

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação da Faculdade Direito

Marcelo de Mello Vieira

DIREITO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Belo Horizonte

2014

Marcelo de Mello Vieira

DIREITO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Silma Mendes Berti

Belo Horizonte

2014

V658d Vieira, Marcelo de Mello
Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar / Marcelo de Mello Vieira. – 2013.
152 f.

Orientadora: Silma Mendes Berti.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito de família - Brasil - Teses 2. Crianças - Estatuto legal, leis, etc. 3. Adolescentes - Estatuto legal, leis, etc. 4. Menores - Proteção 5. Relações familiares I. Berti, Silma Mendes II. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito III. Título.

CDU: 347.157

Marcelo de Mello Vieira

DIREITO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Profa. Dra. Silma Mendes Berti (Orientadora) – UFMG

Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto – UFMG

Profa. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira – UNA

Prof. Dr. César Fiúza – PUC (suplente)

Belo Horizonte, 05 fevereiro de 2014.

*A Deus por, em um dia de agosto de 2003,
trazer o Direito da Criança e do Adolescente
para a minha vida e para minhas reflexões.*

*Aos meus pais Ana e Lauro pelo carinho e
incentivo incondicional e, especialmente, pela
compreensão pelos momentos que não pude
me dedicar a eles.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Professora Silma Mendes Berti, professora e mãe, pela confiança, pelo apoio, pelas oportunidades e, também, pela orientação.

À Tati, pelo amor, por compartilhar comigo tanto os bons momentos como as dúvidas e inquietações vividas nos últimos anos.

Aos colegas e amigos do Programa de Pós-graduação, especialmente à Carla Vasconcelos, ao Caio Lara, à Jéssica Freitas e à Nathane Fernandes por partilharem comigo as alegrias e as angústias desse período.

Ao amigo Rodrigo Reis pela gentil acolhida, pelos ensinamentos e por me mostrar que por trás de cada processo há uma criança ou um adolescente.

Aos amigos Ricardo Teixeira e Rosane Castro pelo apoio e estímulo em seguir a vida acadêmica e pelo acesso irrestrito às respectivas bibliotecas por todos esses anos.

Aos ex-estagiários, hoje amigos, Ana Carolina Castro, Ana Luiza Ferreira, Clarissa Duana, Elisa Rodrigues, Ibsen Cunha, Luciana Azevedo, Luciana Silva e Mariana Diamantino (observando-se a ordem alfabética), que em muito contribuíram para o amadurecimento desse trabalho.

Por fim, agradeço às equipes técnicas que trabalham nas Varas da Infância e da Juventude de Belo Horizonte pelo exemplo de dedicação às crianças e aos adolescentes assistidas pelo Poder Judiciário.

A todos, meu sincero agradecimento.

Ele é uma boa alma, com cinquenta e poucos anos, mas com maneirismos muito parecidos com os de Bosco e seus amigos, e há vinte anos ensina matérias que ninguém mais quer ensinar e que poucos estudantes querem aprender. Direito da Criança, Leis dos Deficientes... (John Grisham, O homem que fazia chover).

RESUMO

Pelo presente trabalho quis-se estudar o Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes no direito brasileiro, buscando tratá-lo de forma sistemática e visando dar-lhe coerência e consistência teórica. Ao delimitar o atual paradigma do Direito da Criança e do Adolescente, fez-se necessário traçar o desenvolvimento dos direitos infanto-juvenis com o objetivo de explicitar as diferenças, ainda hoje, existentes entre a legislação e a prática no país, além de examinar os princípios basilares do Direito Internacional da Criança. Trabalhou-se a noção jurídica contemporânea de família no direito pátrio, o papel da criança e do adolescente em tais entidades e a convivência familiar para, então, conceituar o Direito à Convivência Familiar, destacando todas as suas facetas. Partindo da definição construída, analisou-se a estrutura valorativa normativa desse direito, extraindo seus princípios específicos. Por fim, identificaram-se os instrumentos existentes no direito nacional para efetivação do Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes, questionando-os e procurando adaptá-los a essa nova função.

Palavras-chave: Direito à Convivência Familiar. Criança e Adolescente. Família. Convivência.

ABSTRACT

The present work aimed to study the Right to a Family of children and adolescents in Brazilian law, seeking to treat it systematically and to give it more coherence and theoretical consistency. In order to delimitate the current Rights of Children and Adolescents paradigm, it was necessary to trace the development of youth and children's rights, aiming to clarify the still existing differences between law and practice in the country, in addition to examining the basic principles of the International Children Law. We worked with the contemporary legal notion of family in parental rights, the role of children and adolescents in such entities, and family life, then conceptualizing the Right to Family, highlighting all its aspects. Starting from the definition built, we analyzed this right's evaluative and normative framework, extracting its specific principles. Finally, we identified the instruments in the national law that can be used to enforce the Right to a Family of children and adolescents, questioning them and trying to adapt them to this new role.

Keywords: Right to a Family. Children and Adolescents. Family. Family Life.

LISTA DE SIGLAS

CCB – Código Civil Brasileiro

CIDC – Convenção Internacional dos Direitos da Criança

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

PIA – Plano Individual de Atendimento

PNCF – Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária

SAM – Serviço de Assistência a Menores

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
2 CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ...	16
2.1 O princípio da não discriminação	26
2.2 Princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento	28
2.3 O princípio do respeito às opiniões das crianças ou princípio da participação.....	32
2.4 Princípio da autonomia progressiva	38
2.5 Princípio do melhor interesse	43
3 DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO BRASIL	49
3.1 Família brasileira na atualidade	51
3.2 Criança, adolescente e família	55
3.3 Convivência Familiar: reflexos da existência e da ausência de convivência familiar	58
3.4 Definindo o Direito à Convivência Familiar	63
3.5 A estrutura piramidal do Direito à Convivência Familiar	70
3.6 Princípios específicos do Direito à Convivência Familiar	81
3.6.1 Princípio de prevalência da família natural	81
3.6.2 Princípio da preservação de vínculos	82
3.6.3 Princípio do não desmembramento do grupo de irmãos	83
3.6.4 Princípio da afetividade (?)	84
3.7 O papel do Estado na efetivação da convivência familiar	85
4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	90
4.1 Poder familiar	92
4.2 Guarda.....	98
4.2.1 Guarda atribuída aos pais	102
4.2.2 Guarda atribuída a terceiros.....	106
4.3 Tutela	109
4.4 Adoção	115

4.5	Visitação	124
4.6	Medida de Acolhimento	128
4.6.1	Acolhimento institucional.....	132
4.6.2	Acolhimento familiar.....	135
CONCLUSÃO.....		139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		144

INTRODUÇÃO

O Direito da Criança e do Adolescente no Brasil possui uma situação *sui generis*. Legalmente, o país tem, desde 1990, uma das legislações mais avançadas do mundo, mas também possui um enorme distanciamento entre o que foi legislado e a realidade prática. Isso ocorre porque efetivamente só se pode falar em Direito da Criança e do Adolescente no país após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), sem a ocorrência de tempo suficiente para que este novo direito fosse compreendido e efetivado.

Até então, crianças e adolescentes, denominados indistintamente de menores, eram tratados como objetos de proteção dos pais e do Estado, sendo legalmente “protegidos” pelo Código Civil ou pelo Código de Menores, legislação fruto de séculos de tratamento excludente e aplicado somente à população infanto-juvenil em situação de vulnerabilidade – em regra, aos órfãos, aos abandonados, aos carentes e aos envolvidos com a criminalidade – cujas práticas remontam ao Brasil-Colônia e adaptadas ao longo do tempo, sem, contudo, modificar a essência desse tratamento, qual seja, a institucionalização e, conseqüentemente, o rompimento de vínculos comunitários, familiares e sociais.

O texto constitucional de 1988 provocou profundas mudanças no ordenamento jurídico nacional, especialmente ao estabelecer a proteção da pessoa e as relações existenciais, dando novo tratamento às crianças e aos adolescentes e reconhecendo-os como sujeitos de direitos, pessoas em condição especial de desenvolvimento. Antecipando a promulgação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 (CIDC), a CRFB consagrou a Doutrina da Proteção Integral que assegurou a crianças e adolescentes, indistintamente, os mesmos direitos fundamentais e sociais atribuídos aos adultos (art. 5º e 6º). E ainda: direitos próprios da infância e da juventude, como o direito ao lazer e à convivência familiar, constituindo a efetivação dever da família, do Estado e da sociedade e gozam de prioridade absoluta (art. 227).

Embora a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, tenha dado aos direitos infanto-juvenis um tratamento mais aprofundado e contorno mais concretos, a alguns desses direitos ainda lhes falta a necessária efetividade.

A análise do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil revela não ter sido efetivamente construído e trabalhado ao longo dos anos nos moldes em que hoje se apresenta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente explicitou a preferência pela família natural, comunidade formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes (art. 25). Valendo-se de institutos do Direito Civil desvirtuados pelo Direito do Menor, destacou a lei o papel subsidiário da família substituta, prevendo que a inclusão de crianças e de adolescentes nessas famílias poderia dar-se por guarda, tutela ou adoção (art. 19 e 28, enunciado básico).

A comunidade jurídica brasileira poderia contribuir para o aprofundamento dos direitos infanto-juvenis, no entanto, o que se nota é o pouco interesse em aplicá-los, mesmo gozando eles da mais absoluta prioridade na escala de direitos a serem efetivados. Fato é que não se pode contentar apenas em estabelecer contornos a um direito fundamental de crianças e de adolescentes, de modo que a tais direitos seja dispensado tratamento coerente, consistente e profundo. A denominação convivência familiar não é autoexplicativa, representando apenas um ponto de partida.

Que se deve entender por convivência? Existiria alguma preocupação com a qualidade dessa convivência? Seria o mero contato da criança com um ou ambos os pais? Seria “papai, mamãe, titia!” como cantam os Titãs?¹ Ou as entidades familiares arroladas no artigo 226 da CRFB? Justamente em razão da falta de precisão conceitual, utiliza-se o direito à convivência familiar sem nenhum rigor técnico, evocado nas mais diversas situações, como se todos tivessem o mesmo entendimento do que seria ele, ou seja, como se fosse um dos *topois* da tópica de Viehwehg.

Estudiosos do Direito de Família trabalham, basicamente, as disposições do Código Civil, enfatizando o que a Lei nº 8.069 denomina de família natural, sendo tal expressão raramente é mencionada, utilizando apenas princípios específicos desse ramo do direito, desconsiderando até a existência do Direito da Criança e do Adolescente². Por outro lado, os poucos juristas que, de fato, estudam o Direito infanto-juvenil, trabalham a convivência familiar sob a ótica

¹ Cf: ANTUNES, Arnaldo; BELLOTTO, Tony. Família. Intérprete: REIS, Nando. In: Titãs. **Cabeça Dinossauro**. WEA, p1986, 1 disco sonoro. Lado A, faixa 3.

² Cf: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas. Autonomia Privada da Criança e do Adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. n. 0, p. 57-73, out./ nov. 2007.

dos princípios extraídos do Estatuto da Criança e do Adolescente, destacando as disposições nela existentes, fazendo de forma tacanha a necessária ligação com o Direito de Família e outros instrumentos normativos, especialmente os de Direito Internacional. Estudiosos de Psicologia e Serviço Social procuram estudar a convivência e o acolhimento institucional.

Efetivamente não há preocupação com o estudo de um Direito à Convivência Familiar, mas sim com a análise das facetas desse direito. Apresentam-se conclusões divergentes, que não contribuem para dar consistência e ainda prejudicam o desenvolvimento teórico desse direito. A Lei nº 12.009 de 29 de julho de 2009, intitulada nova Lei de Adoção, reforçou diversos aspectos da convivência familiar, mas mudou muito pouco.

Cuidou o presente trabalho de debater o tema à busca de coerência e consistência ao direito em questão.

Delimitar o Direito à Convivência Familiar no Brasil, faz-se necessário uma breve revisão histórica do tratamento legal dado à criança e ao adolescente no país, enfatizando o paradigma dos Direitos da Criança e do Adolescente para melhor compreender as práticas condizentes com o atual ordenamento jurídico. O presente trabalho não pretendeu ser uma pesquisa histórica, mas sim realizar uma contextualização do atual Direito infanto-juvenil. Buscou-se ainda evidenciar o papel da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e analisar seus princípios basilares (não discriminação; melhor interesse da criança; direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, respeito pelas opiniões das crianças – participação – e autonomia progressiva), como os pilares de todo o Direito infanto-juvenil brasileiro.

Quer-se buscar um panorama do atual tratamento jurídico dado à família no Brasil, também sob a perspectiva histórica, e o papel da criança e do adolescente nas entidades familiares, alvo na convivência familiar e na relação desta com a formação infanto-juvenil, destacando tanto os efeitos de sua existência como de sua ausência, partindo sempre do estudo dos principais diplomas internacionais referentes à criança. O Direito à Convivência Familiar no Brasil, em todos seus aspectos e enfatizando a prioridade da família natural, a importância de um ambiente saudável para a formação da personalidade de crianças e de adolescentes, foi necessário para se chegar a uma definição do que seria esse direito.

No último capítulo dedicou-se ao estudo dos instrumentos jurídicos existentes para a efetivação do direito objeto desta dissertação, tanto os utilizados na família natural, como aqueles que se podem usar na família extensa ou na família substituta. Quis-se trabalhar o estudo dos institutos do Direito de Família e do Direito do Menor, adaptando-os a tudo explicitado.

2 CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Falar sobre Direitos da Criança e do Adolescente é sempre um trabalho árduo; o atual tratamento jurídico dado à população infanto-juvenil teve início com o advento da CRFB que modificou a antiga visão menorista culturalmente sedimentada ao longo de mais de dois séculos. Passados vinte e quatro anos, que, em tese, parece tempo suficiente para assimilação do novo paradigma, pode-se afirmar que ainda há muito a se fazer para provocar mudança sociocultural necessária.

Do período colonial até 1926, a preocupação com os menores teve por foco três situações específicas: a exposição, a orfandade e a delinquência.

A exposição, também chamada de enjeitamento ou de abandono, era um problema recorrente nas vilas e cidades do Brasil-colônia, sendo a criação de crianças expostas delegada às casas de misericórdia, que exerciam funções de caridade, bem assim a terceiros que, com autorização das câmaras municipais, recebiam um estipêndio para o exercício de tal múnus. Vigorou tal sistema até a promulgação do Alvará de 1775, que relegou o cuidado aos enjeitados apenas às Santas Casas e ao Juiz de Órfãos, retirando qualquer responsabilidade das câmaras³.

