
Vulnerabilidades e complexidades: a (in)efetividade dos direitos da criança na família em litígio

Vulnerabilities and complexities: the (in)effectiveness of children's rights in the family in litigation

Moaci Licarião Neto^{1*}, Regina Vera Villas Bôas¹

Received: 2023-01-03 | Accepted: 2023-02-05 | Published: 2023-02-10

RESUMO

A pesquisa trilha os caminhos da investigação bibliográfica no âmbito da doutrina e jurisprudência do Direito Brasileiro, na busca de evidências que demonstrem a (in)efetividade dos Direitos da criança na família em litígio. A investigação encontra fundamento na complexidade das relações familiares e a busca da efetividade do melhor interesse do menor, de modo a garantir a concretização dos seus direitos diante da existência de litígio familiar. Parte-se hipótese de que as relações humanas familiares são de natureza complexa, abrangendo diversas dimensões de interesses e direitos que, embora integrados e complementares, manifestam-se oponíveis quando em situação de litígio de modo que a criança se torna ainda mais vulnerável quando ocorre o litígio familiar. Neste sentido, a pesquisa objetiva encontrar na jurisprudência e doutrina brasileira, elementos que evidenciem a (in)efetividade dos direitos da criança em situação de vulnerabilidade, acentuada pelo litígio familiar em virtude da disputa de guarda e alimentos. A análise considera não apenas a situação de vulnerabilidade da criança, mas parte da ideia da complexidade das relações familiares à luz da Teoria da Complexidade.

Palavras-chave: Complexidade; Efetividade do Direito; Família em Litígio; Melhor Interesse do Menor; Vulnerabilidades.

ABSTRACT

The research follows the paths of bibliographic investigation in the scope of the doctrine and jurisprudence of Brazilian Law, in the search for evidence that demonstrates the (in)effectiveness of the Rights of the child in the family in dispute. The investigation is based on the complexity of family relationships and the search for effectiveness in the best interest of the minor, in order to guarantee the realization of their rights in the face of family litigation. It starts with the hypothesis that family human relationships are of a complex nature, covering several dimensions of interests and rights that, although integrated and complementary, manifest themselves as opposable when in a situation of litigation, so that the child becomes even more vulnerable when it occurs family litigation. In this sense, the research aims to find, in Brazilian jurisprudence and doctrine, elements that show the (in)effectiveness of the rights of children in vulnerable situations, accentuated by family disputes due to custody and maintenance disputes. The analysis considers not only the situation of vulnerability of the child, but part of the idea of the complexity of family relationships in the light of Complexity Theory.

Keywords: Complexity; Effectiveness of Law; Family in Litigation; Best Interest of the Minor; Vulnerabilities.

¹ Instituição de afiliação Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

*E-mail: moaci.netoadv@gmail.com

INTRODUÇÃO

A reflexão acerca da garantia dos Direitos da criança leva o pesquisador a um complexo caminho de análise, haja vista a pluralidade de dimensões que permeiam o desenvolvimento da pessoa na fase da infância e adolescência.

Desta pluralidade pode se destacar a dimensão do desenvolvimento do indivíduo a partir do contexto familiar, em especial das fragilidades que aumentam e potencializam a situação de vulnerabilidade da criança quando do litígio familiar.

A presente pesquisa parte da hipótese de que o ambiente familiar de litígio pode tornar inefetivo o Direito da criança, justamente em virtude da nocividade do litígio para o desenvolvimento do indivíduo

Neste sentido, optando-se pela metodologia de pesquisa bibliográfica, a pesquisa irá fundamentar-se inicialmente numa análise conceitual de vulnerabilidade na doutrina brasileira. Em seguida, verificar-se-á possíveis situações de vulnerabilidades da criança estabelecidas pelo legislador. Por derradeiro sob o prisma da complexidade, será elaborada breve análise acerca da (in)efetividade dos direitos da Criança na família em litígio.

REFLEXÕES ACERCA DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Estabelecer um conceito unívoco acerca das vulnerabilidades é missão um tanto quanto difícil, haja vista as variadas situações de constatação e incidência dos efeitos práticos e jurídicos da condição de vulnerabilidade.

Nesta perspectiva, destaca-se as lições de Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, ao asseverarem que

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado (assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa. (MARQUES, et al, 2010, p.120)

Conforme se destaca da lição em comento, as vulnerabilidades indicam o estado em que determinado indivíduo está impondo-se ao legislador, ao administrador e a juiz, o estabelecimento de normas, políticas públicas e instrumentos de concretização dos direitos em favor da pessoa vulnerável.

