

## **Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990**

Ana Carolina Brochado TEIXEIRA\*

Marcelo de Mello VIEIRA\*\*

**RESUMO:** O presente trabalho busca contribuir para a construção teórico-pragmática do âmbito de proteção do Direito à Convivência Familiar no Brasil, trabalhando o tema de forma sistemática a partir das normativas internacionais e nacionais, visando dar coerência e consistência a esse direito previsto no artigo 227 da Constituição da República do Brasil de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criança e adolescente; direito à convivência familiar; família.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Família brasileira na atualidade; 2.1. Criança, adolescente e família; 2.2. Convivência Familiar: reflexos da existência e da ausência de convivência familiar; 3. Definindo o Direito à Convivência Familiar; 3.1. A estrutura piramidal do Direito à Convivência Familiar; 4. Conclusão.

*ENGLISH TITLE: Building the Right to Family Life of Children and Adolescents in Brazil: a Dialogue Between the Constitutional Norms and the Law n. 8.096/1990.*

*ABSTRACT: This study seeks to contribute to the theoretical and pragmatic construction of the scope of the Right to Family Life in Brazil, systematically working on the issue, starting from international and national regulations, in order to add coherence and consistency to this right, established under article 227 of the 1988 Brazilian Constitution.*

*KEYWORDS: Child and adolescent; right to family life; family.*

*SUMMARY: 1. Introduction; 2. The contemporary Brazilian family; 2.1. Child, adolescent and family; 2.2. Family life: reflexes of the existence and the absentness of family life; 3. Defining the right to family life; 3.1. The pyramidal structure of the right to family life; 4. Conclusion.*

### **1. Introdução**

---

\* Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Diritto Civile pela Università degli Studi di Camerino, Itália. Professora de Direito de Família e Sucessões no Centro Universitário UNA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Advogada.

\*\* Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Civil da Faculdade de Estudos Administrativos – FEAD.

O Direito da Criança e do Adolescente brasileiro vive uma situação inusitada. Isso porque, legalmente, desde 1990, o país tem uma das legislações mais avançadas do mundo, no entanto há uma grande distância entre o que foi legislado e o que é praticado. Fruto de uma ruptura com o que ordenamento jurídico anterior, o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil só nasce, verdadeiramente, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), não tendo este novo direito ainda sido compreendido e efetivado.

Até 1988, as crianças e os adolescentes eram indistintamente denominados menores e eram tratados como objetos de proteção dos pais e do Estado, sendo juridicamente “protegidos” pelo Código Civil ou pelo Código de Menores. Esta legislação é fruto de um histórico tratamento excludente e aplicado somente à população infantojuvenil em situação de vulnerabilidade – órfãos, abandonados, carentes, infratores, etc. – cujas práticas existem desde o Brasil-Colônia e que, embora modificadas com o tempo, não modificaram a essência desse tratamento, qual seja, a institucionalização e, conseqüentemente, o rompimento de vínculos familiares e sociais.

A CRFB/1988 modificou o ordenamento jurídico nacional, especialmente ao estabelecer a proteção da pessoa e as relações existenciais, dando novo trato às crianças e aos adolescentes, pessoas em condição especial de desenvolvimento, reconhecendo-os como sujeitos de direitos. Antecipando a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 (CIDC), o texto constitucional adotou a Doutrina da Proteção Integral, que assegurou a crianças e adolescentes, indistintamente, os mesmos direitos atribuídos aos adultos (art. 5º e 6º) e também direitos próprios da infância e da juventude, como o direito ao lazer e à convivência familiar, constituindo sua efetivação dever da família, do Estado e da sociedade, gozando de prioridade absoluta (art. 227).

Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990, tenha dado um tratamento mais aprofundado e contornos mais concretos aos direitos infantojuvenis, ainda falta a alguns desses direitos a sua necessária efetividade, como é o caso do Direito à Convivência Familiar e Comunitária.

No Brasil, esse direito não foi construído e trabalhado ao longo dos anos nos moldes em que hoje se apresenta. Pelo contrário, foi o artigo 227 da CRFB que introduziu a expressão Direito à Convivência Familiar no ordenamento jurídico nacional, mas não

delimitou claramente todos os aspectos desse direito<sup>1</sup>. Depois de mais de vinte e cinco anos ainda se pode indagar: “qual a extensão do direito fundamental à convivência familiar?”<sup>2</sup>.

O Direito à Convivência Familiar foi pensado para assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à proximidade física geradora de uma ambiência apta a propiciar a criação e manutenção de vínculos afetivos saudáveis e necessários ao seu desenvolvimento, em especial os laços familiares. Assim, rompe com a cultura de institucionalização, marca do antigo Direito do Menor, e reforça seu novo status de sujeitos de direitos fundamentais e pessoas em situação peculiar de desenvolvimento. Trata-se de direito autônomo em relação à guarda – na medida em que não está vinculado a ela, mas também se imiscui em outros institutos do direito infantojuvenil.

Justamente pela necessidade de proteção/preservação de vínculos, tão caros nessa fase de formação de todo ser humano, é que o Direito à Convivência Familiar foi previsto especificamente no rol dos Direitos da Criança e do Adolescente, e não nos direitos e garantias fundamentais consagrados no artigo 5º do texto constitucional. Vê-se hoje, porém, que esse direito foi afastado desse contexto e atribuído por lei indistintamente a outros grupos para os quais não representou um marco legal<sup>3</sup>. Inegavelmente, o desenvolvimento da personalidade é um processo dinâmico, dialético e ininterrupto que ocorre em todas as fases da vida de qualquer pessoa, independentemente da idade, mas desvincular o Direito à Convivência Familiar de sua origem e de seu destinatário prioritário enfraquece seu objetivo principal e desvia seu foco original, a proteção à pessoa em fase peculiar de desenvolvimento.

O “desvirtuamento” do citado direito deve-se também a uma falta de preocupação por parte dos juristas brasileiros em estudar e desenvolver o Direito da Criança e do Adolescente e, em especial, o Direito à Convivência Familiar<sup>4</sup>, que, na prática, é usado

---

<sup>1</sup> VIEIRA, Marcelo de Mello. O Direito da Personalidade à Convivência Familiar de crianças e adolescentes. *Diké – Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Unipac de Itabirito*, v. 4, p. 127-140, 1º semestre 2012, p. 135.

<sup>2</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, Mandamentos, 2008. p. 307.

<sup>3</sup> O Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, e a Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006, ambos em seus artigos 3º, se restringiram apenas a assegurar ao idoso e à mulher, respectivamente, o direito à convivência familiar, não o mencionando mais em nenhuma vez no decorrer de seus textos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015, apresenta uma inconsistência lógica ao assegurar o pleno exercício do direito à convivência familiar (art. 6º, V) e da guarda, tutela e à adoção (art. 6º, VI), sendo que os três institutos mencionados destinam-se, pelo que indica o Estatuto da Criança e do Adolescente, a assegurar o Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes (art. 28).

<sup>4</sup> Os Direitos da Criança e do Adolescente são pouco trabalhados no Brasil, existindo pouco debate e pouca produção científica consistente sobre os temas que compõem esse ramo do Direito.

em tudo que envolva a família para justificar qualquer posicionamento, ou seja, como um mero recurso retórico ou como sinônimo do instituto da guarda. Para dar maior consistência ao Direito à Convivência Familiar é necessário partir de uma definição clara do seu conteúdo e esmiuçar sua estrutura, a fim de que possa cumprir sua função. Isso passa necessariamente pela análise da CRFB/1988, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, do Estatuto da Criança e do Adolescente e suas modificações, do Código Civil Brasileiro e do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCF), dentre outros instrumentos normativos. É o que pretende o presente trabalho.

## **2. Família brasileira na atualidade**

A família, assim como toda sociedade, está em constante modificação, sendo seu modelo atual muito diferente daquele do início do século passado. As legislações que vigoraram no país desde a colônia até meados do século XX (ou seja, as ordenações portuguesas, a Consolidação das Leis Cíveis de 1857 e o Código Civil Brasileiro de 1916), revelam que, durante todo esse período, a noção jurídica de família no Brasil seguia o modelo cristão-europeu, o qual se baseava em três pilares: o matrimônio, a hierarquia e o patrimônio<sup>5</sup>. Em face das mudanças sociais, esses pilares foram sendo questionados.

O primeiro fundamento a ser abalado foi patrimônio. A Lei n. 883/1949 permitiu o reconhecimento de filhos extraconjugais, desde que já dissolvida a sociedade conjugal, o que possibilitou que os bens da família fossem herdados por uma pessoa de fora daquele núcleo matrimonializado. Em 1962 foi a vez da hierarquia, já que com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962) a mulher podia exercer atividades profissionais e praticar atos da vida civil sem que fosse necessária a aquiescência do marido. Além disso, este estatuto garantiu que o pátrio poder fosse exercido pelo pai com o auxílio da mãe e que esta mantivesse o citado poder ainda que contraísse novas núpcias<sup>6</sup>. Posteriormente, o matrimônio sofreu um forte golpe com a promulgação da Emenda Constitucional n. 9/1977 e, novamente, meses depois, com a Lei n. 6.515/1977, que permitiram o divórcio no Brasil, acabando com o dogma da indissolubilidade do casamento civil.