Em 1738, instalou-se a primeira Roda dos Expostos no país com o objetivo de proporcionar um tratamento mais humano aos menores abandonados, que até então eram deixados nas ruas ou na porta de casas ou de igrejas. A roda era um dispositivo no qual uma pessoa, geralmente a mãe, depositava o filho em um compartimento e girava o mecanismo que conduzia a criança para dentro do prédio e balançava um sino, avisando o funcionário que ali havia um exposto. A criança era então recolhida sem que tivesse qualquer identificação de sua família⁴.

³ Cf: SOUZA, Laura de Mello e. O senado da Câmara e as crianças expostas. In: PRIORE, Mary Del (org.). **História da criança no Brasil**. São Paulo: Ed. Contexto, 1996, p. 29-32.

⁴ O funcionamento da roda dos expostos foi retratado na literatura brasileira por Machado de Assis, em seu conto “Pai contra Mãe”. Embora extinta no Brasil em 1948, três projetos de lei foram propostos com o objetivo de instituir no país o parto em segredo ou parto anônimo, cuja finalidade era bastante parecida com a da roda, “evitar o abandono de crianças”. Mônica Silveira faz uma análise dos projetos, inspirados no “accouchement sous x” do direito francês, instituto já questionado do direito europeu, e conclui pela impossibilidade da adoção do parto anônimo no país, por total inadequação ao atual paradigma do Direito infanto-juvenil. (Cf: ASSIS, Machado de. **Pai contra mãe**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=1951>. Acesso em 13 fev. 2013 e VIEIRA, Mônica Silveira. Sobre o parto anônimo e as propostas para sua legalização no Brasil.

Aos órfãos e aos expostos, o ordenamento jurídico da época (livro IV de cada uma das Ordenações Portuguesas, posteriormente sistematizadas na Consolidação das Leis Civis de 1857) previa a colocação dos menores sob tutela.

De acordo com a Consolidação das Leis Civis de 1857, o título V, para os órfãos, nomeava-se como tutor a pessoa indicada por testamento pelo pai ou avô, sendo, em caso de omissão, nomeado um familiar⁵. Não havendo parentes dispostos, o Juiz de Órfãos nomeava um cidadão de conduta ilibada para desempenho do encargo, que podia se valer dos bens do menor para custear as despesas deste (arts. 258 e 266). Contando o órfão com mais de sete anos, o Juiz podia, após um pregão em audiência, entregá-lo a terceiros em soldada, sistema pelo qual o interessado que pagasse o maior estipêndio mensal era nomeado tutor e podia utilizar a mão-de-obra do pupilo, ou entregá-lo a quem se obrigasse a casá-lo (art. 271). Também havia a possibilidade da utilização do trabalho do menor, sem o pagamento de qualquer valor, quando este já estivesse sob tutela antes dos sete anos ou quando o tutor o criasse gratuitamente e o ensinasse a ler e a escrever, neste último caso, até os dezesseis anos (art. 268 e 269). O diploma autorizava o Juiz de Órfãos a entregar os expostos com até doze anos a qualquer pessoa que se encarregasse da educação, sustento e vestuário em troca da utilização sem nenhum pagamento da mão-de-obra do menor (art. 275). Já os órfãos e expostos que não eram colocados sob tutela viviam em orfanatos mantidos pelas instituições de caridade.

Para os delinquentes, as Ordenações Portuguesas (livro V) previam a não aplicação de pena de morte aos menores de dezessete anos, que poderiam receber outra pena. Já àqueles com idade entre dezessete e vinte anos, o Juiz, após analisar o modo e as circunstâncias do crime, bem como a pessoa e a malícia do autor do delito, decidiria se aplicava a pena total ou se a reduziria. Aos menores com idade entre vinte e vinte e cinco anos, idade que, à época, marcava o fim da menoridade, aplicava-se a mesma pena prevista para os adultos, incluindo a pena capital (título CXXXV).

Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, ano II n. 3, p. 197-220, jan.-jun. 2010).

⁵ Os primeiros parentes procurados era a mãe ou a avó que não contraíssem novas núpcias. Isto se deve ao fato de quando uma mulher se casava, ela era considerada incapaz. Neste caso, se buscava um parente próximo.

Tratamento similar foi dado no Código Criminal do Império de 1830, que, contraditoriamente, estipulou a imputabilidade penal em catorze anos, embora permitisse a punição dos menores de catorze anos que agissem com discernimento com reclusão às casas de correção até os dezessete anos (art. 10 §1º e 13); e no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, que previu a inimputabilidade penal dos menores de nove anos e a punição daqueles com idade entre nove e catorze anos que atuassem com discernimento (art. 27 e 30).

Por quase quatro séculos, o tratamento dado aos menores variava entre assistir e “se defender”⁶. Para o abandono a solução era a caridade e para a delinquência era a repressão, calcada na subjetiva pesquisa de discernimento. “O menor não era pois o filho “de família” sujeito à autoridade paterna, ou mesmo o órfão devidamente tutelado e sim a criança ou o adolescente abandonado tanto material como moralmente”⁷.

Atenta à necessidade de proteger a infância, em 1924, a Liga das Nações aprovou a Declaração de Genebra, o primeiro instrumento internacional dedicado aos menores e expressamente reconheceu que todos deveriam dar o melhor para as crianças, independente da crença, da “raça” ou da nacionalidade. Os cinco dispositivos do documento expressavam a preocupação com a educação, subsistência e desenvolvimento dos menores. Contudo, colocavam “a criança numa situação claramente passiva, em que ela é mero objeto de proteção que deve receber algo ou ser agraciada com alguma coisa, certamente como consequência dos desastres que a Primeira Guerra causou à infância”⁸.

Somente em 1926 foi promulgada a primeira lei brasileira específica sobre menores, o Decreto nº 8.083/1926, substituído no ano seguinte pelo Decreto nº 17.943/1927, este último também chamado de Código Mello Mattos, em homenagem ao primeiro juiz de menores do Brasil e principal articulador dessa legislação, que se destinava à assistência e à proteção dos menores de dezoito anos abandonados e delinquentes (art. 1º).

⁶ Cf: AMIN, Andréia Rodrigues. Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente. 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, 2010, p. 06.

⁷ LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: PRIORE, Mary Del (org.). **História da criança no Brasil**. São Paulo: Ed. Contexto, 1996, p. 135.

⁸ Cf: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 127.

Coube ao Código de Menores de 1927 eliminar a criticada pesquisa de discernimento do ordenamento jurídico brasileiro, prevendo que o menor de até catorze anos não seria submetido a nenhum processo penal (art. 68) e regulamentar o trabalho dos menores (art. 101 a 125). Todavia, ele foi também o responsável por arraigar ainda mais a identificação da figura do menor com o abandono e a criminalidade. A estes menores aplicavam-se os rigores da nova legislação, já àqueles que viviam com suas famílias utilizava-se o Código Civil.

O Decreto nº 17.943 de 1927 elencava oito situações consideradas como abandonado e, nessas ocasiões, o magistrado tinha ampla liberdade de atuar, sendo a institucionalização a principal resposta do Estado. A declaração de abandono, por si só, influía na cominação legal de pena, no caso de condenação criminal do menor, passando a pena de um a cinco anos para de três a sete anos na escola de reforma⁹ (art. 69).

A tônica predominante desta legislação menorista era corretiva, isto é, fazia-se necessário educar, disciplinar, física, moral e civicamente as crianças oriundas de famílias desajustadas ou da orfandade. O Código instituí uma perspectiva individualizante do problema do menor: a situação de dependência não decorria de fatores estruturais, mas do acidente da orfandade e da incompetência de famílias privadas, portanto culpabilizava de forma quase que exclusiva a desestrutura familiar. O problema tornava-se público pelo somatório de dramas individuais e a solução residia na institucionalização das crianças e jovens que, isolados em supostas instituições educacionais, teriam lá reconstituídas sua identidade e predisposição à conformidade aos cursos esperados de sociabilidade¹⁰.

A lei concentrava as funções do Estado na figura do Juiz de Menores, cabendo a ele julgar, organizar, estruturar e fiscalizar a rede de atendimento formada pelos abrigos e pelos institutos disciplinares (art. 189 e seguintes), devendo inclusive nomear os funcionários (art. 154).

Apenas em 1941, foi criado o Serviço de Assistência a Menores – SAM, a primeira organização nacional com o objetivo de padronizar o atendimento aos carentes e infratores. Entretanto, o referido serviço ficou mais conhecido pela inadequação dos métodos utilizados e pela repressão institucional à infância e à adolescência¹¹.

⁹ O mesmo tratamento era dado ao menor “pervertido” ou em perigo de ser. Entretanto, a lei não definia a perversão.

¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 28.

¹¹ Cf. PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10-11.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, inicia-se um movimento internacional de valorização do ser humano, cujo principal expoente é a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Onze anos mais tarde, a Assembleia Geral da mesma organização promulgou, por unanimidade, a Declaração dos Direitos da Criança, que previu que toda criança, sem nenhuma distinção, gozaria de proteção especial e seria credora de vários direitos, dentre eles o direito ao desenvolvimento saudável e completo da sua personalidade sempre que possível aos cuidados dos pais (princípio 6º).

Naquela época, as decisões da Assembleia Geral da ONU, como foi o caso da Declaração dos Direitos da Criança, apenas recomendavam medidas, não havendo “nenhuma hipótese de imposição obrigatória de tais decisões a seus Estados-membros”¹².

Devido às críticas e denúncias dirigidas ao SAM, a entidade foi extinta e em seu lugar criada a Fundação do Bem-Estar do menor (FUNABEM) que, embora tivesse uma proposta pedagógica interessante, desvirtuou-se e foi utilizada, pelo regime militar, como instrumento de controle do problema de segurança nacional, vez que o governo brasileiro da época entendia que assim se tratava a questão do menor¹³.

Valendo-se da não coercibilidade da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, promulgou-se a Lei nº 6.697, denominada Código de Menores de 1979, ano que a Organização das Nações Unidas proclamou o Ano Internacional da Criança iniciando os trabalhos para a elaboração de um novo documento internacional voltado para o público infanto-juvenil.

Disponha o Código de Menores de 1979 sobre a assistência, a proteção e a vigilância aplicáveis a todo menor de dezoito anos considerado em situação irregular¹⁴ e excepcionalmente aos menores com idade entre dezoito e vinte um anos, sendo as medidas de vigilância, aquelas que dispunham o acesso e participação da criança em espetáculos públicos etc., destinadas a todos os menores independente da situação (art. 1º).

¹² MONACO, *op. cit.*, p. 67. Segundo o mesmo autor “com a institucionalização do Conselho de Segurança da ONU, algumas vezes tornou-se possível à sociedade internacional imiscuir-se no âmbito interno dos Estados, impondo-lhes algumas condutas julgadas necessárias”. (Id., p. 65).

¹³ Cf: AMIN, *op. cit.*, p. 06.

¹⁴ A Doutrina da Situação Irregular fundamentou todas as legislações de menores da América do Sul da década de 80. Isso se deve ao período político que o continente passava marcado pelas ditaduras militares.

O artigo 2º da lei trouxe em seis incisos as hipóteses consideradas irregulares¹⁵, tratando como uma mesma categoria jurídica os menores material e moralmente abandonados, os órfãos, as vítimas de maus-tratos e os delinquentes, além de prever a aplicabilidade das mesmas medidas a todos eles, indistintamente.

Novamente a lei reforçava o estigma do menor, identificando-o como aquele excluído socialmente, criando uma divisão jurídica que separava as crianças e os adolescentes, cujas necessidades básicas eram amplamente satisfeitas, dos "menores", que ao contrário tinham suas necessidades básicas total ou parcialmente insatisfeitas e que acabavam sendo considerados uma espécie de categoria residual e marginal no mundo da infância¹⁶.

Às crianças e aos adolescentes aplicava-se o Direito Civil e aos menores impunha-se a lei menorista, composta de institutos específicos e institutos típicos do Direito comum, em especial Direito de família (pátrio poder, tutela, adoção e etc.), tão modificados que perdiam parte de sua essência¹⁷.

Outro traço marcante do Código de Menores de 1979 era o amplo poder discricionário do Juiz de Menores que podia determinar qualquer medida que entendesse necessária à assistência, à proteção e à vigilância do menor (art. 8º). Dessa forma, acreditando que estava diante de uma situação irregular, o magistrado podia intervir na vida de qualquer criança, sem sequer observar direitos e garantias, sendo o menor tratado ainda como objeto da proteção e das medidas tutelares do Estado.

¹⁵ Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

¹⁶ MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das Necessidades aos Direitos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 90-91.

¹⁷ 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: <http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/DOCTRINA/NELSONMARTHA.HTM>. Acesso em 13 fev. 2013.

As principais medidas, internação e colocação em lar substituto, promoviam a ruptura dos laços familiares e sociais, vez que acreditavam que o afastamento do menor era sempre necessário para sua recuperação.

O ano de 1988 marcou, talvez, a maior mudança já provocada no ordenamento jurídico brasileiro. Com a promulgação da CRFB, o país se tornou uma democracia, tendo como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana¹⁸. Destinou-se um capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. Especificamente sobre os direitos da criança e do adolescente, o texto constitucional incorporou duas emendas propostas pela iniciativa popular e no artigo 227 sintetizou a essência da Convenção Internacional dos Direitos da Criança que só seria aprovada um ano depois, sendo assim enunciado.

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹⁹.

Introduziu-se, assim, a Doutrina da Proteção Integral no Direito brasileiro, cujo efeito imediato foi o reconhecimento de crianças e de adolescentes, tanto como sujeitos de direitos, quanto como pessoas em condição especial de desenvolvimento.

Tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos é reconhecer que eles não são mais objetos de medidas tutelares impostas arbitrariamente pelos Juízes, nem que devem esperar passivamente até que o Poder Público os agracie com políticas públicas, mas sim que

¹⁸ Os outros são: a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (CRFB, art.1º).

