

Flávio Henrique de Melo

Autor. Doutor em Ciências Jurídicas pela UNIVALI (Itajaí/SC) em parceria com a FCR (Porto Velho/RO). Mestre em Poder Judiciário pela FGV/RJ em convênio com a EMERON/TJRO. Juiz de Direito de 3ª entrância em Porto Velho/RO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4820756680473316>.

Marcilene da Silva

Co-autora. Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira em Goiânia em 2008.

DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: DEPENDENTE COM NECESSIDADE ESPECIAL

Isaías¹ 35:5-6: "Então os olhos dos cegos serão abertos, e os ouvidos dos surdos se desimpedirão. Então o coxo saltará como o cervo, e a língua do mudo cantará de alegria; porque águas arrebentarão no deserto e rios no ermo.

Flávio Henrique de Melo
Marcilene da Silva

RESUMO

O presente artigo científico tem o escopo de abordar a natureza jurídica de direito fundamental do direito à convivência familiar daqueles dependentes que possuem necessidades especiais. O contexto do tema compreende a importância da manutenção do vínculo e ambiente familiar estruturado e constituído para propiciar seu desenvolvimento (em vários aspectos), sem prejuízo das obrigações naturais da sociedade contemporânea. A exemplo do previsto nos arts. 226 e 227 da Constituição Federal, as Leis Federais 12.764/12 (Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista), 13.146/15 (Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência) e a 8.112/90 (Lei dos Servidores Públicos Federais, alterada pela Lei n. 13.370/2016 estabelecendo o direito de redução de jornada de trabalho), e a Lei n. 8.069/90, servem de arcabouço legal para o tema. O objetivo específico é demonstrar a relevância da preservação dessa convivência familiar para as pessoas com necessidades especiais no seu desenvolvimento. O método será o indutivo. E as hipóteses para solução da proteção desse direito fundamental serão assegurar meios de que a família possa estar próxima e integrada com a pessoa com necessidade especial, por meio de nova atuação dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

1 BRASIL. BÍBLIA.COM.BR. Disponível em: <https://biblia.com.br/perguntas-biblicas/o-que-a-biblia-diz-sobre-os-deficientes/>. Acesso em: 01 ago.2019.

Palavras-chaves: direito social, direito fundamental, convivência familiar, dependência e necessidade especial.

Introdução

A temática a ser discorrida vem apresentando maior conhecimento, discussão, destaque e preocupação em todos os setores, e, principalmente, para os pais ou responsáveis legais por filhos portadores de necessidades especiais.

A problemática consiste em verificar se direito fundamental à convivência familiar deve ser assegurado em razão do direito absoluto da pessoa em desenvolvimento para permitir o planejamento familiar estável e estruturado?

A hipótese se verá confirmada pelo cotejo dos arts. 5º e 227 da CF/88 e das Leis n. 12.764/12, 13.146/15, 8.112/90 (alterada pela Lei n. 13.371/2016) e a Lei n. 8.069/90 (ECA). Esse direito, muito embora regulamentado, carece de uma política pública efetiva e real, mais precisa inclusive que veja as diferenças e as trate com necessárias a preservação da condição e necessidade de cada família que algum com particularidade especial. Acompanhando isso, o Legislativo deve buscar acompanhar, legislar e estabelecer as ferramentas para os demais poderes agirem. E enfim, o Poder Judiciário vem a pavimentar esse acesso dessas famílias para permitir o acesso aos direitos e terem uma convivência familiar saudável.

Esse mote, justifica a escrita desse trabalho para o fim de mostrar a relevância e a imprescindibilidade da introjeção de fato do direito fundamental à convivência familiar, para que a inclusão não seja apenas figura de retórica.

A descrição inicia-se com a tratativa dos direitos constitucionais e legais. Em um segundo momento aborda-se os direitos sociais relativos à convivência familiar e, por último, a

Ao final da análise do tema, valer-se-á do princípio da dignidade da pessoa humana, como alerta e choque de realidade à toda autoridade responsável e ocupante de cargo de poder para que não descuide

desse direito fundamental que é essencial para a consecução da vida digna das pessoas portadoras de necessidades especiais.