---

<sup>5</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito Civil Famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 12.

<sup>6</sup> A Súmula nº 380 do STF foi uma importante orientação judicial aprovada em 03 de abril de 1964 que, embora não tenha tratado a relação concubinária pelo prisma de relação familiar, reconheceu o direito aos seus membros à partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum em caso de dissolução da sociedade de fato.

A introdução do divórcio no país é emblemática também porque representou um grande passo rumo à democratização das relações familiares, abarcando um anseio social que há muito se manifestava. Ao contrário do que se dizia, o divórcio não foi o fim da família, mas o início de sua recriação, posto que, ao permitir que os divorciados se casassem novamente, abriu espaço para o reconhecimento de novas famílias pelo Direito, valorizando a autonomia dos indivíduos.

O Brasil vivia o início de um período de democratização, e a população brasileira começou a se organizar e a pensar em uma nova configuração de sociedade e de Estado. Tal processo culminou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A dignidade da pessoa humana<sup>7</sup> se tornou um dos fundamentos da república, dando nova orientação ao Direito nacional e enfatizando a centralidade da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa visão guiou a nova concepção de família desenhada no art. 226 do texto constitucional, substituindo os antigos pilares do Direito da Família por bases mais democráticas.<sup>8</sup> Enfatizou-se mais a função das entidades familiares como espaço de proteção e de desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos membros da família<sup>9</sup>, em detrimento de seu papel institucional, ou seja, o foco deixou de ser a família como instituição, passando a ser os membros que a compõem. Reconheceu-se maior autonomia aos componentes da entidade familiar, especialmente no que se refere ao planejamento familiar (art. 226 §7º), criando uma família dinâmica e dialética, que pode mudar e se recriar a todo o momento de acordo com os interesses de seus membros. Logo, valorizou-se a pessoa, colocando o caráter patrimonialista da família em segundo plano.

O princípio da igualdade foi introduzido nas relações familiares ao ser estabelecido que os direitos e deveres seriam exercidos por ambos os cônjuges, pondo fim à hierarquização familiar (art. 226 §5º). Como aplicação desse princípio, assegurou-se aos filhos, independentemente da origem, os mesmos direitos e qualificações,

---

<sup>7</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana foi e ainda é objeto de diversos debates, dissertações e teses, sendo, em razão da amplitude de formas e acepções que são conferidas a este princípio, a delimitação de seu conteúdo uma das tarefas mais difíceis que pode ser imposta à maioria dos juristas brasileiros. Neste trabalho, sempre que empregada a expressão dignidade da pessoa humana estar-se-á se referindo a uma de suas facetas: a liberdade de uma pessoa de criar seu próprio projeto de vida, o que inclui seu direito de fazer escolhas, o qual carrega consigo o ônus de lidar com as consequências dessas escolhas.

<sup>8</sup> Ver, sobre o tema: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*. Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013.

<sup>9</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coor.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010a. p. 68.

proibindo qualquer designação discriminatória (art. 227 §6º). O casamento deixou de ser a única entidade familiar protegida pelo Direito, sendo tal proteção expressamente estendida também à união estável e à família monoparental (art. 226 §§1º, 3º e 4º), não havendo nenhuma hierarquia<sup>10</sup>. Além dessas, outras entidades familiares vêm sendo protegidas, por estarem implicitamente incluídas nessa cláusula geral de proteção<sup>11</sup>.

Essa nova visão de família no Brasil visa, portanto, a abarcar e a efetivar os mais variados projetos de vida de todos aqueles que vivem nesse país. Mas qual é a relação dessa pluralidade de famílias com os Direitos da Criança e do Adolescente? Qual é o papel da criança e do adolescente na família atual?

### **2.1. Criança, adolescente e família**

O Direito infantojuvenil é fundamentalmente não discriminatório e visa proteger a vida e o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, respeitando suas opiniões e o grau de autonomia que possuem, sempre pensando no melhor interesse deles<sup>12</sup>. Ele tem estreita relação com a família atual, caracterizada por ser um ambiente de solidariedade, de respeito mútuo e de estímulo para o desenvolvimento das qualidades e potencialidades de cada um daqueles que a compõem. As semelhanças são claras, já que tanto a família como o Direito da Criança e do Adolescente são não discriminatórios e zelam pelo desenvolvimento da personalidade de crianças e de adolescentes.

Com o reconhecimento como sujeitos de direitos em condição especial de desenvolvimento, as crianças e os adolescentes ganham destaque nas relações familiares, deixando de ser coadjuvantes para se transformarem em personagens ativos, cujos interesses devem ser considerados na organização daquele grupo<sup>13</sup>. A

---

<sup>10</sup> É importante esclarecer que, embora o § 3º do art. 226 da CRFB/1988 preveja que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, isso não significa que o casamento é mais importante que a união estável. Justamente para se efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado deverá sempre facilitar que as pessoas constituam a entidade familiar mais adequada ao seu projeto de vida. Nessa linha, foram promulgadas a Emenda Constitucional nº 66, que eliminou o prazo para a necessidade de prazo mínimo para o divórcio e a Lei nº 11.441/2007, que possibilita a realização do divórcio consensual na via administrativa.

<sup>11</sup> Vide julgamento histórico do STF que entendeu as uniões homoafetivas como um dos tipos de entidades familiares: ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Brito, J. 5.5.2011.

<sup>12</sup> O Comitê dos Direitos da Criança da ONU elevou quatro direitos previstos na CIDC à categoria de princípios gerais: não discriminação; melhor interesse da criança; direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento e respeito pelas opiniões das crianças. Cillero Bruñol acrescenta a este rol o princípio da autonomia progressiva, previsto no artigo 5º da mesma convenção. V. CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Infância, autonomia y derechos: una cuestion de principios*. Revista Pensamiento Penal, Rio Negro, mai. 2011. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar). Acesso em: 12 ago. 2015.

<sup>13</sup> VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 14.

família deve ser vista como o primeiro local no qual deve se efetivar os direitos de crianças e de adolescentes e cujas opiniões devem ser priorizadas para a tomada de decisões familiares<sup>14</sup>.

O artigo 227 da CRFB consagra a todas as crianças e adolescentes os direitos fundamentais, cabendo à família, à sociedade e ao Estado a efetivação de tais direitos. Essa enumeração (família, sociedade e Estado) parte da “instância” mais próxima da criança para aquela, em tese, mais distante, o que não significa que um seja mais responsável que o outro, apenas que cada um desses “entes” tenha a sua parcela de responsabilidade na garantia e efetivação desses direitos, ainda que tais responsabilidades sejam diferentes.

Em razão da sua natural dependência e vulnerabilidade, a família tem maior importância para a população infantojuvenil do que para os adultos. Ela é o principal espaço de desenvolvimento e, pela relação de proximidade e afetividade com determinada criança e/ou adolescente, é também seu mais importante agente socializador, especialmente nos primeiros anos de vida destes. É lá que se estabelecem suas primeiras relações afetivas e sociais, essenciais à saudável formação das pessoas em desenvolvimento<sup>15</sup>.

Para John Bowlby, a personalidade saudável em qualquer idade pressupõe a aptidão do indivíduo para reconhecer pessoas capazes de lhe proporcionar segurança e a habilidade desse mesmo indivíduo para cooperar com tais pessoas em uma relação reciprocamente gratificante<sup>16</sup>. Assim, o ser humano saudável é aquele que possui aptidão para estabelecer vínculos benéficos, aquele que consegue confiar em outras pessoas e que sabe em quem confiar. Nesse contexto, reforça-se a essencialidade da família, vez que ela é responsável por promover a inserção do infante no mundo exterior e também introjetar noções de limites, regras e proibições essenciais no convívio social.

Para o Direito da Criança e do Adolescente é mais importante o papel da família como protetora e promotora do desenvolvimento saudável do que a classificação,

---

<sup>14</sup> DEL MORAL FERRER, Anabella J. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas*, Maracaibo, n. 2, vol. 1, n. 2, p. 73-99, jul./dez. 2007, p. 84.

<sup>15</sup> BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, Brasília, 2006. Disponível em: [www.mds.gov.br](http://www.mds.gov.br). Acesso em: 15 ago. 2015, p. 26.

<sup>16</sup> BOWLBY, John. *Formação e rompimento dos laços afetivos*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1982, p. 98.

nomenclatura ou efeitos de cada entidade familiar. Assim, o que realmente importa é apurar se a criança ou o adolescente vive em um ambiente de proteção e respeito capaz de lhe proporcionar uma formação cidadã, e não se seus pais são casados ou se vivem em união estável.

