

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA
FAMILIAR E A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
EM FAMÍLIA SUBSTITUTA**

ANUSKA FELSKI DA SILVA

Itajaí – SC, novembro 2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC****CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS****PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ****CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ****ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO****A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA
FAMILIAR E A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
EM FAMÍLIA SUBSTITUTA****ANUSKA FELSKI DA SILVA**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Maria Claudia da Silva Antunes de Souza**Co-orientador: Professor Doutor Gabriel Real Ferrer****Itajaí – SC, novembro 2015**

AGRADECIMENTOS

À Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pela oportunidade única de enriquecimento de conhecimento, e amadurecimento profissional;

Aos notáveis professores que, com seu conhecimento e sensibilidade, contribuíram para esse processo;

À orientadora, Professora Doutora Maria Claudia Antunes de Souza, não apenas por sua paciência e eficiência na orientação, mas por ter instigado a mudança dos rumos da pesquisa, incentivando a escrita sobre um tema que me é tão caro;

Aos abnegados servidores da Vara da Família, Infância e Juventude de Jaraguá do Sul, que muito colaboraram nesse período de estudo, e cujo trabalho serviu de constante inspiração para a pesquisa;

A todos os integrantes da rede de proteção à criança e ao adolescente de todas as comarcas em que trabalhei, cujo trabalho incansável permite amenizar o sofrimento dos seres humanos mais vulneráveis, e que mais precisam de proteção;

A minha família – natural e extensa ou ampliada –, por todo o apoio incondicional sempre.

DEDICATÓRIA

A todos os olhinhos brilhantes que já aguardaram ou que ainda aguardam, acolhidos, o seu momento de experimentar o direito à convivência familiar.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 6 de novembro de 2015

Anuska Felski da Silva

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE CATEGORIAS

Adolescente: considera-se adolescente, de acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹, a pessoa entre doze e dezoito anos de idade.

Criança: considera-se criança, de acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente², a pessoa com até doze anos de idade incompletos. Porém, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989³ considera criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, razão pela qual os conceitos se alterarão conforme se estiver tratando de um ou de outro.

Direito à convivência familiar: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária”⁴.

Direitos humanos: “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.”⁵

Destituição do poder familiar: resultado de um processo a que

¹ BRASIL. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm, acesso em 03.08.2015.

² BRASIL. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm, acesso em 03.08.2015.

³ BRASIL. **CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA** (Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710, acesso em 03.08.2015.

⁴ BRASIL. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm, acesso em 03.08.2015.

⁵ PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 11.ed. Madrid: Tecnos, 2013. Texto original: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales devem ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” (P. 42)

submetidos os pais por violação dos deveres inerentes ao poder familiar, e que permite a colocação definitiva da criança ou do adolescente em outro núcleo familiar sob a forma de adoção.

Direitos fundamentais: “direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua normativa constitucional, e que freqüentemente gozam de uma tutela reforçada.”⁶

Direitos naturais: “conjunto de normas traduzidas da ordem que se lê da natureza”.⁷

Família: “grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros”⁸.

Família extensa ou ampliada: considera-se família extensa ou ampliada, de acordo com o parágrafo único do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹, “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

Família natural: considera-se família natural, de acordo com caput do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰, “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

⁶ PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Texto original: “*En tanto que com la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.*” (p. 42)

⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2.ed. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo : Martins Fontes, 2009. Título original: *La formation de la pensée juridique moderne*. p. 188.

⁸ BRASIL. **CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA** (Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710, acesso em 03.08.2015..

⁹ BRASIL. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm, acesso em 03.08.2015.

¹⁰ BRASIL. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm, acesso em 03.08.2015.

Família substituta: núcleo no qual a criança ou adolescente é inserido, em caso de suspensão ou destituição do poder familiar, ou, ainda, de falecimento dos pais.

Poder familiar: conjunto de deveres atribuídos aos pais em relação aos seus filhos, compreendendo dever de sustento, guarda e educação (art. 23, Estatuto da Criança e do Adolescente), além de observância dos demais direitos fundamentais, instituído em favor dos filhos.

SUMÁRIO

ROL DE CATEGORIAS.....	7
RESUMO.....	12
ABSTRACT.....	13
INTRODUÇÃO.....	14
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BASES FILOSÓFICAS, POSITIVAÇÃO, DIMENSÕES E A QUESTÃO RELATIVA À SUA EFICÁCIA.....	18
1.1 DAS BASES FILOSÓFICAS DO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	18
1.2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
1.3 DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
1.4 DOS DESAFIOS PARA CONFERIR EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUPREMACIA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	50
2.1. PERSPECTIVA FILOSÓFICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	50
2.2. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	64
2.3. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	72
3 DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COLOCAÇÃO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM FAMÍLIA SUBSTITUTA.....	80
3.1 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	80
3.2 COLOCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM FAMÍLIA SUBSTITUTA.....	93
3.3. A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE	

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR EM FAMÍLIA SUBSTITUTA, EXTENSA OU AMPLIADA À LUZ DA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	101
--	-----

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	123
--	------------

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 3.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 505/506.