Direitos sociais: aspectos constitucionais e legais.

A Carta Magna de 1988² conceitua os direitos sociais, como sendo: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A definição constitucional dos direitos sociais mostra que o objeto compreende um conjunto de necessidades básicas e essenciais para que o ser humano possa se estabelecer e viver de modo digno, dispondo-se em normas de caráter programática. Contempla, por óbvio, o princípio da dignidade da pessoa humana³.

De acordo com os escólios de Nunes Júnior⁴ ao tratar sobre os direitos sociais fundamentais, compila que :

(...) ao se falar em direitos sociais, aborda-se necessariamente uma plethora de direitos, cujas composturas jurídicas, não obstante marcadas por uma identidade de objetivos, não se apresentam com a mesma natureza.

Os direitos sociais, com efeito, envolvem uma ampla seara de direitos, como, por exemplo, os de proteção do trabalho, o direito de saúde e o direito de educação. Naqueles florescem disposições

2 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivildil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 03 ago. 2019.

3 O princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil expressamente previstos na CR/88 (art. 1º, III), vincula todo o ordenamento jurídico à sua orientação (todo o Direito brasileiro deve mover-se à sua direção). Também foi positivado pelo projeto do CPC, que o listou como um dos princípios que devem ser observados pelo juiz ao aplicar a lei (art. 6º). Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940203/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-art-6-do-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em 03 ago. 2019.

4 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direitos sociais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/54/edicao-1/direitos-sociais>. Acesso em: 03 ago. 2019.

como as que limitam a jornada de trabalho, impõem pisos salariais e asseguram participação nos lucros da empresa, mas também outras que indicam a existência do direito de greve e do direito de sindicalização, além de outras formas organizatórias mais específicas.

É visível certa assincronia entre os direitos citados. O direito à saúde e o direito à educação, de fato, exigem do Estado uma atividade prestacional, que deve ser materializada em serviços públicos. Já quando falamos em pisos salariais ou em limitação da jornada de trabalho, cogitamos do Estado em uma atividade normativa e reguladora, é dizer, de intervenção no domínio de relações privadas, normatizando e regulando tais relações.

Muller afirma que : “O art. 19 da Lei n. 8.069/90, assegura a toda criança e adolescente o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurando a convivência familiar e comunitária, zelando por um ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”⁵.

Esse direito conforme Gueiros e Oliveira⁶ *apud* Muller, tendo em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, seja para a criança e o adolescente, na relação pais/filhos, é premissa que acarreta o direito à convivência familiar, o qual deve ser garantido tanto aos filhos, como também aos pais, e assim:

É fundamental defender o princípio de que o lugar da criança é na família, mas é necessário pensar que essa é uma via de mão dupla – direito dos filhos, mas também de seus pais- e, assim, sendo, deve ser assegurado à criança o direito de convivência familiar, preferencialmente na família na qual nasceu, e aos pais o direito de poder criar e educar os filhos que tiveram do casamento ou de vivências amorosas que não chegaram a se constituir como parcerias conjugais.

5 MULLER, Crisna Maria. Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619. Acesso em: 15.06.2019.

6 GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva *apud* MULLER. Direito à convivência familiar. In: Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo: Cortez Editora. Ano XXVI, n.81, p.117-134, mar. 2005. p.118.

Em avanço no trato jurídico dessa premissa quanto o direito à absoluta prioridade do convívio familiar e, no contexto fático, busca equacioná-lo com a existência de um ambiente de trabalho sadio, previsível e estável para melhor planejamento do tempo familiar. O fundamento como dito está no art. 19 do ECA⁷. Pois bem:

Vide Princípio 6º, da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959; arts. 9º e 18, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989; arts. 226 e 227, caput, da Constituição Federal e arts. 4º, caput, 87, incisos VI e VII, 88, inciso VI, 90, incisos I a III, 100 caput, segunda parte e par. único, inciso IX, 101, incisos I e IV, 129, incisos I a IV e 208, inciso IX, do ECA. Trata-se de um dos direitos fundamentais a serem assegurados a todas as crianças e adolescentes com a mais absoluta prioridade, tendo a lei criado mecanismos para, de um lado (e de forma preferencial), permitir a manutenção e o fortalecimento dos vínculos com a família natural (ou de origem) e, de outro, quando por qualquer razão isto não for possível, proporcionar a inserção em família substituta de forma criteriosa e responsável, procurando evitar os efeitos deletérios tanto da chamada “institucionalização” quanto de uma colocação familiar precipitada, desnecessária e/ou inadequada.

