

A OMISSÃO ESTATAL EM RELAÇÃO AO DEVER DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A RESPONSABILIDADE PELA PERDA DE UMA CHANCE

Claudio José Amaral Bahia *

RESUMO

Não obstante passados mais de dezenove anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda hoje é uma realidade se deparar com preocupantes situações envolvendo omissões estatais em face dos chamados direitos humanos fundamentais, mais precisamente no que concerne a sua aplicação a segmentos sociais minoritários. Assim, o tema central que se pretenderá trabalhar com o presente arrazoado, a par das dificuldades práticas e consentâneas que lhe são pertinentes, diz respeito à necessidade de concretização do direito fundamental de convivência familiar e comunitária afeto a nossas crianças e adolescentes, cujo dogma se encontra expressamente garantido pelo texto constitucional pátrio, mais precisamente no *caput* de seu Art. 227. Nesse mesmo caminho, também será objeto de estudo a responsabilidade estatal nas situações em que não se verifica possível à concretização do referido direito fundamental, por manifesta omissão do ente público em casos tais, de modo que os sujeitos constitucionais prejudicados por tal ato tenham, ao menos, a sua disposição instrumentos de mitigação do dano causado pela inevitável ausência de convivência familiar, o que, sem sombra de dúvidas, estará a prestigiar o vetor basilar da isonomia, insculpido no *caput* do Art. 5º da *Lex Legum*. A inércia e a omissão estatais acima apontadas, acabam sempre por redundar num ilícito efeito, qual seja, o de retirar da criança e do adolescente expurgados da convivência familiar e comunitária a possibilidade de um desenvolvimento afetuoso e digno, abrindo-lhe, assim, o caminho para invocar uma tutela jurídico-constitucional efetiva, visando à correção ou a mitigação da referida e danosa problemática.

* Doutor em Direito do Estado pela PUC – São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela ITE – Bauru. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru – ITE. Advogado militante em Bauru – SP

PALAVRAS-CHAVE: FAMÍLIA, CRIANÇAS, ADOLESCENTES, FUNDAMENTAIS, CHANCE.

RESUMEN

Aunque hayan pasado más de diecinueve años de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, aún hoy es una realidad depararse con las preocupantes situaciones envolviendo omisiones estatales ante los llamados derechos humanos fundamentales, más precisamente en lo que se refiere a su aplicación hacia los seguimientos sociales minoritarios. Así, el tema central que se pretende trabajar con el presente razonado al par de las dificultades prácticas y adecuadas que son pertinentes, se refiere a la necesidad de concretización del derecho fundamental de convivencia familiar y comunitaria respecto a nuestros niños y adolescentes, en cuyo dogma se encuentra expresamente garantizado por el texto constitucional patrio, más precisamente en el *caput* de su Art. 227. En ese mismo camino, también será objeto de estudio la responsabilidad estatal en las situaciones en las que no se verifica posible la concretización de dicho derecho fundamental, por manifiesta omisión del ente público en casos tales, de modo que los sujetos constitucionales perjudicados por tal acto tengan, al menos, a su disposición herramientas de mitigación del daño causado por la inevitable ausencia de vida familiar, lo que sin cualquier dudas, estará a prestigiar el vector basilar de la isonomía, inculcado en el *caput* del artículo 5° de la *Lex Legum*. La inercia y la omisión estatales arriba aputadas, acaban siempre por recaer en un ilícito efecto, cual sea, el de quitar del niño y del adolescente echados de la convivencia familiar y comunitaria la posibilidad de un desenvolvimiento afectuoso y digno, abriéndole, de esta forma, el camino para invocar una tutela jurídico-constitucional efectiva, con vistas a la corrección o la mitigación de dicha y dañosa problemática.

PALAVRAS-CLAVE: FAMILIA, NIÑOS, ADOLESCENTES, FUNDAMENTALES, OPORTUNIDAD.

1 INTRODUÇÃO

É inequívoca a assertiva de que, com a promulgação da Lei de Outubro, ao menos no papel, foram deixadas para trás as duras marcas do período ditatorial e assumiu-se uma manifesta vertente democrática, visando uma busca estatal incessante quanto à realização do bem comum, de todos mesmo, sem exceção, diferenciação ou distinção.

Entretanto, e depois de passados mais de dezenove anos de seu advento, uma pergunta não se cala dentro da comunidade jurídica e dentro da própria sociedade brasileira: será mesmo a Constituição efetiva?

Será mesmo garantidora do conteúdo mínimo necessário e inafastável para a consecução de uma vida digna aos membros que formam a aludida comunidade estatal?

Um direito fundamental concedido pela Constituição Federal não pode, em hipótese alguma, girar *in albis*, ser integralmente despido de efeito prático, sob pena de, em assim sendo, tornar-se mera letra morta, o que se cumpre a todo custo evitar.

Volta-se aqui à preocupação de que o texto constitucional não se torne obra de mera retórica, de promessas vãs, a fim de servir aos propósitos questionáveis de maus políticos, de maus administradores, de maus cidadãos.

Nesse eito, em não cumprindo o Estado, a contento, com seus deveres e com suas obrigações constitucionais, ou seja, deixando que corra ao largo o direito fundamental à convivência familiar e comunitária de nossas crianças e adolescentes, têm os prejudicados meios de buscar eventual reparação em face de tal omissão pública?