Sobre a constatação da situação de vulnerabilidade, Flávio Tartuce esta decorre “de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário”. Infere-se da situação de fato a imposição de condição de desigualdade entre um indivíduo e outro, “dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto”. (TARTUCE, 2021, p. 50)

Uma vez constatado o fenômeno situacional, pode-se evidenciar a condição de indignidade da pessoa vulnerável em virtude da violação de direitos básicos e mínimos que possam garantir direitos intrínsecos à sua condição de pessoa.

Assim, ainda que à título argumentativo, as lições de Ingo W. Sarlet evidenciam que

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2015, p. 70, 71)

Neste mesmo sentido ensinam Regina Vera Villas Bôas e Andreia Maura Bertoline Rezende de Lima que

O homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes, pela comunidade e pelo Estado, direitos estes considerados fundamentais ao exercício da sua cidadania. Neste sentido, mister se faz a análise da dignidade da pessoa humana (concreta), que abrange a sua vida cotidiana. (DE LIMA; VILLAS BÔAS, 2015, p. 43)

Depreende-se das lições de Ingo W. Sarlet, Regina Vera Villas Bôas Andreia Maura Bertoline Rezende de Lima, que o fundamento e supra princípio da Dignidade da Pessoa Humana elevam o indivíduo à uma condição jurídica elevada, de modo que o esvaziamento desta condição de dignidade o coloca em situação de vulnerabilidade.

Desta forma, contraposta à Dignidade da Pessoa Humana, a questão da Vulnerabilidade se manifesta como consequência do afastamento da condição de dignidade do indivíduo, restringindo, limitando ou negando-lhe a aplicação e/ou efetividade aos direitos que lhe são inerentes.

Uma vez estabelecidos critérios mínimos para compreensão da questão das vulnerabilidades, faz-se necessário elucidar questões concernentes as vulnerabilidades da criança à luz da Teoria da Complexidade.

Para Izabel Cristina Petraglia,

Complexidade é a qualidade do que é complexo. O termo vem do latim: *complexus*, que significa o que abrange muitos elementos ou várias partes. É um conjunto de circunstâncias, ou coisas interdependentes, ou seja, que apresentam ligação entre si. Trata-se da congregação de elementos que são membros e partícipes do todo. O todo é uma unidade complexa. E o todo não se reduz a mera soma dos elementos que constituem as partes. É mais do que isto, pois cada parte apresenta sua especificidade e, em contato com as outras, modificam-se as partes e também o todo. (PETRAGLIA, 1995, p.48)

Ao se debruçar sobre as lições de Edgar Morin, PETRAGLIA compreende que a ideia de complexidade corresponde a múltipla existência (culminando, quiçá, numa coexistência) de realidades e condições que permeia a vida humana, de modo a se ter uma compreensão multidimensional da Vida.

Tem-se, assim, a percepção de que no mundo da vida, há um emaranhado de realidades situacionais e fenomênicas que tangenciam a própria existência humana, implicando nas mais variadas formas de relações e interações humanas.

É exatamente em virtude destas relações e interações que surge a necessidade do estabelecimento de garantias e direitos, objetivando a consolidação da condição de dignidade própria de cada indivíduo.

Acrescenta-se a isto o que ensina Edgar Morin ao asseverar que

Complexidade não é complicação. O que é complicado pode se reduzir a um princípio simples como um emaranhado ou um nó cego. Certamente o mundo é muito complicado, mas se fosse apenas complicado, ou seja, emaranhado, multidependente etc., bastaria operar as reduções bem conhecidas: jogo entre alguns tipos de partículas nos átomos, jogo entre 92 tipos de átomos nas moléculas, jogo entre quatro bases no “código genético”, jogo entre alguns fenômenos na linguagem. Creio ter demonstrado que esse tipo de redução, inteiramente necessária, torna-se cretinizante assim que se torna suficiente, ou seja, pretende explicar tudo. O verdadeiro problema, portanto, não é reduzir a complicação dos desenvolvimentos a regras básicas simples. A complexidade está na base de tudo. (MORIN, 2016, p. 451-452) (grifo do autor)

Pelo que se vê, a questão da complexidade permeia a experiência da vida humana como condição própria de sua existência, eclodindo de forma múltipla e irradiando seus efeitos em todas as dimensões que compreendem a vida humana.

Tendo brevemente considerado isto, cumpre destacar dentre a variadas dimensões da experiência da vida humana, aquela que corresponde de forma específica à condição da Criança, em especial no âmbito da família em litígio.

