A CO-REGULAÇÃO DA FAMÍLIA PELOS CÍRCULOS SOCIAIS (SOCIEDADE CIVIL E ESTADO): UM DIÁLOGO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

THE CO-REGULATION OF FAMILY BY SOCIAL CIRCLES (CIVIL SOCIETY AND STATE): A DIALOGUE WITH THE FEDERAL CONSTITUTION OF BRAZIL

Autor: Antonio Jorge Pereira Júnior.

Professor Doutor – Universidade de Fortaleza – Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Doutor e Mestre – USP://lattes.cnpq.br/9157292274442994

Contatos: Tel: +55 (85) 8601-8585 | Fortaleza - Ceará Email: antoniojorge2000@gmail.com

RESUMO

O Estado é a instituição melhor estruturada pela sociedade civil para organizar a vida social e para proteger os seres humanos. A família é a unidade básica da sociedade (célula-mãe) e, portanto, credora do melhor tratamento político e jurídico. O Estado tem um dever para com a sociedade civil de regular a família, a fim de assegurar-lhe uma proteção especial. Isso se traduz, necessariamente, mediante leis e implementação de políticas públicas. Nestas atividades, o Estado pode, eventualmente, abusar da sua posição, usando de seu poder de forma contrária ao melhor interesse da família. Para evitar efeitos negativos da intervenção do Estado, é muito conveniente definir a competência de cada um dos círculos sociais em torno da família, e estabelecer critérios capazes de orientar a ação harmoniosa deles de modo a se garantir o melhor à família. O artigo propõe a divisão de competências entre os círculos sociais, apoiado em conceitos da ciência do Direito Constitucional, e também sugere a observância dos princípios de ordem social na atualização de tais. A combinação do binômio competência/princípios de ordem social acabará por favorecer o melhor resultado em ação conjunta de todos os entes sociais para com a família. No artigo, esta técnica é aplicada ao caso brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Estado; Competências; Subsidiariedade; Cooperação

ABSTRACT

The State is currently the best equipped institution of civil society to organize social life and to protect humans. The family is the basic unit of society (mother cell) and therefore creditor to the best political and legal treatment. The State has a duty towards Civil society to regulate the family, in order to ensure special protection to it. This necessarily translates either in laws and in implementation of public policies. In these activities, the State might eventually abuse its position, by using its might in way contrary to best interest of the family. So, to avoid negative effects of the intervention of the State, it is very convenient to define the competence of each of the social circles around the family, and establish criteria able to guide the harmonious action of them for the best for the family. The paper will propose the division of competences between social circles, supported by the science of Constitutional Law, and also suggest the observance of principles of performance practice between them. The combination of the binomial competence / principles of social order will eventually favor the best result in joint action by all for the family. In the article, this technique is applied to the Brazilian case.

KEYWORDS: Family; State; Powers; Subsidiarity; Cooperation

1. A (irresistível) regulação estatal da família

Não é objeto deste trabalho o estudo vertical do conceito de família, em seu sentido ético, social e jurídico¹. Os contornos da instituição familiar serão descritos aqui com a intenção de mostrar que o Estado, investido de poder pela sociedade política, gerencia as relações familiares pela importância da principal sociedade natural para a sociedade civil e para cada pessoa individualmente considerada.

O que é a família?

Perante a filosofia social, a família é uma sociedade natural, primeira e principal entidade responsável pela formação da pessoa humana. Para o presente estudo, interessa analisar, perfunctoriamente, o conceito jurídico de família, bem como sua atual compreensão no direito constitucional brasileiro. Com essa breve análise, podem-se identificar alguns fundamentos da intervenção dos círculos sociais maiores - sociedade civil e Estado - nas relações familiares.

O valor social da família foi assimilado no dispositivo constitucional que é fundamento para a intervenção do Estado no âmbito familiar. Trata-se do art. 226 da CF, que afirma que “a família, base da sociedade civil, terá especial proteção do Estado”. Em face dessa afirmação, convém perguntar-se sobre o que se pode entender por *família*, neste caso, e que categoria de *família* constitui base da sociedade civil.

A doutrina tradicional definia a família, no sentido jurídico, como “conjunto de pessoas vinculadas pelo matrimônio ou pelo parentesco (descendência)”². Pensava-se basicamente na família matrimonial, apresentada como família em sentido restrito, e na família formada pelas pessoas que pertenciam a um mesmo tronco, possuindo ancestrais comuns, que era a família em sentido amplo. Considerava-se como família, portanto, o casal unido matrimonialmente e sua prole. Se nesse quadro desaparecesse algum dos cônjuges em virtude de morte, continuaria a união dos filhos com o cônjuge supérstite a ser tido como família, para todos os efeitos.

Durante o século XX, e de modo especial a partir dos anos sessenta, vários fatores levaram a mudanças nessa concepção de família.

Fatores de ordem sócio-econômica: como o aumento de participação do Estado e das organizações privadas na tarefa educativa dos filhos; a desvinculação progressiva do *status* social do indivíduo em função do casamento; a consolidação e ampliação da força produtiva

¹ Para maiores detalhes veja-se o estudo de BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família, cit..

² LEHMANN, Heinrich *Derecho de familia...* cit., p. 11.

das empresas, deslocando para fora do lar o papel econômico que outrora tinha a família, quando era unidade de produção. Restaram à família, basicamente, funções pessoais ou microsociais (MARTINEZ DE AGUIRRE, 1996, p. 17-18)³.

Avanços médicos e biológicos influenciaram na estruturação da família: desenvolveram-se meios anticoncepcionais que lograram separar, com maior sucesso, a sexualidade da reprodução; aperfeiçoaram-se técnicas que levaram a separar, em ordem inversa à anterior, a reprodução da sexualidade, mediante a fecundação *in vitro*. Nestes dois casos a união sexual se dissociou da reprodução, de modo que os fins do matrimônio, conforme eram concebidos - vida comum entre esposos, abertura à procriação e educação dos filhos -, puderam ser separados com o auxílio das técnicas médicas. Essas técnicas passaram a influenciar na vida em sociedade e reconfiguraram hábitos de relacionamento, dando-se maior peso às pretensões individuais face a eventuais interesses supra-individuais que pudessem colidir com elas. O medicamento possível foi recebido e incorporado por ser ideologicamente desejado (MARTINEZ DE AGUIRRE: 1996, p. 18-21).

O desenvolvimento da medicina cirúrgica, oferecendo técnicas de mudança morfofisiológica a quem desejaria pertencer a sexo diferente daquele com o qual nasceu, reforçou a pretensão humana de submeter uma realidade indisponível, como é a configuração morfológica, a seu desejo.

Ainda no plano médico, a mortalidade infantil decresceu e a expectativa de vida subiu. Esses fatores afetaram a composição dos quadros familiares: menos filhos morreriam na infância, e os idosos participariam mais tempo da vida familiar.

Outro acontecimento que mudou a compreensão da família foi a expansão do trabalho feminino fora do lar. A mulher ocupou mais espaço no mercado de trabalho e diminuiu sua dependência econômica com relação ao marido. Somado a outros interesses ideológicos, esse fator levou à alteração da estrutura interna da família, onde as funções familiares deixaram de estar vinculadas estritamente à condição sexual do cônjuge, avançando-se na igualdade de poderes e deveres entre os esposos. Tanto pela desvinculação da maternidade, mediante contraceptivos, quanto pela independência econômica, o casamento passou a se apresentar à mulher como menos necessário (MARTINEZ DE AGUIRRE, 1996, p.23).

Neste novo quadro, o aspecto afetivo-sentimental, submetido a outros interesses, ganhou maior realce, fazendo-se necessária sua permanente renovação em cada época da vida

³. O mesmo autor afirma que em paralelo a esses fatores sócio-econômicos esquecia-se que a família desempenhava funções formativas e assistenciais de primeira ordem, nas quais é praticamente insubstituível.

conjugal, para que se preservasse o interesse em manter o vínculo esponsal. O divórcio como possibilidade de desfazimento do vínculo tornou-se possibilidade próxima para os casos de ausência ou diminuição desse caráter afetivo.

Por fim, fatores de ordem filosófica e ideológica afetaram a visão do matrimônio, da família, e da sexualidade humana. Perpassando as correntes de pensamento que operaram essa metamorfose, pode-se identificar, como pano de fundo comum a todas elas, a idéia de que o matrimônio e a família são realidades que não poderiam mais ser indagadas sob uma perspectiva objetiva ou “natural” (direito natural), mas deveriam permanecer mutáveis e moldáveis em cada época pela compreensão de cada pessoa ou de cada Estado, sem atributos essenciais perduráveis.

Carlos Martinez de Aguirre aponta como correntes de pensamento que influenciaram essas mudanças de perspectiva: *a secularização e o positivismo*, que atribuíram à vontade humana e ao Estado o poder de definir o que se deveria entender, e o tratamento que se deveria dar à sexualidade; *o individualismo liberal*, com a concepção de que o matrimônio e a família são instrumentos a serviço exclusivo dos interesses e satisfações dos indivíduos, sem qualquer finalidade supra-individual; *a valorização do aspecto sentimental* como razão suprema e fundamento do surgimento e da manutenção do casamento, acima de qualquer outro interesse; *o pluralismo ideológico e a neutralidade do Estado* frente às diversas concepções acerca do matrimônio, família, sexualidade, e às diferentes formas dos cidadãos organizarem suas relações afetivas e sexuais (MARTINEZ DE AGUIRRE, 1996, p.23-24).

A Constituição brasileira, em boa medida, reflete tais alterações: ao lado da *família matrimonial*, no plano sócio-jurídico, veio a instalar-se a entidade familiar formada pela *união estável*; ao lado da família formada pelo *parentesco* (ancestrais comuns), veio a colocar-se o grupo familiar constituído, originariamente, sob a forma *monoparental* - mãe ou pai solteiros.