Com efeito, à luz da CF/88, das Leis n. 13.146/15 e 12.764/12 e o ECA (8.069/90), máxime a situação, natureza e responsabilidade da atividade jurisdicional do Magistrado que lhe causa natural *stress*, ainda num quadro em que esse se vê também na condição de pai de filho(a) com necessidades especiais, advém ainda com mais intensidade a necessidade de tutela do direito fundamental da convivência familiar.

Importante destacar, a Lei n. 8.112/90, alterada pela Lei n. 13.370, de 12 de dezembro de 2016 com vistas a alterar o §3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza e para revogar

7 DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. 6ª ed. Curitiba ..Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2013_6ed.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

a exigência de compensação de horário.

E com já exposto, a conciliação desse direito fundamental absoluto da convivência familiar somente será exequível se o magistrado tiver condições de planejar sua rotina de trabalho, com vistas a permitir sua presença e acompanhamento à rotina do filho com necessidades especiais.

E esse acompanhamento por ser decorrentes das premissas citadas: CF/88, das Leis n. 13.146/15 e 12.764/12 e o ECA (8.069/90) e a Lei n. 8.112/1990 (alterada pela Lei n. 13.370/2016), assume a natureza jurídica de direito fundamental absoluto.

2. O direito fundamental à convivência familiar:

O direito fundamental é uma condição de garantia posta à disposição dos cidadãos contra o próprio Estado, previsto na Constituição Federal, e também em face dos demais componentes humanos, sendo, portanto, mais rígido seu processo legislativo de mudança.

De acordo com Sarlet⁸, entende-se por direitos fundamentais:

Assim, para a compreensão do conceito de direitos fundamentais adotado pela CF, que aderiu à tradição que acabou em grande parte se consolidando no direito constitucional ocidental, é preciso retomar o fato de que direitos fundamentais são em primeira linha direitos constitucionalmente reconhecidos e ao menos em tese como tais assegurados, compartilhando, portanto, da supremacia hierárquica comum às normas constitucionais em geral.

De largada, é importante compreender a convivência familiar está como um direito social fundamental com lastro nos arts. 226 e

8 SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 17 abril. 2019.

227, ambos da Constituição Federal⁹. De acordo com a Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: Grifou-se.

SILVA, MELLO e AQUINO¹⁰, acrescentam que a família é:

O aporte afetivo fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil e para a saúde mental dos indivíduos; a absorção de valores éticos e de conduta; bem como a introdução das crianças na cultura da sociedade em que estão inseridas.

A tutela à família não pode ser algo apenas positivado no sistema legislativo, mas uma realidade efetiva, revelado por meio de uma política de Estado.

Além de ser uma questão de ordem legal e constitucional, hoje existem leis que regulamentam essa condição de prioridades. O

9 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivl/il_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 03 ago. 2019.

10 SILVA, Enid R. A.; MELLO, S. G. e AQUINO, L. M. C. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid R. A. (Coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 209-242.

Estado precisa dar uma atenção especial aqueles que são pais/mães com filhos acompanhados de necessidades especiais, na medida em que exige uma dedicação exclusiva, carecendo da convivência familiar e vice-versa. Ao conciliar essa condição com a necessidade familiar, qualifica-se um ambiente mais estável e saudável tanto na vida profissional quanto profissional.