Apelação cível n. 2015.025731-3, Rel. Des. Rosane Portela Wolff, julgada em 10.09.2015, disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=fam%E Dlia%20substituta&id=AAAbmQAACAANoNOAAR&categoria=acordao, acesso em 26.10.2015

Apelação cível n. 2014.042887-8, Rel. Des. Trindade dos Santos, julgada em 10.09.2015, disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=fam%EDli a%20substituta&id=AAAbmQAACAANoNOAAR&categoria=acordao, acesso em 27.10.2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 563.

CAMPOY CERVERA, Ignacio. La progresiva incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos. in: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (Diretor). **Historia de los Derechos Fundamentales**. Siglo XX. Cultura de la Paz Y Grupos vulnerables. Grupos Vulnerables. Madrid: Dykinson, 1998. T. IV, V. V, L. II.

CAMPOY CERVERA, Ignacio. **La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles**. Madrid: Dykinson, 2006.

CAMPOY CERVERA, Ignacio. **La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección**. Madrid: Dykinson, 2006.

BRASIL. **CÓDIGO DE MENORES**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm, acesso em 04.09.2015.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 20.04.2015.

BRASIL. **CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA** (Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710, acesso em 03.08.2015.

BRASIL. **LEI N. 8.560, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1992**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm, acesso em 07.10.2015.

BRASIL. **LEI N. 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm, acesso em 04.09.2015.

CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Acesso em: 11.09.2015.

CORREGEDORIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Recomendação n. 08, de 08.11.2012, disponível em http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n08-07-11-2012-corregedoria.pdf, consultado em 26.10.2015.

DALMASSO, Elsa Inés. A Convenção sobre os Direitos da Criança e o princípio reitor do interesse maior da criança. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 9, p. 458, out 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em <http://siaweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/373/316>. Acesso em 27 jul. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção: um direito que não pode esperar**. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2014/10/adocao-um-direito-que-nao-pode-esperar/>>, consultado em 29.07.2015.

EIDE, Asbjorn. **Article 27: The Right to na Adequate Standard of Living**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2006, p. 3. (A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 27).

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 03.08.2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Tutela da Filiação. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coordenador). **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**.

Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Título original: *“Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation”*.

HOTZ, J, apud CAMPOY CERVERA, Ignacio. La progressiva incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos. in: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (Diretor). **Historia de los Derechos Fundamentales**. Siglo XX. Cultura de la Paz Y Grupos vulnerables. Grupos Vulnerables. Madrid: Dykinson, 1998. T. IV, V. V, L. II.

H. COHEN, apud CAMPOY CERVERA, Ignacio. La progressiva incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos. in: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (Diretor). **Historia de los Derechos Fundamentales**. Siglo XX. Cultura de la Paz Y Grupos vulnerables. Grupos Vulnerables. Madrid: Dykinson, 1998. T. IV, V. V, L. II.

LIRA, Wladimir Paes de. O direito à convivência familiar da criança e do adolescente como direito humano fundamental. In: **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, coord.: Marcos Ehrhardt Jr. Belo Horizonte, ano 3, n. 6, maio/ago. 2014.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri: Manole, 2003.

NOVAES, Maria Helena. O “maior interesse” da criança e do adolescente face às suas necessidades biopsicossociais – uma questão psicológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coordenador). **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. **Legislative History of the Convention on the Rights of the Child**. New York and Geneva: United Nations, 2007, v. 1, p. 3. Disponível no sítio <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf>, acesso em 19.05.2015.

PAIS, Maria Santos, et al. **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Coord.: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12

ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coordenador). **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Coord.: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva, et al. **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Coord.: Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. Las Generaciones de Derechos Humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, jan.jun/2013, p. 188.

PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. Los derechos fundamentales. 11.ed. Madrid: Tecnos, 2013.

PICKETT, Kate; WILKINSON, Richard. **O nível**: porque uma sociedade mais igualitária é melhor para todos. Tradução de Marilene Tombini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Título original: *The Spirit Level: Why Equality is Better for Everyone*, p. 67.

PICONTÓ NOVALES, T., apud CAMPOY CERVERA, Ignacio. La progresiva incorporación de los derechos de los niños en el modelo de los derechos humanos. in: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (Diretor). **Historia de los Derechos Fundamentales**. Siglo XX. Cultura de la Paz Y Grupos vulnerables. Grupos Vulnerables. Madrid: Dykinson, 1998. T. IV, V. V, L. II.

Recurso Especial n. 1.422.429, de Santa Catarina, relator para o acórdão Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 24.04.2014, disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302786968&dt_publicacao=12/08/2014, acesso em 27.10.2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2.ed. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo : Martins Fontes, 2009. Título original: *La formation de la pensée juridique moderne*.