Na Carta Constitucional pode-se perceber a prevalência de uma postura individualista de família. Todavia, a sociedade civil, representada pela Assembléia Constituinte, ao mesmo tempo em que reconheceu as diferentes categorias de organização familiar, estabeleceu entre elas uma hierarquia, apontando quais são socialmente mais adequadas à ordem social.

Além da família matrimonial e da família constituída exclusivamente pela filiação, natural ou jurídica, a CF reconhece a *família informal* como entidade familiar, constituída sem pretensão de vínculo jurídico entre homem e mulher (união estável). Por disposição constitucional, também a *família informal* merece proteção do Estado. Essa *família informal* -

porque sem forma solene de constituição - é nomeada pelo constituinte como espécie de *entidade familiar*.

Outra espécie de entidade familiar origina-se da relação de filiação.

Entende-se que a proteção prometida à família monoparental atende, sobretudo, à prioridade absoluta da criança e do adolescente, com direito de desfrutar dos benefícios reservados em outros tempos somente aos filhos das famílias constituídas pelo casamento. Parece ser esta a finalidade primordial do reconhecimento e da proteção constitucional da família monoparental. A família monoparental, portanto, não é *modelo* a mais, oferecido aos cidadãos como produto jurídico-familiar apto a satisfazer o interesse de quem deseja ter filhos por meio de uma produção independente. Interpretar a previsão constitucional como incentivo a essa opção seria contrariar o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, pois se colocaria a satisfação pessoal de pessoa adulta e solteira acima do direito do incapaz a um lar completo. É preciso primeiro pensar no melhor interesse da criança.

A adoção unipessoal⁴ e o reconhecimento das situações de mães-solteiras são previsões legais voltadas a solucionar problemas instalados, quando não foi possível conferir melhor quadro familiar ao menor de idade. São remédios sociais. É necessário que as autoridades competentes usem de parcimônia ao legislarem ou julgarem a respeito desta matéria, para que se observe, de fato, a prioridade absoluta dos interesses da criança. Caso contrário pode-se favorecer a multiplicação de famílias monoparentais em atenção ao simples desejo de pessoas adultas solteiras possuírem filhos, para realização afetiva pessoal, sem que se leve em consideração a pessoa do filho, com a dignidade correspondente.

De outra forma o planejamento familiar, “[...] livre decisão do *casal* [...]”, “[...] fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade *responsável* [...] [...]”⁵, segundo art. 226, § 7º da CF, seria mal aplicado, servindo de fundamento para lesar, *a priori* e voluntariamente, o direito da criança de ser educada em uma família completa, de acordo com a ordem natural da vida, e de saber a identidade de seu pai. Não se observa essa previsão constitucional quando o direito positivo acolhe pretensões subjetivas e individualistas permitindo que se instalem, por exemplo, bancos de esperma que tratam a criança (*concepturo*) como objeto de direito, quando ela deveria ser tratada como sujeito que merece tratamento diferenciado em função de ser prioridade absoluta e estar em desenvolvimento: seus direitos fundamentais carecem de maior proteção que os direitos dos pais.

⁴ A possibilidade do pai solteiro é real desde que se tornou possível pelo ECA, art. 42, a adoção por pessoas solteiras.

⁵ Grifos nossos.

Apesar de a tendência individualista imperar no sistema jurídico nacional, especialmente desde a Lei do Divórcio de 1977, os dispositivos constitucionais referentes à união estável parecem contrários à subjetivação máxima da relação familiar. A previsão constitucional da união estável, regulamentada na esfera infraconstitucional, impede a liberalização total da vida a dois, pois faz tabula rasa do desejo de homem e mulher de conviver à *latera* de qualquer vinculação jurídica⁶.

Em que medida a família constituída pela união informal de homem e mulher desimpedidos de se casarem atende interesses da sociedade a ponto de o constituinte prescrever que o Estado vincule a quem não quis vincular-se?

Somente se compreende essa atitude se se reconhece que toda relação esponsal, duradoura, seja ou não matrimonial, tem *organicidade* que transcende seus membros, vinculando-os entre si a despeito do interesse exclusivo dos mesmos de se manterem juridicamente independentes.

O caráter social do relacionamento durável entre homem e mulher, *desimpedidos de se casarem*, vivendo como se casados fossem, configura o *estado social* de casados, de modo que efeitos jurídicos se desprendem dessa *relação familiar*. Essa relação produz efeitos *jusfamiliares*⁷.

Nestes casos a vontade individual das partes não prevalece sobre a realidade social da vinculação, *imposta juridicamente*, devido ao reconhecimento social de uma relação esponsal, a despeito da deliberação contrária do companheiro e da companheira.

Se a união estável goza da proteção do Estado, é porque se assemelha à união matrimonial. O caráter familiar da união estável serve de fundamento para o reconhecimento impositivo do vínculo e a formalização heterônoma da relação, por força da lei (Lei da União Estável antes e, agora, o CC, art. 1.726).

Com o dispositivo constitucional, a sociedade civil uniu *juridicamente* aqueles que pretendiam manter união informal.

A união matrimonial projeta alterações importantes sobre a situação jurídica dos esposos, que passam a realizar uma *função social* fundamental na sociedade – passam a

⁶ Deve-se registrar, também, que o reconhecimento da união estável atende, por outro lado, à pretensão legítima do companheiro que pretendia casar-se e se vê obrigado a submeter-se a situação informal por exigência do parceiro. A imposição jurídica do vínculo protege a parte mais fraca na relação.

⁷ O protagonismo da criança e do adolescente ainda não chegou a afetar a concepção individualista das uniões maritais. Convém assinalar que o discurso que reforça o direito fundamental da criança à convivência familiar, que deveria ser garantido como prioridade absoluta, não tem levado a uma revisão e redução da autonomia aparentemente total da relação afetiva homem-mulher com prole.

integrar a *base* da sociedade, segundo os termos da Constituição. As responsabilidades sociais assumidas pela família matrimonial podem ser reconhecidas nos encargos que a situação impõe aos cônjuges, que assumem deveres próprios desse novo estado. À autonomia da vontade individual, que serve à constituição do vínculo, soma-se a responsabilidade socialmente reconhecida. A solenidade do matrimônio serve para manifestar esse novo modo de estar dos cônjuges perante a coletividade, com as implicações que traz consigo⁸.

Na união estável é perceptível a autonomia da vontade individual na constituição da relação intersubjetiva, sem a formalização do vínculo. No Brasil, a lacuna da formalização voluntária foi preenchida pelo *reconhecimento social*, que a partir desse momento mereceu projeção jurídica, importando na alteração do *status* jurídico dos conviventes⁹. A lei *formalizou* as uniões duradouras entre homem e mulher desimpedidos de casarem, sem considerar as vontades que os companheiros poderiam ter de manter-se afastados de qualquer vinculação jurídica.

Há uma *função social* nos agrupamentos familiares, mesmo naqueles que se constituem de modo imperfeito, como é o caso da união estável, em comparação com o matrimônio.

Contudo, apesar de a união estável se assemelhar ao casamento, com ele não se confunde. O constituinte não definiu com idêntico qualificativo as duas situações e previu que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento, o que leva a inferir que o casamento é causa final e exemplar da união estável. Além do mais, caso as situações fossem idênticas não haveria porque *converter* a união estável em casamento¹⁰. Nas palavras de Jaques de Camargo Penteado:

“Os juristas salientam que não houve equiparação entre casamento e união estável. A união estável não gera conseqüências idênticas às do matrimônio. Salienta-se que a união estável apenas garante a submissão do ‘par ao denominado Direito Tutelar ou Assistencial’ (Bittar)” (PENTEADO, 1998, p. 110).

⁸ Ainda mais em tempos de tão fácil divórcio, não cabe mais o argumento do desuso do casamento pela indissolubilidade.

⁹ O caráter jurídico de uma dada situação decorre principalmente do reconhecimento social desse *caráter jurídico* por parte da sociedade, restando esse reconhecimento acima da vontade individual das partes e da “vontade estatal” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, 2002, p. 11).

¹⁰ Traçando analogia dos conceitos aristotélicos de substância e acidente, PENTEADO afirma que família pode ser entendida como uma substância que se perfaz com notas que vão além da estabilidade, requisito suficiente para a união estável. O casamento implica uma relação perfeita, juridicamente, e por isso é a meta final da união estável. A determinação da conversão da união estável em casamento aponta que há distinção entre ambas e caracteriza o casamento como mais perfeito, pois não faria sentido a CF encaminhar uma situação para outra que fosse pior. (PENTEADO, 1998, p. 108-109).

É sintomático que a Constituição¹¹ apresente os conceitos de *família* e de *entidade familiar* grafados de modo diferente, em dispositivos autônomos (art. 226, *caput* e art. 226 §§ 3º e 4º), que se aproximam apenas “para efeito da proteção do Estado” (art. 226 § 3º). Pode-se concluir da interpretação sistemática do art. 226 e parágrafos que há um paradigma ideal de família desejada pela sociedade: a família *matrimonial*, como se pode depreender da ordem de apresentação de ambos os conceitos.

Os §§ 1º e 2º do art. 226 tratam expressamente do casamento, enquanto os §§ 3º e 4º dedicam-se à união estável e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além disso, o art. 226, § 3º, determina que a lei facilite a conversão da união estável em casamento.

No casamento civil os laços de relacionamento tendem a ser mais fortes. A solenidade do ato e a presença de normas cogentes no casamento pretendem dar-lhe efeito duradouro e garantir a estabilidade da relação, na medida do que é possível ao direito. Um quadro de direitos e deveres que estabeleça padrões mínimos de comportamento e de mútuo respeito, e ofereça modo de gerenciamento do patrimônio familiar, facilita a organização, a convivência e a paz internas no seio familiar, o que convém à sociedade, aos cônjuges e à prole.