¹⁹ O referido dispositivo teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010, incluindo a palavra “jovem/jovens” não só no *caput* como em vários incisos, criando, portanto, uma nova categoria jurídica, regulamentada pela Lei nº 12.852 de 5 de agosto de 2013 que define jovem a pessoa de quinze a vinte e nove anos, ou seja, engloba desde o adolescente até o adulto. Curiosamente, o projeto trata dos mesmos direitos à cidadania, à participação social e política e à representação juvenil; à educação; à profissionalização, ao trabalho e à renda; à igualdade; à saúde; à cultura; à liberdade de expressão; ao desporto e ao lazer; à sustentabilidade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; à comunicação e à liberdade de expressão; à cidade e à mobilidade; e à segurança pública, deixando de lado outros previstos no artigo 227 da CFRB. Esta é uma categoria sem identificação histórica e cujos interesses se distanciam dos interesses de grande parte dos adolescentes e de todas crianças. Este trabalho utilizará a palavra jovem como sinônimo de adolescente.

possuem direitos exigíveis em face tanto da família, quanto do Estado e da sociedade. É também, reconhecê-los como sujeitos de responsabilidade²⁰.

Para o Direito Civil, crianças e adolescentes sempre foram considerados capazes de adquirir direitos (capacidade de direito), mas ser sujeito de direito, no sentido aqui colocado, significa que todos (família, Estado e sociedade) devem respeitar os direitos consagrados à população infanto-juvenil, o que não acontecia até então. Josiane Veronese lembra que no Direito do Menor, o processo ao qual se submetia o menor era inquisitorial, não lhe sendo garantido direito ao contraditório, à ampla defesa ou mesmo à defesa técnica, como era garantido aos adultos²¹.

O reconhecimento da condição especial de pessoa em desenvolvimento significa que crianças e adolescentes possuem os mesmos direitos reconhecidos aos adultos, com as adaptações destes direitos às particularidades da fase da vida em que estão e “também é fonte de direitos próprios da infância/ adolescência e de um conjunto de princípios que regulam a proteção conjunta dos direitos de crianças e adultos e seus direitos e deveres recíprocos”²². Por isso, é que lhes foram reconhecidos direitos como o direito ao lazer e à convivência familiar e comunitária, direitos não previstos nem para os adultos.

Outra característica de destaque é a abrangência do novo Direito da Criança e do Adolescente destinado a todas as crianças e a todos os adolescentes acabando, assim, com a categoria do “menor” e, como consequência, com o Direito do Menor²³.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, alinhado com a CIDC aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em 1989, trabalhou cada um dos direitos enunciados no artigo 227 da CRFB e

²⁰ Cf: MÉNDEZ, Emílio Garcia. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. **Justicia y Derechos Del Niño**. Santiago-Chile: Unicef, n. 1, p. 23-44, nov. 2009, p. 28.

²¹ Cf: VERONESE, *op. cit.*, 1999, p. 38-39.

²² (...) también es fuente de derechos propios de la infancia/ adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos. Cf: BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior Del niño em el marco de La convención internacional sobre los derechos Del niño. **Justicia y Derechos Del Niño**. Santiago-Chile: Unicef, n. 1, p. 45-62, nov. 2009, p. 50.

²³ Visando extirpar toda carga pejorativa do Direito do Menor, a palavra “menor” foi substituída pelas expressões “criança” e “adolescente”. O Estatuto da Criança e do Adolescente diferenciou criança, pessoa até doze anos incompletos, de adolescente, pessoa com idade entre doze a dezoito anos incompletos (art. 2º). A Convenção dos Direitos da Criança optou por considerar como criança qualquer pessoa com até dezoito anos incompletos, não diferenciando, portanto, criança de adolescente (art. 1º). Essa opção em nada prejudica ou interfere na aplicação da referida convenção, uma vez que os mesmos direitos são garantidos à toda população infanto-juvenil.

previu um sistema voltado à proteção e à promoção de todos os Direitos da Criança, no qual se adaptaram alguns institutos do antigo Direito do Menor e outros criados justamente para dar coesão a este sistema. Atendendo aos ditames do artigo 204 do texto constitucional, a municipalização das políticas de assistência social foi uma das marcas da Lei nº 8.069, o que proporcionou atendimento direcionado às necessidades locais, permitindo a crianças e adolescentes exigir seus direitos até mesmo, ou principalmente, do Estado.

Aprovada em 1989, a CIDC só foi ratificada pelo Brasil em setembro de 1990 (Decreto Legislativo nº 28) e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 99.710 em novembro de 1990. Ao contrário das Declarações anteriores, a CIDC possuía força cogente, dando força a diversas normas previstas em documentos supranacionais anteriores, impondo diversas obrigações aos Estados-Parte sob pena de estes serem responsabilizados perante os organismos internacionais²⁴.

A Doutrina da Proteção Integral constituída por uma série de documentos jurídicos internacionais, que proporcionam um salto de qualidade essencial na consideração da infância e que tem na CIDC um de seus instrumentos mais importantes²⁵²⁶. Além do reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos e pessoas em condição especial de desenvolvimento, essa doutrina também tem a integralidade como característica, uma vez que abrange todas as facetas da vida e do desenvolvimento infanto-juvenil²⁷.

A importância da CIDC no Brasil foi ofuscada pela resistência dos juristas brasileiros em aplicar diretamente normas internacionais e também pela entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes mesmo da ratificação da Convenção pelo Estado brasileiro. Nos demais países da América do Sul, ela foi utilizada diretamente com mais frequência, uma vez que tais países demoraram a atualizar suas legislações nacionais e já não podiam usar as normas feitas sob os auspícios da Doutrina da Situação Irregular.

²⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997, p. 97.

²⁵ Outros documentos importantes são as Regras de Pequim, as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens privados de Liberdade, as Diretrizes de Riad, dentre outros.

²⁶ Cf: MENDEZ, COSTA, *op. cit.*, p.71.

²⁷ Cf: BRUÑOL, 2011.

O Comitê dos Direitos da Criança da ONU elevou quatro desses direitos 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) com o objetivo de “ajudar a interpretar a Convenção em seu conjunto, proporcionando assim orientação aos programas nacionais que visem sua implementação”²⁸.

Princípios jurídicos têm grande importância no direito contemporâneo, pois, além das funções hermenêutica e orientadora já citadas, eles possuem conteúdo deontológico, isto é, assim como as regras, impõem obrigações de fazer e não fazer aos juristas, aos legisladores e aos administradores²⁹. Eles são considerados normas, assim como as regras, diferenciando-se destas por não determinarem diretamente a conduta a ser seguida, estabelecendo os “fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação, que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim”³⁰.

Justamente por este caráter fluido, a utilização dos princípios demanda grande carga argumentativa por parte dos juristas que se propõem a demonstrar a relação dos fatos do caso concreto e o fim a ser concretizado pelo princípio invocado, uma vez que, do contrário, tais princípios poderiam ser usados para justificar virtualmente qualquer posicionamento, como o que vê-se nos tribunais de todo país³¹. O estudo de cada princípio é essencial para delimitar seu conteúdo e sua abrangência, porém é a argumentação/justificação que dará consistência para sua concretização na prática. A discricionariedade é, portanto, substituída pela justificação racional³².

²⁸ “(...) ayudar a interpretar La Convención en su conjunto, proporcionando así orientación a los programas nacionales de aplicación”. Cf. OFICINA DO ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Folheto informativo nº 10.** Disponível em <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10Rev.1sp.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

²⁹ Cf: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146-147.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª Ed. Ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 63.

³¹ Segundo Amaral e Silva na vigência do Código de Menores, o princípio do melhor interesse da criança era justificativa para o desrespeito das garantias fundamentais como tipicidade, presunção de inocência etc. Cf: AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **O mito da inimizabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/2516.htm>>. Acesso em 18 jun. 2013.

³² Cf: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

Neste contexto, pode-se dizer que a ONU, ao consagrar como princípios gerais alguns dos direitos previstos na CIDC, quis enfatizar a importância destes direitos para o Direito da Criança e do Adolescente. Tais princípios/direitos ligam-se umbilicalmente e é essa interdependência que dá coesão e harmoniza a todo sistema jurídico da infância e da juventude, devendo, portanto, a delimitação e o exercício de qualquer outro direito observar o conteúdo dos princípios gerais. Seriam então “direitos que permitem exercer outros direitos e resolver conflitos entre direitos igualmente reconhecidos”³³. Acrescenta-se a este rol, o princípio da autonomia progressiva (art. 5º)³⁴.

Logo, no presente estudo, é fundamental a análise dos princípios da não discriminação; do melhor interesse da criança; do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; do respeito pelas opiniões das crianças e da autonomia progressiva.

2.1 O princípio da não discriminação

O princípio da não discriminação, previsto no artigo 2º da CIDC, representou a primeira das grandes rupturas provocadas pela Convenção. Isso porque grande parte dos ordenamentos jurídicos até então não se prestavam a assegurar direitos à população infanto-juvenil, mas sim a aplicar medidas apenas aos menores que viviam à margem da sociedade.

A CIDC, no artigo 2º, não só assegurou a obrigação dos Estados de respeitar os direitos previstos, como os estendeu a todas as crianças e adolescentes independente da etnia, do sexo, do idioma, da crença, da opinião, da posição econômica, de deficiência física, do nascimento ou de qualquer outra condição da criança, de seus pais ou seus representantes. Portanto, a priori, não mais se justificaria qualquer discriminação nem característica própria da criança nem por qualquer traço familiar.

O princípio da não-discriminação tem uma expressão dupla na CIDC. Em primeiro lugar, é em si um tratado contra a discriminação, e que justamente pretende assegurar que a infância e a juventude tenham a titularidade dos direitos que se aplicam a todas as pessoas e, para isso, não só os reafirmou, mas estabeleceu novas proteções uma vez que se trata de sujeitos em desenvolvimento.

A segunda expressão, e mais óbvia, é que não discriminação exige a igual proteção dos direitos das crianças, de acordo com suas particularidades. As crianças têm

³³ No original: “(...) derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”. Cf: BRUÑOL, 2009, p. 59.

³⁴ Ibid., 2011.

igualdade de direitos e é dever do Estado promover a igualdade na aplicação deles. Todos os meninos e meninas, independentemente da sua condição têm o direito de não ser discriminados em seus direitos à sobrevivência, desenvolvimento, proteção e participação³⁵.

Fala-se que o antigo e estigmatizante Direito do Menor cedeu lugar ao democrático Direito da Criança e do Adolescente, que, ao invés de marginalizar todas as crianças e adolescentes que não fazem parte de famílias tidas como ideais pela sociedade, aceita as mais diversas formas de infâncias e de adolescências possíveis.

Para Fernanda Márques, o desafio é aceitar a pluralidade sem negar as diferenças ou as especificidades e, ao mesmo tempo, reconhecer a condição humana de todos, inclusive dos que tenham praticado os mais desumanos atos³⁶.

A não discriminação é uma norma de direitos fundamental e como tal impõe ao Estado obrigações negativas e positivas, em outros termos ao Estado compete não só não discriminar, como também promover a igualdade de fato. Historicamente houve parcelas da população infanto-juvenil que, dependendo do país, foram mais excluídas que outras em razão de alguma peculiaridade; como as necessidades especiais, as minorias étnicas ou religiosas e até aqueles privados de liberdade. A Convenção reconhece particularidades e prevê um tratamento diferenciado a tais grupos, sem que isso corresponda a uma violação desse princípio, valendo-se da chamada discriminação lícita ou positiva, que visa promover a igualdade ou a não discriminação. Celso Bandeira de Mello desenvolve uma ideia que se encaixa perfeitamente nesse ponto. Para ele, a discriminação lícita só será justa se houver uma correlação lógica entre a diferença invocada e a desigualdade de tratamento existente em razão de tal peculiaridade e que essa relação promova os interesses prestigiados pela lei³⁷.

³⁵ El principio de no discriminación tiene una doble expresión en la CDN. En primer término ella es en sí misma un tratado contra La discriminación, ya que justamente pretende asegurar que la infancia y La juventud tengan La titularidad de los derechos que Le corresponden a todas las personas y, para lograr lo, no solo los reafirma sino que establece nuevas protecciones en atención de que se trata de sujetos en desarrollo.

La segunda expresión, y más obvia, es que la no discriminación exige una igualitaria protección de los derechos de La infancia, atendiendo a sus particularidades. Los niños tienen igualdad de derechos y es deber del Estado promover La igualdad en La aplicación de ellos. Todas las niñas y los niños, cualquiera sea su condición tienen derecho a no ser discriminados en sus derechos de sobrevivencia, desarrollo, protección y participación. Cf: BRUÑOL, 2011.

³⁶ Cf: MÁRQUES, Fernanda Telles. Intolerâncias e in[ter]venções: “menores” e “crianças” no imaginário social brasileiro. **Revista Latinoamericano de Ciências Sociales, Niñez y Juventud**, Manizales, n. 2, vol. 9, p. 797-809, jul - dez, 2011, p. 809.

³⁷ Cf: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17.

Cabe, portanto, aos Estados a obrigação de elaborar políticas públicas não discriminatórias e criar políticas públicas inclusivas para as crianças e adolescentes que em razão de alguma particularidade necessitem de atenção especial, não sendo a idade por si só um critério válido a justificar a discriminação. A Convenção contempla peculiaridades que demandam ações positivas do Estado em prol da igualdade material, como as pessoas com necessidades especiais (art. 23).

Um efeito da aplicação do princípio da não discriminação foi o fim da distinção entre filhos biológicos e adotivos, os quais passaram a receber tratamento igual àquele dado a todos os filhos indistintamente.

Na verdade, a não discriminação de forma geral constitui um dos objetivos fundamentais da CRFB, estipulando o artigo 3º IV - promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para a população infanto-juvenil o referido princípio foi consagrado de forma implícita no artigo 227, ao preconizar que os direitos ali elencados se aplicam à criança e ao adolescente como um gênero e não a grupos específicos, em fórmula igual à utilizada no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, promovendo então, a discriminação positiva das crianças e dos adolescentes com necessidades especiais para efetivação dos seus direitos à saúde e à educação e tratamento especial àqueles que cumprem medidas socioeducativas.

2.2 Princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento

Se fosse possível eleger apenas um direito para resumir a Convenção dos Direitos da Criança, este seria o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento garantia de existência saudável de crianças e adolescentes em todas as fases da vida (art. 6º).