Assim, dentro desse contexto e sob a luz do texto constitucional vigente, analisar-se-á se o Estado pode recuar ou se furtar ao dever de colocar à disposição dos não-afortunados, mecanismos e condições que tenham, com eficácia, o condão de, ao menos, minorar os problemas relativos à referida ausência, ou, se a *perda dessa chance* de desenvolvimento digno se entremostra passível de ser reparada em casos tais.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O direito fundamental disperso à convivência familiar e comunitária pertencente a crianças e adolescentes foi positivado pelo texto constitucional em seu Art. 227, recebendo

referendos infraconstitucionais por parte da Lei nº 8.069/90, mais precisamente nos Arts. 4º, 16, inc. V e 19 a 52, exortando a indispensabilidade de que tais sujeitos desfrutem e tenham a criação e a educação dentro do seio familiar correspondente.

A família como *locus* especial de afeto, guarida e carinho, torna-se (e sempre foi) palco inegável, em condições ideais, para o desenvolvimento de todo e qualquer ser humano (independente de raça, credo, origem), fazendo parte, assim, de um atributo intrínseco do próprio homem, galgando fundamentalidade na sua existência.

Nesse contexto, inegável, também, sua importância no que diz respeito ao fomento, ao fortalecimento e à concretização da personalidade dos indivíduos que a constituem, mormente das crianças e dos adolescentes que dela fazem parte, emergindo daí a opção de o legislador constituinte outorgar-lhes, com *status* jusfundamental, o direito de convivência familiar e comunitária.

Obtempera, com muita propriedade, Pietro Perlingieri, destacando seu caráter manifestamente fundamental e indissociável da condição humana:

[...] a família como formação social, como ‘sociedade natural’, é garantida pela Constituição (Art. 29, § 1º) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa (Art. 2º, Const.). A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e a promoção daqueles que a ela pertencem.¹

Embora comentando diretrizes positivadas na Constituição da Itália, a verdade é que as afirmações lançadas no parágrafo anterior se amoldam como luva aos princípios basilares estampados na Lei de Outubro, até porque, de um modo geral, tais assertivas se mostram irretocáveis em qualquer parte do mundo.

De fato, não há como se negar que é por intermédio da família que o ser humano busca e atinge a satisfação de suas necessidades básicas, mormente aquelas afetas à própria sobrevivência e à formação de seu caráter, que o legislador constituinte, em 1988, lhe reservou especial atenção constitucional.²

¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito do civil**: introdução ao direito civil constitucional. São Paulo: Renovar, 2005, p. 243-244.

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 182: “Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa,

A fundamentalidade do direito de ser ter uma família ganha espaço nas três dimensões mais consagradas e utilizadas em estudos que tais.³

Isso porque, no que diz respeito aos direitos fundamentais de primeira dimensão, tem-se sua caracterização pela não intervenção estatal em determinados aspectos do indivíduo e da sociedade que ele compõem, ficando caracterizado pela palavra *liberdade*.

No que se refere aos direitos fundamentais de segunda dimensão, caracterizados estes pela palavra igualdade, denota-se a concessão de direitos sociais interligados, umbilicalmente, à família, tais como: saúde, educação, moradia, etc.

A terceira dimensão está lastreada na tutela de interesses coletivos⁴ (supraindividuais, transindividuais ou metaindividuais),⁵ cuja atuação se desdobra em três espécies, a saber: (i) interesses difusos; (ii) interesses coletivos *strictu sensu*; e, (iii) interesses individuais homogêneos.

Embora a família, sozinha, não tenha como garantir a correção do indivíduo, sem sombra de dúvidas, serve de esteio e conforto para o encaminhamento das escolhas que a vida impõe a toda e qualquer pessoa, principalmente em relação àquelas que se encontram em estágio de formação ou, em outras palavras, confere a pessoa a chance de optar, com qualidade, por aquilo que entenda ser mais pertinente à sua vida.

Solapar-se da criança e do adolescente seu direito de convivência familiar e comunitária, sem que seja estabelecido um contraponto para mitigação da referida problemática, acarreta, como dito, a perda de uma chance, a qual é passível de ser tutelada e,

pois é o lócus onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde para os laços sociais”.

³ Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?textID=85>>. Acesso em: 12 mar. 2007: “Quando se pensa em direitos humanos fundamentais, o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar a vida humana sem pensar a família. Uma implica a outra, necessariamente, e por isso que o direito à vida implica o direito à família, fundando-o como o mais fundamental dos direitos familiares. Outros direitos humanos fundamentais também se ligam à família. A liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação e, enfim, a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto de direitos humanos fundamentais e operacionais, todos eles se ligam ao direito à família e se realizam mais efetivamente no lar [...]. Por fim, não há esquecer que, por ser direito da humanidade, o direito à família e com ele os direitos humanos da família são verdadeiros direitos difusos, que não podem ser negados a nenhum sujeito humano. Não comportam, nem suportam discriminação”.

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65. Para o autor são aqueles que “[...] deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”.

⁵ Existem, atualmente, 04 propostas de codificação da tutela coletiva: uma da Professora Ada, Código Modelo para Ibero-América, Projeto da UERJ e da Estácio de Sá, e um de Antônio Gidi. Nos quatro projetos já há consagração do controle jurisdicional (embora projetos, são fontes de estudo do direito coletivo).

ao menos, mitigada no campo jurisdicional, haja vista que a proteção efetiva do direito fundamental material em tela está a exigir a existência de determinado procedimento que o garanta e o concretize, sob pena de se tornar letra morta dentro do ordenamento jurídico vigente, o que se cumpre a todo custo evitar.