Nesse sentido, o 6º princípio enunciado na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959¹¹:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa do amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda social e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Como sujeito desse contexto, é muito difícil conciliar essas grandezas, por isso a concessão ou a flexibilização de um olhar mais humanizado para família que tem alguém com necessidade especial para que tenha a condição e o equilíbrio para dar conta do seu trabalho e ao mesmo tempo conceder atenção necessária à família fragilizada, é essencial para melhor planejamento.

Dentro do núcleo do direito fundamental social da família, está o microsistema da convivência familiar.

É importante frisar que a convivência familiar também está inserida no cerne do direito fundamental e, portanto, goza da mesma natureza jurídica e prerrogativa. A esse respeito escreve BRAGA aduzindo que¹²:

11 Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração dos Direitos da Criança – 1959. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 04 ago. 2019.

12 BRAGA, Cinara Vianna Dutra. Direito Fundamental Constitucional à convivência familiar e comunitária e acolhimento institucional. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan. 2015 – abr. 2015. p. 23.

Neste diapasão, temos no Brasil, constitucionalmente assegurado, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, excepcionalmente sendo as crianças e adolescentes inseridos no acolhimento institucional quando seus direitos fundamentais são violados ou estejam em risco de violação, devendo a autoridade judiciária competente, a cada seis meses, no máximo, reavaliar, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, a situação do acolhido, decidindo pela reintegração familiar ou colocação em família substituta.

Cuidando da convivência familiar, por meio da tutela àqueles que são acometidos de necessidades especiais, as Leis ns. 12.764/12¹³ e 13.146/15¹⁴ tratam, respectivamente, da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e a segunda da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

As ponderações de Lima¹⁵ merecem destaque:

Não há dúvida de que, no Brasil, muitos dos direitos e garantias constitucionalmente tutelados não chegam a ser implementados, demonstrando-se crescente contradição, que deixa à margem centenas de brasileiros que não conseguem ter seus direitos mínimos de cidadania assegurados.

A convivência familiar apesar de reconhecidamente direito fundamental ainda não é uma realidade despertada nos agentes públicos, em que pese o dever constitucional e legal, muito menos há qualquer encorajamento ou iniciativa de implementação dessa figura jurídica, por meio de política pública para acolher e incluir também

13 BRASIL. Lei n. 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

14 BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

15 LIMA, Maria Cristina de Brito. A educação como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 10.

a família com pessoas diagnosticadas com algum transtorno ou síndrome.

A realização desse passo vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶ no atendimento socioeducativo; no entanto, a não efetivação de um direito garantido acarreta violação a esse mandamento. A Declaração universal dos direitos humanos e na Constituição Federal de 1988 pautam esse tema. Conforme os dizeres de Strelhow¹⁷:

Todo o processo de busca por espaço social ainda continua e necessita de uma luta constante. Muitas conquistas foram alcançadas e estão respaldadas na forma da lei. Porém, este é um processo lento e ainda demanda muita luta. Precisamos avançar principalmente no que diz respeito à efetivação destes direitos garantidos legalmente para que as pessoas com deficiência – às quais as pessoas com autismo constituem uma parcela significativa – gozem de vida plena. É de fundamental importância que a sociedade transforme seu discurso inclusivo em práticas que assegurem a participação democrática destas pessoas no ambiente social, e que principalmente, os ambientes sociais estejam adequados às suas necessidades específicas.

Com efeito, cuidando da importância da tutela e da realidade do direito fundamental da convivência familiar, SILVEIRA; MEDEIROS e MERIGO¹⁸ descreve sobre esse ponto do tema:

A importância deste direito fundamental está garantida em legislações e normativas nacionais e internacionais, neste sentido, à

16 KAPPLER, Camila Kuhn Kappler, KONRAD, Letícia Regina. O princípio da dignidade da pessoa humana: considerações teóricas e implicações práticas. Revista Destaques Acadêmicos, Lajeado, v. 8, n. 2, 2016. ISSN 2176-3070. Disponível em: www.univates.br/revistas. Acesso em: 22 abr. 2019.

17 STRELHOW, Thyeles Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo/article/download/13135/9651>. Acesso em: 22 abr. 2019.