Do ponto de vista sócio-jurídico, a formalização expressa melhor a natureza associativa da família pela adesão voluntária a um projeto traçado objetivamente, cujas finalidades e regras básicas de relacionamento estão claramente expressas em lei. Isso confere maior segurança aos que se unem com o objetivo de constituir família, uma vez que passam a ter estatuto mínimo de condutas que deve ser observado para a manutenção da relação.

A estabilidade jurídica do casal contribui para o benefício dos filhos. Filhos de pais casados contam com referência externa da situação jurídica dos genitores – o modelo matrimonial. Tomando por referência hipotético casal, unido matrimonialmente, pode-se afirmar que a disciplina jurídica à qual estão submetidos possui contornos precisos, o que facilita a organização da família; se este mesmo casal vivesse em *união estável*, a relação dos companheiros estaria sob estatuto menos perfeito e impreciso, o que facilita que o relacionamento entre eles mantenha-se sob nebuloso regime. Essa situação se reflete na gestão do poder familiar. Os deveres decorrentes da paternidade, quando somados aos deveres do casamento, tendem a facilitar o trabalho conjunto dos pais perante os filhos. Sendo mais forte o vínculo que os une, maior será a responsabilidade compartilhada, e os direitos dos filhos

¹¹ Convém recordar que o Estado é instrumento a serviço da sociedade e a Constituição é o instrumento formal do qual se vale o Poder Originário que o cria.

serão mais protegidos. Tal pressuposto parte da perspectiva do direito enquanto estrutura de organização da vida social. Por isso pode-se afirmar, sob a perspectiva jurídica, que os filhos de pais casados tendem a ter melhores possibilidades de formação.

O casamento é o melhor modelo de união entre homem e mulher na formação da família pela estabilidade jurídica que propicia. Quando não são casados os pais, o Estado deve estar mais atento à formação do menor. “Quando as crianças nascem e os pais estão juntos, não se investiga sobre a capacidade deles, ou seja, o Estado não interfere para saber se eles estão adequados ou não” (SILVA PEREIRA, 2000, p. 89).

A extensão da proteção do Estado às *entidades familiares* responde a uma necessidade: a união estável apresenta potencialidade matrimonial decorrente do reconhecimento social da similitude dessa situação ao casamento: os *traços jusfamiliares* aí presentes justificam a intervenção protetiva do Estado. À *liberdade* de associação familiar corresponde uma *responsabilidade* social. Tendo em conta o aspecto jurígeno desses traços, convém que seja encaminhado à forma mais adequada, porque juridicamente perfeita, como é o casamento (CF, art. 226 § 3º e CC, art. 1.726)¹². O art. 1.726 do CC regulamentou esta conversão: “a união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

A *entidade familiar*, portanto, tem por referência a *família matrimonial*, em algum de seus traços: pais com prole, na família monoparental ou, simplesmente, a reunião perdurável de homem e mulher desimpedidos de se casarem.

Diante do exposto, compreende-se porque a associação familiar sofre ingerência externa: está ligada aos interesses e à organização da própria sociedade civil, não podendo ficar à mercê exclusiva das vontades e interesses individuais daquele que se relaciona familiarmente com outra pessoa.

Quando dessas associações originam-se filhos, o grau de interferência externa tende a aumentar porque a prioridade protetiva dos interesses da criança e do adolescente sobrepõe interesses individuais dos pais. Existindo filiação, haverá poder familiar, e o Estado e a sociedade deverão intervir na administração deste poder quando se constatar atuação insuficiente ou prejudicial ao menor por parte dos responsáveis imediatos. Fora dessas hipóteses, deve-se respeitar a autonomia familiar, pois

“[E]m princípio, podemos afirmar que o nosso sistema jurídico autoriza os pais a criarem seus filhos da maneira que lhes pareça a mais apropriada. São livres de fazê-

¹² Eventualmente poderia se dizer que há aí elementos do suporte fático do casamento, mas insuficientes: a conversão em casamento completa os elementos faltantes.

lo como quiserem. São responsáveis por sua alimentação, vestuário, educação, saúde e lazer. Cabe-lhes definir o parâmetro da educação que pretendem dar, conforme seus próprios modelos e dentro de sua opção cultural” (SILVA PEREIRA, 2000, p. 48).

Visto que o Poder Público interfere na regulação da relação homem-mulher, pelo interesse social que essa união desperta, mesmo na ausência de filhos, quanto mais não deveria fazê-lo na presença de prole. Poder-se-ia cogitar, neste caso, da criação de uma curadoria do vínculo (constituído autônoma ou imposto heteronomamente) no interesse dos filhos menores, que se encarregaria de tentar manter unidos os pais em conflito, buscando evitar a dissolução da relação, em função do grau de prejudicialidade das separações para a prole¹³. Entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente está o direito à convivência familiar, que é otimizado pela presença de ambos os pais junto ao filho (ECA, art. 19). Há meios modernos de terapia de família que poderiam auxiliar nesse processo. Mas, esta questão, apenas citada, não será aqui desenvolvida.

2. Competências do Estado, da sociedade e da família em matéria familiar: em busca de um critério

Convém que a relação da família com a sociedade civil e com o Estado seja pautada por critério que oriente *quando e em que âmbitos* esses agrupamentos poderão interferir na condução da vida do indivíduo não emancipado. Esse critério tem por fundamento a divisão de *competências materiais* ou *formais* entre eles.

Para definir os âmbitos da vida privada nos quais o Estado e a sociedade civil podem intervir, bem como os momentos em que tal interferência é necessária, pode-se recorrer à filosofia social, matéria que sofreu eclipse com o desenvolvimento da sociologia no século XX e que tende a recuperar espaço nos meios científicos em face da complexidade pós-moderna, carente de princípios éticos que favoreçam a convivência pacífica e harmônica no relacionamento social.

Para disciplinar a *ordem social*, o direito positivo deve se socorrer da *filosofia social*, sob risco de afrontar a base das relações que se criam no seio da convivência. A sociologia tem por objeto constatar o que ocorre, não diferenciando o *acontecido* do *devido*, de modo que serve à análise, mas não auxilia na proposição de resoluções aos problemas sociais. Por meio da *filosofia social* pode-se responder, por exemplo, qual grupo tem *competência*

¹³ Luiz Mendizábal Oses, (MENDIZÁBAL OSES, 1977, p. 42) argumenta que pelo fato da natureza ter provido todo ser humano *naturalmente* do bem que é uma família, os menores gozariam de uma *titularidade dominical* sobre tal entidade, que serve para satisfazer suas necessidades primárias e o desenvolvimento de seus interesses essenciais.

originária para tratar da educação dos incapazes por defeito de idade, se é possível estabelecer hierarquia entre eles e quais princípios poderiam nortear a atuação harmônica dessas *esferas* ou *círculos de coletividade* na tutela da pessoa humana e na promoção do bem comum.

Os agrupamentos citados (Estado, sociedade civil, família) dividem competências e ocupam espaços diferenciados, tendo em vista a consecução do bem comum. Cada qual atua em âmbito da vida social. É difícil estabelecer *regras* que regulem com exatidão o espaço de cada qual. As competências são estabelecidas, em linhas gerais, por meio de *princípios*. Os princípios que orientam o relacionamento dos círculos de coletividade adquirem feição jurídica na medida em que determinam *dever-ser* que vincula socialmente. Essa força deontológica converte-os em princípios jurídicos.

Cabe aqui digressão a respeito dos princípios de direito, que retornam na atualidade como técnica preferencial de sistematização e aplicação do direito. Além disso, convém traçar linhas a respeito da noção de *competência*, para que o uso do conceito nesse plano seja compreendido e aplicado de modo uniforme.

Entre as entidades que envolvem o menor de idade, a família ocupa a primeira posição em ordem de precedência, pois é órgão imediato de sua formação. A sociedade civil (*sociedade política* em Maritain) está em segundo plano, pois precede o organismo estatal na existência. Em terceiro lugar, coloca-se o Estado, entidade instrumental que tem por função zelar pelos serviços públicos como representante da sociedade política na gestão dos poderes que pertencem a ela.

Os três círculos sociais aparecem relacionados no §1º do art. 226 da CF, sob o título VIII da Carta Magna nomeado *da ordem social*: “a família, base da sociedade civil, terá proteção especial do Estado”. De modo sintético está expressa nessas palavras a relação de interdependência entre eles, segundo a hierarquia acima: a *família* é a base (célula social) sem a qual não se constitui a *sociedade civil* (o tecido social). O Estado, por sua vez, produto da sociedade civil organizada, foi incumbido expressamente por ela de proteger sua base, ou seja, a família.

A família é o agrupamento social que tem maior responsabilidade na formação das novas gerações. Por isso a sociedade política, reunida em Assembléia Constituinte, quis impor ao Estado o dever de protegê-la especialmente, prescrevendo-o no documento que constitui e define as competências estatais (LEHMANN, 1953, p. 273).

Parte do direito positivo é produto do *reconhecimento social* do que há de juridicidade nas relações intersubjetivas. As relações sociais que se juridicizam são frutos da ação e interação das pessoas entre si e dos círculos sociais. Nesse passo afirma Pontes de Miranda que

“[...] a cada círculo social corresponde o seu *tipo de direito*, o seu sistema. Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, tem o direito que lhe corresponde (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 170).”.

Ter “o direito que lhe corresponde” significa *ter o poder que lhe compete* na divisão de funções entre círculos sociais, para garantir a saudável convivência humana. Nesse sentido, Johannes Messner dizia que “o direito consiste em *competências* garantidas, isto é, em poderes seguros para fazer, ter ou exigir algo perante uma eventual violação de outrem”. “As competências conferidas pelo direito devem-se às responsabilidades ligadas aos fins existenciais dos homens” (MESSNER, s/d, p. 211).

Convém analisar brevemente o conceito de *competência*.