O direito à vida e à sobrevivência concerne à saúde propriamente dita e, aliada ao artigo 24 da CIDC, atribui obrigações aos países que ratificaram a Convenção, em especial, a obrigação de garantir às crianças o direito de gozar do melhor padrão possível de saúde, englobando produtos e serviços, além do acesso à medicina preventiva e curativa e de reforçar o compromisso dos Estados com a redução da mortalidade infantil e com o acesso das mães à assistência pré e pós-natal e de proporcionar orientações sobre planejamento familiar quanto

ao direito à sobrevivência, busca-se assegurar a prestação da assistência médica e cuidados sanitários, o combate a doenças e à desnutrição, a divulgação dos princípios básicos de saúde e nutrição da criança e da família em todos os setores da sociedade³⁸.

O direito ao desenvolvimento tem conteúdo mais amplo; por abranger o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social da pessoa (art. 27.1 da CIDC), pois, à medida que a criança cresce, suas necessidades se modificam e são englobadas pelo direito ao desenvolvimento saudável e integral.

Para Carlos Lopez, o conteúdo desse direito se traduz no reconhecimento da criança e do adolescente como ser ético, na proteção do desenvolvimento da sua personalidade, ou seja, de potencialidades, capacidades e habilidades e na construção de sua identidade³⁹.

O processo de desenvolvimento refere-se, portanto, à assimilação de valores e às transformações de caráter qualitativo e quantitativo pelas quais passam as crianças e os adolescentes, mudanças que lhes possibilitam lidar com os problemas cotidianos utilizando os recursos, o apoio das pessoas que os cercam e as práticas culturais do local em que vivem⁴⁰ e que proporcionam seu crescimento pessoal e social.

Edgard Marx Neto relaciona as mudanças quantitativas a modificações de volume, como o desenvolvimento físico ou linguístico e como tal são observadas objetivamente, enquanto as mudanças qualitativas se referem a alterações de tipo, como adaptações sociais ou compreensão moral, cuja análise é subjetiva⁴¹.

A efetivação do direito ao desenvolvimento envolve a satisfação conjunta dos vários direitos, devendo ser afastada qualquer situação de ameaça, restrição ou violação dos direitos

³⁸ Em Minas Gerais existe o programa Mães de Minas que tem como objetivo cumprir tais deveres e, segundo, a publicidade oficial, vem conseguindo bons resultados. Maiores informações podem ser obtidas no sítio: <<http://maesdeminas.saude.mg.gov.br/>>.

³⁹ Cf: LÓPEZ, Carlos Enrique Tejeiro. **Teoria general de niñez y adolescencia**. 2ª edição. Bogotá: Unicef, 2005, p. 32.

⁴⁰ Cf: BOTERO, Gloria Esperanza García; BETANCUR, Teresita Gallego, Una concepción abierta e interdisciplinar de la infancia. Manizales: Cinde-Universidad de Manizales, **Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud**, n. 2, vol, 9 (Separata 2), p. 17-25, jul. 2011, p. 22.

⁴¹ Cf: MARX NETO, Edgar Audomar. **O Direito à imagem de crianças e adolescentes**. 2008. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 27.

assegurados à infância e à adolescência⁴². Para garantir esse desenvolvimento total e completo, cabe aos Estados o dever de criar um sistema protetivo capaz de manter as crianças e os adolescentes livres de todas as formas de violência física ou psíquica, negligência, exploração ou abuso, estando elas na companhia de seus pais, de terceiros ou até mesmo sob a custódia do Estado, conforme determina o artigo 19 da Convenção.

Assim, por proteção, devemos entender o conjunto de medidas abrangentes que recaem sobre a pessoa humana, dotada de personalidade própria e potencial, que por causa de sua idade ou circunstâncias particulares, requerem a aplicação de medidas gerais ou especiais que garantam atingir o seu potencial vital e a consolidação de circunstâncias mínimas para a construção da personalidade, a partir de um conhecimento objetivo dos outros e da necessidade de auto-realização⁴³.

Tal proteção envolve necessariamente medidas de prevenção, de promoção e de proteção propriamente dita. As primeiras são aquelas que buscam evitar a lesão ou ameaça de lesão de direitos e protegem as crianças e os adolescentes contra a exploração econômica ou contra o desempenho de atividades perigosas ou prejudiciais à educação, à saúde ou ao desenvolvimento saudável, contra o uso de substâncias ilícitas e contra a exploração ou abuso sexual (art. 32 a 34 da CIDC). Há ainda aquelas que pelas quais cada Estado promove os Direitos infanto-juvenis essenciais ao desenvolvimento da personalidade desse público, como a convivência familiar, a liberdade de crença, a educação, o lazer e o descanso (art. 9º, 14, 28, 29 e 31 da CIDC). Por fim, as últimas são dedicadas a interromper violações e/ou promover a recuperação física, psíquica e/ou social daquele que sofreu alguma violação (art. 39 CIDC).

A responsabilidade de zelar pela educação e pelo desenvolvimento de crianças e de adolescentes é dos pais ou dos responsáveis (art. 18), sendo, a princípio, ilegítima qualquer interferência do Estado na vida familiar. No entanto, se os pais descumprirem sua responsabilidade, a atuação do Estado naquela família se torna não só legítima como essencial, garantindo o bem-estar da criança, devendo tal interferência limitar-se a necessidade de cessar ameaça ou a lesão de direitos.

⁴² Cf: BRUÑOL, 2011.

⁴³ Así, por protección debemos entender el conjunto de medidas de amplio espectro que recaen sobre la persona humana, dotada de personalidad propia y potencial, que por razón de su edad o circunstancias particulares, requiere de la aplicación de medidas generales o especiales, que garanticen el logro de su potencialidad vital y La consolidación de las circunstancias mínimas para La construcción de su personalidad, a partir Del conocimiento objetivo Del otro y de la necesidad de alcanzarla realización propia. Cf: LOPEZ, 2005, p. 33.

Verifica-se, pois, que o direito à vida e ao desenvolvimento saudável permeia diversos dispositivos da Convenção, sendo a sua efetivação, o objetivo primordial do Direito infanto-juvenil.

No direito nacional, o direito à vida e à sobrevivência é disciplinado nos artigos 7º a 14 da Lei nº 8.069, sendo reforçadas todas as obrigações já constantes da Convenção dos Direitos da Criança.

Apresenta-se o desenvolvimento dividido em três dispositivos diferentes: artigo 5º preconizando que nenhuma criança ou adolescente seja vítima de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão ainda que na forma de ameaça, o artigo 17 garantindo o direito ao respeito, consistente na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral e na preservação da imagem, da identidade e dos valores e objetos pessoais e o artigo 18 impondo o dever de todos de velar pela dignidade de crianças e adolescentes e proibindo qualquer tratamento atentatório ou violador de seus direitos.

O sistema protetivo talhado no Estatuto da Criança e do Adolescente enfatizou a prevenção geral e prevenção especial, consistente na proibição de uma série de condutas e na vedação ao acesso a produtos e serviços passíveis de causar prejuízo ao desenvolvimento infanto-juvenil (art. 70 a 85). Há ainda as normas centrais da política de atendimento (art. 86 a 97) e a criação do Conselho Tutelar, órgão municipal destinado a zelar pelos direitos da infância e da juventude (art. 136 a 140). Previram-se medidas de proteção destinada às crianças e aos adolescentes e medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, podendo ser aplicadas tanto para evitar a violação de direitos como para minorar as consequências de um direito violado, sendo tais medidas consideradas mistas por possuírem tanto caráter preventivo como protetivo propriamente dito (art. 101 e 129). Houve também a tipificação pela lei de crimes e infrações administrativas de certas condutas atentatórias ou violadoras ao direito ao desenvolvimento (art. 228 a 248), visando dar concretude ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento no Brasil.

O artigo 6º XXXIII da CRFB trata da saúde do trabalhador adolescente, proibindo a realização por estes de trabalhos noturnos, perigosos ou insalubres.

2.3 O princípio do respeito às opiniões das crianças ou princípio da participação

Embora denominado pelo Comitê dos Direitos da Criança como princípio do respeito pelas opiniões das crianças⁴⁴, essa nomenclatura não engloba toda essência do artigo 12 da CIDC, abarcando apenas uma das facetas de um direito mais amplo e mais consistente que é o direito de crianças e de adolescentes à participação. O mesmo dispositivo assegura à criança capacitada o direito de formular seus próprios juízos e de expressar suas opiniões sobre todos os assuntos a ela relacionados, devendo tais opiniões serem consideradas em função da idade e da maturidade do interlocutor, que deve ser ouvido tanto no processo judicial quanto no processo administrativo que a ela concerne. Vê-se, pois, que o mesmo dispositivo legal contempla quatro “direitos” distintos: o direito a formar juízos, o direito a expressar opiniões e ser ouvido, o direito ao respeito a essas opiniões e a garantia da oitiva da criança nos processos de seu interesse, todos compõem o direito à participação em sentido amplo.

O chamado direito de formular juízos garante a liberdade no momento em que o titular do direito examina os fatos cotidianos, os processa a partir de conhecimentos e de experiências pessoais e elabora sua própria opinião. Segundo Anabella Ferrer, a opinião deve ser uma opinião informada, isto é, a criança ou o adolescente deve ser informado sobre o assunto e sobre as diferentes circunstâncias, consequências e opções⁴⁵. Tanto o direito à informação quanto o direito à educação (arts. 17, 28 e 29 da CIDC) tem importante papel na formulação de juízos, uma vez que subsidiam a formação da visão de mundo da criança⁴⁶. O direito à opinião é, portanto, um direito introspectivo, também protegido pelo direito à intimidade.

O direito de expressar opiniões caracteriza-se pela exteriorização do direito à opinião, o que ocorre quando aquele pensamento elaborado no âmago da criança se torna conhecido pelos outros. Frise-se que a não manifestação de um juízo é também o legítimo exercício desse direito, que se traduz, então, no direito de opinar ou não opinar⁴⁷. Uma opinião pode ser expressa de diversas formas e não apenas verbalmente. Um gesto, um choro ou uma

⁴⁴ Cf. OFICINA DO ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS, 2013.

⁴⁵ Cf. FERRER, Anabella J. Del Moral. 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. 79.

⁴⁶ Cf. VIEIRA, Marcelo de Mello. **Proteção ao incapaz menor de dezoito anos e proteção às crianças e aos adolescentes**: por uma possível compatibilização entre os dois sistemas de proteção. *Diritto & Diritti*, 2012b. Disponível em: <<http://decretosemplificazioni.diritto.it/docs/33505-prote-o-ao-incapaz-menor-de-dezoito-anos-e-prote-o-s-crian-as-e-aos-adolescentes-por-uma-poss-vel-compatibiliza-o-entre-os-dois-sistemas-de-prote-o>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

⁴⁷ FERRER, *op. cit.*, p. 79.

expressão facial podem tranquilamente refletir um juízo de uma pessoa. A efetivação desse direito se traduz no simétrico dever de todos que se relacionam com o público infanto-juvenil de escutá-los, simetria esta só alcançada com a ampliação do conceito da expressão “assuntos relacionados com a criança”, que deve ser entendido como aqueles que as afetam de maneira direta ou indireta⁴⁸. O direito ao respeito às opiniões sobre os assuntos a eles relacionados concerne ao fato do reconhecimento que crianças e adolescente têm algo a dizer, já que são os protagonistas das próprias vidas⁴⁹. Esclareça-se que esse direito não significa necessariamente que a opinião da criança deva vincular a decisão a ser tomada pelos adultos, mas sim que estes devem escutar e considerar a vontade de qualquer pessoa em desenvolvimento antes de decidirem sobre algum aspecto da vida deles. A idade e a maturidade são os parâmetros que “medem” o grau de interferência que a opinião de uma criança e/ou de um adolescente terá nas decisões a serem tomadas pelos adultos quando tais decisões possam afetá-las devendo, então, refletir o desenvolvimento biológico, psicológico e social do interlocutor. A maturidade reflete o estágio de desenvolvimento emocional e intelectual, sendo o amadurecimento um processo singular em cada pessoa envolvendo a assimilação e o trato de informações e conhecimentos. Esse processo é individual e deve ser respeitado por todos, por ligar-se ao conceito de discernimento, entendido como a aptidão de cada um para compreender as situações que o cercam, analisar suas possibilidades e avaliar os riscos e efeitos de cada opção⁵⁰.

A idade pode auxiliar na avaliação a maturidade, já que à medida que um indivíduo cresce, ele se desenvolve em todos os aspectos de sua existência. Os adolescentes, em geral possuem maior discernimento que uma criança. No entanto, a idade não pode ser fator impeditivo ao exercício direto do direito à opinião. Quanto à criança exige-se abordagem distinta, mais especializada em compreender as outras formas de expressão de opinião⁵¹.

Alessandro Baratta assinala que a extensão dos três direitos em exame diminui à medida de análise de cada um deles. A liberdade de formar uma opinião reflete a posição da criança

⁴⁸ BARATTA, Alessandro. **Infancia y democracia**. Santiago, 2012. Disponível em: <<http://byacom.net/amimetoca/wp-content/uploads/2012/08/baratta-infancia-y-democracia.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2013.

⁴⁹ Cf: VIEIRA, 2012b.

⁵⁰ Cf: FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. **Apontamentos sobre a autonomia privada de crianças e adolescentes no direito brasileiro**. Trabalho apresentado no II Congresso de Direito Civil promovido pelo Centro Acadêmico Afonso Pena – UFMG, realizado em março de 2011, em Belo Horizonte - MG.

⁵¹ Cf: FERRER, *op. cit.*, p. 87-89.

diante do mundo, sem qualquer restrição de conteúdo. Com efeito, a expressão de um juízo só será livre em assuntos a ela relacionados. Por sua vez, essa opinião será levada em conta em razão de sua idade e maturidade na avaliação de por um terceiro que efetivamente decidirá pela criança. Baratta reforça ainda a necessidade de uma interpretação global e garantista da Convenção dos Direitos da Criança, já que, do contrário, se repetiria o mesmo erro do paternalismo: ouve-se a criança, sem nada aprender com ela⁵².