Gustavo Mônaco ensina que nesse grupo familiar é essencial que a criança tenha pessoas que exerçam as funções de autoridade e de cuidado, sendo tais papéis normalmente ligados às figuras do pai e da mãe, respectivamente, podendo ser exercidos por ambos os pais ou até mesmo por terceiros<sup>17</sup>. Logo, para as pessoas em desenvolvimento o foco é em primeiro lugar no ambiente familiar e posteriormente nas pessoas que vão proporcionar tal espaço.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária defende o conceito ampliado de família que inclui uma perspectiva socioantropológica e um aspecto simbólico e relacional. Sob o primeiro viés a família é tratada como um grupo de pessoas vinculadas por laços de aliança, de consanguinidade e de afinidade, os quais geram obrigações mútuas organizadas segundo relações de idade, geração e gênero, como pais, avós, irmãos, etc. Já a segunda faceta decorreria de outros vínculos que geram obrigações recíprocas fundadas no afeto e na convivência, como os amigos, padrinhos, vizinhos, que também têm a sua importância<sup>18</sup>. O Direito da Criança e do Adolescente trabalha com a noção de família natural, aquela formada pelos pais ou por um deles e seu(s) descendentes(s) (art. 25 da Lei n. 8.069/1990); família extensa ou ampliada, outros parentes próximos com vínculos de afetividade e afinidade com a criança e/ou adolescente (art. 25 parágrafo único da mesma lei); e família substituta, todas aquelas que não se enquadram em nenhum dos dois conceitos anteriores e com as formas de entidades familiares previstas no art. 227 do texto constitucional<sup>19</sup>. Cabe primeiramente aos pais propiciar esse espaço para o desenvolvimento saudável de seus filhos, só podendo o Estado intervir na família excepcionalmente nos casos em que haja ameaça ou violação dos direitos infantojuvenis, e, mesmo assim, tal intervenção deve ter, a priori, o intuito de cessar a ameaça ou restaurar o direito ofendido e de reforçar os vínculos familiares. Somente quando constatada a impossibilidade de manutenção da

---

<sup>17</sup> MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 255.

<sup>18</sup> BRASIL, *Plano Nacional*, cit., p. 24.

<sup>19</sup> A não utilização das entidades familiares constitucionalizadas é uma decorrência lógica, uma vez que com exceção da família monoparental, tanto o casamento quanto a união estável não exigem a existência de filhos; não os havendo, não há a incidência do Direito infantojuvenil.

criança e/ou do adolescente junto aos genitores é que poderá ocorrer a separação entre pais e filhos, o que ocorre, em regra, por decisão judicial.

Donald Winnicott destaca a importância de um ambiente facilitador no processo maturacional das pessoas em desenvolvimento, especialmente nos primeiros anos de vida, quando há uma maior relação de dependência da criança, e afirma que se tal ambiente não for satisfatório, pode essa mesma criança não atingir sua plenitude pessoal<sup>20</sup>. O ambiente familiar pode ser definido como “aquele desenvolvido por pessoas que se inter-relacionam de maneira regular e recorrente, ligadas por laços naturais de parentesco, por afinidade, por vontade expressa ou por afetividade”<sup>21</sup>, essencial para a formação de crianças e adolescentes. A inter-relação regular e periódica entre os membros do grupo vinculados pelos mais variados laços é também chamada de convívio, sendo ele essencial para o desenvolvimento infantojuvenil.

## **2.2. Convivência Familiar: reflexos da existência e da ausência de convivência familiar**

Convivência pode ser definida como “viver uns com os outros com base em certas relações sociais e códigos valorativos, forçosamente subjetivos, no marco de um determinado contexto social”<sup>22</sup>, sendo tais inter-relações essenciais à construção de vínculos de afetividade, de amizade, de respeito e de solidariedade, vitais ao desenvolvimento da personalidade de cada um.

Na atual sociedade, todos são forçados a conviver a todo momento e nos mais variados aspectos da vida (pessoal, profissional, etc.), mas é na família que, sem dúvida, a convivência se dá de forma mais profunda. Isso porque as relações familiares são as primeiras e mais duradouras relações sociais de todos os indivíduos, sendo o local onde se aprendem os primeiros hábitos de convivência, os quais podem determinar o comportamento de cada pessoa em novos espaços de convivência<sup>23</sup>. É no dia a dia com os familiares<sup>24</sup> que crianças e adolescentes formam seus primeiros vínculos de afeto e

---

<sup>20</sup> WINNICOTT, Donald W. *Tudo começa em casa*. Tradução Paulo Sandler. 5ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. (Textos de psicologia), p. 61

<sup>21</sup> XAVIER, Débora Cristina Mota Buere. *A extensão do direito de visita com base no afeto: dignidade da pessoa humana e garantia de convivência familiar*. 2008. 103f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, p. 69.

<sup>22</sup> RODRIGUES JARES, Xesús. *Pedagogia da convivência*. Tradução Elisabete de Moraes Santana. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 25.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>24</sup> Aqui, entende-se família da forma mais ampla possível, tanto no aspecto socioantropológico quanto no aspecto simbólico defendido no PNCF e exposto no tópico anterior.

segurança, vivem diversas experiências, frustrações e sentimentos, experimentam o cuidado, o afeto e a responsabilidade, ou seja, é lá que cada indivíduo vive tudo aquilo que contribui gradativamente para a formação da própria subjetividade, para o desenvolvimento das habilidades e das capacidades e para a aptidão de cada um deles para estabelecer novos vínculos sociais<sup>25</sup>. É um processo contínuo, marcado por trocas de vivências e pelo aprendizado incessante de todos os envolvidos, já que ao mesmo tempo as crianças e os adolescentes aprendem com os adultos e estes também aprendem com os primeiros, o que demanda um grande investimento de tempo<sup>26</sup>. Trata-se, portanto, de um “processo cotidiano de interação entre os membros de um grupo familiar, no qual se reconhecem, se fortalecem, se elaboram, se constroem ou se transformam vínculos criando um espaço comum que possibilita a existência.”<sup>27</sup> Rentería Pérez, Lledias Tielbe e Luz Giraldo ensinam também que é na interação familiar que se criam e se recriam os sentidos e os significados que dão o exato entendimento do que representa a convivência familiar para aquele grupo<sup>28</sup>.

Nessas interações, Spagnola e Fiese destacam o papel das rotinas e dos rituais como aspecto individualizador de cada grupo familiar. As rotinas seriam os compromissos momentâneos regulares e repetitivos, sem um significado especial. Já os rituais são compromissos de tempo e continuidade, possuindo um forte conteúdo simbólico, uma vez que são vitais para a formação e compreensão do que significa ser parte daquele grupo, transcendendo aquele momento atual e podendo virar uma tradição. Para as mesmas autoras, a interrupção das rotinas seriam aborrecimentos, enquanto o fim dos rituais ameaçaria a coesão do grupo familiar<sup>29</sup>.

Assim, a convivência familiar é caracterizada pela participação ativa de todos os membros do grupo, devendo as pessoas em desenvolvimento ser estimuladas a participar do dia a dia da família, incluindo das decisões familiares, o que também auxilia na formação da autonomia de cada um. A promoção da participação ativa nas

<sup>25</sup> BRASIL, *Plano nacional*, cit. p. 30.

<sup>26</sup> Muitos pais acreditam que passar tempo de qualidade com seus filhos é viajar ou sair para fazer tudo que sua prole quer. Contudo, “qualidade, em qualquer nível da vida, costuma ser o resultado de um processo, de um trabalho, de um compromisso, de uma evolução e de um aprendizado. A qualidade não nasce, ela se cria. E, como todos os processos, requer tempo.” (SINAY, Sérgio. *A sociedade dos filhos órfãos*. Tradução Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012, p. 77-79).

<sup>27</sup> (...) proceso cotidiano de interacción de los miembros de un grupo familiar en el que se reconocen, se fortalecen, se elaboran, se construyen o se transforman sus vínculos creando un espacio común que possibilita la existencia. Cf: RENTERÍA PÉREZ, Erico; LLEDIAS TIELBE, Esperanza; LUZ GIRALDO, Alba. *Convivencia familiar: una lectura aproximativa desde elementos de la Psicología Social Diversitas: Perspectivas en Psicología*. Bogotá, n. 2, vol. 4, p. 427-441, jul./dez. 2008, p. 430.

<sup>28</sup> Ibid...p.431.

<sup>29</sup> SPAGNOLA, Mary; FIESE, Barbara H. Family Routines and Rituals: A Context for Development in the Lives of Young Children. *Infants & Young Children*. Filadélfia: n. 4, vol. 20, p. 284–299, out. – dez. 2007, p 285.

rotinas e nos rituais familiares foi apontada pelos adolescentes como um fator que proporciona o sentimento de pertencimento à família, favorecendo a autoestima e a satisfação familiar<sup>30</sup>. O pertencimento é o sentimento pelo qual uma pessoa se sente parte de determinado grupo, o que favorece a assimilação e a sua identificação com os valores e normas daquele agrupamento, criando relações de afeto, de confiança, de lealdade e de solidariedade, sendo essencial para a construção da identidade de cada um. A criança intuitivamente sabe que a primeira definição de seu lugar e de sua individualidade, ou seja, seu pertencimento e como consequência sua identidade, se dá na família<sup>31</sup>, sendo as referências de segurança lá fornecidas essenciais para a instrução desses sentimentos<sup>32</sup>.