De nada adiantaria, do ponto de vista prático, estabelecer-se, constitucionalmente, o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, se não lhes fossem outorgados instrumentos aptos a atingir o referido desiderato, nunca se perdendo de vista a aplicação, conjunta, do princípio da proteção integral, como bem se observa da redação emprestada aos Arts. 86 a 97 da Lei nº 8.069/90.

Em assim sendo, começa-se com a ação articulada do governo, de forma conjunta e em todas as suas esferas e níveis, e da sociedade, exigindo-se que referidos agentes se pautem por linhas de ação que venham a abarcar políticas sociais básicas; políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que dele necessitem; serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; serviço de identificação e de localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; e, proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Por sua vez, o Art. 88 da Lei nº 8.069/90 traça as diretrizes da referida política, pugnando pela municipalização do atendimento; pela criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais; pela criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa; pela manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos das crianças e do adolescente; pela integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional; e, pela mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

Como consabido, é no Município que o cidadão desenvolve, com maior intensidade, seus direitos e exerce seus deveres, situação essa que, via de consequência, não se entremostra

diferente quando o tema envolve crianças e adolescentes, emergindo daí que, para a real efetivação dos interesses dos referidos infantes, a verdade é que há a necessidade de se fortalecer, estrutural e economicamente, os entes federados em comento, sob pena de a sua preconização constitucional também se tornar letra morta, o que se cumpre a todo custo evitar.

Assim, devem os municípios, pautando e observando as normas gerais de política nacional de atendimento dos direitos infanto-juvenis estabelecidas pelo CONANDA,⁶ atuar de modo a preservar, com efetividade, os direitos e interesses de crianças e adolescentes, pois, como bem pondera Andréa Rodrigues Amin “[...] risco social ou familiar em que se encontram crianças e adolescentes são mazelas produzidas pelo meio onde vivem. Cabe, portanto, ao meio resolvê-las e, principalmente, evitá-las. *Mutatis mutandi* é o mesmo que princípio da responsabilidade civil: aquele que causa o dano deve repará-lo”.⁷

Todavia, cumpre desde já deixar assentado que, em se somando a verba constitucional com os dispositivos elencados na Lei nº 8.069/90, chega-se à inafastável conclusão de que a política de prevenção em relação aos direitos e interesses de crianças e adolescentes se dá sob dois enfoques, a saber: o primeiro, de natureza geral, diz respeito à concretização e aplicação de medidas que, efetivamente, garantam os direitos fundamentais dos infantes,⁸ que evitem a desintegração da comunidade familiar, enquanto que, no segundo, a preocupação gira em torno de preservá-los de ambientes perniciosos ou que sejam contrários à sua condição peculiar de desenvolvimento, não se perdendo de vista, em acréscimo, a necessidade de medidas sócio-educativas objetivando a reeducação dos menores infratores.

De qualquer modo, é preciso que fique absolutamente claro que, nos exatos moldes do Art. 73 da legislação estatutária, a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica. Enquadra-se no conceito de pessoa jurídica o Estado, emergindo daí que a ineficácia de sua atuação no que diz respeito à consecução dos

⁶ Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.242/91).

⁷ Andréa Rodrigues Amin, *apud*, MANCUSO, 1999, p. 33.

⁸ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise da sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 221-222: “Antes de a norma de direito fundamental ser realizada no plano social, ela deve ser realizável, deve ter plena potencialidade de realização, e isso diz respeito à eficácia, mais especificamente àquilo que denominamos eficácia ótima da norma. Aliás, a plenitude de realização da norma constitucional também se dá, na maioria das vezes, de forma proporcional ao grau de eficácia da mesma. Se dotada de eficácia ótima, sua potencialidade é plena; se de eficácia parcial, a potencialidade é reduzida; se a norma é ineficaz, tal potencialidade é praticamente inexistente. A idéia de eficácia, portanto, está igualmente vinculada à realização dos direitos fundamentais, pois sem eficácia, não há como se falar em efetividade e realização desses direitos. Só que a eficácia diz respeito à potencialidade, ao passo que a efetividade é ligada à realização mesma dos direitos contidos na norma constitucional”.

direitos e interesses de crianças e adolescentes, ou seja, seu descumprimento no que tange às citadas normas de prevenção, acabará por acarretar sua responsabilização.

3 O ESTADO E SEU DEVER INAFASTÁVEL DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No que se refere à determinação da responsabilidade estatal quando, por sua omissão, não se verifica o necessário atingimento, concretização e respeito do direito fundamental de convivência comunitária e familiar de crianças e adolescentes, pode-se aplicar o chamado princípio do terceiro excluído.

Alaôr Caffé Alves vaticina:

[...] o princípio do terceiro excluído – princípio de alternativa lógica – complementar do princípio da contradição, do ponto de vista [a] ontológico formula-se assim: ‘uma coisa é ou não é, não há termo médio’, isto é, que seja e ao mesmo tempo não seja, ferindo o princípio da contradição. Ou uma coisa existe ou não existe, exclui-se a possibilidade de que possa existir e ao mesmo tempo não existir. Isto é impensável, portanto, é um absurdo. Do ponto de vista [b] lógico, a respeito de uma determinada proposição, podemos dizer que ela é verdadeira ou falsa, excluindo, por impensável, a hipótese de que seja ao mesmo tempo verdadeira e falsa. Do ponto de vista da predicação lógica, temos, por exemplo: ‘o sangue humano ou é vermelho ou não é; não pode ser ele ao mesmo tempo vermelho e não vermelho’. Assim, o sangue humano pode ser vermelho (1ª hipótese), ou não ser vermelho (2ª hipótese), mas não pode ser ao mesmo tempo vermelho e não vermelho, sob a mesma relação (3ª hipótese, a excluída necessariamente). Nesse sentido, a última hipótese é impensável; é impossível logicamente, não existe tal hipótese. Exclui-se esta terceira hipótese.⁹