Tal reflexão se revela indispensável, haja vista o Legislador ter estabelecido no competente Estatuto da Criança e do Adolescente condições que destacam a vulnerabilidade da pessoa em estado de desenvolvimento e em idade infantil, de modo a garantir-lhe direitos indispensável para seu aperfeiçoamento.

Desta forma, garantir o direito ao sadio convívio familiar, ao lazer, à educação, à alimentação, à saúde, à moradia, à integridade física e moral, à assistência espiritual, dentre outros, é proporcionar a emancipação do indivíduo, mitigando a incidência situacional de vulnerabilidade.

Tem-se assim, que é no ambiente familiar que a criança inicia o seu desenvolvimento individual, tendo os genitores (responsáveis) e os demais entes que integram determinada unidade familiar, a responsabilidade inicial de garantir o seu pleno desenvolvimento.

Posteriormente, surge a responsabilidade do Estado em estabelecer critérios mínimos que garantam de forma legal os direitos da criança em todas as áreas necessárias para o seu desenvolvimento individual e coletivo.

Sendo a família a base de construção da sociedade, integrando o núcleo duro da coexistência humana, verifica-se a necessidade de que o convívio social familiar deve se dar de forma harmônica, de modo a proporcionar à criança os elementos e informações necessários para seu desenvolvimento.

Quando da ausência desta harmonia, ou seja, quando a família se encontra em situação de litígio, as vulnerabilidades da criança são potencializadas pela ausência de condições básicas para seu pleno desenvolvimento.

À título exemplificativo, pode se destacar a situação de divórcio litigioso acrescido pela disputa patrimonial e dos interesses individuais dos genitores/responsáveis em litígio, podendo ocorrer em casos mais severos a chamada alienação parental.

É de todo sabido que o convívio com os familiares não se faz apenas questão de Direito, todavia, é condição indispensável para o aperfeiçoamento do indivíduo extraindo de cada componente do grupo familiar, elementos que forjarão a personalidade e caráter de cada indivíduo.

Deste modo, seja pela complexidade das relações familiares, seja pela complexidade própria do ser humano, o Direito surge como instrumento de garantia da ordem social e dos direitos de cada indivíduo sob a luz da dignidade que lhe é própria.

A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CRIANÇA NA FAMÍLIA EM LITÍGIO

Feitas as considerações anteriores, surge outro elemento da discussão da pesquisa, consistente no estabelecimento de elementos caracterizadores da (in)efetividade dos direitos da criança na família em litígio.

Tendo já demonstrado que a condição de litígio no âmbito familiar prejudica o pleno desenvolvimento do indivíduo em idade infantil, bem como impossibilita a concretização de direitos da criança potencializando suas vulnerabilidades, cabe ao pesquisador ponderar acerca dos impactos evidenciados na relação familiar litigiosa na vida da criança.

Para tanto, considerando a natureza da presente pesquisa, não tendo como objetivo o esgotamento do tema em apreço, destaca-se duas situações em que as vulnerabilidades da criança podem ser potencializadas e causar-lhe prejuízo, à saber, vulnerabilidade econômica e vulnerabilidade afetiva.

No que diz respeito à vulnerabilidade econômica na família em litígio, pode se destacar a situação em que o obrigado a adimplir prestação alimentar deixa de fazê-lo como forma de “punir” o guardião da criança por razões egoísticas e indignas.

Nesta hipótese, vê-se que a criança – que já é economicamente vulnerável, visto que, em regra, é pessoa incapaz de prover o próprio sustento – tem sua vulnerabilidade econômica potencializada pela desídia do alimentante em prover o mínimo existencial para o desenvolvimento de sua prole.

Percebe-se que o litígio destaca uma vulnerabilidade preexistente, realçada pela inobservância da responsabilidade de prover as mínimas condições econômicas necessárias para subsidiar a vida e desenvolvimento da criança.

De outro lado, verifica-se a vulnerabilidade sob o prisma da afetividade ao estabelecer que o afeto é intrinsecamente próprio das relações sociais e familiares, de modo que a ausência de afeto – desinteresse por parte de determinado indivíduo – ou a obstaculização da manifestação deste – hipótese de alienação parental – potencializa o sofrimento da criança.

Na primeira situação, revela-se a conduta negativa por parte do indivíduo que nega o afeto à criança por razões diversas, tais quais: distanciamento, falta de interesse, intriga com o guardião da criança, dentre outros.

Na segunda situação a conduta negativa é praticada (em regra) por quem detém a guarda da criança, de modo a impedir que o outro mantenha vínculos afetivos com esta, obstaculizando o direito da criança e seu genitor(a)/responsável.