No entanto, mesmo na mais harmoniosa das convivências haverá conflitos inerentes à vida em sociedade<sup>33</sup>. Para Luís Warat, “um conflito é um catalisador que precipita uma série de respostas e consequências enlaçadas, que podem ser deliciosas emergências vitais ou explosivos trajetos de desencontros e neuroses.”<sup>34</sup>. Para o mesmo autor, o conflito, além do seu aspecto maligno, também possui uma faceta construtiva e revitalizadora com um potencial de realizar transformações, desde que devidamente gerenciado<sup>35</sup>. A família, por ser um espaço no qual ainda existe e se aprofunda a solidariedade, é também um local em que os conflitos têm um enorme potencial transformador<sup>36</sup>. O modo como a família lida com suas adversidades e seus problemas influenciará na formação de uma criança, principalmente na maneira com que ela lidará com seus próprios conflitos. Se a convivência familiar saudável tem efeitos positivos na constituição da personalidade de crianças e adolescentes, sua falta poderá causar grandes prejuízos.

John Bowlby explica que a criança aprende a agir e a se comportar observando o comportamento daqueles que ela admira ou com os quais se identifica<sup>37</sup>. Assim, a criança que não tem convivência familiar adequada, cresce sem uma referência, sem limites, sem ter uma pessoa em quem confiar e para orientá-la no difícil processo de

<sup>30</sup> LEMOS, Rosana Maria Freitas de; SANTOS, Lorena Ribeiro dos; PONTES, Fernando Augusto Ramos. *Percepções de Adolescentes acerca de seus Encontros Familiares*. Psicologia: Teoria e Pesquisa, Brasília, n. 1, vol. 25, p. 39-43, jan.-mar. 2009, p. 41-42.

<sup>31</sup> CARVALHO, Ana Maria Almeida, MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira. Olhares de Crianças sobre a Família: Um Enfoque Quantitativo. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, n. 3, vol. 26, p. 417-426, jul./set, 2010, p. 422.

<sup>32</sup> LEVY, Lidia; JONATHAN, Eva Gertrudes. Minha família é legal? A família no imaginário infantil. *Estudos de Psicologia*. Campinas, n. 27, vol. 1, p. 49-56, jan.- mar. 2010, p. 51.

<sup>33</sup> RODRIGUES JARES, *Pedagogia. cit.*, p. 25.

<sup>34</sup> WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis, Habitus, 2001, p. 124.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>36</sup> FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização*. Tradução: Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 89.

<sup>37</sup> BOWLBY, *Formação e rompimento. cit.*, p. 132-133.

amadurecimento, sem se sentir, enfim, pertencente a algum lugar, prejudicando a formação de sua identidade.

Não é apenas a população infantojuvenil que, vivendo em entidades de abrigos, é alijada dessa convivência, desconhecendo figuras de referência. Cada vez mais frequentemente se verifica que muitos pais, embora vivam com a prole, não se preocupam em ser uma referência, em participar ativamente da vida de seus filhos, delegando a educação e a transmissão de valores a outros agentes, como a escola, a televisão, dentre outros<sup>38</sup>. Para Sérgio Sinay, as crianças e/ou adolescentes, apesar de terem suas necessidades básicas supridas, são criados por adultos que fogem da responsabilidade de criar, de educar e de limitar, sendo, na verdade, os filhos órfãos. Para ele, essa “orfandade” é pior que a perda física e emocional dos pais, uma vez que com órfãos, no sentido literal da palavra, há uma preocupação em trabalhar essa perda, possibilitando-lhes encontrar outras fontes importantes de afeto, de valores, de atenção, que possam desempenhar as funções maternas e paternas. Essa nova concepção é mais ampla e mais devastadora, já que mesmo tendo contato com seus pais, parentes e outros adultos, as crianças e os adolescentes vivem sem modelos existenciais, sem alimento emocional e sem orientação ética<sup>39</sup>. É, portanto,

(...) uma orfandade *emocional* (ausência de fontes nas quais possam nutrir e expressar seu mundo afetivo a partir da interação contínua e ativa com os adultos mais próximos, os pais). É uma orfandade *ética* (privação de referências concretas, reais, constantes para a construção e o exercício de uma escala de valores que são transmitidos com presença e atitudes). É uma orfandade de *logos* (ausência de conversas, exemplo vivos, experiências compartilhadas com adultos que deem lugar a uma conexão precoce com a vontade de construir uma vida com sentido). É uma orfandade *espiritual* (falta de um ambiente, criado pelos adultos mais próximos, e estimulado por eles, em que se possa ir mais além das simples e imediatas questões materiais, para poder se ligar a instâncias transcendentais, interpessoais, superiores). É uma orfandade *afetiva* (carência de sinais consistentes e constantes, emitidos por seus adultos, que ratifiquem seu valor como pessoa, sua importância, seu caráter especial; esses sinais só chegam com o olhar interessado, a escuta receptiva, o tempo compartilhado, a valorização de ações e criações e o acompanhamento dos processos e experiências gerados pelas diferentes etapas evolutivas). É uma orfandade *normativa* (falta de limites que permitam aprender a conviver de uma maneira construtiva, que gerem noções de valor, que construam ambientes seguros e favoráveis ao próprio desenvolvimento).<sup>40</sup>

Sérgio Sinay conclui que essa nova orfandade é evitada quando os adultos convivem com as pessoas em desenvolvimento e se tornam um adulto significativo para elas, sendo ele aquele que, parente ou não, cria e desenvolve laços de aceitação e colaboração

<sup>38</sup> LEVY; JONATHAN, *Minha família. cit.*, p. 50.

<sup>39</sup> SINAY, *A sociedade. cit.*, p. 22-23.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 25.

com as crianças e adolescentes, laços estes que dão sentido e significado à relação, abrindo espaço para que elas desenvolvam a própria identidade e autonomia<sup>41</sup>.

Diante de todas as considerações feitas sobre princípios do Direito Internacional da Criança e do Adolescente, sobre a concepção atual da família para o Direito brasileiro, destacando a relação desta com o público infantojuvenil e sobre apontamentos referentes ao convívio familiar e seus efeitos, faz-se necessário caracterizar o Direito à Convivência Familiar de crianças e adolescentes no Brasil.

### **3. Definindo o Direito à Convivência Familiar**

No Direito nacional o tratamento da convivência familiar como um direito infantojuvenil surgiu efetivamente na CRFB/1988, mas em âmbito internacional ele começou a ser delineado pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959, cujo princípio 6º preconizava:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de 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 de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da 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 oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

O dispositivo coloca as bases sobre as quais o Direito à Convivência Familiar seria constituído: 1) Preocupação com o desenvolvimento da personalidade da criança na família e com o ambiente em que ela será criada; 2) Ser criada, em regra, pelos pais; e 3) Estabelecimento de responsabilidades à sociedade e ao Estado no auxílio às crianças em situações de vulnerabilidade (órfãos, abandonados e carentes).

Ao longo dos quase trinta anos que separaram a Declaração dos Direitos da Criança (1959) da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1988), todos os princípios elencados no primeiro diploma tiveram sua eficácia prática avaliada e foram retrabalhados, agora como direitos, dando origem aos novos dispositivos que compuseram o segundo documento.

A essência do princípio 6º permeou vários artigos da CIDC e influenciou outros tantos. O direito da criança de ser criada pelos pais foi previsto nos artigos 5º, 7º.1, 9º (os

---

<sup>41</sup> Ibid., p. 26.

quais exemplificaram que a criança excepcionalmente poderia ser separada dos genitores, como na hipótese de maus-tratos), 14.2 e 18. A preocupação com o desenvolvimento infantojuvenil saudável e com seu ambiente de criação se refletiu nos artigos 6º, 9º e 19. Por fim, os artigos 19 e 20 impuseram obrigações aos Estados em prol de crianças em situação de vulnerabilidade, incluindo todas as vítimas de violência em qualquer de suas formas, bem como as que forem privadas do meio familiar. Novos dispositivos da CIDC ampliaram a proteção à família e deram os contornos atuais do Direito à Convivência Familiar. Garantiu-se à criança o direito de não sofrer interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada e em sua família, entendendo também que as relações familiares integram o direito à identidade da população infantojuvenil (arts. 8º e 16). Já o direito de ser criada pelos genitores passou a incluir o direito de manter relações pessoais regulares e contato direto com um ou ambos os pais em caso da separação entre filhos e pais, desde que a convivência atenda ao melhor interesse da criança (art. 9º.3), devendo manter as mesmas relações e contatos, de forma periódica, com os pais que residam em outro país (art. 10). Tais inovações deram coesão ao Direito à Convivência Familiar no plano internacional.