O termo competência procede do latim (*cum petere*) “e significa pretender, pedir, solicitar algo de outra pessoa; e mais concretamente, a aptidão ou idoneidade para a realização de determinados atos conforme a certas regras” (PELÁEZ DEL ROSAL, 1989: p. 87). Neste último significado é que o termo adquire sentido jurídico, habitualmente ligado ao direito público, onde se definem as regras de convivência mais amplas. Pouco comum tem sido o uso desse termo no estudo do direito privado. Em fase de aproximação conceitual entre direito privado e direito público, valer-se do uso desse conceito pode mostrar-se recurso de grande utilidade.

Competência, conclui Massami Uyeda (UYEDA, 1992, p. 156), é termo de difícil conceituação. Facilmente é apontado como consequência das cartas constitucionais, uma vez que a norma fundamental costuma dividir os poderes públicos (UYEDA, 1992, p. 162) entre as unidades da Federação, ou separá-los de acordo com as funções legislativa, executiva e jurisdicional, atribuindo a determinados órgãos ou entidades parcela de responsabilidade no gerenciamento dos poderes públicos.

Na doutrina do direito constitucional, a *competência* pode ser definida como “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões” (SILVA, 2000, p. 479-485). Fica ela restrita ao Poder Público.

De modo geral, o conceito de *competência* tem função delimitadora da margem de atuação de uma entidade. Em matéria de direito público - campo regido pelo princípio da legalidade - tende a Constituição a definir as competências nos âmbitos quantitativo ou extensivo, parcela de poder cabível a cada unidade da Federação, e qualitativo, atuação do Poder Público separado na tríade funcional entre executivo, legislativo e jurisdicional.

A ciência do direito constitucional desenvolveu teorias para explicar as *competências* do Estado. Pode-se aproveitar do arcabouço conceitual de José Afonso da Silva, em seu aspecto formal, para unificar o sentido dos tipos de competência de cada círculo social, no tocante ao poder de interferir na vida do incapaz por carência de idade.

Dentre os critérios de classificação possíveis, mostra-se útil ao escopo desse trabalho aquele que nomeia as competências de acordo com a *extensão* do poder cabível a cada entidade, em determinada matéria. Esta *competência extensiva* se subdivide em quatro tipos: *exclusiva, privativa, concorrente e suplementar*.

A *competência exclusiva* é aquela que não admite complementariedade e nem delegação. A *competência privativa*, por sua vez, assemelha-se à exclusiva, com o diferença de admitir delegação. A *competência concorrente* (ou *comum*) é a competência que, originariamente, é atribuída a mais de uma entidade. Pode ser que esta *competência comum* seja dividida, criando-se diferentes graus de participação das entidades que concorrem no exercício do mesmo poder. Pode ser que haja participação igual das entidades na gestão do poder que lhes compete, ou pode ser que haja primazia de uma com relação à(s) outra(s). Neste caso, quando há reserva de certas incumbências a uma delas *a priori*, por disposição legal ou por força da normatividade jurídico-social, surge a *competência suplementar*, categoria de competência concorrente. A *competência suplementar* é exercida apenas quando a entidade que tem preferência para exercer a *competência concorrente* não o faz, ou se limita aos aspectos gerais da matéria que administra, restando à outra suplementar o exercício do poder dado a ambas (SILVA, 2000, p. 482-483).

Outro critério classificatório diz respeito à sucessão da competência de que se investe. Será chamada de *originária* a competência quando exercida pela entidade que foi originariamente investida dela. Será *delegada* a competência quando a entidade que a exerce sucede a uma outra, que lhe tenha delegado tal poder (SILVA, 2000, p. 483-484).

É de grande utilidade o uso do conceito de *competência* para que se compreenda o que cabe a cada entidade no jogo de responsabilidades em defesa dos direitos da criança e do

adolescente. Nesse caso, ao invés de se falar em competência legal (definida pela lei), melhor seria falar-se de *competência natural*¹⁴, pois precede a lei.

As competências naturais da família e da sociedade civil independem de previsão legal estatal para serem reconhecidas e operarem efeitos, apesar de o conhecimento delas ficar condicionado pela cultura e sua realização poder ser controlada pela lei positiva (HERVADA, 1990, p. 131). As competências estatais, sendo o Estado ente criado pela sociedade, necessitam estar previstas de modo claro nas constituições ou convenções públicas da sociedade civil, onde se deveriam definir, de acordo com uma razão de proporcionalidade e adequação, quais funções podem ser transferidas ao Estado quando couber a ele agir em nome da sociedade civil. Todavia, pode acontecer de algumas competências estatais não estarem positivadas, por imperfeição dos documentos correspondentes, pela cultura da população, pela eventual impossibilidade de previsão quando da elaboração da Carta Política, ou pelo fato de algumas delas não necessitarem de reconhecimento formal, por estarem devidamente assimiladas no contexto sócio-político.

Na CF há repertório imenso de competências estatais. Em quantidade menor, podem ser nela identificadas competências dos demais círculos sociais. Todavia, para descobrir, de modo mais completo, qual a competência cabível aos grupos diferentes do Estado, deve-se ir além dela e buscar subsídios na filosofia social.

As competências dos diversos círculos sociais – família, Estado, sociedade política – em matéria de criança e adolescente, são mais bem percebidas por meio dos princípios que orientam a ordem social. Antes da exposição dos princípios aplicáveis a essa matéria, convém repassar, brevemente, a noção de *princípio*, no âmbito sócio-jurídico.

3. Princípios de ordem social

3.1 Princípios e relações jurídicas entre Estado, sociedade e família.

Autores da segunda metade do século XX desenvolveram doutrina que revigora a força dos princípios em matéria jurídica, como reação ao formalismo positivista que dominou o século XIX e boa parte do XX. Entre outros contribuíram para essa retomada Chaim

¹⁴ A palavra *natural* tem sua raiz (*nat.*) relacionada ao supino do verbo latino *nasc-or (nat-us sum)*, que significa nascer. Assim também as palavras nato, inato, nativo, natalidade, natureza, nação. (GÓIS, 1945, p. 206-207). O qualificativo *natural* refere-se, neste uso específico, ao nascimento de algo que não precisa ser *posto* pela vontade humana para que possa existir, por se tratar de algo que *nasce com o homem* ou que *nasce da situação concreta*, socialmente estabelecida, sem a necessidade da chancela do direito positivo estatal. Portanto algo nascido com a pessoa ou algo nascido de uma situação relacional onde a declaração de vontade humana, ainda que presente, não é a causa eficiente do fenômeno.

Perelmann, Theodor Viehwg, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para efeitos do presente estudo, julgou-se por bem apresentar a doutrina principiológica conforme exposição sintética de Hernán Valencia Restrepo e de Eros Roberto Grau, que em muito seguem os autores acima citados.

Hernán Valencia Restrepo dedicou-se a estudar aspectos dos princípios gerais de direito - suas funções, sua história, origem, natureza e fundamentação.

A fragmentação dos hábitos sociais gera complexidade superior à capacidade legislativa, fazendo-se recomendável a flexibilização do Direito mediante artifícios que permitam a adequação do aparato jurídico e judiciário às situações. Para isso servem as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados e, a proliferação de normas principiológicas. Fornece-se ao operador do direito, dessa forma, ferramentas apropriadas para tratar com o devido acerto os fatos atuais.

Valencia Restrepo define princípio como "norma jurídica, fundamental, taxativa, universal, tópica, axiológica, implícita ou explicitamente positiva, que serve para criar, interpretar e integrar o ordenamento" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 15). Cada termo desta definição merece breve desenvolvimento, forçosamente sintético, pois não é o objeto específico deste estudo. Diferenciam-se nela quatro notas referentes à natureza jurídica e quatro ligadas à natureza filosófica dos princípios (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 15-23).

Como atributos de sua natureza jurídica, os princípios são *normas jurídicas* (1), *taxativas* (2), *explícita ou implicitamente positivas* (3) e com *função tríplice de criar, interpretar e integrar* o ordenamento (4).

São normas jurídicas "porque possuem os elementos estruturais de toda norma jurídica: um suposto e suas conseqüências" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 16). Nos princípios, "o suposto [hipótese de cuja realização dependem as conseqüências] sempre é expresso, apesar de com muita frequência de um modo sumamente genérico ou superficial" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 17), enquanto as conseqüências (constituição, modificação ou extinção de posições jurídicas) são demasiado tácitas, no que se diferenciam das normas não principiológicas, como as leis e os costumes, que tendem a especificar expressamente tanto um quanto outro.

As normas principiológicas necessitam de norma posterior que as particularize. Isso também se exige para as normas que não possuem especificação devida. Em matéria de princípios a norma particulazidora costuma ser editada pelo órgão responsável de dizer o direito - *juris dictio* - em cada caso.

Outro argumento apresentado por Valencia Restrepo, para configurar princípios como normas jurídicas, é o fato de cumprirem a mesma função perante os operadores do Direito, qual seja, a de *regular casos*. Onde há a mesma função, deve haver a mesma natureza, de acordo com o aforisma filosófico *operari sequitur esse*, o agir segue o ser (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 18).

Por fim, uma consideração de ordem prática: todas as cortes de cassação americanas e européias estabelecerem que a violação de um princípio é violação de norma e, logo, constitui fundamento para interposição de recurso.

O caráter taxativo dos princípios adviria de sua relação com o bem comum, a ordem pública e os bons costumes, pilares da sociedade segundo Valencia Restrepo. Esses três elementos seriam valores e constituiriam os fundamentos necessários da convivência social. "Toda norma taxativa, ou é um princípio, ou é a aplicação de um princípio" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 18).