Transportando-se a elucidativa explicação para o tópico em comento, tem-se a possibilidade de existência de verdade em relação a uma, de duas premissas: (i) o Estado é responsável pela concretização do direito fundamental de convivência comunitária e familiar de crianças e adolescentes, ou, (ii) o Estado não é responsável pela concretização do direito

⁹ ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 153-154.

fundamental de convivência comunitária e familiar de crianças e adolescentes. Não há espaço, assim, para uma terceira afirmação diferente das duas outrora elencadas.

Assim, uma delas há que ser necessariamente verdadeira e a outra necessariamente falsa.

Ao se efetuar a análise de toda a sistemática que norteou (e ainda norteia) a criação e a aplicação do texto constitucional atual, não há como se fugir da eleição de verdade constante da primeira premissa, a saber: o Estado é responsável pela concretização do direito fundamental de convivência comunitária e familiar de crianças e adolescentes.

Interessante a afirmação perpetrada por António José Avelãs Nunes, no sentido de que a problemática afeta à erradicação da pobreza, da fome, da miséria, da exclusão, males da era globalizada, passa, obrigatoriamente, pela concessão efetiva de direitos, por parte do Estado, ao cidadão.¹⁰

É bem verdade, e não se desconhece isso, que existem situações em que foge do controle do Estado a manutenção ou a recolocação do infante proscrito num novo seio familiar; porém, quando tal não se mostrar possível de cumprimento, continua sendo dever estatal colocar à disposição dos interessados instrumentos aptos e eficazes a mitigar referida situação, de modo a prestigiar, realmente, o princípio da igualdade encartado no *caput* do Art. 5º da Lei de Outubro.

Isso porque a inércia e a omissão estatais acima apontadas, seja num ou noutro caso, acabarão por redundar num ilícito efeito, qual seja, o de retirar da criança e do adolescente expurgados da convivência familiar e comunitária a possibilidade de um desenvolvimento mais afetuoso e digno, abrindo-lhes, assim, o caminho para invocar a tutela jurisdicional no sentido de pleitear indenização embasada na teoria de responsabilidade civil denominada de *perda de uma chance*.

A especial proteção retratada pelo texto constitucional, diante de seu *status* fundamental, deve ser encarada pelo Estado como uma determinação administrativa de natureza vinculada, de modo a lhe obrigar a atuar em prol do bem-estar da família e de seus convivas, estabelecendo, efetivamente, a prioridade que a referida proteção requer e necessita.

¹⁰ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116: “Hoje sabemos que o conhecido aumento do número de famintos não apaga a certeza que temos de que a nossa capacidade de produzir alimentos – e mesmo a produção efectiva de alimentos – é superior às necessidades da humanidade. Se a fome existe (e até vai aumentando), não é porque os meios naturais, humanos e técnicos disponíveis não permitam a produção de alimentos suficientes para alimentar todos os habitantes do nosso planeta. O problema é outro. E Amartya Sen identifica-o com rigor: o facto de haver pessoas que passem fome – e que morrem de fome –, apesar da abundância de bens (ou pelo menos da existência de bens em quantidade suficiente), só pode explicar-se pela falta de direitos e não pela escassez de bens. O problema fundamental é o da organização da sociedade”.

Obviamente que a concreção dos direitos fundamentais pelo Estado não é tarefa das mais simples e muito menos das mais fáceis, haja vista a ocorrência de uma série de fatores que acabam servindo de entrave ao atingimento do referido desiderato, tais como: pluralidade social, conflitos de interesses dos mais diversos setores, escassez das finanças públicas, malversação do dinheiro público, excesso de burocracia nos trâmites administrativos, lentidão na solução das demandas propostas perante o Poder Judiciário, dentre tantos outros males.¹¹

Entretanto, há que se registrar, mesmo diante da necessidade de observância do citado princípio, que não está permitido ao Estado valer-se de conduta que acabe por gerar omissão ou grave ofensa aos direitos fundamentais condizentes ao mínimo existencial do indivíduo, sob a argumentação da escassez de recursos, ainda mais ao se levar em consideração que tal posicionamento nem sempre corresponde à realidade dos fatos,¹² de modo que, nesses casos e sem qualquer infringência à separação dos Poderes, deverá ser invocada a tutela jurisdicional, a fim de que se conceda ao cidadão prejudicado intervir no ilícito, recebendo a prestação positiva (*Teilhaberecht*) que lhe foi injustamente obliterada.

De fato, a discussão que se coloca como maior bloqueio para a intervenção judiciária em casos tais, em face da propalada escassez de recursos financeiros e das conseqüências orçamentárias que o ente estatal poderá experimentar, diz respeito à necessidade de adoção da teoria nominada de *reserva do possível*.