A CRFB, a primeira e mais importante norma que prevê o Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes, o elenca no rol dos direitos fundamentais inerentes ao público infantojuvenil (art. 227). Dizer que se trata de um direito fundamental significa reconhecê-lo como um dos essenciais para uma determinada sociedade e que, como tal, passa a gozar de proteção específica se comparada a todos os demais direitos daquela classe. Além da consagração da expressão “Direito à Convivência Familiar”, o texto constitucional traz algumas balizas, posteriormente previstas na legislação infraconstitucional. Consagrou-se o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229); a obrigatoriedade do Poder Público em assistir a adoção de crianças e estimular a colocação sob guarda de crianças órfãs ou abandonadas e a igualdade de filhos (art. 227, §3º VI, §5º e §6º).

Foi, contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente e suas modificações posteriores que deram corpo ao Direito à Convivência Familiar no Brasil. Dedicou-se todo o capítulo III a esse direito<sup>42</sup>, sendo o artigo 19 um de seus principais dispositivos, porque além de iniciar o tratamento do tema na legislação infraconstitucional, serviu de base para a construção do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de

---

<sup>42</sup> Embora o capítulo seja intitulado “Direito à Convivência Familiar e Comunitária”, ele trata essencialmente da convivência familiar. A convivência comunitária é mais bem tratada em outras disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, como no direito à liberdade (art. 16), no direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (art. 53) e etc.

Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária<sup>43</sup>. Consagrou-se a todo público infantojuvenil o “direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”.

Nota-se que no dispositivo acima citado, estão presentes dois dos três aspectos enfatizados na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e destacados pela CIDC: o direito da criança ser criada prioritariamente pelos pais e a preocupação com o seu ambiente de criação. Logo, as crianças e os adolescentes têm o direito de desenvolverem sua personalidade em um ambiente familiar sadio, preferencialmente com seus pais ou subsidiariamente com terceiros aptos a lhes garantir seus direitos.

A Lei n. 8.069/1990, no artigo 19, seguindo a linha do artigo 229 da CRFB, declara que a criança e o adolescente têm o direito de serem criados e educados na sua família de origem. A priori, essas duas palavras poderiam ser interpretadas como sinônimas, ou se poderia afirmar que a educação está contida na criação, afinal quem cria necessariamente educa, ou poderia até mesmo alegar o contrário, sendo a educação reconhecida como além da criação. Fato é que não há grande preocupação na doutrina ou na jurisprudência quanto ao uso de tais expressões<sup>44</sup>. Porém, partindo da máxima da hermenêutica de que não há palavras inúteis na lei, deve-se dar melhor esclarecimento sobre esses termos.

Educação é um termo amplo que pode ser dividido em três aspectos de acordo com os seus campos de desenvolvimento: educação formal, informal e não formal. Maria da Glória Gohn define a educação formal como a desenvolvida em instituições regulamentadas por lei (colégios, escolas, etc.), cujo ambiente tem regras comportamentais definidas e caráter metodológico. Ela é dividida por idade/ classe de conhecimento, na qual o aluno vai, em regra, anualmente, acessando novos conteúdos sistematizados e definidos pela legislação brasileira a quem compete formar o cidadão e desenvolver habilidades e competências, tendo o professor como agente educador.

A educação informal seria aquela cujos condutores do processo de construção do saber são os familiares (principalmente os pais), amigos, vizinhos, colegas e meios de comunicação. É a que se desenvolve em locais de referência para o educando (casa, rua,

---

<sup>43</sup> BRASIL, *Plano nacional*, cit, p. 22.

<sup>44</sup> Sobre o tema, seja consentido remeter ao nosso TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

bairro, clube, etc.) em um processo caracterizado não por um conhecimento sistematizado, mas pela troca de experiências entre os indivíduos de forma permanente e não organizada, ou seja, é o processo de socialização do indivíduo, no qual se transmitem os valores e hábitos daquele grupo que frequenta ou ao qual pertence.

Por fim, Gohn ensina que a educação não formal ocorre em ambientes e situações construídas coletivamente, de acordo com as normas definidas por cada grupo, e acontece em espaços educativos que marcam as trajetórias de vida dos grupos e indivíduos. São locais nos quais os processos interativos são intencionais, baseados nos interesses e necessidades de seus atores, cuja participação individual é optativa. A educação não formal é, portanto, voltada para a capacitação dos indivíduos para torná-los cidadãos do mundo, educando cada um para a civilidade, desenvolvendo nele os vínculos de pertencimento e ajudando na construção da identidade coletiva do grupo<sup>45</sup>.

Com exceção do artigo 1º, *caput* da Lei n. 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB)<sup>46</sup>, examinando normas que tratam do Direito à educação no Brasil, nota-se que estas identificam a educação apenas como educação formal, como se depreende dos artigos 205 a 214 da CRFB, artigos 53 a 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente, do restante da LDB e de outros diplomas.

Assim, cotejando o tratamento legislativo com os ensinamentos de Gohn, para melhor compreender o artigo 229 do texto constitucional e o artigo 19 da Lei n. 8.069/1990, a palavra educação seria a educação formal, enquanto a criação se liga a transmissão de valores e tradições familiares, que ocorre no cotidiano das famílias, podendo ou não se identificar com a educação informal. A presente distinção é essencial, sobretudo, quando se analisa a possibilidade de os pais e dos responsáveis se incumbirem diretamente da educação formal de crianças e de adolescentes no chamado sistema de educação domiciliar ou *home-school*<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> GOHN, Maria da Glória. Educação não-formal na pedagogia social. In: I Congresso Internacional de Pedagogia Social, 1, 2006. *Proceedings online...* Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. Disponível em: [www.proceedings.scielo.br](http://www.proceedings.scielo.br). Acesso em: 29 ago. 2015.

<sup>46</sup> O artigo 1º da LDB prevê que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” Isto é, a ideia de educação para a referida lei engloba a educação formal, informal e não formal.

<sup>47</sup> Sobre o tema, o STJ entendeu que não existe autorização legal para que os pais ministrem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental. Dessa forma, de acordo com Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior, os pais devem ter uma atuação ativa na educação formal dos filhos, mas tal papel é complementar, ou seja, é fiscalizar e orientar, e não ensinar autonomamente todas as disciplinas. ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *Direito Civil. cit.*, p. 481.

A prioridade pela criação e educação na família natural foi reforçada com a previsão de que a “falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar” (art. 23), o qual só poderá ser suspenso ou perdido mediante decisão judicial decretada em procedimento em contraditório e somente nas hipóteses previstas em lei (art. 24). A Lei n. 12.010/2009<sup>48</sup> introduziu parágrafo terceiro no artigo 19, o qual determinou que “a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio” ou aplicadas medidas de proteção à criança ou ao adolescente ou medidas pertinentes aos pais, previstas nos artigos 101 incisos I a IV e 129 incisos I a IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, respectivamente. A responsabilidade do Estado com as pessoas em desenvolvimento em situação de vulnerabilidade também foi enfatizada com a obrigatoriedade de inclusão da família economicamente vulnerável em programas de auxílio, tanto antes da decretação de perda ou suspensão de poder familiar quanto na reintegração de qualquer pessoa em desenvolvimento privada temporariamente do seio da família natural (arts. 19 §3º e 23 parágrafo único). Também a necessidade de reavaliação obrigatória e periódica, no máximo a cada seis meses, de todas as crianças e/ou adolescentes em acolhimento familiar ou institucional, devendo a autoridade judicial decidir fundamentadamente pela continuação do acolhimento ou pela reintegração familiar denota a mesma preocupação (art. 19 §2º).

Ainda nas disposições gerais do capítulo que trata do Direito à Convivência Familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente repete as normas do texto constitucional que asseguram a igualdade dos filhos independentemente de suas origens, que o poder familiar é exercido por ambos os pais em posição de igualdade (arts. 20 e 21), reforçando o caráter não discriminatório desse direito, além de impor aos genitores os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22). A partir das normas da Lei n. 8.069/1990, vários autores tentaram conceituar o Direito à Convivência Familiar.

Para Rizzini e outros<sup>49</sup>, a convivência familiar seria a possibilidade de a criança ou do adolescente permanecer no meio do qual faz parte, junto de seus pais e outros familiares, ou, verificada a impossibilidade disso, de ficar com outra família que possa

---

<sup>48</sup> A Lei nº 12.010/2009 ficou conhecida no país como a nova Lei de Adoção. No entanto, apenas o projeto de lei que deu número tratava sobre adoção, tendo sido, ao longo da tramitação, anexados outros projetos que transformaram a redação final aprovada em 2009 em uma verdadeira lei de Direito à Convivência Familiar.

<sup>49</sup> RIZZINI, Irene et al (coord.). *Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção de Direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF; CIESPI; Rio de Janeiro: PUC Rio, 2007, p. 22.

acolhê-los, devendo, em caso de afastamento provisório de seu meio, ser priorizada a reinserção familiar.

Kátia Maciel conceituou “a convivência familiar como direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidados mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoas em formação (criança e adolescente).”<sup>50</sup>.