Seriam normas implícita ou explicitamente positivas. Explicitamente positivas quando emanadas da autoridade estatal ou pré-estatal, quando estabelecidas por Assembléia Constituinte, de modo expresso ou solene, dotadas formalmente de coercibilidade. Seriam implícitas quando não positivadas por órgãos legislativos, sendo, no entanto, de compreensão geral entre os órgãos aplicadores do direito. O caráter normativo implícito recupera vigor após domínio do positivismo formal, que limitava o *jurídico* ao consubstanciado por escrito, ditado pelas autoridades legislativas. Excluía-se a possibilidade de deduzir outros princípios por meio da interpretação. A admissão dos princípios implícitos impõe a abertura do sistema jurídico, e é tendência atual. Os sistemas fechados viram-se na necessidade de render-se à tópica principiológica diante dos casos que ficaram excluídos da incidência dos princípios expressos.

A importância do direito principiológico pode ser captada nas palavras de Grau:

“[O]s princípios são o conteúdo das formas jurídicas. O desafio com que nosso tempo interpela ao jurista é, precisamente, o da composição de equilíbrio entre conteúdo e forma. E o completo discernimento da complexidade desse desafio supõe o conhecimento não somente do direito posto, mas também do direito pressuposto”¹⁵.

A fundamentação do direito principiológico, para Grau, pode estar no direito posto ou no direito pressuposto.

O direito posto seria o direito produzido pelo Estado, direito moderno ou direito formal. O direito pressuposto é deduzido das relações jurídicas embutidas, escondidas nas relações sociais (GRAU, 1998, p. 61-63). O direito pressuposto é produto cultural, fruto de

¹⁵ (GRAU, 1998, p. 27).

sua época. É formado "fundamentalmente, [por] princípios"(GRAU, 1998, p. 57). Fundamenta todo o direito positivo. Nasce da vida em sociedade e se manifesta no direito posto especialmente por intermédio de princípios.

Esse pensamento pode ser estendido aos princípios que orientam a ordem social e que não estão expressos no direito oficial, formal.

Para Valencia Restrepo "é a história que tipifica e condiciona a definição dos princípios, e não vice-versa" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 14). Critica a posição do jusnaturalismo racionalista (Hobbes, Rousseau) e o positivismo, filiando-se à escola do Direito Natural Objetivo, por entender que tal escola apresenta a melhor explicação do fenômeno da juridicidade *ex facto*.

O que Grau chama *direito pressuposto* pode ser aproximado àquilo que Valencia Restrepo denomina *normas principiológicas implícitas*.

Quarta nota dos princípios gerais é sua tríplice função: criar, interpretar e integrar o ordenamento. A função criativa está em que os princípios prescrevem como deve ser a elaboração, modificação e derrogação do direito. Seu caráter interpretativo se deduz por orientar o aplicador do direito em sua compreensão, observância e execução. Por fim, o aspecto integrativo dos princípios responde à necessidade de se recorrer aos princípios quando há lacuna no ordenamento. É a função mais difundida no Brasil, por força da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º.

Do ponto de vista filosófico, Valencia Restrepo entende que o princípio é norma fundamental, universal, tópica e axiológica. Fundamental: sobre eles se constrói todo o direito objetivo. "O fundamental é o filosoficamente principal, e equivale ao taxativo, que é o juridicamente principal" (VALENCIA RESTREPO, 1996, p. 20). Seguindo a definição aristotélica de universal, *o que*, por sua natureza, *pode-se predicar de muitos*, conclui que os princípios são universais porque aplicáveis a infindáveis casos. Teriam caráter axiomático: não há como demonstrá-los, assim como não cabe demonstração dos axiomas matemáticos. Os princípios são apenas plausíveis, prováveis¹⁶.

As definições no âmbito das ciências sociais estão ligadas principalmente à razão prática e não à razão teórica, que serve às ciências exatas. As ciências humanas padecem inexatidão, por força da liberdade humana, motor da variedade e contingência das situações

¹⁶ O sistema tópico, descrito por Theodor VIEHWEG, é um sistema aberto que aceita pontos de vista diferentes acerca da compreensão e da resolução de um mesmo problema. É possível que estes pontos de vista partam de princípios diferentes. Para o jurista chegar a uma certeza (que lhe facilita a decisão) entre as possíveis respostas para o problema, deverá perguntar-se qual delas parece ter maior verossimilhança. Chega-se a esta certeza por meio de um método de argumentação dialógica (em diálogo com o fato a partir do *tópoi* – ponto de vista adotado). (VIEHWEG, 1969, on line).

ao longo do tempo: é impossível compreender, abarcar, o humano dentro de uma teoria absolutamente exata e precisa.

Quanto ao caráter axiológico todas as normas o possuem, seja direta ou indiretamente, uma vez que ao fim e ao cabo estão relacionadas a algum valor¹⁷.

Deve-se completar esta brevíssima exposição sobre os princípios de direito, chamando a atenção para a hierarquia que pode ser estabelecida entre eles.

Quando os princípios estão expressos no direito formal, mais fácil sua aplicação. Quando implícitos, mais trabalhosa a fundamentação, mas nem por isso menor sua força vinculante.

Convém estar atento à fonte da qual emanam os princípios. Após o desenvolvimento e a incorporação do constitucionalismo às culturas jurídicas ocidentais, as normas constitucionais se impuseram no topo da hierarquia formal e material do direito. Desse modo, os princípios expressos ou implícitos no direito formal têm maior força se estiverem mais próximos ao topo do ordenamento, a Constituição.

A CF de 1988 dedica título à “ordem social”, e os princípios que puderem ser relacionados a esse título têm maior peso normativo, devendo nortear todo o sistema dedicado à matéria.

3.2 Prevalência dos princípios constitucionais

Enquanto sistema, o direito tem ordenação e coerência internas. É uma totalidade organizada. Todavia, essa coerência não se refere a uma uniformidade de pontos de chegada. Isto seria impossível, dada a multiplicidade de situações diferentes na complexidade do mundo. Cada caso pede resposta apropriada, feita à sua medida. Em cada situação, um dado diferente pode exigir resposta reelaborada integralmente, em comparação com situação assemelhada.

A coerência que se pode esperar do sistema jurídico não decorre, portanto, de uniformidade de decisões. Estaria ela apoiada, isto sim, na simetria do *modo* de aplicar o direito. A coerência viria, dessa forma, por meio do *know-how* utilizado pelos juízes, sedimentado na jurisprudência.

¹⁷ Segundo LARENZ, “por ‘princípios jurídicos’ entendemos aqui *idéias jurídicas gerais* que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à idéia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos. Em parte, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a idéia de “boa fé” ou a “justiça distributiva”; em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios de imputação; em parte ainda, são postulados ético-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes, etc” (LARENZ, 1978, p. 569).

O juiz não pode deixar de fundamentar o direito na dogmática. Por mais que suas metas sejam elevadas, deve sempre seguir as regras do jogo. Paulo Ricardo Schier (SCHIER, 1997) desenvolve essa idéia lembrando que os adeptos de teorias socialistas não podem fugir desse método, invocando a injustiça do sistema como motivo. O sistema, em si, não pode ser tachado de injusto, uma vez que é forma onde se conseguiu sintetizar procedimento *standard*, inteligível a qualquer pessoa.

Ao interpretar o fato e os dispositivos legais a partir da meditação do caso concreto, como no círculo hermenêutico de Larenz (LARENZ, 1989, p. 337), o juiz aprimora seu raciocínio, num ir e vir do caso à norma, de acordo com hierarquia de valores ponderados (princípios, em termos técnico-jurídicos). Esse sopesar entre princípios cabíveis, ditados pelo caso concreto, encontra o seu paralelo normativo no âmbito da hierarquia legal. Na estruturação do arcabouço legal já se percebe quais valores reclamam preferência, segundo as coisas costumam ser. Trata-se de orientação, não de imposição. Não se pode atribuir caráter absoluto a nenhum princípio, salvo o princípio da dignidade do ser humano, que por ser o único absoluto, permite-nos considerar os demais relativos a ele.

A ordenação sistêmica está alicerçada na idéia de *estrutura*. A *estrutura hierárquica dirige* a interpretação permitida pela abertura do sistema. Estabelece um mínimo de ordem entre os preceitos a serem aplicados. Essa estrutura impõe modo de proceder harmônico e torna possível a continuidade coerente de sentido entre as normas. A aplicação do direito deve seguir a cadência dada pela hierarquia normativa. A composição das normas, sob hierarquia formal, estabelece pauta de orientação para o tratamento de assuntos jurídicos.

Os princípios que informam o tecido das normas, que lhe dão concreção, ao serem postos na Constituição, somam à *hierarquia formal* certa *hierarquia material*. Os valores da Norma Fundamental se refletem nas demais normas do sistema, que dela retiram fundamentação. Ela serve de base à criação legislativa e à aplicação do direito. A interpretação *conforme a constituição* gera ressonância dos valores constitucionais em todo o sistema.

Quando se inscrevem determinados princípios na Constituição, estabelece-se hierarquia de valores no sistema normativo. O rigoroso procedimento para alteração da Constituição¹⁸ aumenta a força de tais princípios.

Não se pode perder de vista que a Constituição é uma carta política. No jogo de forças dos grupos que estiveram presentes em sua gestação, setores organizados da sociedade

¹⁸ Rigoroso sobretudo em matéria de direitos e garantias fundamentais, aos quais os princípios estão estrategicamente vinculados, via de regra, dada sua dependência do princípio fundamental da dignidade humana.

defenderam interesses diversos. Isso explica a presença de princípios aparentemente opostos na Carta Magna¹⁹. Dentre os diversos princípios constitucionais há um que se sobrepõe aos demais. A norma máxima é o princípio da dignidade humana e por ela se resolverão aparentes conflitos entre princípios. Há princípios no ordenamento jurídico que devem ser reconhecidos e aplicados desde que não colidam com princípios constitucionais.

A identificação dos princípios que informam setores da convivência sócio-jurídica permite otimizar a aplicação do direito respectivo, mantendo-se a coerência do sistema. Os princípios relativos à ordem social informam a estrutura da vida em sociedade em razão do que têm natureza ética, política e jurídica. A dimensão social e política da organização familiar, estudadas na Ética Social, são de grande relevância para o Direito e devem subordinar o jurídico, sob risco de se reduzir o direito a pura força, sem sentido.