18 SILVEIRA, Andreia Cimone da Silveira; MEDEIROS, Valéria Medeiros; MERIGO, Janice. Direito à convivência familiar e comunitária e a nova lei de adoção: algumas considerações. Disponível em: <http://egem.org.br/wp-content/uploads/2016/01/DIREITO-A-CONVIVENCIA-FAMILIAR-E-COMUNITARIA-E-A-NOVA-LEI-DE-ADOCACAO.pdf>. Acesso em 04 ago.2019.

concepção de convivência familiar e comunitária é idealizada como algo primordial para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, sendo que ela deve estar associada ao seu contexto sociocultural e principalmente a sua família.

Ao se estudar a importância, este escritor vem apresentar a justificativa do tema, que o objetivo de cuidar e estudar a tutela das pessoas com necessidades especiais é assegurar que o principal ambiental de convivência esteja plenamente ajustado e estruturado, com vistas a evitar prejuízo ao seu desenvolvimento.

Dependentes com necessidades especiais: aspectos jurisprudenciais.

Para introduzir como um caso concreto, apresentou os termos do acórdão do STF-MANDADO DE SEGURANÇA 27.958 do DISTRITO FEDERAL, ao tratar da quebra da solução de continuidade do magistrado, referindo-se à inamovibilidade, calha com a hipótese em testilha no tocante a autorizar a permanência em determinada unidade jurisdicional, na forma analógica à situação da inamovibilidade, para garantia da estabilidade do direito constitucional do equilíbrio e saúde da convivência familiar, mediante a possibilidade de planejamento do magistrado.

Como amostra do trabalho, e mostrando a importância do cuidado da saúde dos responsáveis pelas pessoas acometidas de necessidades especiais, a pesquisa solicitada pela AMB, ressalta-se a necessidade de preservação do ambiente familiar do magistrado. Com efeito, obteve-se a conclusão de que os magistrados, sendo em 90% dos julgadores acreditam estar mais estressados que magistrados no passado; levantamento também apresenta dados sobre prática de atividade física, transtornos psicológicos e atividades que aliviam rotina de trabalho da magistratura¹⁹.

19 BRASIL. Juízes brasileiros pensam que magistratura está mais estressante do que no passado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI296099,91041-Juizes-es-brasileiros-pensam-que-magistratura-esta-mais-estressante-do>. Acesso em: 15 jun. 2019.

A garantia da convivência familiar é um direito que se encontra dentro do objeto do princípio da dignidade da pessoa humana, tratado na Declaração Universal dos direitos²⁰ humanos e na Constituição Federal de 1988.

Daí o compromisso públicos dos poderes republicanos também deve ultrapassar as linhas descritas nos itens institucionais de missão, visão e valores, conforme pontua a Declaração universal de direitos humanos²¹ e a Constituição Federal.

Nos termos da Lei n. 13.146/15²² (Lei Brasileira de Inclusão – Estatuto da Pessoa com deficiência), em seu art. 2º exara o que é o conceito de deficiência, objeto de alcance de trabalho, nos seguintes termos:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas

Esse diploma legal é extenso e programático nas disposições dos direitos assegurados à pessoa consideradas deficientes nos termos da referida Lei. Apesar disso, a jurisprudência ainda é tímida, necessitando de maior alcance do tema no âmbito dos Tribunais e maior sensibilização do Poder Judiciário como um todo.

Nesse espeque COSTA e BRANDÃO reforça dizendo que²³:

Não há como se ter certeza da melhor alternativa. Muitas dúvidas há

20 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 04 ago. 2019.

21 ONU. Organizações das nações unidas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 22 abr. 2019.

22 BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

23 COSTA, Aline Maria Gomes Massoni da; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha. As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

a respeito da Lei nº 13.146/2015 e como sua aplicação influenciará a vida das pessoas.

Não existem entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais consolidados a respeito do tema, que, aliás, é extremamente recente. Somente o cotidiano, isto é, a prática poderá dizer se o art. 85 da Lei nº 13.146/2015 é benéfica a todas as pessoas, ou, se o caso é de realmente de admitirmos a curatela total quando for necessário.