Já Dimas Carvalho entende a convivência familiar como uma relação duradoura de afeto em um ambiente comum entre todos os integrantes da família, incluindo, além de pais e filhos, outros parentes com os quais a criança e/ou o adolescente mantenha vínculos saudáveis de afeto e afinidade, relacionamento que deve ser mantido ainda que houver a separação dos pais. Ele ainda pressupõe a existência de um lar em que todos se sintam acolhidos, formando uma rede de amparo no qual a criança possa se desenvolver, e que tal direito busca também fortalecer os laços essenciais ao pleno desenvolvimento da pessoa em todos seus aspectos (físico, mental e social):

O direito à convivência familiar confere, portanto, à criança e ao adolescente, a manutenção dos laços de afetividade e convivência preferencialmente com os pais e, na impossibilidade, com os parentes que possuem afinidade e se sentem acolhidos e protegidos. Somente diante de absoluta impossibilidade de permanência na família natural ou extensa, serão colocados em família substituta<sup>51</sup>.

A primeira definição do termo tem como ponto de destaque a explicitação de que a convivência familiar de crianças e de adolescentes se dê prioritariamente na família de origem ou na família extensa e subsidiariamente na família substituta. Porém, Rizzini deu pouca importância ao ambiente familiar e à necessidade de este ser um espaço de harmonia e acolhimento, ignorando o fato de a convivência familiar ser um direito, o que obviamente tem enormes reflexos para o mundo jurídico.

No segundo conceito, Kátia Maciel evidenciou a convivência familiar como direito fundamental e destacou o ambiente de carinho e cuidado. Contudo, a autora restringiu o referido direito à família de origem sem explicitar se tal família seria apenas os pais ou se compreenderia os demais parentes, não mencionando o papel que a família substituta pode ter na efetivação da convivência familiar.

---

<sup>50</sup> MACIEL, 2010a, *Direito fundamental, cit.*, p. 75

<sup>51</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 14-15.

A definição de Dimas Carvalho aprofundou o conceito anterior destacando a qualidade da relação criança/adolescente e família, que engloba pais e parentes, a necessidade de tais laços e de um ambiente favorável para o desenvolvimento da criança, que devem ser mantidos ainda com a ruptura da sociedade conjugal dos pais. Ele ainda menciona a prioridade de permanência da pessoa em desenvolvimento na família natural, sem esquecer da possibilidade da inserção na família substituta.

Embora mais completa que as anteriores, a última definição ainda não ilustra a real amplitude do Direito à Convivência Familiar infantojuvenil, porque desconsidera a dialética que envolve a convivência, bem como a real inclusão de crianças e de adolescentes na vida familiar, e ignora os princípios basilares da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que devem nortear todos os direitos das pessoas em desenvolvimento (como expressamente reconhece o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária).

O Direito à Convivência Familiar deve ser compreendido como um direito de toda população infantojuvenil, independentemente de origem, etnia ou classe social (princípio da não discriminação), à formação e manutenção de vínculos, buscando assegurar que as crianças e os adolescentes façam parte de uma família, o que não se resume a ter os nomes dos genitores na certidão de nascimento. É fazer com que eles sintam que pertencem àquele núcleo familiar, integrando e participando ativamente das rotinas e dos rituais da família, sendo, também, respeitados em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua autonomia (princípios da participação e da autonomia progressiva). É, também, o direito de viver em um ambiente saudável, livre de situações ou de pessoas que possam obstaculizar o seu processo de amadurecimento, incluindo a preservação do contato com os familiares e outras pessoas, desde que tal relação seja benéfica à criança. Excepcionalmente, a inserção em família substituta poderá ocorrer quando tal medida for necessária para a garantia da integridade biopsíquica e para o desenvolvimento sadio da personalidade e da autonomia (princípios da proteção à vida e ao desenvolvimento e do melhor interesse).

No entanto, é importante esclarecer uma questão. Autores como Paulo Lôbo<sup>52</sup> têm defendido a substituição do já consagrado termo “guarda” pela expressão “convivência familiar”, uma vez que “guarda” é um termo em desuso em muitos países, já que remete a ideia de posse. Tal posição foi reforçada pelo professor após a vigência da última lei

---

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176.

de guarda compartilhada, na medida em que determinou que a convivência fosse equilibrada, razão pela qual a lei não teria tratado, apenas, das decisões relevantes sobre a vida dos filhos; mais do que isso, teria adentrado no conteúdo do Direito à Convivência Familiar. Em que pese esse posicionamento, tal modificação reduziria o Direito à Convivência Familiar a apenas um de suas faces. Ademais, basta se analisar as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 19 e seguintes) para se verificar que tal direito está presente em outros institutos, tais como envolve também o poder familiar, a guarda (inclusive de terceiros), a tutela e a adoção.

### **3.1. A estrutura piramidal do Direito à Convivência Familiar**

Trabalhando com Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu texto original, Nelson Nery Júnior e Martha Machado identificaram a ordem de preferência prevista na lei e idealizaram o Direito à Convivência Familiar como uma

(...) estrutura valorativa em forma de pirâmide, que vai da base ao topo numa linha de crescente excepcionalidade, na medida em que a pirâmide se afunila: quando se discute onde a criança deve crescer e ser criada, na base está a família natural (entidade formada pelos pais biológicos); no topo, o abrigo da criança em instituição de acolhimento<sup>53</sup>.

Os autores subdividiram a estrutura piramidal em cinco partes como patamares ou degraus da pirâmide. Na base, mais larga, colocaram a família natural (comunidade formada pelos pais e filhos), sendo que só quando fosse impossível manter a criança nessa família natural é que se permitiria avançar para o segundo patamar, no qual estaria a família substituta biológica ampliada: avós, tios e demais parentes. Não havendo parentes aptos, a criança ou adolescente poderia ser inserida em família substituta não consanguínea brasileira, sem qualquer laço de afinidade (terceiro degrau). Não devendo a criança permanecer com os genitores e inexistindo possibilidade de colocação em família ampliada ou família substituta não consanguínea, deveria se avançar ao quarto degrau, à colocação em família substituta estrangeira residente fora do país. Finalmente, esgotadas as alternativas, se chegaria ao ápice da pirâmide valorativa, ou seja, a criança ou o adolescente seria encaminhado a uma instituição de acolhimento.

Na estrutura acima detalhada, quanto mais próxima ao cume, mais longe se estaria da situação ideal: a criação da criança pela sua família natural. Logo, para Nery Júnior e

---

<sup>53</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal: Princípio da Especialidade e Direito Intertemporal*. Disponível em: [www.jij.tj.rs.gov.br](http://www.jij.tj.rs.gov.br). Acesso em 13 fev. 2013.

Machado, o ápice representaria a última opção e não o sucesso, enquanto a família natural como base da pirâmide valorativa tem sua importância evidenciada. Todavia, o pensamento de Machado e Nery Júnior retratava a ordem de preferência trazida na redação original da Lei n. 8.069/1990, tendo esta sido parcialmente alterada, com a inclusão de novos degraus, pela Lei n. 12.010/2009.

Na base ainda permanece a família natural. O artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente define a família natural como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” Tal conceito contempla as três formas de entidade familiar contidas no texto constitucional (casamento, união estável e família monoparental) e se baseia na relação de paternidade/maternidade, englobando tanto a biológica como as demais hipóteses de parentesco natural (como as presunções de paternidade e a reprodução assistida heteróloga). Para José Mônaco da Silva, ela se restringe, portanto, somente à relação paterno-filial<sup>54</sup>.

A regra geral é que a criança cresça na companhia dos pais naturais, podendo apenas ser apartada do convívio com eles diante de excepcionais situações de graves violações de direitos que inviabilizem o pleno desenvolvimento do filho<sup>55</sup>. Havendo ameaça ou lesão a direitos, mas sendo possível a manutenção da criança e/ou adolescente na família natural, caberia ao Estado atuar para proporcionar àquele grupo familiar condições para se organizar a fim de que a pessoa em desenvolvimento não seja afastada do convívio dos pais, ou, se afastada, que retorne ao seu lar o quanto antes.

Diante de uma situação de ameaça ou lesão aos direitos infantojuvenis, deve-se realizar estudo diagnóstico por uma equipe interdisciplinar, preferencialmente de instituição pública, no qual sejam ouvidos todos os envolvidos, especialmente a criança. Deve-se analisar a atual situação da criança e/ou do adolescente, a condição da família de superar a violação de direitos e prover a proteção e os cuidados necessários, bem como avaliar as potencialidades e os recursos dos demais parentes e da rede social de apoio, que por vezes podem auxiliar na superação de crises ou dificuldades. Tal estudo deverá ser encaminhado ao Ministério Público e posteriormente ao magistrado para decisão<sup>56</sup>. O diagnóstico é de grande valia para se compreender o contexto da criança e de sua família, auxiliando na definição de estratégias a serem utilizadas com o intuito de evitar a prolongamento dos afastamentos e avaliar se é caso de afastamento definitivo. Sérgio

---

<sup>54</sup> SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 06.

<sup>55</sup> NERY JÚNIOR MACHADO, *O Estatuto da Criança*. cit.

<sup>56</sup> BRASIL, *Plano nacional*, cit., p. 39-40.