A digressão acima serve para introduzir quatro princípios que se encontram expressa ou implicitamente na CF de 1988, em sua feição jurídica e política, e na legislação pertinente ao poder familiar. Eles compõem a base sobre a qual se assenta a relação entre as esferas de coletividade no que se refere ao menor de idade, regulando as competências de cada uma.

3.3 O princípio da subsidiariedade

A Igreja Católica desenvolveu conceitos e princípios para o relacionamento entre os círculos sociais - família, sociedade civil e Estado -, de acordo com divisão de competências. Desde o século XIX compõe de modo sistemático sua Doutrina Social com edição periódica de documentos eclesiais e pastorais²⁰, em resposta a abusos perpetrados contra a pessoa humana em matéria política, econômica e social. O *princípio da subsidiariedade* é dos mais importantes da Doutrina Social católica.

A palavra provém do latim *subsidium*, que significa “ajuda desde a reserva”, ou seja, desde uma instância que não é responsável diretamente pelo cometido. Em Roma, as *subsidiarii cohortes* eram as tropas que estavam na retaguarda, dispostas a ajudar as tropas de primeira linha (*prima acies*) quando estivessem em dificuldades e impossibilitadas de sair da situação por conta própria (MARTINELL GIFRÈ, 1991, p. 707). Há referência, portanto, ao

¹⁹ DWORKIN admite que pode haver conflito entre princípios; mas, salienta que deve o juiz escolher e aplicar aquele que tem maior força de convicção no caso, fundamentando racionalmente a escolha do mesmo. Cf. (CALSAMIGLIA, 1984).

²⁰ Outros documentos do Magistério da Igreja: Encíclica *Rerum novarum* (1891), de Leão XIII, Encíclica *Quadragesimo anno* (1921), de Pio XI, *Radiomensagem de Pentecostes-La Solemnità* (1941), de Pio XII, *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII, *Populorum progressio* (1967), de Paulo VI, *Laborem Exercens* (1981) e *Centesimus anno* (1991) de João Paulo II, além de outras inúmeras alocações, discursos e documentos (dentre os quais se destaca a *Gaudium et spes*, constituição pastoral do Concílio Vaticano II. (MILLÁN PUELLES, 1993, p.41-45, e LLANO CIFUENTES, 1989).

auxílio prestado por entidades *superiores* a organizações *inferiores*, sempre que estas não sejam capazes de atender sozinhas às suas necessidades. Costuma ser aplicado na relação entre o Estado e a sociedade civil, incluindo aqui as entidades intermediárias. Serve de orientação à vida social e reflete experiência humana básica, pertencendo a toda filosofia política.

O conceito adquiriu forma especialmente grata na encíclica *Quadragesimo anno*, de Pio XI:

“Ainda que seja verdade que muitas tarefas que em épocas anteriores podiam realizar também as associações pequenas, hoje somente podem levar-se a cabo por obra de grandes entidades sociais, permanece, contudo, firme e imutável em filosofia social aquele importantíssimo princípio que não se pode alterar nem mudar: da mesma maneira que não se deve privar o indivíduo daquilo que pode obter pela própria iniciativa e pelas suas próprias forças, nem atribuir-lhe a atividade da sociedade, atenta igualmente contra a justiça outorgar à comunidade superior e mais ampla aquilo que as comunidades menores e subordinadas podem conseguir e levar a bom fim. Toda atividade social deve, por sua natureza, prestar auxílio aos membros do corpo social, nunca absorvê-los nem destruí-los”²¹.

Conseqüente do princípio da solidariedade²², o princípio da subsidiariedade deve ser aplicado nas diversas situações em que se relacionam entidades de maior e menor superioridade: Estado e Municípios, Municípios e associações civis, Estado e família, etc. Importa chamar atenção a que

“[...] O princípio da subsidiariedade põe em evidência sobretudo a função subsidiária do termo maior (que consiste na execução das funções [competências] que lhe são próprias); e, em segundo lugar, sua função supletiva ou accidental (que consiste na substituição das entidades inferiores, quando estas são incapazes de cumprir com suas obrigações)” (MARTINELL GIFFRÉ, 1991, p. 707).

De acordo com Llano Cifuentes,

“O princípio da subsidiariedade estabelece que o Estado, de um lado deve permitir sempre ao indivíduo e às sociedades menores ou intermediárias exercitarem os seus direitos e cumprirem os seus deveres na medida em que são capazes por si mesmos e, de outro, deve ajudar com a sua assistência (subsídio) nas coisas necessárias em que estes não são suficientes” (LLANO CIFUENTES, 1989, p. 52) .

Associando a relação dentre os círculos sociais, às competências de cada um, pode-se entender que a subsidiariedade determina que o Estado respeite as *competências exclusivas* e

²¹ “È vero certarriente e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche delle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle”. Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, n. 79: Disponível em: <http://www.vaticano.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_it.html> . Acesso em 03 jun. 2002.

²² “O princípio da subsidiariedade supõe os princípios de solidariedade e do bem comum, sem com eles identificar-se”. (HÖFFNER, 1986, p. 35).

privativas das entidades menores²³. Deverá agir (fornecer subsídio) quando não estiverem cumprindo suas funções (competências), em defesa e proteção das pessoas que possam ser prejudicadas por sua atuação insuficiente. Esse princípio, portanto, protege a *autonomia* de grupos sociais menores, em face da invasão abusiva do Estado.

Cabe ao Estado intervir na medida em que for necessária essa intervenção, de acordo com circunstâncias que a justifiquem, mas sempre permitindo o pleno desenvolvimento das sociedades intermediárias, como a família, o Município, a corporação, o sindicato. Todas devem ser respeitadas porque respondem a uma necessidade - e por isso têm direitos e finalidades próprias, como é o caso da família²⁴ - ou porque são, no mínimo, produto da liberdade humana de associação²⁵.

Dentre as conseqüências do princípio da subsidiariedade, muitas das quais têm repercussão no âmbito econômico, destacam-se, para efeitos do presente estudo, a constatação da existência de fins e competências inerentes à natureza do indivíduo, da família e das unidades sociais menores, que não resultam de transmissão ou delegação feitas pelo Estado. O desrespeito a tais competências implica totalitarismo estatal, uma vez que o Estado se imiscui no âmbito de atuação de outras entidades. O princípio exprime a autonomia dos indivíduos, da família, das comunidades locais, profissionais e religiosas (LLANO CIFUENTES, 1989, p. 56-55)..

Pode-se perceber o princípio da subsidiariedade informando diversos dispositivos constitucionais, principalmente no título “da ordem social” da CF, e infraconstitucionais. Assim nas normas que reconhecem aos pais os poderes inerentes ao poder familiar de modo originário, primeiros responsáveis pela formação dos filhos, e estabelecem que cabe à sociedade e ao Estado zelar pelos menores de idade, respeitando a precedência da família. Exemplificativamente pode-se ver CF, arts. 229 e 227²⁶; CC, art. 1.634; ECA, art. 22²⁷.

²³ O conceito de competência desenvolvido no ponto 4.2 (capítulo 4) terá maior aplicação a partir de agora.

²⁴ Também a *Declaração dos Direitos do Homem*, da ONU (10/12/1948), estabelece esse caráter natural e fundamental da família: “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (art. 16).

²⁵ O liberalismo foi um dos fatores responsáveis pela atomização da sociedade mediante a desconsideração dos grupos intermediários que serviam de ponte entre o indivíduo e o Estado: “subestimando ou debilitando os grêmios e corporações profissionais, a família e o Município, conseguiu-se – como apontam muitas correntes de pensamento atual – que o indivíduo se sinta impotente e insignificante, ensinando-lhe a projetar todos os seus poderes humanos na figura do líder, do Estado”. (LLANO CIFUENTES, 1989, p. 53).

²⁶ O art. 227 da CF dispõe acerca dos deveres das três sociedades com relação ao menores de idade, que poderia ser interpretado segundo uma ordem de precedência de responsabilidade e competência dos círculos sociais: família, sociedade e Estado.

²⁷ Enunciado do CC, art. 1.634: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos...”.
Enunciado do ECA, art. 22: “aos pais incumbe o dever de sustento...”

Na encíclica *Quadragesimo anno*, Pio XI afirma que “dupla é a função da autoridade política do Estado: garantir e promover; mas não é de modo algum função do poder político absorver a família e o indivíduo ou sub-rogar-se em seu lugar”²⁸.

O princípio da subsidiariedade será aplicado quando determinada competência não estiver sendo cumprida e outro agrupamento auxilia ou assume a função respectiva para garantir o bem comum e/ou o bem individual de quem pode estar sendo lesado pela atuação insuficiente do grupo competente originariamente.

3.4 Competências extensivas e princípios reguladores

A partir dos conceitos apresentados, pode-se progredir na descrição de princípios orientadores da ordem social, que estabelecem as competências de cada círculo social.

Quando há competência *exclusiva* com relação a determinada finalidade, a falta do respectivo círculo jamais será compensada pela atuação de outro. Haverá lacuna que não será preenchida pela entidade sucessora, por mais que se trabalhe para suprir esta carência.

Quando se trata de competência *privativa*, a ausência da entidade originariamente competente causará prejuízo até que outra assuma sua função. A entidade substituta, no entanto, dificilmente alcançará o nível de atendimento dispensado pela originária, de modo que o exercício de competência delegada pela sociedade, pela lei ou pelas autoridades, tendencialmente será qualitativamente pior. Todavia, pelo fato de os poderes serem delegáveis, o prejuízo será menor, em comparação com as situações de ausência das entidades encarregadas de competências exclusivas.

As competências *comuns* ou *concorrentes* são as que podem ser assumidas por grupos diferentes com menor perda de eficácia. As atribuições do círculo social ausente são mais facilmente exercidas pela atuação de outro.