¹¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37-39: “[...] imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece uma questão de fé, no sentido de que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que não se vêem, ou numa negação total aos direitos individuais. Se o Estado está obrigado a sempre ter recursos para prestar as utilidades que lhe são demandadas, há que se reconhecer o direito de obter esses recursos. Mas seja no campo da receita pública, seja no campo da própria contenção de gastos, há direitos individuais, como as garantias tributárias, a vedação ao confisco, o direito à percepção dos vencimentos e dos proventos. Indo um pouco além, se poderia dizer que a Constituição não faz distinção entre doenças, e, assim, os que necessitam de transplante têm o direito de obter o tratamento eficaz, o transplante. Mas como o Estado poderá obter os meios sem ser, novamente, da sociedade através da retirada de órgãos daqueles que estão com morte cerebral diagnosticada?”.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 222: “[...] há determinados direitos fundamentais sociais de caráter prestacional que apresentam uma dimensão subjetiva frágil. Outros, desde logo, apresentam-se com uma dimensão subjetiva forte. E é por isso que a doutrina contempla, ainda, uma outra distinção, envolvendo os direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados. Os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem desde logo ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte. Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, porque no campo constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca, que demanda portanto atuação do legislador”.

Isso porque é inegável que a consecução, a concretização e a satisfação dos direitos fundamentais de prestação, como visto, está a demandar, não raras vezes, a disponibilização de meios materiais, os quais têm por característica a finitude, trazendo consigo a problemática da escassez.

Gustavo Amaral, traduzindo o pensamento de Jon Elster, pondera:

[...] dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto de satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim da infância são exemplos.¹³

É evidente que a questão de concretização de direitos fundamentais (e, aliás, de qualquer direito) implica, necessariamente, que o Estado detenha em seu poder saldo pecuniário suficiente a tal desiderato. Como bem salientou Luhmann, citado por Ricardo Lobo Torres, o dinheiro “[...] é um símbolo genérico que permite a comunicação conducente à satisfação das necessidades”, ocupando “um lugar aberto para os direitos fundamentais”.¹⁴

Considerando-se a existência de limitações de ordem econômica e financeira à efetivação dos direitos sociais, passou-se a sustentar, como dito, que estes estariam condicionados ao que se convencionou chamar de reserva do possível.

A chamada *reserva do possível*, diz respeito a um conceito originário da Alemanha, baseado em paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento de famoso caso (BverfGE n° 33, S. 333), em que havia, por parte de um determinado cidadão, a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão.

Assim, firmou-se posicionamento naquele tribunal constitucional no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, naquela que atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

¹³ AMARAL, 2001, p. 133-134.

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo (org.). **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 277.

Em verdade, mormente em países de natureza periférica, como o Brasil, quando se verificar, no que se refere à realização dos direitos fundamentais sociais, um embate entre os princípios da reserva do possível e do mínimo vital, deve se dar mais vazão a este último, haja vista que, em se procedendo à ponderação de tais, chega-se à inexorável conclusão de que é melhor prestigiar-se a dignidade do indivíduo do que a tábua orçamentária do Estado ou, como diz Alexy, “[...] direitos individuais podem ter mais pesos que as razões da política financeira”.¹⁵

A referida ponderação entre os vetores acima mencionados deve ser levada a efeito considerando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁶

O direito fundamental à convivência familiar e comunitária, bem como o acesso a instrumentos que mitiguem tal impossibilidade de concreção, fazem parte do chamado *mínimo vital*, tendo prevalência, assim, sobre *a reserva do possível*.

Pelo quanto visto anteriormente, tais situações se coadunam com a natureza e com a extensão protetiva e de aplicabilidade imediata, eis que apresentam caráter prestacional de dimensão subjetiva forte, razão pela qual, em tais hipóteses, é plenamente cabível a intervenção judicial positiva quando a omissão estatal na sua consecução se fizer presente.

Reforce-se que, em casos tais, a intervenção do Judiciário em face da omissão inconstitucional das demais esferas do Poder, em muitas das vezes, se converte no último bastião e na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

Essa também parece ser a visão do Supremo Tribunal Federal, haja vista que seu Pleno deliberou no sentido de que:

[...] o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de

¹⁵ THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 121.

¹⁶ MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência tomada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e dos princípios da Lei Fundamental.¹⁷

De mais a mais, cabe ressaltar, por oportuno, que o *tipo de escassez* aqui representado, adotando-se a classificação já exposta de Elster, é artificial, ou seja, o Estado, em querendo, tem condições de tornar o bem da Cida em discussão acessível a todos, a ponta da satisfação.

Não socorre o Estado o argumento de que, supostamente, não haveria dinheiro para a execução das políticas públicas outrora assumidas, na exata medida em que foi o próprio Estado, por intermédio de maus administradores e pela malversação de verbas públicas, quem deu causa à referida ausência. Assim, deve ser aplicado o vetusto brocado latino *nemo potest venire contra factum proprium*, isto é, ao Estado não é dado se opor a fato que ele mesmo deu causa. É a chamada proibição de comportamento contraditório,¹⁸ cujo postulado está embasado no princípio e na necessidade de tutela da confiança.

Em suma, tem-se que o estatuto constitucional brasileiro, dentro do seu inegável caráter democrático, conferiu a possibilidade de responsabilização patrimonial direta do Estado e de suas respectivas entidades públicas quando, em sua ação ou omissão, causar danos aos seus cidadãos, alquebrando, por via de consequência, o inexorável postulado da

¹⁷ STF, Pleno, Relator: Ministro Celso de Mello, RTJ nº 185, p. 794-796.

