



PROPOSTA DE TESE

Nome: VINICIUS SANTOS DE SANTANA

Defensor Público do Estado do Paraná

Lotação: Colombo

SÚMULA

É inconstitucional a hipótese de perda do poder familiar pela prática de “*atos contrários à moral e aos bons costumes*” (art. 1.638, III, do Código Civil)

ASSUNTO

Perda do poder familiar. Inconstitucionalidade do art. art. 1.638, III, do Código Civil. Expressão “*atos contrários à moral e aos bons costumes*” que contrariam a doutrina da proteção integral e violam a taxatividade da norma.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A tese teve origem no dia-a-dia do Defensor Público, que verificou que diversas ações de destituição do poder familiar são fundadas na prática de “*atos contrários à moral e aos bons costumes*”, o que inviabiliza a defesa da parte assistida, já que se trata de norma excessivamente aberta e que está vinculada ao critério subjetivo do julgador.

Assim, mostrou-se necessário iniciar estudo sobre a constitucionalidade do tema, o que gerou a tese abaixo.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

DA VIOLAÇÃO À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL POR AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO SEMÂNTICA DO CONTEÚDO E ABRANGÊNCIA DO TERMO “MORAL E BONS COSTUMES”



Evolução histórica do direito da criança e do adolescente

Para melhor compreensão sobre o tema é de extrema importância o conhecimento, ainda que de forma breve, sobre a evolução histórica sobre o direito da criança e do adolescente:

Fase da situação irregular

No início do século XX, com o crescimento do entendimento doutrinário de necessidade de proteção dos infantes, após inclusive às aprovações das Convenções nº 05¹ e 06² da Organização Internacional do Trabalho - OIT, foram editadas leis de caráter assistencialista. Aqui os infantes deixaram de ser um “nada” para serem considerados “objetos”, já que a tutela do Estado era exercida primordialmente com base na miserabilidade em que se encontravam e sem que pudessem ser escutados.

No ano de 1923 foi criado o primeiro Juizado de Menores do Brasil, do qual foi magistrado titular José Cândido Albuquerque Mello Mattos, que por sua vez daria o nome ao primeiro Código de Menores, de 12 de outubro de 1927. O referido código tratava das pessoas menores de 18 anos que eram consideradas abandonadas ou delinquentes. **A lei possuía expressões extremamente vagas e dava ao Juiz poderes inquisitoriais, o que gerava tratamento discriminatório entre os infantes da classe social baixa e rica**, bem como, no caso penal, era aplicado verdadeiro direito penal do autor.

Desconsiderando os avanços no cenário internacional, no ano de 1979, durante o regime ditatorial, foi editado o Novo Código de Menores, ratificando a doutrina da situação irregular. Neste, foi garantido ao Juiz a viabilidade de edição de ato geral abstrato de acordo com seu “*prudente arbítrio*”.

¹ OIT, O. I. (29 de Out de 1919). *Convenção nº 05 sobre a Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais*. Acesso em 19 de mar de 2020, disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234872/lang--pt/index.htm

² OIT, O. I. (29 de Out de 1919). *Convenção nº 06 sobre Trabalho Noturno dos Menores na Indústria*. Acesso em 19 de mar de 2020, disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235011/lang--pt/index.htm



Ainda no antigo Código de Menores de 1979³, se considerava em situação irregular “o menor: (...) em perigo moral, devido a: (...) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes” ou “(...) exploração em atividade contrária aos bons costumes” (art. 2º, III, “a” e “b”).

Por conta do excesso de poder atribuído ao Juiz de Menores durante o século XX, foi comum ver crianças e adolescentes de famílias pobres separadas de sua prole, sob o mantra do “*melhor interesse da criança*”.

Fase da proteção integral

Enfim, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, foi revisto o entendimento e aplicada a doutrina da proteção integral, fazendo constar expressamente que deve ser garantida aos infantes “*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*” (art. 227, caput). Já na seara penal a Carta Magna previu a imprescindibilidade de observância dos “*princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade*” (art. 227, V).