Domingos pondera que, embora seja preciso buscar o retorno da criança ou do adolescente à família natural, muitas vezes há demasiada insistência na tentativa de restaurar vínculos que não existiram ou cuja reestruturação é improvável, o que acarreta prejuízo ao desenvolvimento das próprias crianças e/ou adolescentes<sup>57</sup><sup>58</sup>.

Decisões que determinam a separação de uma criança ou de um adolescente dos pais, ainda que de forma temporária, são as mais espinhosas que um juiz pode ser instado a tomar, devendo ele fundamentar de forma clara e embasada a necessidade da medida. O estudo diagnóstico ajuda ao julgador a se desincumbir do ônus argumentativo que existe em uma decisão dessa magnitude.

No segundo degrau da pirâmide encontra-se a família extensa. Anteriormente, essa família extensa ou ampliada era entendida como aquela formada por parentes que não os genitores<sup>59</sup>. Entretanto, a Lei n. 12.010/2009 introduziu o parágrafo único no artigo 25, o qual conceituou a família extensa como “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Assim, a ideia até então consolidada de família extensa foi alterada, tendo passado a exigir não só o vínculo de parentesco, mas também o liame de convivência e de afinidade e afetividade, ou seja, exigiu-se a presença de todos os elementos para a sua configuração. Ela é a segunda modalidade de família para melhor efetivar o Direito à Convivência Familiar porque conseguiria, em teoria, atenuar os efeitos da separação da família natural, já que o afastamento do lar, ainda que provisório, costuma ser traumático, e se presume que a adaptação da criança será mais fácil na casa daqueles com quem já se tem laços consolidados<sup>60</sup>.

A inserção do dispositivo que definiu família extensa na seção destinada à família natural, sem prever quais seriam os institutos jurídicos pelos quais se colocaria a criança e/ou o adolescente nessa família gerou uma dúvida: a família ampliada seria família natural ou família substituta? O exame da disposição topográfica da Lei n. 8.069/1990 leva ao entendimento de que a família extensa é considerada família

---

<sup>57</sup> DOMINGOS, Sérgio. A família como direito fundamental da criança. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2008. p. 278.

<sup>58</sup> Sabe-se que quanto mais o tempo passa, mais difícil se torna a inserção daquela criança em família substituta definitiva.

<sup>59</sup> Para o PNCF, a família extensa seria as relações de parentesco existentes além da relação de parentalidade/filiação, sendo, portanto, “uma família que se estende para além da unidade pais/filhos e/ou da unidade do casal, estando ou não dentro do mesmo domicílio: irmãos, meio-irmãos, avós, tios e primos de diversos graus”. (BRASIL, *Plano nacional*, cit. p. 24).

<sup>60</sup> SILVA, *A família substituta*, cit., p. 17.

natural, porém, se considerando a forma de inclusão na família ampliada (guarda ou tutela), esta se identificaria com a família substituta<sup>61</sup>.

Na Nova Lei de Adoção, além do dispositivo que a conceitua, a expressão família extensa aparece mais quatro vezes. O inciso II do artigo 92, bem como o inciso X do parágrafo único do artigo 100 e o parágrafo terceiro do artigo 166 reforçam a preponderância da família extensa sobre a família substituta, enquanto o parágrafo primeiro do artigo 39 afirma que a adoção só é cabível quando for impossível manter a criança em família natural ou substituta. Dessa forma, conclui-se que a família extensa não é família natural, tampouco família substituta, mas sim, um *tertium genus*, sendo subsidiária da primeira e prevalecendo sobre a segunda.

Quanto à forma de colocação na família extensa, aplicam-se as normas de inserção em família substituta em razão da falta de regulamentação específica. Entretanto, ela se dará por meio de guarda ou de tutela, mas não de adoção. Isso porque a Nova Lei de Adoção previu a excepcionalidade e irrevogabilidade da última modalidade, apenas devendo se recorrer a ela quando comprovada a impossibilidade da permanência da criança e/ou adolescente em família natural ou substituta (art. 39 § 1º). Se tal determinação pode parecer desproporcional, já que veda o uso da forma de colocação em família substituta mais definitiva, tal previsão se mostra condizente com a preservação dos vínculos de parentesco e de identidade e também promove a responsabilidade da família ampliada – todavia, pode retardar o processo de adoção, fazendo com que a criança ou o adolescente corra o risco de se tornar “velho” para ser adotado. A partir do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente já era vedada a adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando (art. 42 § 1º), ou seja, neste ponto a restrição só foi ampliada.

Não sendo a família extensa uma opção possível, deve-se então recorrer à família substituta nacional. A família substituta inclui tudo aquilo que não se enquadra nos conceitos de família natural ou de família extensa, abrangendo desde parentes com quem a criança não tenha convivência, amigos da família, vizinhos, até totalmente desconhecidos.

A colocação em família substituta se dá por meio da guarda<sup>62</sup>, tutela e adoção (art. 28 da Lei n. 8.069/1990). Essa enumeração não segue uma ordem de importância, mas

---

<sup>61</sup> Algumas das disposições da Lei n. 12.010/2009 são questionáveis, uma vez que certos dispositivos trouxeram inconsistências e até incoerências à sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente.

sim uma ordem crescente de definitividade da medida ou de influência no poder familiar. A guarda é, em regra geral, uma medida provisória que pode ser deferida nos procedimentos de tutela ou de adoção ou excepcionalmente para atender situações peculiares (art. 33 §§ 1º e 2º), podendo ou não coexistir com o poder familiar. Por sua vez, a tutela é uma medida também temporária, que dá maior segurança à criança, já que impõe ao tutor mais deveres e obrigações – inclusive o de prestar contas anualmente – que ao guardião, incluindo o poder de representação e gestão de bens. A tutela não coexiste com o poder familiar, seja por falecimento ou declaração de ausência dos pais ou mesmo porque estes decaíram do citado poder (art. 1.728 do CCB). Já a adoção é a medida mais excepcional justamente por romper com o poder familiar e com todos os vínculos de parentesco, com exceção dos impedimentos matrimoniais (art. 41 da Lei n. 8.069/1990), estabelecendo uma nova relação de parentesco e, como consequência, um novo poder familiar, com a família substituta, sendo, então, definitiva.

Logicamente, a definitividade da adoção possibilita a criação de laços mais duradouros entre o adotante e a criança e/ou adolescente. Todavia, isso não significa que a adoção é a forma de inserção em família substituta mais indicada em todos os casos. A determinação de colocar a criança em família substituta é uma decisão espinhosa, como é igualmente difícil a definição da família para qual essa criança será encaminhada, uma vez que tal deliberação tem profundas repercussões na vida daquela pessoa em desenvolvimento. Por essa razão, para tomar essa decisão, deve o julgador considerar as relações de parentesco, afetividade e afinidade existentes entre a criança e a pessoa com quem ela passará a conviver. Por isso, deve-se, primeiramente, avaliar as pessoas interessadas em receber a criança para, posteriormente, examinar a forma de colocação na família substituta. Só se pode se falar em preferência apriorística pela adoção quando não houver uma pessoa com a qual a criança tenha algum tipo de vínculo interessada em acolhê-la. Deve-se lembrar que em qualquer caso de colocação em família substituta, o consentimento do adolescente é indispensável, devendo a vontade da criança ser obrigatoriamente considerada pelo magistrado, respeitando obviamente o grau de maturidade e desenvolvimento, o que traduz a efetivação dos princípios da participação e da autonomia progressiva (art. 28, §§ 1º e 2º da Lei n. 8.069/1990).

Frise-se que não importa se a criança ou o adolescente está sob a guarda ou a tutela de outrem ou se foi adotado, mas sim se seus direitos estão sendo atendidos<sup>63</sup>. É essencial

---

<sup>62</sup> A guarda como modalidade de colocação em família substituta não se confunde com a guarda de filhos.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 93.

que a pessoa em desenvolvimento “se sinta acolhido e protegido integralmente”<sup>64</sup> e que se sinta parte daquela família substituta.

Hoje, no terceiro degrau estaria a família substituta com a qual a criança e o adolescente tenham algum tipo de laço – de parentesco, de afetividade ou afinidade –, liames estes a serem considerados pelo juiz ao apreciar um pedido de inserção em família substituta, já que a relação existente pode amenizar os efeitos do afastamento da criança dos pais (art. 28, § 3º da Lei n. 8.069/1990) e também minimizar tais efeitos indesejáveis previstos quanto à prioridade da colocação dos grupos de irmãos na mesma família substituta (art. 28. §4º da mesma lei).

Como já dito, só se considera família extensa quando presentes três requisitos: 1) parentesco próximo; 2) convivência; e 3) vínculos de afetividade e afinidade. Ausente qualquer uma das três condicionantes, estar-se-á diante não de família ampliada, mas de uma família substituta que, em razão dos laços existentes, possui, em tese, preferência em relação às pessoas que não os tem.

Dos requisitos mencionados no artigo 28 § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a relação de parentesco é a de mais fácil prova, uma vez que sua comprovação é estritamente documental<sup>65</sup>. Já a aferição dos laços de afetividade e afinidade é mais difícil porque guarda grande carga de subjetividade. A afetividade se liga ao carinho, ao cuidado, ao bem querer<sup>66</sup>. Já a afinidade merece um exame mais cuidadoso.