¹⁸ SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p. 202: “Ao tratar do fundamento normativo do *nemo potest venire contra factum proprium*, sustentou-se sua inserção no âmbito da cláusula geral de boa-fé objetiva, suscitando-se, então, a questão da sua aplicabilidade a relações de direito público. Afirmou-se que a boa-fé objetiva, como expressão e valores constitucionais, deve se aplicar a toda espécie de relações. Não obstante, mesmo aqueles que restringem a aplicabilidade da boa-fé objetiva às relações privadas, devem admitir a incidência do princípio da proibição de comportamento contraditório em relações de direito público, seja como expressão de institutos verdadeiramente publicísticos (como a moralidade administrativa e a igualdade dos administrados em face da Administração Pública) ou como resultado da direta aplicação do valor constitucional da solidariedade social. A análise de casos mostra que a tudo isto se conforma a nossa jurisprudência”.

isonomia,¹⁹ o que se cumpre a todo custo evitar.²⁰ Essa, aliás, é a dicção imposta pelo § 6º do Art. 37 da Constituição Federal.

4 A PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) surgiu na França, a partir da década de 60, e foi criada, primeiramente, com vistas à atividade médica. Desenvolveu-se em função da difícil comprovação dos elementos formadores da responsabilidade do profissional, sendo chamada de *teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência*.

Nesse sentido, elucidativa a explicação levada a efeito por Miguel Kfoury Neto:

A jurisprudência francesa tem adotado, a partir de 1965, em casos de danos corporais indenizáveis, para proteger a vítima e obviar inconvenientes na formação da culpa, a teoria da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura. O elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento [...]. Em síntese, admite-se que a culpa do médico comprometeu as chances de vida e a integridade do paciente. Pouco importa que o juiz não esteja convencido de que a culpa causou o dano. É suficiente uma dúvida. Os tribunais podem admitir a relação de causalidade entre culpa e dano, pois que a culpa é precisamente não ter dado todas as oportunidades ('chances') ao doente. Milita a presunção de culpa contra o médico.²¹

¹⁹ NEME, Eliana Franco (coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: EDITE, 2005, p 311-312: “[...] é evidente que a atividade estatal é necessária na medida em que a colocação dos cidadãos no ‘estado de natureza’, distancia-se do ideal de igualdade formal e material pretendido por todas as declarações de direito e constituições democráticas. Sendo assim, alguns valores podem ser albergados como valores comuns ao projeto de inclusão, por serem independentes de carga filosófica ou política, podem ser utilizados em qualquer estado que tenha por objetivo diminuir ou, ao menos, minimizar os efeitos do tratamento desigual até aqui perpetrado”.

²⁰ “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’” (RE nº 436.996-AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 03/02/06).

²¹ NETO, Miguel Kfoury. **Responsabilidade civil do médico**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 52-53.

A teoria sobre a perda de uma chance de há muito vem sendo discutida pelos catedráticos brasileiros, embora apenas há pouco tempo tenha sido empregada com mais constância e segurança por nossos Sodalícios de Justiça.

Assim, é preciso que se diga que o catedrático Agostinho Alvim, nos idos de 1950, já delineava a aplicação, no Brasil, da citada teoria francesa, indicando como exemplo de sua utilização a circunstância de o advogado perder o prazo para a interposição do recurso pertinente contra decisão desfavorável ao seu cliente, ainda que a matéria em discussão apresentasse pouca probabilidade de ser revertida pelo Tribunal, afirmando: “A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constitua uma *chance*, uma oportunidade, em elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio [...]”.²²

Rafael Pettefi da Silva, anuncia:

Quando falamos da palavra chance, imediatamente lembramos uma situação indefinida, uma probabilidade ou o acaso. Nossa vida está repleta de situações aleatórias e que possuem apenas uma probabilidade de acontecer, como no caso de conseguir um emprego, ganhar uma partida de tênis ou obter lucros na realização de um contrato. Entretanto o modo como o mundo jurídico tenta regular este tipo de situação nunca se deu de maneira harmoniosa.²³

Relativamente recente no Brasil, a perda da chance está ligada à idéia de dano, como forma de aferição do mesmo, para efeitos de ressarcimento.

É considerada uma terceira espécie de dano patrimonial, vista como um intermediário entre o conceito de dano emergente e o de lucro cessante.

O dano patrimonial, para efeitos de indenização, deve ser atual e certo, de forma a facilitar o cálculo dos valores devidos a título de perdas e danos.

A perda da chance, contudo, é teoria utilizada para calcular a indenização por dano material quando há um dano atual, porém incerto, dito *dano hipotético*, o qual necessitará de um juízo de valor para a aferição do *quantum* devido a título de indenização. O que se

²² ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3ª ed. atual. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965, p. 190-193.

²³ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise comparativa. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007, p. 33.

analisa é a potencialidade de uma perda, não o que a vítima realmente perdeu (dano emergente) ou efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante).

Vale ressaltar ainda que, quando da indenização patrimonial sob o prisma da perda de oportunidade, o que se deve levar em conta para a fixação do *quantum* é a chance em si, e não o que a vítima poderia ter recebido; não se pode tencionar cobrir o eventual benefício perdido.

Quando se fala na indenização de um dano hipotético, incerto, muitas críticas são feitas pelos doutrinadores, seja em função da fixação do *quantum* da reparação, ou justamente da incerteza de um dano caracterizado como *patrimonial*.

Perda de uma chance representa a possibilidade de ser indenizado o “[...] dano causado quando a vítima vê frustrada, por um ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça”.²⁴

Sérgio Savi aponta que os requisitos para a adoção da teoria da perda de uma chance no Brasil dizem respeito a três fatores, a saber: (i) a cláusula geral de responsabilidade civil como cláusula aberta; (ii) o princípio da reparação integral dos danos; e, (iii) a evolução da responsabilidade civil – do ato ilícito ao dano injusto.