O Poder Judiciário, por sua natureza e sede, é onde as pessoas devem buscar a salvaguardas de seus direitos. Aqueles que possuem necessidades especiais, em razão da condição, gozam de prioridade absoluta, e devem encontrar no Estado-Juiz a esperança de ver revelados seus direitos explícitos e implícitos, a despeito da ineficiência das políticas públicas estatais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em recente acórdão, assentou sobre o assunto, resguardando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente:

Agravo de Instrumento. Antecipação de tutela. Requisitos. Presentes. Direito à educação. Garantia constitucional. Alunos com necessidades especiais. Princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Prevalência do interesse do menor. Recurso a que nega provimento.

1. Presentes os requisitos da antecipação de tutela previstos no art. 300 do Novo Código de Processo Civil, devida a manutenção da decisão que deferiu de tal medida.

2. Em regra, indevida a ingerência do Poder Judiciário sobre o Executivo; entretanto, ante situações excepcionais de reiteradas práticas omissivas, com nítida inércia da Administração, bem como constatada que a demora da prestação implicará danos permanentes a sujeitos detentores de proteção especial dada pela Constituição Federal – crianças e adolescentes – mostra-se cabível a determinação de medidas por parte do Judiciário.

3. Recurso a que se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo nº 0801972-56.2018.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Eurico Montenegro, Data de julgamento:

01/07/2019.

E igual esforço constitucional e infraconstitucional, a corte de Justiça Estado neste Estado exarou relevantíssimo acórdão sobre a tutela do direito do professor-mediador para algumas pessoas com necessidades especiais que dependem desse personagem para a efetiva inclusão escolar. Pois bem:

Mandado de segurança. Ensino especial. Professor auxiliar. Necessidade. Portador de necessidades especiais.

A regra legal garante que a educação é direito fundamental de todos e dever do Estado para assegurar o ensino igualitário e condições para o acesso e permanência do aluno na escola, resguardando o desenvolvimento aos portadores de necessidades especiais, disponibilizando professor auxiliar quando necessário. Segurança concedida.

MANDADO DE SEGURANÇA, Processo nº 0801202-68.2015.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Especial, Relator(a) do Acórdão: Des. Odivanil de Marins, Data de julgamento: 17/04/2019.

A exemplo da Lei n. 8.112/90²⁴, em seu §3º do art. 98 (alterado pela Lei nº 13.370, de 12 de dezembro de 2016²⁵), que prevê a concessão de horário especial ao servidor que tenha filho com deficiência, independente de compensação de horário e sem prejuízo do exercício do cargo, consignando que a Constituição estabelece, nos arts. 5º e 227, a prioridade absoluta da criança e consonância com o princípio da igualdade.

Nessa esteira, a pesquisa apresenta os seguintes casos já decididos e reconhecidos pela jurídica, na qual revelou a

24 BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 05 ago. 2019.

25 BRASIL. Lei n. 13.370 de 12 de dezembro de 2016. Altera o §3º do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza e para revogar a exigência de compensação de horário). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 05 ago. 2019.

preocupação com a prioridade absoluta da criança para servir da base na tutela do direito fundamental da convivência familiar. Pois bem: Processo nº 0800056-88.2014.8.12.0037(Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul), Processo: 0000678-17.2018.5.17.0121(Informações: TRT 17ª região), Processo: 0074069-08.2017.8.19.0000 (Fonte: 3ª Câmara Cível – TJRJ), Recurso Inominado nº0004618-12.2016.8.01.0070 (2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais da Comarca de Rio Branco).

A razão dessa mudança na jurisprudência, revelando a nova expressão do Poder Judiciário quanto ao cuidado das pessoas que possuem necessidades especiais, bem como de suas respectivas famílias, é muito importante e atenta para seu papel social e constitucional. Isso equaciona o desequilíbrio, em parte, torna visível pessoas que a sociedade preconceituosamente faz questão de não deixar ser revelada.

