos Direitos Humanos/Departamento da Criança e do Adolescente, 2002.

CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Noberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDES, Emílio Garcia (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

DANTAS, Ivo. **Instituições de direito constitucional brasileiro**. Curitiba:Juruá, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **O instituto da adoção e o novo Código Civil**. Disponível em <www.abmp.org.br/site/luizcarlos>. Acesso em: 04 abr.2006.

FIÚZA, Ricardo. **O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil – volume 1 – parte geral**. 2 ed. Revista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**, publicação do Ministério da Justiça, Ministério da Ação Social/Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência e UNICEF, s.d.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

SALDANHA, Nelson. **Ethos político, direitos e cidadania**. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, n.º 9, 1998.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000.