No ano de 1990 é editado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que revoga o Código de Menores, e procura viabilizar o cumprimento da ordem constitucional, inclusive diminuindo os poderes do Juiz para que atue de forma mais equidistante possível.

Com a vigência do ECA foi suprimido da legislação infanto juvenil a tutela da moralidade dos pobres, justamente para evitar nova práticas de condutas abusivas.

Neste sentido constou no preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança:

³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm



Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;

Igualmente, a Declaração da ONU sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, com particular referência à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional apresenta em seu art. 2º que: **“O bem estar da criança depende do bem estar da família”**.

Com a doutrina da proteção integral a família pobre passou a ser amparada pela legislação, deixando, portanto, de ser julgada de acordo com a moral dos magistrados ou de pessoas de classes mais elevadas.

Em contrariedade à toda evolução acima mencionada, o Código Civil atual replicou o Código Civil de 1916 (art. 395, III) e descreveu em seu art. 1.638 as hipóteses que, se verificadas, podem dar ensejo à perda do poder familiar dos genitores, arrolando entre ditas causas a *“prática de atos contrários à moral e aos bons costumes”* (inciso III).

É nítido que o termo moral e bons costumes previsto no Código Civil é derivado da época da doutrina da situação irregular. Assim, tem-se que qualquer normativa que permite retroceder à época da doutrina da situação irregular não pode ser considerada constitucional, uma vez que viola toda uma evolução histórica de garantia de direitos.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL POR SER NORMA EXCESSIVAMENTE ABERTA

Conforme já disposto, o Código Civil descreveu em seu art. 1.638 as hipóteses que, se verificadas, podem dar ensejo à perda do poder familiar dos genitores,



arrolando entre ditas causas a “*prática de atos contrários à moral e aos bons costumes*” (inciso III).

Todavia, o dispositivo em debate é excessivamente aberto, inviabilizando que o destinatário da norma (a coletividade) consiga determinar de forma objetiva seu conteúdo, dando margem ao surgimento de uma zona cinzenta de incerteza que não se compatibiliza com os princípios de proteção do indivíduo que foram previstos na constituição com o propósito de proteger o indivíduo frente às investidas arbitrárias do Estado.

Nesse ponto, indique-se que a vagueza dos termos “moral e bons costumes” afronta especificamente os seguintes princípios e direitos descritos na Carta Cidadã de 1988:

- (i) **Princípio da legalidade na vertente da taxatividade:** uma vez que a legislação não descreve qual ou quais condutas podem ser tidas por imorais, ou mesmo quais costumes são bons ou ruins, deixando a decisão sobre seu conteúdo ao exclusivo alvedrio do julgador;
- (ii) **Princípio da igualdade formal e material:** na medida em que a decisão sobre o imoral depende de critérios subjetivos internalizados pelo intérprete da norma, fazendo com que, a depender do intérprete, duas condutas idênticas sejam tidas como moral e imoral, dando ensejo a odiosa distinção entre cidadãos em situações que exigem uniformidade de tratamento;
- (iii) **Princípio da segurança jurídica:** porquanto incerto o conteúdo da conduta vedada pela norma, abrindo espaço para que qualquer comportamento, não proibido, mas censurados segundo critérios íntimos do observador, seja enquadrado no inciso combatido, minando a imprescindível segurança nas relações sociais e privadas;
- (iv) **Princípio da dignidade humana:** isso em razão de historicamente as condutas tidas por imorais ou violadoras dos bons costumes serem justamente aquelas praticadas pelas camadas menos abastadas da sociedade, criando um ambiente em que o mero descontentamento de



grupos majoritários, geralmente ligados a valores conservadores, bastaria para descredibilizar condutas comuns às classes marginalizadas (relações homoafetivas, consumo de substâncias lícitas e ilícitas, livre disposição corporal, rejeição a padrões uniformes de comportamento etc.), inadmissível em uma democracia plural e inclusiva que pretenda contemplar todos os espectros culturais existentes na sociedade;

- (v) **Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade:** visto que a imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral;
- (vi) **Princípio da Liberdade:** a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de adotar qualquer comportamento ou padrão de vida não expressamente vedado pela norma, ainda que contrário às concepções morais majoritariamente aceitas.