Esta última categoria de competência, por sua vez, pode se apresentar dividida entre competência *preferencial*, ou geral, e competência *suplementar*. A distinção se explica pela atribuição de maior responsabilidade a um grupo que a outro, apesar de ambos serem encarregados da mesma função.

De acordo com a categoria de competência que é afetada, haverá maior ou menor perda de eficácia²⁹.

²⁸ Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, n. 36.

²⁹ Talvez se possam ilustrar as ausências das entidades competentes originariamente, em cada um dos tipos de competência, por meio da imagem do corpo humano com dificuldades em seus órgãos. O exemplo é limitado, como toda analogia; mas, pode auxiliar na compreensão geral das distinções que serão apontadas. A falta de entidade dotada de competência exclusiva poderia ser comparada a uma lesão no sistema nervoso:

Em matéria de gerenciamento do poder familiar, as competências concorrentes, quando as houver, terão a forma de competência suplementar, resguardando-se a precedência da família no cumprimento dos encargos relativos aos filhos. A família é o principal círculo social responsável pela formação da pessoa de modo que os pais terão competência preferencial; a sociedade civil e o Estado, competência suplementar.

Aqui se pode voltar ao conceito de subsidiariedade para avançar no estudo das competências. Também os conceitos de título e exercício facilitarão o entendimento do assunto.

O princípio da subsidiariedade é invocado quando o título de dada competência pertence a uma entidade e uma outra lhe auxilia no exercício dos poderes respectivos. A interferência se faz mais necessária à medida que o descumprimento da função em questão gere ou possa gerar mal social ou individual, em desacordo com a dignidade da pessoa que teria direito a esse atendimento. Há como que uma rede de seguridade amparando a pessoa nos diversos círculos do qual ela faz parte.

Quanto ao modo de aplicar a subsidiariedade, ele pode ser ordinário ou extraordinário, de acordo com o poder necessário para intervir em certos âmbitos de competência das entidades destinatárias. A *subsidiariedade* será exercitada de modo extraordinário quando se tratar de interferir gravemente no exercício ou mesmo título de competências *exclusivas* ou *privativas* de outra entidade. Neste último caso será necessário agir mediante o Poder Judiciário. A atualização da subsidiariedade pode variar de auxílio a substituição, conforme seja a necessidade específica de intervenção.

Não assim no exercício de competências concorrentes, pois neste caso há paridade entre as sociedades encarregadas de cumpri-las ordinariamente, de modo que o dever se impõe a todos os círculos, respeitando-se a ordem de precedência da entidade que goza de competência preferencial. Nos casos em que há competência *concorrente*, melhor seria invocar outro princípio, intimamente relacionado ao princípio da subsidiariedade. Trata-se do *princípio da cooperação* que, em último termo, poderia ser reduzido àquele. Nas

não há reconstituição que recoloca a pessoa no estado anterior: as células nervosas não se reconstituem. O mesmo se poderia dizer da insuficiência em matéria de competência exclusiva de um círculo social. A falta com relação a competência privativa, poderia ser comparada à falta de órgão substituível, com perdas grandes. Seria o caso, por exemplo, do coração humano. Por mais que um transplante garanta a funcionalidade principal do órgão, o paciente muito dificilmente alcançará desempenho similar ao que alcançaria se estivesse com o coração original e saudável. A competência comum seria aquela que pode ser exercida por órgãos múltiplos, como os membros, pulmões, rins, olhos. Mas, a ausência de um destes órgãos gera perdas ao corpo. Além disso, para estender o exemplo à competência suplementar, pode-se pensar no caso das mãos. Um destro tem maior necessidade de sua mão direita que da esquerda. A mão direita, por mais que seja da mesma natureza que a esquerda, tem preferência, pelo fato de ter maior habilidade e servir melhor às funções requeridas para as mãos.

competências concorrentes há mais de um titular. É o que ocorre no título de poder familiar: pai e mãe são co-titulares.

O princípio da subsidiariedade poderia ser invocado especialmente quando não houvesse igualdade de competência entre os círculos sociais (casos de *competência exclusiva* da família, por exemplo), e um deles precisasse intervir em socorro da pessoa que não é atendida convenientemente pelo grupo social *originariamente competente*. Sempre que intervier substitutivamente em matérias de competência exclusiva da família, o Estado deverá fazê-lo por meio do poder jurisdicional, pois afetará o exercício ou a titularidade do poder familiar de modo grave. A nota de exclusividade do poder familiar, anteriormente exposta, facilita compreender a dimensão da competência exclusiva dos pais.

Pode-se aplicar o raciocínio anterior ao dever de educar.

Primeiro, deve-se diferenciar as categorias de educação: moral, religiosa, intelectual e profissional. Cada âmbito destes pode ser classificado como de competência exclusiva ou privativa dos pais ou como competência comum da família, da sociedade civil e do Estado.

A educação moral do incapaz, por exemplo, é competência *privativa* dos pais. O Estado não *concorre* com eles, e não pode usurpar-lhes tal poder. Quanto à formação profissional, por sua vez, há competência preferencial da família, e competência suplementar do Estado. Quando a competência estatal é atualizada nesse campo, está-se aplicando o *princípio da cooperação*.

Na educação moral, havendo insuficiência dos pais, o Estado deverá intervir, de acordo com o *princípio da subsidiariedade*, em sua dimensão cooperativa, dando suporte para que ela se efetive, ou substituindo-os quando este suporte não for suficiente para garantir aos filhos a assistência moral a que têm direito. Neste último caso deverá usar de seu poder jurisdicional.

Para Fernando Pimentel Cintra “a educação não pode ser atribuída ao Estado da mesma forma com que se atribui à família e à sociedade. O Estado, como sociedade maior e mais perfeita, aparece neste quadro com a função subsidiária de promoção e proteção” (CINTRA, 1999, p. 74). A educação compete *privativa* mas *não exclusivamente* aos pais, de modo que deve o Estado respeitar a precedência dos pais e auxiliá-los na função, quando necessário. Mas não pode arrogar a si o direito de educar moralmente, em concorrência com os pais que respeitam os direitos fundamentais do filho. Deve o Estado respeitar os limites de sua competência.

De modo geral, a educação do menor é *competência originária* e *privativa* da família. Aqui, decorrência das aplicações recomendáveis de respeito ao princípio da subsidiariedade

seriam: o reconhecimento jurídico do ensino dado em casa, que poderia ser aferido oficialmente por exames públicos de participação livre, a possibilidade de os pais escolherem o tipo de educação que desejam para os filhos, a linha pedagógica da escola e a possibilidade de interferirem ativamente nos currículos escolares das escolas públicas e particulares (CINTRA, 1999, p. 72).

3.5 Princípio de cooperação

O *princípio da solidariedade* antecede o *princípio da subsidiariedade*. O efeito da subsidiariedade pode variar de auxílio a substituição, de acordo com o grau de interferência que se dará.

O desenvolvimento científico do princípio da subsidiariedade foi motivado pela necessidade de se corrigir a interferência abusiva do Estado, quando chegou a ponto de exaurir as competências naturais exclusivas, privativas ou preferenciais das entidades sociais menores.

Solidariedade e subsidiariedade fundam-se na sociabilidade humana. Todavia, enquanto a *solidariedade* evoca especialmente a sociabilidade humana, no qual impera o dever de auxílio, a *subsidiariedade* tem como nota peculiar o dever de auxílio *circunscrito*, em respeito à legítima liberdade dos grupos e pessoas, *em garantia da autonomia* dos círculos sociais menores (HÖFFNER, 1986, p. 36). Enquanto a solidariedade impulsiona o auxílio, a subsidiariedade regula o grau de interferência da entidade dotada de mais poder, em face de outra, para que esta não se veja tolhida.

“O princípio de subsidiariedade supõe os princípios da solidariedade e do bem comum, sem com eles identificar-se. A sociedade é obrigada a ajudar os indivíduos. Trata-se de um postulado claro do princípio de solidariedade, que acentua a mútua união e obrigação. Cabe ao princípio de subsidiariedade limitar e distribuir as competências a serem respeitadas nessa ajuda” (HÖFFNER, 1986, p. 35).

Existe também um *princípio de cooperação* desenvolvido pela Doutrina Social da Igreja, de idêntico nome ao que ora se concebe, e que serve de orientação para a atuação conjunta do Estado e da Igreja em tarefas comuns a ambos. A cooperação se refere à *competência comum* em prol do bem comum. O Concílio Vaticano II enunciou da seguinte forma este princípio:

“A comunidade política e a Igreja são independentes entre si e autônomas. Ambas, porém, embora por títulos diferentes, estão a serviço da vocação pessoal e social dos mesmos homens. Tanto mais eficazmente executarão para o bem de todos estes serviços quanto melhor cultivarem entre si a sã cooperação, consideradas também as circunstâncias dos tempos e lugares. O homem, pois, não está restrito apenas à

ordem temporal, mas, vivendo na história humana, conserva integralmente a sua vocação eterna”³⁰.

Analogicamente, em matéria de direito do menor, o princípio referir-se-á a deveres e garantias jurídicas que são incumbência comum do Estado, da sociedade e da família. São situações em que as entidades são co-titulares. Pode haver diferença quanto à precedência no exercício dos deveres respectivos.

O *princípio de cooperação*, sob esse ponto de vista, é norma que fundamenta a atuação conjunta das diversas esferas de agrupamentos em prol de matérias cuja competência é comum entre elas, admitindo-se suprimento de uma em relação à outra, sem afetar as competências privativas ou exclusivas de cada uma.

O princípio da cooperação pode ser inferido da CF, art. 227, que estabelece como “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta [...]”. Reforça essa cooperação os arts. 86, 88 e 4º do ECA, sendo este último quase idêntico ao art. 227 da CF. Tais dispositivos convocam todas as forças de mobilização social para garantir os direitos da criança e do adolescente na política de atendimento³¹.