A primeira circunstância apresenta a disposição contida nos Arts. 186 e 927 do novel Código Civil, alertando para o fato de que, em tais dispositivos, não cuidou, acertadamente, o legislador de fixar um conceito ou quais modalidades de dano estariam inseridas no dever de reparar, de modo que estariam aptos a referendar a aplicação da teoria em estudo, asseverando:

[...] não há, a nosso sentir, no Código Civil Brasileiro em vigor, qualquer entrave à indenização das chances perdidas. Pelo contrário, uma interpretação sistemática das regras sobre a responsabilidade civil traçadas pelo legislador pátrio nos leva a acreditar que as chances perdidas, desde que sérias, deverão ser sempre indenizadas quando restar provado o nexo causal entre a atitude do ofensor e a perda da chance.²⁵

Em continuidade, aponta o citado autor, como sustentáculo da existência, ainda que implícita, do princípio da reparação integral dos danos, o conteúdo normativo inserto no Art. 402 do Código Civil, no sentido de que “[...] salvo as exceções expressamente previstas em

²⁴ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11.

²⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006, p. 86.

lei, as perdas e danos devidas ao credor, abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, mencionando, ainda, que referido vetor há que servir de esteio ao intérprete quando este perquirir ao derredor daquilo que deve ou não ser alvo de reparação no âmbito da responsabilidade civil.

Importante ponderar que, no seu entendimento – do qual comungamos –, o princípio da reparação integral dos danos se apresenta como decorrência lógica dos postulados constitucionais fundamentais da proteção da dignidade humana (Art. 1º, inc. III) e da necessidade de construção de uma sociedade brasileira livre, justa e solidária (Art. 3º, inc. I).²⁶

Na seara repressiva, ou seja, depois de ocorrida a violação do direito de convivência familiar e comunitária, tem-se a total possibilidade de que os agentes prejudicados busquem a responsabilização do Estado pelo descumprimento de um dever (obrigação) que lhe era inerente e inafastável, surgindo, com plena viabilidade, a aplicação judicial da teoria da perda de uma chance, cujos caracteres gerais foram explanados no item imediatamente anterior ao presente.

De fato.

Em continuidade, para que se possa aplicar a teoria da perda de uma chance em casos de violação ou malferimento ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, mister se faz, corretamente, identificar quem detém o dever, a obrigação de concretizá-lo e respeitá-lo para que, ao depois, se possa perseguir, com segurança, a devida responsabilização pela verificação do ilícito praticado.

Na hipótese em estudo, surge, com clareza solar, que a obrigação pela consecução do mencionado direito fundamental recai sobre o Estado, ou seja, sobre a União Federal, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, nos exatos termos dos Arts. 226 e 227 da Constituição Federal, referendados pelo Art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, uma vez respondida a pergunta, necessária se faz uma breve explanação, no intuito de identificar-se a materialização do regime jurídico de

²⁶ Ibidem, p. 87-88: “Esta ‘absorção’ do Princípio da reparação integral dos danos pela Constituição Federal pode parecer, à primeira vista, desprovida de eficácia prática. Todavia, por constar do texto constitucional, permitirá sua mais fácil aplicação, já que a Constituição Federal, como sabemos, está no ápice do sistema e deve nortear sempre a atividade do intérprete”.

responsabilização estatal no Brasil, em face do quanto positivado no § 6º do Art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Por intermédio da leitura do dispositivo basilar de regência, tem-se claro que, nas hipóteses em que a apuração envolver atos ou condutas lesivas e/ou ilícitas perpetradas por pessoas jurídicas de direito público (União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios), bem como por pessoas jurídicas de direito privado que se encontrem na qualidade de prestadoras de serviços públicos, a responsabilidade será de natureza objetiva, ou seja, prescinde-se do elemento culpa, atendendo-se, para sua devida concretização, apenas e tão-somente a demonstração do nexo de causalidade entre o evento e o prejuízo alegado pelo agente que o sofreu.

O Estado, ao não concretizar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, sem sombra de dúvidas, estabelece ilícita diferenciação em relação aos infantes que tiveram a sorte de ter uma família estruturada daqueles que assim não conseguiram, encontrando-se os efeitos da citada diferenciação, infelizmente, espalhados nos mais diversos campos (educação, saúde, moradia, vestuário, etc.), solapando-lhes a indispensável oportunidade de um desenvolvimento correto e digno.

Ademais, a própria Lei nº 8.069/90, em plena consonância com a verba constitucional, determinou, em seu Art. 70, que a responsabilidade no que tange à prevenção à ocorrência de ameaça ou à violação dos direitos e interesses de crianças e adolescentes é de todos. Dentro da acepção do vocábulo *todos* não há como se excluir a responsabilidade do Estado nesse particular.²⁷

Como se tais decisões não bastassem por si mesmas, tem-se que o próprio Estado reconheceu a responsabilidade solidária no que tange ao direito fundamental objeto deste estudo quando, no final de 2006, houve por bem em lançar o denominado *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência*

²⁷ MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73: “Os Direitos da Criança e Adolescente previstos no Estatuto correspondem a uma obrigação daqueles sujeitos elencados no Art. 227, da Constituição Federal: família, sociedade e Estado, sendo permitido a este último admitir a participação de entidade não-governamentais, ratificado pelo Art. 4º do ECA. Pelo descumprimento de uma obrigação em relação à infância e adolescência, tais sujeitos (individual e solidariamente, conforme o caso) que ficaram legalmente obrigados serão responsabilizados por seus atos. Tal responsabilização será decorrente de atos comissivos ou omissivos, ‘por falta ou insuficiência da oferta de prestações’, conforme ensina Mancuso, de todos aqueles legitimados passivamente, inclusive coobrigados solidariamente, a teor do Art. 70, do ECA. Assim, responsabilizam-se conforme suas obrigações: pais, tutores, entidades de atendimento governamentais ou não-governamentais e o próprio Estado”.