Veja-se que a determinação do imoral ou atentatório aos bons costumes vincula-se exclusivamente a pré-compreensões particulares, podendo variar qualitativamente a depender de fatores culturais, econômicos, educacionais, políticos entre outros, não sendo possível qualificar, de modo objetivo, o campo de incidência do moral ou mesmo qual costume é bom e qual não o é.

Nesse aspecto, revela-se temerário que dispositivo que repercute de forma tão incisiva sobre a vida íntima e familiar do cidadão, a ponto de dar causa à perda do poder familiar, seja delineado por termos de tamanha vagueza a ponto de deixar desorientado o destinatário da norma.

Não é crível que se admita que em temática tão sensível (perda do poder familiar), possa o intérprete da norma admitir a existência de qualquer resquício de indefinição ou imprecisão terminológica, quando mais sabendo-se que eventual excesso na definição do conteúdo do dispositivo trará prejuízos irreparáveis, de um



lado ao genitor(a) que viu subtraído seu poder familiar face à prole; de outro, a criança que foi injustamente privada do convívio familiar.

Nas palavras de António Menezes Cordeiro, “*os bons costumes surgem [...] sempre como algo exterior, que delimita o campo de atuação permitida no domínio da permissão genérica de produção de efeitos jurídicos – isto é, da autonomia privada – mas que, em si, não prescreve o teor do comportamento a assumir*” (CORDEIRO, 2007, p. 1213).

Por sua vez, a existência de uma moral social “*tratar-se-ia dum corpo de regras de atuação social, reconhecíveis pelo grupo, mas cuja exigência não decorreria de esquemas próprios do Direito*”. Para além de não ser sancionada por instâncias jurídicas, sua projeção exata e as condições em que o Direito para ela remete são questões sem solução dogmática própria. Assim, a associação entre bons costumes e moral social não deveria se prestar a resolver problemas no campo do direito.

A questão que aqui se verifica diz respeito ao fato de inexistir na legislação uma definição precisa e nem mesmo um rol de quais comportamentos são considerados em conformidade ou em desconformidade com a dita “moral e bons costumes”. Ao revés, tem-se um conceito indeterminado e de difícil apreensão, revelando significativa variação no tempo e no espaço.

Isso porque, a vinculação a uma moral acaba por fazer com que os bons costumes sejam invocados para dar suporte jurídico ao conservadorismo de classes dominantes e à rígida manutenção de um *status quo*. Essa questão fica evidente quando se trata de condutas familiares, campo em que os bons costumes são mais comumente lembrados e invocados na tentativa de certos grupos de conter práticas não proibidas por lei, mas que lhe seriam estranhas.

Consciente dos prejuízos causados ao cidadão pelo uso indiscriminado de disposições genéricas e vagas, Ferrajoli invoca o princípio da legalidade estrita como instrumento para frear os ímpetos autoritários do legislador e do aplicador da norma.



Segundo ensina o autor na obra *Direito e Razão*, o princípio da legalidade estrita exige a presença de duas condições para sua consolidação:

- (1) *O caráter formal ou legal do critério de definição do desvio;*
- (2) *O caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas.*

Conclui-se que o desvio da norma passível de sancionamento não pode ser aquele que é reconhecido em cada ocasião como imoral ou socialmente lesivo, mas sim, é aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto para aplicação da sanção.

Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser verificada não com referência em figuras subjetivas, mas somente tendo em conta figuras objetivas de comportamento.⁴

*Assim, tem-se que, de acordo com o princípio da reserva legal, **o juiz não pode qualificar como juridicamente passíveis de sanção todas as condutas que considere imorais, mas apenas aquelas que, independentemente de sua valoração, venham formalmente descritas pela lei como pressupostos de uma sanção.***

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os "desocupados" e os "vagabundos", os "propensos a delinquir", os

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: RT, 2002, p. 29.



"dedicados a tráfico ilícitos", os "socialmente perigosos" e outros semelhantes.

Dessa certeza ou taxatividade da lei, extrai-se dois efeitos imediatos:

- (i) O primeiro é a **garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade**, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido.
- (ii) O segundo é a **igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei**: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como "tipos objetivos" de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento; enquanto toda pré-configuração normativa de "tipos subjetivos" de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas.

Vê-se assim que não há parâmetro racional para que se extraia a abrangência do termo "atos contrários à moral e aos bons costumes", impedindo o cidadão de desnudar seu conteúdo, pois não indicam nem mesmo indiretamente o que se concebe como (i)moral ou como mau costume.

Assim, por exemplo, o consumo de bebida alcoólica, ainda que não vedado pelo ordenamento jurídico, poderia ser abarcado como atentatório aos "bons costumes".

Justamente para evitar esse tipo de anormalidade que o destinatário da norma ostenta o **direito subjetivo a que lhe seja fornecido um grau ainda que mínimo de objetividade e publicidade dos padrões a serem por ele adotados** para que não se desvie da norma e tenha que arcar com as consequências jurídicas advindas desse desvio.



Constituindo-se a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, laico, fundado na dignidade humana (art. 1º, caput e inc. III) e na tolerância para com cultos, crenças, consciência e opinião (art. 5º, IV e VI), à medida que não prejudiquem direitos alheios, não pode o direito positivo assumir, ou seja, impor coativamente aos cidadãos, determinada concepção moral ou "de bons costumes", nem muito menos fazê-lo sob a ameaça de restrição a direito fundamental.

GIOVANNI FIANDACA filia-se neste mesmo pensamento, ao postular que *"princípios de indiscutível relevo constitucional, como o direito à liberdade moral, à livre manifestação do pensamento, o princípio de tolerância ideológica e de tutela das minorias, impedem que se transforme o Direito de um Estado Democrático em tutor da virtude, desta forma, impõe a limitação da repressão estatal somente àquelas infrações da, assim chamada, moralidade pública que sejam, de fato, socialmente danosas."*⁵

Por esse motivo, no tocante aos bons costumes, esse cenário de incertezas no desfecho de casos concretos possibilita que o conservadorismo de alguns magistrados continue imperando para afastar comportamentos tidos como desviantes e indesejáveis.

Ademais disso, a mera afirmação de que "a postura criativa do magistrado deve ser limitada pelos valores constitucionais" e pelo dever de fundamentação de suas decisões não resolve o problema da vagueza da cláusula, da insegurança jurídica e dos riscos de limitação indevida da autonomia privada em razão da má aplicação de uma cláusula de conteúdo moralizante.

Portanto, constata-se que a expressão "moral e bons costumes" não encontra um conceito claro e bem definido na legislação, de modo que seu uso acaba por culminar na imposição de uma moral específica e, normalmente, conservadora, a qual é incompatível com uma sociedade plural e com um Estado laico, devendo ser extirpada do ordenamento jurídico.

⁵ FIANDACA, Giovanni. **O "bem jurídico" como problema teórico e como critério de política criminal**. Trad, de Heloisa Estellita. Revista dos Tribunais, v. 776, 2000, p.428.



DA VIOLAÇÃO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO NÚCLEO FAMILIAR

Como cediço, todo e qualquer cidadão tem direito a constituir família, não sendo chanceladas pelo direito intervenções públicas ou privadas que possam reverberar na desintegração do grupo familiar que se uniu por laços afetivos ou sanguíneos, enquanto condição para promoção da dignidade humana e da busca do direito à felicidade.