Nesse ponto, a citação do jornal Estadão²⁶ contribui de sobremaneira para contextualizar a aflição das famílias, principalmente pais, quanto a dificuldade no conciliar o trabalho e família, sem prejuízos dos laços sociais:

Pessoas que têm o Transtorno do Espectro Autista (TEA) ainda são pouco compreendidas e, muitas vezes, aglomeradas na categoria da deficiência intelectual, sem avaliação especializada ou mais detalhada sobre suas habilidades, características ou dificuldades. Há também o estigma da 'superinteligência', frequentemente abordada em filmes, seriados, novelas e outras obras de ficção.

Para quem cria uma criança com autismo, a rotina pode ser bastante intensa, seja pela frequência em terapias, por necessidades médicas, para atividades recreativas ou fortalecimento educacional.

Por isso, é comum que mães e pais de crianças com autismo abandonem a vida profissional para cuidar de seus filhos em tempo integral. Quando isso não é possível – muita gente tem de trabalhar para pagar as contas – costuma ser difícil conciliar o cotidiano pessoal com as exigências do emprego.

26 BRASIL. ESTADÃO. Redução do horário de trabalho para quem tem filho autista. <https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/reducao-do-horario-de-trabalho-para-quem-tem-filho-autista/>. Acesso em: 05 ago. 2019.

Assim, é o que vivenciam as famílias de Autistas, Down's e tantos outros casos que precisam trabalhar e buscam conciliar com convivência familiar necessária para o desenvolvimento do tutelado, em meio ao planejamento exaustivo de terapias e outras tantas atividades necessárias. Enfim, a mudança de olhar, em especial do Poder Judiciário que deve se estender para os demais Poderes (Executivo e Legislativo) está passando da hora de acontecer.

Muitas famílias estão sem vozes e invisíveis nesse contexto e precisa de o Estado reconhecê-las e inseri-las em políticas públicas contínuas e ininterruptas, e a sociedade mudar a forma de tratamento e se despir do preconceito para se formar relações humanas mais saudáveis e solidárias.

Considerações Finais

O estudo e compreensão da importância da convivência familiar, natureza jurídica de direito fundamental, nos leva a várias reflexões, verificado pelo desenvolvimento do tema.

Primeiramente, a Constituição Federal cuidou de tratar disso como um direito fundamental no art. 227. No art. 6º, do mesmo diploma, os direitos sociais se referem ao convívio familiar, pois estabelecem a todo cidadão as mínimas condições para que seja reconhecida a figura descrita no princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se a grande importância do papel de cada poder Republicano.

O Poder Executivo em sua missão de criar e executar as políticas públicas de inclusão em todas as áreas.

O Poder Legislativo para editar e regulamentar instrumentos legislativos efetivos e eficazes para que o Estado poder se amparar ao tratar os casos de familiares de dependentes com necessidades especiais, observando-se os termos do art. 5º da Carta Constitucional.

O Poder Judiciário, salvaguarda e ponte de acesso aos direitos e, ao mesmo tempo, mecanismo de execução de direitos e políticas públicas não implementadas por diversas razões.

A sociedade, nesse contexto, tem o dever de respeitar e buscar tratar com respeito, reconhecendo que distinção além de ser um direito constitucional, é um muito mais um direito supranacional (humanidade).

Fechando as hipóteses, a convivência familiar é exequível quando se equilibra a necessidade de trabalho e o trato com o planejamento familiar especial, cuja nesse estudo encontrou-se sua natureza e base jurídica na Constituição e, portanto, direito fundamental e nas leis infraconstitucionais (Leis ns. 12.764/12, 13.146/15, 8.112/90, 13.370/2016 e a 8.069/90).

Aos que dependem de restrições no trabalho para harmonizar a convivência familiar e o planejamento pessoal, os instrumentos legislativos e a jurisprudência tem caminhado nesse sentido para lhes conferir amparo na busca da tutela desse direito.

Enfim, o reconhecimento da convivência familiar, enquanto direito fundamental, assume o condão de máximo do princípio da dignidade da pessoa²⁷ humana, na medida em que a não observância autêntica desse planejamento pessoal diferenciado exige mais dos pais e da família, sendo imprescindível completamente para o conhecimento e desenvolvimento daqueles com transtorno ou síndrome. E a compreensão da dignidade pressupõe o equilíbrio e paridade para que todos nesse contexto possam receber as mesmas oportunidades em igualdade de condições.