A efetivação do direito de crianças e de adolescentes à participação passa necessariamente pelo exercício dos direitos de formular, de expressar juízos, de ser ouvida e de ter sua opinião seriamente considerada. Não há sentido em se pedir uma opinião se esta não for escutada ou se for escutada, mas não levada em conta ou ainda se simplesmente for negada a oportunidade de se expressar, ou seja, a ausência dos aludidos direitos configura uma violação do direito à participação. É necessário enfatizar que ouvir difere de escutar, sendo que o “escutar” pressupõe ouvir com atenção⁵³. Há “adultos – familiares e profissionais – que falam no lugar das crianças e adolescentes como se eles não pudessem dizer por si próprios o que pensam e o que sentem a respeito das experiências e situações que demandam intervenções judiciais.”⁵⁴. Sendo a escuta de uma criança suficiente para embasar uma decisão que interfira em sua vida, é dever dos adultos realizar uma escuta ativa (ouvir, escutar e compreender). Para Anabella Ferrer, tal dever representa uma mudança radical na forma de pensar e lidar com a infância e a juventude, isso porque é necessário que o adulto tenha uma postura de respeito à condição de pessoas em desenvolvimento⁵⁵ e dedique um tempo maior escutando o que dizem as crianças e os adolescentes. Só dessa forma estes sentirão que suas opiniões estão sendo levadas em consideração.

O direito de opinar ou de participar das decisões é um processo e não se resume à mera manifestação de preferências. Jaime Couso Salas defende que

(...) o direito da criança a opinar e desse modo participar na decisão de "todos os assuntos que afetam a criança" não pode ser reduzido à consulta de sua opinião, uma

⁵² Cf. BARATTA, *op. cit.*

⁵³ Cf. FERRER, *op. cit.*, p. 77-78.

⁵⁴ BERNARDI, Dayse Cesar Franco. **Concepções de infância em relatórios psicológicos judiciais**. 2005. p 169. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, São Paulo, p. 50.

⁵⁵ Alessandro Barata defende que os adultos devem avaliar a validade de suas opiniões e atitudes sob o prisma da perspectiva do interlocutor, ou seja, eles devem tentar penetrar no universo daquela criança ou daquele adolescente antes de tomar qualquer decisão. (BARATTA, *op. cit.*).

ou duas vezes no processo sobre o qual se escolha entre duas opções fechadas. Pois nesse caso, a criança não pôde participar em todas as decisões que fizeram essas duas alternativas as opções possíveis. O processo inclui muitas definições parciais que vão fechando ou abrindo caminhos, e que desse modo vão incidindo direta ou indiretamente na decisão imposta na sentença, que afetará a vida da criança de modo decisivo⁵⁶.

Participar deve ser experiência enriquecedora e dialética, na qual o participante tem a oportunidade de se manifestar, de ouvir outras opiniões, debater, colocar-se no lugar dos outros e auxiliar na solução de situações reais ou abstratas. Esse processo é essencial para o desenvolvimento pessoal dos envolvidos, principalmente quando se trata de crianças e de adolescentes. A decisão sobre algum aspecto da vida da criança e/ou do adolescente da qual estes tenham participado é mais legítima e de melhor qualidade, enquanto aquela que não conte com nenhuma forma de participação pode configurar um ato de violência, “a violenta experiência de que sua vida é decidida por pessoas que o conhecem e que não demonstram ter interesse em levar em conta o que pensam”⁵⁷. Espaços primordiais de interação como a comunidade, a escola e a família devem ser redimensionadas e as relações entre crianças e/ou adolescentes e adultos devem basear-se mais no diálogo e na compreensão e menos na subordinação e autoritarismo⁵⁸.

Para Gisele Groeninga, a participação infanto-juvenil em processos judiciais, especialmente naqueles em que os pais estão em litígio, pode gerar conflitos de lealdade, sendo prejudicial ao desenvolvimento de crianças e de adolescentes⁵⁹. Seria o temor apresentado pela autora razão suficiente para se restringir ou alijar um direito fundamental? Para minorar ou extinguir qualquer risco é necessário que o poder público se prepare para realizar uma escuta ativa adequada tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos, o que, como toda a efetivação de direitos, impõe custos ao poder público, sendo necessários investimentos financeiros na contratação de profissionais de várias especialidades, na capacitação de

⁵⁶ (...) el derecho Del niño a opinar y a participar de ese modo en la decisión de “todos los asuntos que afectan al niño” no se puede reducir a que se le consulte su opinión una o dos veces en el proceso sobre cuál de dos opciones cerradas prefiera. Puesen tal caso el niño no ha podido participar en el conjunto de decisiones que hicieron de esas dos alternativas las únicas opciones posibles. El proceso contempla muchas definiciones parciales que van cerrando o abriendo caminos, y que de ese modo van incidiendo directa o indirectamente en la decisión impuesta en la sentencia, que afectará la vida del niño de modo determinante. Cf: SALAS, Jaime Couso. El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y el derecho a ser oído. **Revista de Derechos del niño**. Universidad Diego Portales e UNICEF: Santiago, n. 3 y 4, p. 145- 165, out. 2006, p. 156.

⁵⁷ (...) a violenta experiencia de que su vida se decida por personas que loco nocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa. Cf: Ibíd..., p. 154.

⁵⁸ Cf: FERRER, *op. cit.*, p. 74.

⁵⁹ Cf: GROENINGA, Giselle. **Do interesse à criança ao melhor interesse da criança** - contribuições da mediação interdisciplinar. Revista do advogado, São Paulo n. 62, p. 72-83, mar. 2001, p. 80.

profissionais que lidam com crianças e adolescentes (desde professor a juiz de direito) e na organização de espaços adequados à realização do procedimento de escuta. Exigível também a dedicação de tempo de todas as pessoas envolvidas (técnicos, juízes, promotores, defensores, etc.). Tais custos não podem ser ignorados, devendo fazer parte de planejamento estratégico para a efetivação dos Direitos da Criança⁶⁰. A participação deve, portanto, ser vista como um direito e como um princípio transversal que permite alcançar novos bens, exercer outros direitos e articular uma vida digna. Por ter uma relação profunda com a identidade pessoal e coletiva, a participação seria anterior e superior ao sistema legal e formal e é por meio dela que se reforça os laços sociais e desenvolve-se a personalidade individual⁶¹. Logo, não se deve restringir a situações apenas em que a lei expressamente determinar que haja a oitiva da criança ou do adolescente, mas sim efetivada no dia a dia mesmo nas atividades mais corriqueiras e em todos os âmbitos da vida das pessoas em desenvolvimento, em especial, na família, na escola e na comunidade.

O direito à participação no direito brasileiro foi tratado mais como meio de efetivação de outros direitos e menos como um direito autônomo, tendo sido seus componentes previstos separadamente, como o direito à opinião, o direito de expressar opiniões, o direito ao respeito a essas opiniões e a garantia da oitiva da criança nos processos que lhes afetem. Isso se deve ao fato do Estatuto da Criança e do Adolescente ter esmiuçado todos os direitos nominalmente enunciados no artigo 227 do texto constitucional brasileiro, de cujo rol não consta expressamente o direito à participação⁶². O direito à opinião, à expressão e de participação na vida familiar e comunitária, sem discriminação, e na vida política (na forma da lei) foram consagrados como aspectos do direito à liberdade (art. 16). Todavia, a previsão genérica e a falta de uma cultura garantista dos Direitos da Criança e do Adolescente levam, muitas vezes, à total desconsideração desse direito.

Dentro do direito à convivência familiar, o artigo 28 § 1º da Lei nº 8.069 determina a oitiva prévia da criança e/ou do adolescente pela equipe inter profissional antes da colocação deste em família substituta, o respeito ao grau de desenvolvimento e maturidade do interlocutor e,

⁶⁰ Cf. SALAS, *op. cit.*, p. 162.

⁶¹ Cf. CALDERÓN, David. **Dejarnos inquietar**. Conferência realizada no XX Congresso Pan-americano de Crianças e de Adolescentes, promovido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado em 2009, em Lima - Peru. Disponível em: <[http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/DC_Dejarnos_inquietar_version12sep09\[1\].pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/DC_Dejarnos_inquietar_version12sep09[1].pdf)>. Acesso em: 05 mar 2013.

⁶²Cf. VIEIRA, 2012b.

ainda, o dever de considerar sua opinião. Tal dispositivo é com certeza o que melhor reflete a abrangência e o espírito da Convenção dos Direitos da Criança e será novamente tratado no em outra parte do presente trabalho.

No direito à educação assegura-se a participação infanto-juvenil nas entidades estudantis (art. 53, III).

Ao adolescente em conflito com a lei é consagrado o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente e a oitiva pelo magistrado (art. 111, V e art. 186, respectivamente). A lei de execução de medidas socioeducativas, Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012, é importante marco na efetivação do direito à participação do jovem no seu processo de ressocialização; prevê tal lei a elaboração de um plano individual de atendimento (PIA) a todo adolescente que cumpre uma medida socioeducativa, devendo esse plano ser realizado conjuntamente pelo técnico de referência, pelo adolescente e sua família e dele constar os objetivos declarados pelo próprio jovem e as atividades a serem realizadas com a finalidade de atender tais metas. Trata-se, assim, do reconhecimento do jovem como protagonista do seu processo de ressocialização.

Legalmente, garante-se o acesso da população infanto-juvenil à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, inclusive à assistência jurídica gratuita e o acesso a um curador especial sempre que seus interesses colidirem com os interesses de seus representantes (art. 142 parágrafo único), nos moldes do também previsto no artigo 1.692 do Código Civil e artigo 9º inciso I do Código de Processo Civil sem que tenha expressamente assegurado o direito da criança e do adolescente a ser ouvido diretamente pelo defensor público, pelo advogado nomeado, pelo promotor de justiça ou até mesmo pelo juiz.

A efetivação do direito à participação no país, especialmente nas vias judiciais e administrativas ainda é bem precária. A concretização desse direito, e de todos os demais Direitos da Criança e do Adolescente, demanda investimentos públicos, o que na prática não acontece, ainda que o texto constitucional tenha previsto que a infância e a juventude gozam de prioridade absoluta (art. 227 CRFB) traduzida na preferência de formulação e execução de políticas públicas e na destinação privilegiada de recursos (art. 4º da Lei nº 8.069).

2.4 Princípio da autonomia progressiva

Apesar não reconhecido pelo Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas como um dos princípios basilares do Direito da Criança e do Adolescente, a concretização do princípio da autonomia progressiva, previsto no artigo 5º da CIDC, também é de importância chave para o entendimento da real dimensão da Proteção Integral⁶³.

O Direito Infanto-Juvenil visa garantir que as crianças e os adolescentes se desenvolvam de maneira saudável e se tornem adultos autônomos, solidários e socialmente ativos. O princípio da autonomia progressiva insere-se justamente nesses objetivos; impõe aos pais ou aos responsáveis o dever/direito de instruir e de orientar adequadamente (de acordo com a evolução de suas capacidades) as pessoas em desenvolvimento no exercício de seus direitos, além de determinar que os Estados não interfiram nesse direito/dever dos adultos (art. 5º da CIDC).

Defender o exercício autônomo de direitos pelas crianças e pelos adolescentes causa certo incômodo tanto na sociedade como na comunidade jurídica, uma vez que tal exercício conflita com tradicionais teorias das capacidades de vários países, que, em nome da proteção de crianças e de adolescentes, os rotula como incapazes, como pessoas inaptas a exercerem seus direitos, quem sabe mais em nome do paternalismo do que da proteção.

Segundo a Doutrina da Proteção Integral, a criança e o adolescente não são mais definidos pela sua incapacidade jurídica, mas sim reconhecidos como sujeitos de direito⁶⁴. Ser sujeito de direitos é ser protagonista de seu próprio processo de desenvolvimento, o que envolve logicamente a “possibilidade de intervir efetivamente na configuração de suas vidas”⁶⁵.

O princípio da autonomia progressiva visa a reconstruir os sistemas estáticos de capacidade, permitindo a conjugação da idade com outros parâmetros, como a maturidade, o desenvolvimento intelectual e o discernimento, tudo visando ao desenvolvimento da pessoa. Trata-se, portanto, de assegurar que a evolução das faculdades das crianças e dos adolescentes

⁶³ Cf: BRUÑOL, 2011.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ (...) La posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de sus vidas. Cf: SALAS, *op. cit.*, p. 151.

seja reconhecida pelo Direito e que, gradualmente, as pessoas em desenvolvimento exerçam pessoalmente seus direitos⁶⁶.

Domingo Parmo assevera que conceder a titularidade de direitos sem autonomia de exercício seria retornar à época em que não se reconheciam os direitos das crianças e dos adolescentes e, ainda, corre-se o risco de definir tais direitos pela visão dos adultos e não pela ótica dos seus titulares desses direitos⁶⁷. Jaime Couso Salas incisivamente afirma que, ao contrário do acontece com certos direitos civis, os direitos fundamentais não poderiam ser exercidos por representantes⁶⁸, que só deveriam direcionar e orientar o titular para que este o exercesse, devendo o direcionamento e a orientação modificar-se à medida do desenvolvimento a criança e/ou adolescente⁶⁹.

O conceito de autonomia deve ser bem delimitado, uma vez que ela não representa o direito de fazer tudo apenas o que se quer. Em sua definição atual, a autonomia seria

a capacidade que o sujeito adquire para formular as próprias leis e regras durante seu processo de desenvolvimento e por meio das relações estabelecidas com os outros, no contexto em que está inserido. Ser autônomo implica agir com responsabilidade, tomar decisões de forma consciente e crítica, assumir compromissos e consequências de atos ou ações, ser consciente das influências externas que sofre e, a partir delas, exercer influência e tomar decisões sobre submeter-se ou não às imposições sociais (...) ⁷⁰.

Verifica-se, então, que autonomia liga-se intimamente à noção de responsabilidade; sempre que se pratica um ato autônomo, o autor terá que lidar com os efeitos positivos e/ou negativos de sua ação. Por isso, é necessário que ele consiga analisar criticamente o contexto em que

⁶⁶ Cf: HERRERA, Marisa. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. **Justicia y Derechos del Niño**. Santiago: UNICEF. n. 11. p. 107-143, out. 2009, p. 121-122.

⁶⁷ Cf: PARMO, Domingo A. Lovera. Libertad de expresión e interés superior del niño, a propósito de la sentencia de la corte de apelaciones de Antofagasta de 6 de marzo de 2009 y Corte Suprema de 23 de abril de 2009. **Revista Chilena de Derecho Privado**. Universidad Diego Portales: Santiago, n. 12, p. 215-225, jul. 2009, p. 17.

⁶⁸ Convém destacar que o sistema de capacidades, tal como previsto no direito brasileiro e em vários países latino-americanos, como integrante da parte geral do código civil, foi cunhado no fim do século XIX e início do século XX, sendo que os direitos previstos naquelas legislações eram vistos pelo seu cunho patrimonial. A defesa dos direitos extrapatrimoniais (direitos da personalidade e direitos fundamentais) só ganharam maior consistência nos séculos posteriores. Houve poucas tentativas de adequação do sistema das capacidades a estes novos direitos.