Não por acaso que a Constituição dedica um capítulo inteiro para tratar da família, a qual é elevada à condição de “*base da sociedade*”, e, por isso, merecedora de “*especial proteção do Estado*” (art. 226, caput).

Trata-se de uma garantia institucional, destinada “a assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, [...]”, sob pena de perecimento dessa instituição protegida.⁶

A consagração da garantia institucional da família serve à preservação do instituto como ambiente e veículo de realização dos direitos fundamentais. Com efeito, a ordem constitucional de 1988 funcionalizou o conceito jurídico de família, como se vê na lição de GUSTAVO TEPEDINO:⁷

O centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 542.

⁷ A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 397-398



desenvolvimento da personalidade dos filhos. [...] Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que - e somente na exata medida em que - se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

Dessa forma, o conceito constitucional de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância enquanto se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não havendo compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais.

Em sendo a família a base da sociedade, além de constituir instrumento (meio) para a promoção da dignidade humana e da felicidade, não há como conceber que essa possa ser desfeita pela aplicação de disposição infraconstitucional carregada de dubiedade e imprecisão tal como ocorre com o termo “moral e bons costumes” (inc. III, art. 1.638).

Ora, se a livre constituição familiar é um direito fundamental do cidadão, faz-se mister que interferências que possam dar causa ao rompimento desses vínculos sejam reservadas a situações excepcionalíssimas, e mediante hipóteses taxativa e restritivamente descritas na legislação, não devendo sobrar espaço, ainda que mínimo, para dúvida sobre a oportunidade dessa intervenção, sob pena de deixar a família desprotegida face às investidas autoritárias de fiscais da moralidade alheia, inconcebível em um Estado que se pretenda democrático e de direito.

Havendo na norma imprecisão e vagueza tamanha que coloque em risco direitos fundamentais, a jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar



dirigida à reafirmação desses direitos, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado.

Essa ordem de ideias remete à questão da autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana, traduzindo-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o **tratamento de sujeito e não de objeto de direito**, respeitando-se a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.

Desta forma, não cabe ao Estado se imiscuir na esfera privada do indivíduo para fins de classificar seu comportamento como (i)moral, muito menos a pretexto de proteção dos superiores interesses da criança, quase sempre invocado em prejuízo dessas e de seus pais, rompendo, coercitivamente, os vínculos afetivos que ligam esses indivíduos.

Isso porque, bem se sabe que o lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o acolhimento familiar ou institucional, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da exploração infantil, mas o comunitário ambiente da própria família (cf. o expresso dizer do art. 227 da CF), contexto em que a moralidade pessoal do intérprete da norma, arvorando-se ao posto de paladino da justiça, invocando para si o padrão ideal boa conduta, quase sempre inatingível às classes historicamente marginalizadas da sociedade, não constitui meio legítimo para subtrair a autoridade parental de seus legítimos detentores.

Nessa linha, pertinente a acurada ponderação formulada pelo eminente jurista alemão Ernest Benda sobre o tema:⁸

Ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará

⁸ BENDA, Ernst et al. **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125.



o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo.

Daí porque, quando se verifica no processo que a aplicação da norma inscrita no inc. III do art. 1.638 do CC resulta em flagrante e disseminada violação de direitos fundamentais, o Estado-juiz tem não apenas o poder, mas o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos extirpar o abuso.

Por tudo isso é que se mostra imperioso o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso III do art. 1.638 do CC, especificamente ante a violação aos princípios da taxatividade, da igualdade, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da proporcionalidade, para que se afaste sua incidência no caso concreto, com o conseqüente julgamento improcedente da pretensão veiculada na inicial.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Caso o Defensor ou Defensora Pública opte pela utilização da tese poderá fazê-lo no momento da apresentação da contestação ou da alegação final em procedimento processual de destituição do poder familiar.

Não acolhida a tese poderá interpor recurso de agravo de instrumento, para reconhecimento da inépcia da petição inicial, ou apelação para modificação da sentença.