27 STRELHOW, Thyeles Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Referências

BRAGA, Cinara Vianna Dutra. Direito Fundamental Constitucional à convivência familiar e comunitária e acolhimento institucional. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 76, jan. 2015 – abr. 2015. p. 23.

BRASIL. Objetivos da educação inclusiva. Portal da Educação. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/educacao-inclusiva-definicao/55695>. Acesso em 17 abril. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 21 abril. 2019.

BRASIL. Conceito de educação inclusiva. Portal da Educação. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/educacao-inclusiva-definicao/55695>. Acesso em: 17 abril. 2019.

BRASIL. BÍBLIA.COM.BR. Disponível em: <https://biblia.com.br/perguntas-biblicas/o-que-a-biblia-diz-sobre-os-deficientes/>.

BRASIL. Juízes brasileiros pensam que magistratura está mais estressante do que no passado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI296099,91041-Juizes+brasileiros+pensam+que+magistratura+esta+mais+estressante+do>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 05 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.370 de 12 de dezembro de 2016. Altera o §3o do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza e para revogar a exigência de compensação de horário). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 05 ago. 2019.

BRASIL. ESTADÃO. Redução do horário de trabalho para quem tem filho autista. <https://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/reducao-do-horario-de-trabalho-para-quem-tem-filho-autista/>. Acesso em: 05 ago. 2019.

BULGRAEN, Vanessa Cristina. O papel do professor e sua mediação nos processos de elaboração do conhecimento. Revista Conteúdo, Capivari, v.1, n.4, ago./dez. 2010 – ISSN 1807-9539. Disponível em: <http://www.conteudo.org.br/index.php/conteudo/article/viewFile/46/39>. Acesso em: 23 abr. 2019.

COSTA, Aline Maria Gomes Massoni da; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha. As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. 6ª ed. Curitiba ..Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_anotado_2013_6ed.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva apud MULLER. Direito à convivência familiar. In: Revista Serviço Social e Sociedade.

São Paulo: Cortez Editora. Ano XXVI, n.81, p.117-134, mar. 2005. p.118.

KAPPLER, Camila Kuhn Kappler, KONRAD, Letícia Regina. O princípio da dignidade da pessoa humana: considerações teóricas e implicações práticas. *Revista Destaques Acadêmicos, Lajeado*, v. 8, n. 2, 2016. ISSN 2176-3070. Disponível em: www.univates.br/revistas. Acesso em: 22 abr. 2019.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 10.

MULLER, Crisna Maria. Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619. Acesso em: 15.06.2019.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direitos sociais. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/54/edicao-1/direitos-sociais>.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceito de cidadão ou usuário: reflexões sobre o atendimento jurídico gratuito nas faculdades de Direito. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7884. Acesso em: 22 abr. 2019.

NÓVOA, Antônio. Antônio Nóvoa: uma vida para a educação. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-4634201844002003>. SEÇÃO: ENTREVISTAS. *Educ. Pesqui.*, São Paulo, v. 44, e201844002003, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v44/1517-9702-ep-44-e201844002003.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 04 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 17 abril. 2019.

SILVA, Enid R. A.; MELLO, S. G. e AQUINO, L. M. C. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid R. A. (Coord.). O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 209-242.

SILVEIRA, Andreia Cimone da Silveira; MEDEIROS, Valéria Medeiros; MERIGO, Janice. Direito à convivência familiar e comunitária e a nova lei de adoção: algumas considerações. Disponível em: <http://egem.org.br/wp-content/uploads/2016/01/DIREITO-A-CONVIVENCIA-FAMILIAR-E-COMUNITARIA-E-A-NOVA-LEI-DE-ADOCASO.pdf>. Acesso em 04 ago.2019.

STRELHOW, Thyeles Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleto/article/download/13135/9651>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração dos Direitos da Criança – 1959. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 04 ago. 2019.