Sem adentrar noutras questões acerca da alienação parental e seus sujeitos, a pesquisa evidencia essas duas hipóteses de vulnerabilidades da criança na família em situação de litígio, objetivando demonstrar que o litígio potencializa a questão das vulnerabilidades da criança.

Em virtude disto, o melhor interesse da criança não é observado, de modo que os protagonistas do litígio colocam como prioridade os seus interesses e não os interesses e necessidades da criança.

Deste modo, objetivando a efetividade dos direitos da criança na família em litígio, se faz necessário pensar a situação litigiosa pelo prisma da reforma do pensamento e, em senso necessário, pela imposição de medidas jurídicas capazes de mitigar os efeitos danosos da conduta vulnerante.

Sobre isto, destaca-se o pensamento de Edgar Morin ao ensinar que

As vias reformadoras seguidas no passado fracassaram todas, mas foram seguidas separadamente, excluindo-se umas às outras. Não seria possível trilhá-las em conjunto e fazê-las confluir? Precisaríamos esforçar-nos para conjugar numa mesma perspectiva reformadora a reforma da sociedade (que comporta a reforma da civilização), a reforma do espírito (que comporta a reforma da educação), a reforma da vida, a reforma da ética. O conjunto dessas reformas engloba a tríplice identidade humana indivíduo/sociedade/espécie. Cada uma dessas reformas necessita das outras e as três primeiras comportam ou favorecem a reforma ética. Esta e as outras reformas são reciprocamente necessárias. A Isso poderia somar-se a contribuição de uma ciência reformada. (MORIN, 2017, p. 168, 169)

Sob a perspectiva da complexidade, evidencia-se que a confluência de reformas na esfera individual, familiar e social possibilitaria, quiçá, a garantia dos direitos mínimos indispensáveis para o desenvolvimento da criança, em especial na família em litígio.

A compreensão de que a realidade familiar é complexa nos permite sintetizar elementos indispensáveis para o fortalecimento das estruturas familiares, objetivando o desenvolvimento de cada indivíduo e, em especial, da criança.

Assim, observando pela ótica da litigiosidade, verifica-se que o ambiente familiar de litígio torna inefetivo os direitos da criança, visto que ante a ausência ou diminuída (ou insignificante) assistência à esta, torna-se inevitável e indigna a condição de potencializada vulnerabilidade.

Por derradeiro, destaca-se que as vulnerabilidades da criança se manifestam pela razão da própria condição da criança. Tanto o é que o Legislador tratou de forma especializada os direitos da pessoa em idade infantil.

O que se observa é que a situação familiar de litígio potencializa as vulnerabilidades preexistentes, de modo a tornar inefetivos os direitos da criança em virtude da condição de conflituosidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que fora resumidamente apresentado na presente pesquisa, três assertivas se destacam, quais sejam: a complexidade do relacionamento familiar; a preexistência de vulnerabilidade da criança em virtude de sua condição; a potencialização das vulnerabilidades em virtude do litígio familiar.

Em primeira análise, constatou-se que as relações familiares, como forma específica das relações humanas, possuem natureza complexa, o que decorre a compreensão de que múltiplos elementos que integram a entidade familiar são interdependentes, autônomos e harmônicos (ou ao menos deveriam ser) entre si.

Desta complexidade própria das relações familiares se observa que o indivíduo em idade infantil possui necessidades diversas do adulto, especialmente por estar em fase de desenvolvimento e demandar cuidados mais específicos.

Decorre destas necessidades diversas a preexistência de vulnerabilidades inerentes ao desenvolvimento do indivíduo, demandando especial atenção do Estado e da família, objetivando seu aperfeiçoamento.

Por último, ao se evidenciar a situação de litígio familiar é possível constatar que tal condição potencializa as vulnerabilidades preexistentes em virtude da conduta negativa de determinados integrantes da unidade familiar.

Assim, considerando a natureza investigativa da pesquisa realizada, não tendo a pretensão de esgotamento da matéria, pode-se considerar sob o prisma da complexidade que a situação de litígio familiar torna inefetivo determinados direitos da criança.

REFERÊNCIAS

DE LIMA, Andreia Maura Bertoline Rezende; VILLAS BÔAS, Regina Vera. **A judicialização da saúde, o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana no contexto das políticas públicas nacionais**. In *Direito & Paz*. Ano XVII. N. 32 (2015). Lorena: Editoria: Pablo Jiménez Serrano, 2015.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MORIN, Edgar. **O método 1: a natureza da natureza**. Porto Alegre: Sulina, 2016.

_____. **O método 6: Ética**. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2017.

PETRAGLIA, Izabel Cristina. Edgar Morin: **A educação e a complexidade do ser e do saber**. 8ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. Volume único/ Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.