⁶⁹ Cf: SALAS, *op. cit.*, p. 150.

⁷⁰ Cf: PETRONI, Ana Paula e SOUZA, Vera Lúcia Trevisan de. **As relações na escola e a construção da autonomia**: um estudo da perspectiva da psicologia. Porto Alegre: Psicologia & Sociedade, v. 22, n. 2, p. 355-364, 2010, p. 358.

está que, entenda e escolha sua ação, os riscos e as consequências daí advindas antes de conscientemente agir. Essa capacidade de decidir com consciência se desenvolve à medida que a pessoa em desenvolvimento cresce, se relaciona e aprende. Trata-se de um processo natural a ser assegurado e promovido.

O dever de direção e orientação imposto aos adultos que se relacionam com as crianças e com os adolescentes (pais, responsáveis, familiares, professores, etc.) tem que ser exercido de forma pedagógica e relacional baseada essencialmente no diálogo. Paulo Freire (2011) ensina que os pais não podem escolher pelos filhos devendo deixar claro à prole que a participação parental no processo decisório é um dever e não uma intromissão⁷¹.

A autonomia infanto-juvenil não é irrestrita, mas sim vinculada a três parâmetros: discernimento, maturidade e responsabilidade, devendo ser reconhecida maior autonomia à medida em que os três critérios forem atingidos⁷². Não significa, pois, que crianças e adolescentes “tenham total capacidade de autodeterminação, mas sim que, respeitada a sua atual fase de desenvolvimento, lhe seja concedida toda autonomia possível”⁷³.

Existe, portanto, uma relação inversamente proporcional entre a autonomia e a responsabilidade dos adultos, uma vez que à medida que a primeira aumenta deve diminuir a necessidade da participação dos adultos nas decisões de crianças e de adolescentes⁷⁴.

Distingue-se aí a participação da autonomia progressiva. Enquanto o primeiro preocupa-se em garantir a oitiva da criança e/ou do adolescente na decisão de um adulto que afete a criança, o segundo visa a assegurar o exercício de direitos pelo titular, processo que pode contar com a participação de um adulto.

⁷¹ Cf: FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo, Paz e Terra, 2011, p. 114.

⁷² Cf: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas. Autonomia Privada da Criança e do Adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. n. 0, p. 57-73, out./ nov. 2007, p. 68.

⁷³ FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. **Apontamentos sobre a autonomia privada de crianças e adolescentes no direito brasileiro**. Trabalho apresentado no II Congresso de Direito Civil promovido pelo Centro Acadêmico Afonso Pena – UFMG, realizado em março de 2011, em Belo Horizonte – MG.

⁷⁴ Cf: HERRERA, *op. cit.*, p. 130.

Uma única forma em que as pessoas em desenvolvimento podem ser preparadas para uma vida de autonomia é fazendo escolhas, devendo os adultos estimular as crianças e adolescentes a escolher. Até mesmo crianças de tenra idade podem decidir sobre alguns aspectos de suas vidas, como, por exemplo, escolher a roupa que querem usar.

Há, porém, certo temor por parte dos adultos quanto às escolhas aqui tratadas. Eles pensam que, em razão da falta de maturidade, crianças e adolescentes possam tomar decisões “erradas”, aquelas que, pelo menos na ótica dos adultos e que possam causar-lhes algum dano. Porém, sabe-se que só se aprende a decidir decidindo e assumir as consequências da decisão faz parte desse aprendizado⁷⁵. Assumir riscos, tomar decisões e acertar ou errar é parte, não só do processo de desenvolvimento da autonomia, como de ter direitos⁷⁶. Assim até o erro pode ter um caráter pedagógico, por ajudar no desenvolvimento de outra faceta da autonomia, a responsabilidade, que também é progressiva.

Milène Zimmermann aponta uma crítica, por vezes, feita à atribuição de autonomia a crianças e adolescentes, afirmando que a autonomia de crianças é, por vezes, usada para atender mais aos interesses dos pais do que o dos filhos, uma vez que aqueles procuram se desresponsabilizar pela educação da prole, procurando apenas garantir o conforto material, gerando o fenômeno que chamou de abandono no luxo⁷⁷. Porém, a que se pensar na amplitude do princípio da autonomia progressiva, uma vez que, mesmo havendo autonomia ainda subsiste o dever dos pais de direcionamento e orientação aos filhos. O “abandono no luxo” pode caracterizar negligência dos deveres parentais e deve sujeitar tais pais negligentes às sanções previstas nas legislações de cada país.

A avaliação da maturidade e do discernimento para decidir em uma situação *in concreto* é bastante tormentosa, no entanto, sua análise caberá, no dia a dia, aos pais ou responsáveis e, caso haja um litígio judicial, ao magistrado, situação em que poderá o juiz utilizar sua equipe técnica para auxiliá-lo nessa difícil avaliação.

⁷⁵ Cf: FREIRE, *op. cit.*, p. 104.

⁷⁶ Cf: FREEMAN, Michael D. A. Tomando más en serio los derechos de los niños. **Revista de Derechos del Niño**. Universidad Diego Portales; UNICEF: Santiago, nº 3 y 4, p. 251-279, out./2006, p. 270.

⁷⁷ Cf: ZIMERMANN, Milène Mara **O direito do menor à opinião**: uma visão construtivista. 2006. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 21.

Mesmo que haja discernimento, os adultos deverão intervir em decisões autônomas de crianças e de adolescentes, quando tais escolhas caracterizarem uma decisão irracional. Michael Freeman afirma que a análise da irracionalidade de uma escolha tem que ser objetiva, resumindo-se naquelas decisões que restringem decisões futuras ou causam danos irreversíveis aos interesses da população infanto-juvenil, *e.g.* o uso de drogas, não se confundindo, portanto, com o mero erro. Isso porque se deve tanto reconhecer a autonomia atual, como zelar pela autonomia futura do público infanto-juvenil. O autor adverte ainda que a intervenção dos adultos deve ser estritamente necessária e limitada para evitar danos imediatos ou para ajudar que a criança ou o adolescente desenvolva a capacidade de evitar tais danos⁷⁸.

A autonomia da população infanto-juvenil é expressamente prevista em ordenamentos jurídicos de vários países. O artigo 1878, 2, do Código Civil Português determina que os pais devem reconhecer a autonomia dos filhos na organização da vida deles. A Lei Orgânica de Proteção da Criança e do Adolescente da Venezuela consagra, no artigo 13, o reconhecimento do exercício progressivo de direitos e garantias, bem como a exigência do cumprimento de deveres de crianças e de adolescentes segundo a capacidade evolutiva de cada um.

O direito brasileiro, de forma implícita, reconheceu o princípio da autonomia progressiva, ainda que timidamente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente considera que a partir dos doze anos de idade uma pessoa é adolescente e que esta poderá integrar o polo passivo da ação de apuração de ato infracional, procedimento que disciplina a aplicação de medidas socioeducativas arroladas no artigo 112 da Lei nº 8.069. A mesma lei prevê a obrigatoriedade do consentimento do adolescente antes de este ser colocado em família substituta (art. 28 §2º), havendo uma determinação específica para o caso de adoção (art. 45 §2º). Já a CRFB permite o adolescente com mais de catorze anos trabalhe na condição de aprendiz e que a partir de dezesseis anos, o jovem trabalhador possua os mesmos direitos do trabalhador adulto (art. 6º XXXIII). O texto constitucional ainda permite que os jovens com idade a partir de dezesseis anos completos se alistem como eleitores e, portanto, possam votar (art. 14). O Código Civil brasileiro os considera incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, permitindo-lhes

⁷⁸ Cf. FREEMAN, *op. cit.*, p 272.

autonomamente testemunhar, ser mandatário e testar, sem representação (arts. 228, I; 666 e 1.869), atos estes que segundo Edgard Marx Neto têm pouca repercussão na vida destes jovens⁷⁹.

2.5 Princípio do melhor interesse

Dos princípios basilares do Direito Infanto-Juvenil, o do melhor interesse é sem dúvida o mais conhecido e o mais polêmico deles e teve seu desenvolvimento ligado mais ao direito de família do que ao direito do menor, o que lhe garantiu maior visibilidade⁸⁰.

Apesar da tradução da CIDC incorporada ao direito interno nacional ter optado pela expressão “interesse maior da criança”, na comunidade jurídica brasileira defende-se a expressão “melhor interesse”, uma vez que o termo “melhor” destaca o caráter qualitativo do princípio e não quantitativo como faz o termo “maior”⁸¹⁸².

Para Tânia da Silva Pereira, o princípio do melhor interesse da criança tem origem no instituto do *parens patriae* existente no Direito Inglês, que consistia em uma prerrogativa da Coroa inglesa destinada à proteção e à guarda das pessoas incapazes e do seu patrimônio. A autora pontua que posteriormente, no direito norte-americano, esse princípio foi gradualmente ganhando consistência até que se tornou o principal critério a ser considerado em qualquer decisão judicial referente a crianças e a adolescentes. Por ele se dava fim, à preferência da

⁷⁹ Cf: MARX NETO, *op. cit.*, p. 34

⁸⁰ O Direito do Menor e, agora, o Direito da Criança e do Adolescente padece de um mesmo problema, a falta de estudos sérios e sistemáticos de qualidade. Existe pouca pesquisa e produção jurídico-científica sobre o tema que é relegado a segundo plano no ensino do Direito, especialmente no Brasil. Esse tema merece uma investigação mais profunda, que foge ao objeto desse trabalho. Contudo, só a título de exemplo, pode-se apontar como causas desse desinteresse pela disciplina o fato das ações que tramitam nas Varas de Infância e Juventude serem gratuitas, o que diminui o valor dos honorários advocatícios, o que acaba não atraindo muitos dos grandes advogados para debater o tema. Outra causa é o fato dos titulares ainda serem vistos como incapazes e dependentes dos responsáveis em todos os sentidos. O desinteresse acadêmico também existe. Em Belo Horizonte, há mais de vinte faculdades de Direito, mas somente duas delas possuem a disciplina Estatuto da Criança e do Adolescente, que é apenas parte dos Direitos da Criança e do Adolescente, como disciplina obrigatória da grade curricular. Por essa razão, todos os pontos do Direito Infanto-Juvenil que possuem maior relação com o Direito de Família costumam ser mais bem desenvolvidos que aqueles que não têm.

⁸¹ Cf: PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse” da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Org.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 05-06.

⁸² A CIDC teve uma tradução diferente em cada país que tem a língua portuguesa como seu idioma oficial. Dessa forma, a expressão “best interest of the child” foi traduzida no Brasil como “interesse maior da criança” e em Portugal como “interesse superior da criança”. No país, os diplomas legislativos empregam indistintamente os vocábulos maior, melhor e superior. Cf: FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O Melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e de adolescentes. **Revista de Direito da Infância e Juventude - RDIJ**. São Paulo: ABMP/RT, 2013, ano 1, v. 2, jul.- dez. 2013, no prelo.

manutenção da criança junto à mãe (tender years doctrine), estabelecendo o interesse da criança como um padrão neutro que deve balizar a decisão e não mais o interesse dos pais⁸³.

O artigo 3º, a Convenção dos Direitos da Criança determinou que o melhor interesse deve ser o principal objetivo de qualquer ação relativa à criança. O melhor interesse da criança passa a ser um princípio jurídico garantista que impõe obrigações aos atores sociais (Estado - em todas as suas faces: legislador, juiz e administrador -, família e sociedade), deixando de ser um mero objetivo social desejável e realizado somente pela benevolência de uma autoridade⁸⁴.

Miguel Cillero Bruñol assinala que

Grande parte da importância deste princípio é dada pelo seu valor polêmico ou por sua mensagem subjacente: nem o interesse dos pais, nem o Estado pode ser considerado, doravante, o único interesse relevante para a satisfação dos direitos das crianças: elas têm o direito a que seu interesse seja prioritariamente considerado na concepção de políticas, na sua implementação, nos mecanismos de alocação de recursos e na resolução de conflitos⁸⁵.

O tratamento prioritário dado aos Direitos da Infância e da Juventude é, assim, uma consequência desse princípio, devendo, pois, propiciar investimentos maciços em políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos da população infanto-juvenil.

O princípio do melhor interesse da criança, além de ser o fio condutor de toda ação estatal e social de todos aqueles que lidam com crianças e com adolescentes, é também uma regra de interpretação e de resolução de conflitos entre os direitos infanto-juvenis⁸⁶, como se verá mais adiante.

Por ser o mais conhecido e praticamente o único trabalhado pelos autores de direito de família, há um certo superdimensionamento do princípio do melhor interesse da criança. Não

⁸³ Cf. PEREIRA, T., 2000, p. 2-3.

⁸⁴ Cf. BRUÑOL, 2009, p. 55.

⁸⁵ Gran parte de La importancia de este principio viene dada por su valor polémico o su mensaje subyacente: ni el interés de los padres, ni el del Estado puede ser considerado en adelante el único interés relevante para La satisfacción de los derechos de la infancia: ellos tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos. Cf. Id, 2011.

⁸⁶ Ibid.

há, porém, hierarquia nem entre os princípios e nem entre direitos, devendo esse princípio ter, à priori, o mesmo peso que todos os demais princípios previstos na CIDC.

Apesar de ser utilizado com frequência, há algumas décadas, em especial pelos juristas, muitos se aproveitam da fluidez inerente aos princípios jurídicos para defender a impossibilidade de se definir o princípio do melhor interesse. A ausência de uma definição dá ao intérprete uma grande discricionariedade que, por muitas vezes, pode tornar-se arbitrariedade. Jamie Couso Salas adverte que o melhor interesse foi utilizado, diversas vezes, como subterfúgio para esconder preferências, preconceções ou ideologias do julgador, que decidia pela sua própria visão o que nem sempre significava o melhor para a criança⁸⁷.

Todo princípio jurídico tem pelo menos um conteúdo mínimo, o que lhe dá consistência sem que ele perca sua maleabilidade.