Familiar e Comunitária, aprovado pelos conselhos nacionais de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e de Assistência Social (CNAS), sendo certo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios terão de definir ações para garantir o direito de crianças e adolescentes à convivência com seus familiares e sua comunidade, possuindo, assim, responsabilidades compartilhadas para colocar em prática as ações definidas no aludido plano nacional.

Como dito linhas atrás, não se ignora o fato de que a convivência familiar e comunitária, por si só, não conduz, com plena segurança, a conclusão de que o infante irá trilhar um caminho digno quando do atingimento da idade adulta; porém, de outro vértice, nos dá a plena certeza de que a ausência do citado direito fundamental, além de colocar em frangalhos o princípio da isonomia, põe por terra a oportunidade de que tal agente consiga o desiderato almejado.

A exclusão da convivência familiar e comunitária retira da criança e do adolescente qualquer direito de escolha, impondo-lhes, salvo raras exceções, o tortuoso caminho do abandono, da falta de carinho, da criminalidade, da marginalidade, da opressão, enfim, da mais completa e irrestrita ausência de dignidade humana.

Em continuidade, quando o ser humano é desprovido de tratamento condizente com sua dignidade, passa ele, inexoravelmente, a agir como se *bicho* fosse, circunstância essa que, infelizmente, sossobra nos tratamentos dados no sistema prisional, na procura de restos de alimentos em lata de lixo, na violência inespurgável que toma conta de nossa sociedade como um todo.

Infelizmente, o que se percebe é um processo intenso de desumanização da pessoa, da perda pelo respeito de sua essência, da banalização e da facilidade com que, hoje em dia, se extirpa uma vida.

Tais circunstâncias perpassam, sem sombra de dúvidas e em muitas das vezes, pela ausência de convivência familiar e comunitária.

Como dito, tem-se que a teoria da responsabilidade por perda de uma chance se amolda à questão da efetiva proteção do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, na exata medida em que se é verdade que não há como se ter certeza de que o infante privado de tal direito teria se tornado apto a conviver digna e harmoniosamente em sociedade, não menos verdade é o fato de que, em não tendo

tal direito, com toda certeza, foi-lhe subtraída ilicitamente pelo Estado referida chance, o que não poderá ficar sem a devida reparação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1) Ao se efetuar a análise do moderno conceito de Estado em vigência, bem como de toda a sistemática que norteou (e ainda norteia) a criação e a aplicação do texto constitucional atual, não há como se fugir da eleição de verdade constante do fato de que é ele responsável pelo atingimento e cumprimento dos princípios e objetivos fundamentais da República.

2) A viga-mestra do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, encartado no inc. III do Art. 1º da *Lex Major*, elevando a pessoa, o ser humano, independentemente de qualquer característica individual, à condição de elemento imprescindível e indispensável à fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, derramando, ainda, seus efeitos perante princípios outros, de assaz importância na preservação e no atingimento de tal desiderato, como, por exemplo, o princípio da isonomia cravado no *caput* do Art. 5º do referido compêndio basilar.

3) O direito fundamental à convivência familiar e comunitária, bem como o efetivo acesso a instrumentos que mitiguem tal impossibilidade de concreção, faz parte do chamado *mínimo vital*, ou seja, faz parte de um núcleo material indispensável e intangível, derivado da própria condição humana, de modo que toda a vez que o Estado deixa de cumprir com aquilo que é inerente a essência do homem, pode e deve ser responsabilizado por tais omissões ou descumprimentos.

4) A inércia e a omissão estatais acima apontadas sempre acabarão por redundar num ilícito efeito, qual seja, o de retirar dos cidadãos o exercício de direitos que lhe são fundamentais e, no tema em comento, retirar da criança e do adolescente expurgados da convivência familiar e comunitária a possibilidade de um desenvolvimento afetuoso e digno, abrindo-lhe, assim, o caminho para pleitear indenização embasada na teoria de responsabilidade civil denominada de *perda de uma chance*.

5) Por fim, a problemática em discussão somente terá a possibilidade de galgar solução juridicamente adequada, a partir do momento em que se emprestar, verdadeiramente,

eficácia aos comandos constitucionais existentes, mormente aqueles de natureza fundamental, como é o caso do direito de convivência familiar e comunitária pertencente as nossas crianças e adolescentes, pois, do contrário, ter-se-á, apenas e tão-somente, mero exercício de vã e inútil retórica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação**. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3ª ed. atual. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise da sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Ação civil pública**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da criança e do adolescente & política de atendimento**. São Paulo: Atlas, 2002.

MEDAUR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEME, Eliana Franco (coord.). **Ações afirmativas e inclusão social**. Bauru: EDITE, 2005.

_____. **Limites constitucionais para a experimentação com animais**: uma aplicação da dignidade da pessoa humana. Bauru: EDITE, 2006.

NETO, Miguel Kfourri. **Responsabilidade civil do médico**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____ (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.

SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise comparativa. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.