O *princípio de cooperação* é apresentado por Mendizábal Oses como necessário para uma autêntica Política de Menores, pois toda a coletividade deve estar comprometida com metas de integração comunitária com vistas ao desenvolvimento da personalidade dos menores³².

Em matéria de instrução - formação técnica, intelectual e profissional -, por exemplo, estabeleceu a Constituição que é dever do Estado e da família (art. 205, *caput*), e “será promovida em colaboração da sociedade [...]”. Da parte do Estado, garante-se ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I), e o acesso a ele é reconhecido como “direito

³⁰ *Gaudium et spes* (Concílio Vaticano II), n. 76.

³¹ ECA, art. 86: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (grifos nossos). O art. 88, em seus diversos incisos sobre as diretrizes da política de atendimento dos menores aponta, entre outras: a municipalização do atendimento (I), a criação dos Conselhos de Direitos nas esferas federal e estadual, bem como do Conselho Tutelar no âmbito municipal, que trabalharão articulados com a sociedade civil na própria composição desses órgãos (II), a descentralização político-administrativa na criação e manutenção de programas de atendimento específicos (III), a previsão de fundos nas três esferas, ligados aos Conselhos respectivos (IV), a integração do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Segurança Públicas e da Assistência Social a se dar preferencialmente pela redução desses órgãos a um mesmo recinto, para facilitar o tratamento integral que deve ser dado ao menor (V) e também a mobilização da opinião pública para sensibilizar todos os setores da sociedade a se engajarem nesse movimento (VI). Tais disposições bem podem ser compreendidas como estando sob inspiração do princípio da cooperação.

³² MENDIZÁBAL OSES, 1977, p. 225, fala expressamente do *principio de cooperación educativa*, quando desenvolve os efeitos jurídicos comuns à *família funcional* (figura similar à família substituta do ECA, constituída mediante guarda ou tutela).

público subjetivo” (art. 208, §1º). No entanto, a educação vai além da instrução técnica e há uma dimensão moral que é tarefa primordial dos pais, competência privativa deles.

O princípio da cooperação, portanto, segundo ora se concebe, deveria ser utilizado para orientar a atuação das esferas coletivas quando há situações de competência comum aos círculos sociais, mantendo-se a precedência de um em relação aos outros no exercício das tarefas conferidas pelo título respectivo. Nessas matérias poderá o Estado atuar mediante órgãos não jurisdicionais.

Isto se verificará na atuação do CT, órgão não-jurisdicional que interfere na administração do poder familiar para garantir que os direitos da criança e do adolescente sejam respeitados, sem intrometer-se em matérias que são de competência exclusiva ou privativa dos pais. Quando for caso de interferir em âmbitos de competência exclusiva ou privativa dos pais, pondo-se em movimento poder de interferência substitutiva, será necessário recorrer aos órgãos jurisdicionais. O CT, nesse sentido, deverá aproximar do Judiciário as situações que ensejem sua atuação.

3.6 Princípio da autonomia familiar e princípio da prioridade absoluta

Em matéria de direitos da criança e do adolescente, quatro princípios basilares, sob a égide do princípio maior da dignidade humana, orientam a relação entre os círculos sociais, no que tange ao exercício de poder sobre o menor. São eles: *princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, princípio da autonomia familiar, princípio da cooperação e princípio da subsidiariedade.*

Enquanto os pais respeitam os direitos fundamentais dos filhos, o princípio da *autonomia familiar* garante-lhes liberdade de exercício exclusivo dos poderes inerentes ao poder familiar. Neste caso, o Estado e a sociedade devem auxiliar no que for necessário para o bom desempenho de suas funções, atualizando-se a subsidiariedade cooperativa.

Quando, por ato dos responsáveis, houver desrespeito aos *direitos fundamentais dos menores*, o princípio da *autonomia familiar* é afastado, conjunturalmente, e o Estado e a sociedade civil devem tomar providências, também de acordo com o princípio da *subsidiariedade*. A aplicação deste princípio pode resultar em colaboração com os pais em matérias de sua competência exclusiva, ou privativa, quando tal colaboração for suficiente para corrigir o desvio, prejudicial ao menor, ou pode chegar à inibição total do poder familiar (decretando-se sua perda), com a finalidade de garantir os direitos e a formação da criança ou adolescente.

São dois princípios de ordem material, visando à tutela dos direitos fundamentais dos menores (*prioridade absoluta*) e dos pais (*autonomia familiar*), e dois princípios de ordem procedimental (*cooperação e subsidiariedade*), que têm por escopo determinar o grau de intervenção das demais esferas de coletividade no âmbito familiar em atenção ao menor.

O *princípio da autonomia familiar* integra o sistema normativo brasileiro por meio de diversos dispositivos que reconhecem aos pais o direito de exercer o poder familiar sobre os filhos. Esse princípio perpassa as normas que tratam da competência dos pais em sua gestão. Destacam-se especialmente: CF, art. 229; CC, arts. 1.630, 1.634, 1.689; ECA, arts. 19, 21 e 22.

A família, nas pessoas dos pais, tem *precedência* na ordem de entidades responsáveis pelo bem-estar do menor. No entanto, não goza de *imunidade absoluta*³³, e pode sofrer ingerência externa, quando necessário para proteger a pessoa que lhe está sujeita. Evita-se dessa forma que esse princípio sirva como para encobrir abusos no exercício do poder familiar, que desvirtuam sua função.

Sendo a *prioridade absoluta* da criança e do adolescente princípio básico de todo o sistema jurídico, a autonomia familiar prevalece enquanto se respeitam os direitos fundamentais da criança e do adolescente no seio do lar. Para esses casos se fez constar da CF o art. 226, § 8º, pelo qual se garante proteção à família na pessoa de cada um de seus membros.

3.7 Relacionando os princípios citados

Para lançar mão dos princípios deve-se analisar cada caso e verificar se os direitos fundamentais da criança e do adolescente estão sendo ameaçados ou desrespeitados, para que haja legitimidade de auxílio dos poderes públicos e de entidades não-governamentais. De acordo com a situação concreta, será caso de aplicar-se o princípio da subsidiariedade ou o princípio de cooperação³⁴.

Em situações relacionadas à falta de atenção moral da criança, de acordo com o potencial danoso da ação ou omissão dos pais à personalidade do filho, pode-se chegar à decretação da suspensão ou perda do poder familiar, respaldadas no princípio de *subsidiariedade*, que leva à substituição da autoridade legitimada inicialmente para

³³ A atenuação do princípio da autonomia familiar, tido como dogma que protegia o exercício absoluto do poder familiar, foi obra da segunda metade do século XX. (ZATTI, 1980, p. 185-317).

³⁴ Aplicação do princípio da cooperação pode ser percebido no dispositivo do art. 23 do ECA pelo qual em caso de carência de recursos materiais a ameaçar ou impedir o exercício regular do poder familiar, a família “deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”. Trata-se aqui de *competência comum suplementar* do Estado e sociedade civil.

administrá-lo. Neste caso, o princípio da subsidiariedade e o da prioridade absoluta fundamentam a decisão judicial.

Referências

- CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin: apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. Trad. Patrícia Sampaio. In: *Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em <www.rdc.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em 24 jun. 2002.
- CINTRA, Fernando Pimentel. *O princípio da subsidiariedade e as formas de parceria aplicáveis ao ensino público de nível básico*. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.
- GÓIS, Carlos. *Dicionário de raízes e cognatos da língua portuguesa*, 3 ed. Rio de Janeiro: 1945, p. 206-207.
- HERVADA, Javier. *Crítica introdutória ao direito natural*. [Introducción Crítica al Derecho Natural]. Trad. Joana Ferreira da Silva. Porto: Rés, 1990.
- HÖFFNER, Joseph Cardeal. *Doutrina social cristã. Versão de acordo com a 8ª edição alemã*. [Christliche Gesellschaftslehre]. Trad. José Maria Wisniewski. São Paulo: Loyola, 1986.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. Trad. da 5. ed. alemã (1983) José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989
- LEHMANN, Heinrich *Derecho de família. Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953, vol.4.
- LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado*, 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.
- MARTINELL GIFFRÈ, F. Principio de subsidiariedad. In: *Gran enciclopedia Rialp*. t.21, 6.ed., reimp., Madrid: Rialp, 1991: p. 707-709.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnostico sobre el derecho de familia*. Madri: Rialp, 1996,
- MENDIZÁBAL OSES, Luiz. *Derecho de menores. Teoría general*. Madrid: Pirâmide, 1977.
- MESSNER, Johannes. *Ética social*. [Das Naturecht]. Trad. Alípio Maia e Castro. São Paulo: Quadrante, [s/d].
- MILLÁN PUELLES, A. Doctrina social cristiana. In: *Gran enciclopedia Rialp*. 7. ed., t.8. Madrid: Rialp, 1993.

- PELÁEZ DEL ROSAL, M. Competencia. In: *Gran enciclopedia Rialp*, 6. ed., t. 6, reimp Madrid: Rialp, 1989: p. 87-89
- PENTEADO, Jaques de Camargo. *A família e a justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 86, n. 741, p. 38-57, jul. 1997.
- SILVA PEREIRA, Tânia. O “melhor” interesse da criança. In: SILVA PEREIRA, Tânia (Coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000: p. 1-101
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- UYEDA, Massami. *Da competência em matéria administrativa*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1992.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. Panorâmica de una nomoárquica general. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, n. 97, p.9-32, 1996.
- VIEHWEG, Theodor. Algumas considerações acerca do raciocínio jurídico. Trad. Carolina de Campos Melo. In: *Law, reason and justice: essays in legal philosophy*. HUGHES, Graham (org.). New York: New York University Press e London, University of London Press, 1969. Disponível em <www.puc-rio/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/c2viehhwe.html>. Acesso em 24 jun. 2002.
- ZATTI, Paolo. Rapporto educativo e intervento del giudice. In: *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano: Giuffrè, 1980: p. 185-317.