Para Rodrigo da Cunha Pereira o conteúdo do princípio do melhor interesse “pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas”⁸⁸. No entanto, deve-se considerar que uma das grandes virtudes da Convenção dos Direitos da Criança é justamente sua universalidade, ou seja, o reconhecimento de que existe um núcleo de direitos comuns a todas as crianças do universo. Logo, o princípio do melhor interesse “não pode ser uma maneira de introduzir o debate sobre o relativismo cultural que tentou afetar a expansão da proteção universal dos direitos humanos”⁸⁹.

O conteúdo do melhor interesse deve, então, “resultar de uma interpretação holística da Convenção e do substrato ético em que ela se assenta e que tem como base a consideração de crianças como sujeitos de direito e de direitos”⁹⁰.

O “superior interesse da criança é sempre a satisfação de seus direitos e nunca pode ter um interesse da criança superior do que o efetivo gozo dos seus direitos”⁹¹. Nesse contexto, o

⁸⁷ Cf. SALAS, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, p. 91.

⁸⁹ El principio del “interés superior”, entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectarla expansión de la protección universal de los derechos humanos. Cf: BRUÑOL, 2009, p. 49.

⁹⁰ (...) que su contenido debe resultar de la interpretación holística de la Convención y del substrato ético sobre el cual ella descansa y que tiene como base fundamental la consideración del niño como sujeto de derecho y de derechos. Cf. FERRER, *op. cit.*, p. 92.

melhor interesse da criança “significa propiciar o exercício dos seus direitos fundamentais”⁹² ou garantir todos os direitos fundamentais, entendidos estes como os direitos previstos para os adultos e aqueles específicos previstos para pessoas em desenvolvimento⁹³.

O princípio do melhor interesse é bem definido e se identifica com a satisfação dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil. É nesse sentido que se deve orientar, por exemplo, a atividade legislativa. A dificuldade de trabalhar com esse princípio não é, portanto, um problema de definição abstrata, mas sim de identificar em uma situação concreta a medida que melhor atenderia ao melhor interesse da criança. Flávio Lauria salienta que a adequação do princípio do melhor interesse, na prática, depende das particularidades do caso concreto e geralmente necessita de uma abordagem transdisciplinar para a análise todos os meandros de um problema⁹⁴.

Nos casos em que se necessita aferir o melhor interesse da criança, normalmente se está diante de uma situação complexa com desdobramentos que vão além do universo jurídico e que, em geral, envolve conflitos entre direitos, sejam eles da própria criança ou adolescente, sejam direitos dos adultos que afetam pessoas em desenvolvimento. Qualquer decisão que afete direta ou indiretamente crianças e adolescentes deve visar atender ao melhor interesse da criança, por isso, frequentemente, dá-se esse princípio uma função ponderadora, isto é, utilizando-o para resolver conflitos entre direitos e interesses, como se fosse o princípio da proporcionalidade.

Sempre que se fundamenta uma decisão no princípio do melhor interesse, deverão nesta estar expostos todos os elementos do caso concreto que levaram o julgador a acreditar que aquela opção é a que realmente privilegia o melhor interesse da criança. Para facilitar essa árdua tarefa, a legislação de cada país pode fixar critérios que devem obrigatoriamente ser considerados pelos julgadores⁹⁵.

⁹¹ El interés superior del niño es, siempre, la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos. Cf: BRUÑOL, 2011.

⁹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, nº 26, p. 18-34, 2004, p. 25.

⁹³ Cf: PEREIRA R., 2004, p. 92.

⁹⁴ Cf: LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 37.

⁹⁵ Na Inglaterra, o Children Act de 1989, em seu artigo 3º, determina que os juízes deverão considerar os desejos e sentimentos da criança (analisados à luz da idade e do discernimento), as necessidades físicas,

Ainda que não haja previsão específica, inegavelmente, a análise de cada um dos outros princípios basilares da Convenção dos Direitos da Criança forma um parâmetro seguro para se avaliar o melhor interesse da criança no caso concreto.

Rodrigo da Cunha Pereira liga o melhor interesse ao princípio do direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento saudável, afirmando que “zelar pelo interesse do menor é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica. É a busca da saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social”⁹⁶. Cillero Bruñol destaca a complementariedade entre o melhor interesse e o princípio da participação⁹⁷. Jaime Salas ressalta que a visão da criança sobre quais os seus interesses ou sobre como e quando quer exercer seus direitos é determinante na definição do melhor interesse, o que vincula o melhor interesse ao princípio da autonomia progressiva⁹⁸. Verifica-se que, na verdade, existe uma relação quase simbiótica entre princípio do melhor interesse e os demais princípios da CIDC, ou seja, a decisão que melhor assegura o melhor interesse no caso concreto é aquela na qual a criança e/ou adolescente participa, que promove o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento saudável, não causando nenhuma discriminação, mas respeitando a autonomia atual da pessoa em desenvolvimento.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o princípio, explicitando que crianças e adolescentes têm prioridade absoluta⁹⁹ na efetivação de seus direitos, uma vez que, como já tratado, a prioridade é uma das facetas do princípio do melhor interesse. Tal prioridade foi reafirmada no artigo 4º da Lei nº 8.069 que a decompôs na garantia de primazia no recebimento de proteção e socorro, preferência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e implementação de políticas públicas e na destinação de recursos públicos, garantias essas que nem sempre são cumpridas.

emocionais e educacionais, os efeitos causados pelas mudanças, dentre outros aspectos. Cf: INGLATERRA, 1898.

⁹⁶ Cf: PEREIRA, R., 2004, p. 97.

⁹⁷ Cf: BRUÑOL, 2011.

⁹⁸ Cf: SALAS, *op. cit.*, p. 148.

⁹⁹ Convém destacar um equívoco comum quando se trata da prioridade na efetivação de direito. O artigo 3º da Lei nº 19.741 de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso, prevê que as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos gozariam de prioridade na efetivação de seus direitos, o que, em tese, daria a algumas parcelas da população - crianças, adolescentes, jovens e idosos - uma mesma prioridade. Estabelecer duas prioridades é no mínimo incongruente, uma vez que importaria, por vezes, em optar por uma das prioridades. Contudo, cabe assinalar que somente os três primeiros é que possuem a prioridade assegurada no texto constitucional, o que, pelo menos, à priori, coloca os idosos em segundo plano.

A mesma lei, por diversas vezes, faz referência ao princípio do melhor interesse da criança, em especial quando trata da inserção de criança e adolescentes em família substituta ao determinar que em tais situações devem ser considerados os vínculos de parentesco e as relações de afetividade e afinidade (art. 28 §3º) ou quando vincula o deferimento da adoção a reais vantagens ao adotando (art. 43). A Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, Lei da Guarda Compartilhada, determinou critérios objetivos para a atribuição da guarda compartilhada ao genitor que melhor propicie afeto nas relações com ambos os pais e com o grupo familiar; saúde, segurança e educação.

3 DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO BRASIL

O tratamento dado aos Direitos da Criança e do Adolescente no plano nacional e no plano internacional foi marcado por grandes descompassos até a CIDC.

Se no plano internacional a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 preconizava que toda criança deveria ser criada sob os cuidados e responsabilidade dos pais em um ambiente de afeto e segurança, sendo excepcional a separação de criança de tenra idade da mãe, no Brasil, a regra era a institucionalização¹⁰⁰ de crianças e adolescentes, em especial de famílias em situação de vulnerabilidade, com a conseqüente fragilização ou rompimento dos vínculos familiares e sociais, prática esta legal e socialmente cristalizada ao longo da história do país¹⁰¹. Ao contrário do que acontecia no exterior, aqui ainda se acreditava que a vulnerabilidade da situação familiar podia interferir negativamente no desenvolvimento da criança, de modo que a principal solução era a separação de pais e filhos para que estes fossem educados moral e civicamente em instituições estatais¹⁰² fora da interferência “maléfica” dos genitores. Ou seja, enquanto a comunidade internacional discutia o papel da família no desenvolvimento infanto-juvenil e começava a pensar em um direito à convivência familiar, o direito pátrio desenvolvia-se em sentido contrário, criando políticas públicas calcadas na institucionalização massiva de crianças e adolescentes de famílias marginalizadas.

Apesar das críticas à institucionalização, não houve no país uma construção doutrinária ou jurisprudencial de um direito à convivência familiar ao longo dos anos, como normalmente prenuncia o reconhecimento de um direito. O artigo 227 da CRFB introduz a expressão direito à convivência familiar no Direito brasileiro, não delimitando claramente todos os aspectos

¹⁰⁰ Institucionalização diz respeito às práticas que rompiam definitiva ou transitoriamente os vínculos familiares, ou seja, a internação e a colocação de crianças em lar substituto. Vide p.19.

¹⁰¹ Cf: 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: <[http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/livros/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc](http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/livros/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc)>. Acesso em: 15 mar. 2013, p. 61.

¹⁰² Havia as “chamadas instituições totais, onde crianças e adolescentes viviam sob rígida disciplina e afastados da convivência familiar e comunitária, visto que quase todas as atividades pertinentes a suas vidas eram realizadas intramuros”. BRASIL, *loc. cit.*

desse direito¹⁰³. Depois de mais de vinte e cinco anos ainda se pode indagar: “qual a extensão do direito fundamental à convivência familiar?”¹⁰⁴.

O direito à convivência familiar assegura às crianças e aos adolescentes criar e manter os vínculos afetivos saudáveis e necessários ao seu desenvolvimento, em especial os laços familiares, rompendo com a cultura de institucionalização e reforçando o novo status do público infanto-juvenil como sujeitos de direitos e pessoas em situação peculiar de desenvolvimento. Justamente pela necessidade de proteção/preservação de tais 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 que o direito à convivência familiar foi retirado desse contexto e atribuído por lei indistintamente a outros grupos para os quais não representou um novo paradigma construído pela comunidade internacional ao longo de décadas de debates, estudos e experiências¹⁰⁵. Não se discute que o desenvolvimento da personalidade é um processo dinâmico, dialético e ininterrupto que ocorre em todas as fases da vida de qualquer indivíduo, independente da idade, mas, desvincular do direito à convivência familiar de sua origem e de seu público alvo inicial, 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 familiar¹⁰⁶, que, na prática, é usado em tudo que envolva a família para justificar qualquer posicionamento, ou seja, como um mero recurso retórico¹⁰⁷.

¹⁰³ Cf: 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 2012a, p. 135.

¹⁰⁴ 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, 2008b. p. 307.

¹⁰⁵ O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, e a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 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.

¹⁰⁶ 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. São raras as faculdades que sequer possuem uma disciplina específica sobre o tema em sua grade curricular. Isso se deve a vários motivos que mereceriam uma análise mais profunda e que não é o objeto desse trabalho.

¹⁰⁷ Esta crítica pode ser feita à utilização dos princípios, que, na maioria das vezes, são simplesmente citados nas peças processuais e decisões judiciais sem que o intérprete faça nenhum esforço argumentativo para dar

Para dar maior consistência ao direito à convivência familiar é necessário partir de uma definição clara do seu conteúdo, analisar sua estrutura e dar um tratamento sistemático de seus institutos. Isso passa necessariamente pela análise da CRFB, 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.

Como se há de entender o sentido de direito à convivência familiar?

3.1 Família brasileira na atualidade

A família, assim como toda sociedade, está em constante modificação, sendo a família atual muito diferente daquela do início do século passado. As legislações que vigoraram no país desde o descobrimento até meados do século XX (ou seja, as ordenações portuguesas, a Consolidação das Leis Civis 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 patrimônio¹⁰⁸.

O casamento era a única forma de entidade familiar reconhecida pelo Estado, sendo qualquer outra união entre casais tratada como concubinato, o qual não gozava de nenhuma proteção jurídica. O homem (marido e pai) era o “cabeça de casal”¹⁰⁹, devendo ele prover as necessidades do lar e tomar as decisões importantes em nome da família, uma vez que só ele era considerado civilmente capaz¹¹⁰. À esposa cabia o papel de cuidadora do lar e dos filhos¹¹¹, enquanto estes deviam total obediência enquanto perdurasse o pátrio poder, ou seja,

concretude aos referidos princípios. Essa mesma observação foi feita, no capítulo anterior, em relação à utilização do princípio do melhor interesse da criança pelos juristas brasileiros.

¹⁰⁸ Cf: ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. **Direito Civil** Famílias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 12.

¹⁰⁹ A expressão “cabeça de casal” era jurídica, utilizada na Consolidação das Leis Civis de 1857.

¹¹⁰ O Código Civil de 1916 em sua redação original considerava absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos e as mulheres casadas enquanto durasse a sociedade conjugal (art. 5º e 6º).

¹¹¹ O não cumprimento das funções parentais da maneira que se entendia “normal”, isto é, nos padrões da elite dominante, especialmente após 1927, podia ensejar a aplicação da legislação menorista e a consequente institucionalização de crianças e de adolescentes.

ambos tinham um papel secundário na família da época¹¹². A família também possuía um cunho fortemente patrimonial, que, segundo Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald, se manifestava de duas formas: pela visão da família como uma unidade de produção e pelo viés de união com a finalidade de formação do patrimônio a ser transferido aos herdeiros¹¹³. Ressalte-se que a sociedade brasileira da época era iminentemente rural e quanto mais numerosa a família, maior era sua capacidade produtiva. A preocupação com a formação e a destinação dos bens familiares se refletia em outras duas características daquela família que ajudavam a manter o patrimônio unido: a indissolubilidade do casamento e a impossibilidade de reconhecimento de filhos fora do casamento¹¹⁴. A realidade sempre foi muito diferente do que previa a legislação brasileira da época, pois desde o período colonial havia vários outros arranjos familiares no país, sendo uma grande parcela das famílias chefiadas por mulheres¹¹⁵.

Aos poucos, o direito nacional assimilou aspectos da realidade familiar brasileira e das transformações sociais do país, especialmente do novo papel da mulher na sociedade. Gradualmente, os pilares da família do século XIX foram sendo questionados.

O primeiro fundamento a ser abalado foi patrimônio. A Lei nº 883 de 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 nº 4.121) a mulher podia exercer atividades profissionais e praticar atos da vida civil sem que fosse necessária a aquiescência do marido, além de garantir que o pátrio poder fosse exercido pelo pai com o auxílio da mãe e que esta mantivesse o citado poder ainda que contraísse novas núpcias¹¹⁶. Posteriormente, o matrimônio sofreu um forte golpe com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9 de 1977 e meses depois, com a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que permitiram o divórcio no Brasil, acabando com o dogma da indissolubilidade do casamento civil.