O termo “vínculo de afinidade” possui dois significados distintos<sup>67</sup>: 1) a definição de afinidade derivada do artigo 1.595 do Código Civil, que seria a relação existente entre a criança e os ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou do companheiro de seus pais; 2) um conceito, mais gramatical, consistente no liame existente entre a criança e um terceiro, independentemente do vínculo de parentesco e proveniente de uma identificação de sentimentos, das similaridades no pensar e agir que unem as pessoas no dia a dia. Para Kátia Maciel, esta última interpretação é a mais adequada ao sistema consagrado pela Lei n. 8.069/1990, já que visaria diminuir os traumas da separação da criança e/ou do adolescente da família natural, podendo os prejuízos ser ainda maiores

---

<sup>64</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda como colocação em família substituta. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coor.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010b. p. 155.

<sup>65</sup> A explicitação do grau de parentesco e da existência de outros parentes vivos é requisito da ação de colocação em família substituta e se justifica porque, existindo parentes, estes gozam, à priori, de preferência no acolhimento de tais crianças, e havendo mais de um deles, deve-se buscar aquele mais apto a proporcionar o direito à convivência familiar ao acolhido (art. 165, II da Lei n. 8.069/1990).

<sup>66</sup> A afetividade como princípio será abordada posteriormente.

<sup>67</sup> MACIEL, *Direito fundamental*, cit., p. 73-74.

se a pessoa em desenvolvimento for obrigada a conviver com estranhos, mesmo havendo pessoas conhecidas que poderiam ampará-las. Esse entendimento é o que parece ser mais coadunar com o sistema protetivo nacional e internacional previsto e o que mais reforça os laços de caráter simbólico e afetivo indispensáveis à promoção, à proteção e à defesa do Direito à Convivência Familiar e Comunitária de crianças e adolescentes.

A medida deve ser, a priori, temporária, visando garantir os direitos infantojuvenis enquanto a família natural se reorganiza. Porém, verificada a impossibilidade de retorno à família de origem e de manutenção da criança na família extensa ou na família substituta vinculada (por parentesco, por afinidade ou por afetividade), o caminho é a colocação em família substituta não vinculada, o novo quarto degrau da pirâmide.

Trata-se de medida subsidiária a todas as situações anteriores, porque promove a ruptura de vínculos biológicos e sociais e é potencialmente mais agressivo à formação da criança e/ou do adolescente, já que conduz ao afastamento do convívio da pessoa em desenvolvimento com seus pais naturais, parentes e conhecidos, além de afastar a criança dos lugares onde ela está acostumada a frequentar ou com os quais se identifica<sup>68</sup>. Por outro lado, a colocação em família substituta confere, efetivamente, à criança ou adolescente, a possibilidade de ocupar o lugar de filho, não apenas de sobrinho, primo, etc...

A colocação em família substituta exige uma prévia e gradativa preparação e acompanhamento posterior a ser realizado pelos técnicos da Justiça Infantojuvenil com o apoio dos técnicos das prefeituras que executam a política municipal de garantia do Direito à Convivência Familiar (art. 28, §5º da Lei n. 8.069/1990). Se tal inclusão for feita em uma família com a qual a pessoa em desenvolvimento não tenha vínculo, o trabalho deve se cercar de maiores cuidados.

Se o rompimento de tais liames é inevitável, recomenda-se que na escolha da família substituta se priorize a medida que, em tese, é definitiva, e que pode proporcionar maior segurança à criança – a adoção –, embora a melhor medida para cada situação só possa ser aferida no caso concreto.

---

<sup>68</sup> NERY JÚNIOR MACHADO, *O Estatuto da Criança. cit.*

Esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta nacional, a efetivação do Direito à Convivência Familiar poderá ser buscada com a inserção da criança ou do adolescente em família substituta estrangeira, já que “não encontrando a criança uma família dentro de seu próprio país, não se pode privá-la de encontrar o seu bem-estar e felicidade junto a uma família estrangeira.”<sup>69</sup>. A excepcionalidade de tal medida se justifica, já que “além de romper os vínculos afetivos e familiares da criança, rompe também, e completamente, os vínculos sociais, culturais, linguísticos, etc. que se ligam à expressão da nacionalidade da criança.”<sup>70</sup> Contudo, visando preservar alguns desses laços culturais e linguísticos, previu-se a preferência pela inserção de crianças em família de brasileiros residentes no exterior em relação aos estrangeiros (art. 51, §2º da Lei n. 8.069/1990). Assim, no quinto patamar de escala valorativa, tem-se a colocação em família substituta composta por brasileiros residentes no exterior e, no sexto degrau, a colocação em família substituta estrangeira propriamente dita. A inserção em família substituta estrangeira foi restrita à modalidade de adoção, sendo considerada adoção transnacional aquela postulada por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do país, como previsto no artigo 2º da Convenção de Haia de 1993, Relativa à Proteção das crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional (arts. 31 e 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Às pessoas e aos casais estrangeiros residentes no país aplicam-se as regras referentes à colocação na família substituta nacional, incluindo a possibilidade de utilização da guarda e da tutela.

O sétimo patamar e ápice da pirâmide de preferências é o menos desejável para a efetivação do Direito à Convivência Familiar: o acolhimento familiar e institucional. O acolhimento familiar não é uma forma de colocação em família substituta<sup>71</sup>, o que não significa que tal medida não possa ser utilizada para se efetivar o Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes. Irene Rizzini e outros lecionam a opção pela expressão acolhimento em vez de institucionalização, afirmando que o último remete às práticas de confinamento e segregação social utilizadas predominantemente no passado, enquanto o primeiro diz respeito às experiências de cuidado e proteção prestados às crianças e aos adolescentes fora do lar da família de origem<sup>72</sup>. Mais que uma questão terminológica, é uma mudança total da visão sobre essa medida, que deixa de ser uma forma de contenção para ser efetivamente uma medida de proteção à população infantojuvenil, exigindo que as entidades que executam os programas de

---

<sup>69</sup> CARVALHO, *Adoção. cit.*, p. 51

<sup>70</sup> NERY JÚNIOR MACHADO, *O Estatuto da Criança. cit.*

<sup>71</sup> DOMINGOS, *A família como Direito. cit.*, p. 278

<sup>72</sup> RIZZINI et al, *op. cit.*, p. 22-23.

acolhimento tenham uma postura ativa na reinserção familiar e na preservação de vínculos.

O acolhimento é medida excepcional a ser utilizada somente se ultrapassados todos os outros degraus da pirâmide valorativa legal, e temporária, podendo durar o tempo necessário à reorganização da família natural ou para, verificando a impossibilidade de reinserção, a colocação em família extensa ou substituta (art. 101 §1º da Lei n. 8.069/1990). Para uma grande parte da população infantojuvenil, especialmente os adolescentes que dificilmente conseguirão retornar à família de origem ou ser inseridos em outras famílias, o acolhimento institucional será a sua realidade até a idade adulta.

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar não são espaços ideais para uma criança ou um adolescente. Todavia, em várias situações será a única medida a ser aplicada no caso. Assim, o acolhimento deve ser repensado e ter sua instrumentalização modificada, pois dificilmente conseguirá atender a todos os aspectos do conceito de Direito à Convivência Familiar.

Na Lei n. 12.010/2009, a estrutura piramidal do Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes pensada por Nery Júnior e Machado deixa de ter cinco e passa a ter sete degraus, devendo este novo modelo ser seguido pelo juiz da Infância e da Juventude diante de uma situação concreta, sob pena de ser o magistrado o violador da lei. A observância dessa ordem legal é capaz de resolver a maioria dos casos que chegam ao Poder Judiciário, mas é sabido que há situações cujas peculiaridades exigem do julgador ir além das regras previstas, casos em que o juiz se apegará com mais veemência aos princípios constitucionais, aos princípios internacionais do Direito Infantojuvenil e também às normas do Direito à Convivência Familiar.

#### **4. Conclusão**

O Direito à Convivência Familiar ainda está em construção. No presente trabalho procurou-se justamente auxiliar no desenvolvimento teórico desse direito, buscando dar maior consistência ao tratamento a ele dado.

Por meio do diálogo entre normativas internacionais, da CRFB/1988 e de normas infraconstitucionais, apresentou-se o Direito à Convivência Familiar de uma forma juridicamente coerente, demonstrando que sua abrangência vai muito além da

identificação com o instituto da guarda. Trata-se de um direito complexo, cujos meandros merecem ser explorados de forma mais cuidadosa pelos juristas brasileiros.

Pretendeu-se aqui muito mais do que apresentar uma teoria geral pronta e acabada, este trabalho objetivou estimular o debate em torno do Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes no Brasil e fazer um convite a pensá-lo de uma forma sistemática e global, prezando dar-lhe tratamento coeso e consistente.

civilistica.com

Recebido em: 07.11.2015

Aprovado em:

25.11.2015 (1º parecer)

30.11.2015 (2º parecer)

**Como citar:** TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>>. Data de acesso.