¹¹² A mulher exercia o pátrio poder somente com a morte do marido. No entanto, se ela se cassasse novamente, ela voltaria a ser relativamente incapaz e não poderia exercer o pátrio poder em relação aos próprios filhos.

¹¹³ Cf: FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 4.

¹¹⁴ Para Sérgio Sinay, o casamento foi uma convenção concebida para se organizar filiações e destinar heranças, sendo que sem ela, a Humanidade poderia ter sido consumida por inúmeros conflitos sangrentos. Cf: SINAY, Sérgio. **A sociedade dos filhos órfãos**. Tradução Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012, p. 189.

¹¹⁵ Cf: ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁶ 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 ordenamento jurídico brasileiro é emblemática também porque representou um importante passo em prol da democratização das relações familiares, abarcando um anseio social que há muito se manifestava. Ao contrário do que se imaginava, o divórcio não foi o fim da família, mas o responsável pelo início de sua recriação, posto que permitia que os divorciados se casassem novamente e, portanto, que novas famílias reconhecidas pelo Direito fossem constituídas, valorizando a autonomia dos indivíduos.

O Brasil vivia o início de um período de democratização e a população brasileira começava, ainda que timidamente, a se organizar e a pensar em uma nova configuração de sociedade e de Estado. No fim da década de 1970 e no início dos anos de 1980, o debate ganhou força e deu o tom da assembleia constituinte de 1988, que culminou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como já mencionado no capítulo anterior, a dignidade da pessoa humana¹¹⁷ se tornou um dos fundamentos da república, dando nova orientação ao direito nacional e enfatizando a proteção da pessoa.

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 adequadas ao contexto democrático. Enfatizou-se mais a função das entidades familiares como espaço de proteção e de desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos membros da família¹¹⁸, em detrimento de seu papel institucional, ou seja, o foco deixou de ser a família como instituição, passando ser os membros que a compõem. Reconheceu-se maior autonomia privada aos componentes da entidade familiar, especialmente no que tange 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.

¹¹⁷ 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 e o dever de lidar com as consequências destas escolhas.

¹¹⁸ Cf: 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.

O princípio da igualdade foi introduzido nas relações familiares ao ser estabelecido que os direitos e deveres sejam exercidos por ambos os cônjuges, extinguindo a hierarquização familiar (art. 226 §5º). Como aplicação desse princípio, assegurou-se aos filhos, independente da origem, os mesmos direitos e qualificações 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 hierarquia¹¹⁹ e tendo elas a mesma dignidade¹²⁰. Paulo Lôbo esclarece que, além das entidades familiares explícitas, existe uma cláusula geral de inclusão na CRFB que permite a outras formas de família serem reconhecidas pelo Direito nacional, desde que apresentem três características: afetividade (o fundamento da união seja o afeto e não o intuito econômico), estabilidade (a relação seja contínua e não eventual) e ostensibilidade (apresentação pública com unidade familiar)¹²¹. Inegavelmente, esse entendimento inclusivo é o que melhor coaduna com o respeito à diferença e a proteção à autonomia privada.

Posteriormente, outras mudanças ocorreram no direito brasileiro dando maior consistência a esse novo modelo de família. A União Estável foi regulamentada pelas Leis n^{os} 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e 9.278 de 10 de maio de 1996, dando maior proteção aos companheiros. O Código Civil de 2002 deu novo tratamento ao Direito de Família promovendo melhor adaptação ao texto constitucional de 1988. A Lei Maria da Penha, Lei n^o 11.340, trouxe uma importante contribuição ao considerar, ainda que para seus próprios fins, família “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (art. 5º II).

Destaque-se ainda que o poder judiciário que, do mesmo modo, teve papel preponderante na construção do novo perfil plural e democrático da família brasileira. Em diversos julgados, os tribunais reconheceram a existência de outras formas de família, como a família unipessoal ou

¹¹⁹ 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 n^o 66, que eliminou o prazo para a necessidade de prazo mínimo para o divórcio e a Lei n^o 11.441/2007, que possibilita a realização do divórcio consensual na via administrativa.

¹²⁰ Cf: PEREIRA, R., 2004, p. 72.

¹²¹ Cf: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Luiz_Netto_Lobo/Entidades.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2013.

singular (ex: STJ – Resp. 205.170 – SP) e a família anaparental, da qual não há um ascendente, mas um grupo de irmãos (ex: STJ – Resp. 159.851 – SP). Também o STF, em 2011, no julgamento da ADI 4277 – DF, com base no princípio da igualdade e da diversidade da orientação sexual, reconheceu a possibilidade de casais homoafetivos constituírem união estável. Por fim, o CNJ, por meio da Resolução nº 175, aprovada em 14 de maio de 2013, proibiu os oficiais de cartórios de se recusarem a proceder a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão deste último em união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Novos arranjos familiares aparecem a cada dia. Às famílias recompostas nas quais a um núcleo monoparental agrega-se novo cônjuge ou companheiro, ou seja, mãe ou pai solteiro que se casa ou que constitui uma união estável com outra pessoa que pode ter ou não filhos. Apresentam-se como uma realidade, havendo dificuldades em se determinar seus efeitos, se é que há algum, desta nova entidade familiar, em especial quanto aos filhos¹²².

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 família com os Direitos da Criança e do Adolescente? Qual é o papel da criança e do adolescente na família atual?

3.2 Criança, adolescente e família

O Direito infanto-juvenil é essencialmente não discriminatório e, que amparado na busca do melhor interesse, visa a proteger a vida e o desenvolvimento saudável das pessoas de crianças e adolescentes, respeitando as opiniões e o grau de autonomia destes. Ele tem estreita relação com a visão atual da família, caracterizada por ser um ambiente de respeito mútuo, de solidariedade e de estímulo para o desenvolvimento das qualidades e potencialidades de cada um daqueles que a compõem. As similitudes são evidentes, uma vez que tanto a família como o Direito infanto-juvenil são não discriminatórios e zelam pelo desenvolvimento da personalidade de crianças e de adolescentes na qualidade membros da entidade familiar.

O reconhecimento de crianças e de adolescentes como sujeitos de direitos em condição especial de desenvolvimento, adquirem estes novo papel nas relações familiares, deixando a

¹²² Cf. ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 77.

condição de coadjuvantes para se tornarem importantes interlocutores, personagens ativos na vida familiar, cujos interesses são considerados na organização da família¹²³. A família deve ser encarada, então, como o lugar por excelência onde se deve efetivar em primeiro lugar direitos de crianças e de adolescentes cujas opiniões devem ser priorizadas para a tomada de decisões familiares¹²⁴.

O artigo 227 da CRFB assegura os direitos fundamentais a todas as crianças e adolescentes, cabendo à família, à sociedade e ao Estado a efetivação de tais direitos. A enumeração como feita (família, sociedade e Estado) parte da “instância” mais próxima da criança, para aquela “teoricamente” 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 vulnerabilidade e dependência, a família tem maior importância para a população infanto-juvenil do que para os adultos. Ela é o mais importante espaço de desenvolvimento e, pela relação de proximidade e afetividade com determinada criança e/ou adolescente, é também seu principal 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 desenvolvimento¹²⁵.

Para o psicanalista inglês John Bowlby, a personalidade saudável em qualquer idade pressupõe a capacidade do indivíduo de reconhecer pessoas capazes de lhe proporcionar segurança e a capacidade desse mesmo indivíduo em cooperar com tais pessoas em uma relação reciprocamente gratificante¹²⁶. Logo, 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.

É nos cuidados recebidos na primeira infância que a criança começa a desenvolver a capacidade de criar vínculos, a confiança, a autoestima e a autonomia, aptidões e sentimentos

¹²³ Cf: VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 14.

¹²⁴ Cf: FERRER, *op. cit.*, p. 84.

¹²⁵ Cf: BRASIL, 2006, p. 26.

¹²⁶ Cf: BOWLBY, John. **Formação e rompimento dos laços afetivos**. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1982, p. 98.

que refletirão na habilidade de cada um de lidar com situações adversas no futuro sem sofrer grandes abalos psicológicos, denominada de resiliência. A família é a 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 protetor e promotor do desenvolvimento saudável da família do que a classificação, nomenclatura ou efeitos de cada entidade familiar. Logo, 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. Assim, pode-se afirmar que para as pessoas em desenvolvimento o foco é em primeiro lugar no ambiente familiar e posteriormente nas pessoas que vão proporcionar tal espaço.

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 cumpridos por ambos os pais ou até mesmo por terceiros¹²⁷.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária defende a necessidade de uma definição mais ampla de família que engloba uma perspectiva sócio antropológica e um viés simbólico e relacional. Sob o primeiro aspecto a família seria 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 importância¹²⁸. Justamente por isso, o Direito da Criança e do Adolescente trabalha com a noção de família natural, aquela formada pelos pais ou um deles e seu(s) descendentes(s) (art. 25 da Lei nº 8.069); 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 anteriores¹²⁹ e

¹²⁷ Cf. MONACO, *op. cit.*, p. 255.

¹²⁸ Cf. BRASIL, 2006, p. 24.

¹²⁹ As famílias natural, ampliada e substituta serão abordadas mais profundamente no decorrer do trabalho.

não com as modalidades de entidades familiares previstas no art. 227 do texto constitucional¹³⁰. Cabe primeiramente aos pais propiciar esse espaço para o desenvolvimento saudável de seus filhos, só podendo, excepcionalmente, o Estado intervir na família caso haja ameaça ou violação aos direitos infanto-juvenis 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 criança e/ou do adolescente junto aos genitores é que poderá ocorrer o afastamento entre pais e filhos e, em regra, por decisão judicial¹³¹.

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 esta mesma criança não atingir sua plenitude pessoal¹³². Dessa forma, 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”¹³³, essencial para a formação de criança e de adolescentes. A inter-relação regular e periódica entre os membros do grupo unidos pelos mais variados vínculos, pode também chamar-se de convívio, sendo ela essencial para o desenvolvimento infanto-juvenil.

3.3 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”¹³⁴, sendo tais inter-relações vitais à formação de vínculos de afetividade, de amizade, de respeito e de solidariedade, essenciais ao desenvolvimento da personalidade de cada um.

¹³⁰ 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 e, não os havendo, não há a incidência do Direito infanto-juvenil.

¹³¹ A separação da criança e do adolescente da família natural também será objeto de estudo posteriormente.

¹³² Cf: WINNICOTT, Donald W. **Tudo começa em casa**. Tradução Paulo Sandler. 5ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. (Textos de psicologia), p. 61

¹³³ 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.

¹³⁴ JARES, Xesús Rodrigues. **Pedagogia da convivência**. Tradução Elisabete de Moraes Santana. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 25.

A sociedade atual força todas as pessoas a conviverem nos mais diferentes aspectos da vida (pessoal, profissional e etc.) a todo o momento, mas é, sem dúvida, na família que 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, segundo Xésus Jares, o local onde se aprendem os primeiros hábitos de convivência, os quais podem determinar o comportamento de cada pessoa em novos espaços de convivência¹³⁵. É no dia a dia com os familiares¹³⁶ que crianças e adolescentes constituem seus primeiros vínculos de afeto e 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 para a formação gradativamente da própria subjetividade, para o desenvolvimento das habilidades e das capacidades e para a aptidão de cada um deles a estabelecer novos vínculos sociais¹³⁷. Trata-se de 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, logicamente, demanda um grande investimento de tempo¹³⁸. 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.”¹³⁹. Pérez, Tielbe e 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 grupo¹⁴⁰.

Nessas interações, Spagnola e Fiese destacam o papel das rotinas e dos rituais como aspecto individualizador de cada grupo familiar:

Tanto as rotinas quanto os rituais familiares se referem a práticas repetidas, que envolvem dois ou mais membros da família. No entanto, eles são distintos e podem

¹³⁵ Cf: *Ibid.*, p. 26.

¹³⁶ Aqui, entende-se família da forma mais ampla possível, tanto no aspecto sócio antropológico quanto no aspecto simbólico defendido no PNCF e exposto no tópico anterior.

¹³⁷ Cf: BRASIL, 2006, p. 30.

¹³⁸ Muitos pais acreditam que passar tempo de qualidade com seus filhos é viajar ou sair para fazer tudo que sua prole quer. No entanto, “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, *op. cit.*, p. 77-79).

¹³⁹ (...) 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 posibilita la existencia. Cf: PÉREZ, Erico Rentería; TIELBE, Esperanza Lledias; GIRALDO, Alba Luz. 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.

¹⁴⁰ PEREZ; TIELBE; GIRALDO, *loc. cit.*

ser diferenciados pelas dimensões de comunicação, compromisso e continuidade (Fiese et al., 2002). Rotinas familiares são caracterizadas por uma comunicação instrumental, por envolver um compromisso momentâneo, e por ser repetidas regularmente, sem qualquer significado especial. Rituais familiares envolvem comunicação com significado simbólico, estabelecendo e perpetuando a compreensão do que significa ser um membro do grupo. O compromisso de tempo e a continuidade envolvidas na realização de rituais muitas vezes transcendem o "aqui e agora", e podem incluir repetição ao longo de gerações. Rituais familiares podem incluir celebrações (como uma formatura), tradições (como festas de aniversário anuais) e interações padronizadas (tais como uma refeição em família) (Wolin & Bennett, 1984). (...) Quando rotinas são interrompidas, pode ser um aborrecimento; quando rituais são interrompidos, a coesão familiar é ameaçada¹⁴¹.

Assim, a convivência familiar caracteriza-se 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 nas decisões familiares, o que também auxilia na formação da autonomia de cada um. A promoção da participação ativa nas 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 familiar¹⁴².

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, é 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 família¹⁴³, sendo as referências de segurança lá fornecidas essenciais para a instrução dos dois sentimentos¹⁴⁴. Mesmo na mais harmoniosa

¹⁴¹ Family routines and rituals both refer to specific, repeated practices that involve 2 or more family members. Yet they are distinct and can be contrasted along the dimensions of communication, commitment, and continuity (Fiese et al., 2002). Family routines are characterized by communication that is instrumental, involve a momentary time commitment, and are repeated regularly, holding no special meaning. Family rituals involve communication with symbolic meaning, establishing and perpetuating the understanding of what it means to be a member of the group. The time commitment and continuity involved in the performance of rituals often transcends the "here and now" and can include repetition across generations. Family rituals may include celebrations (such as a graduation), traditions (such as annual birthday parties), and patterned interactions (such as a family meal) (Wolin & Bennett, 1984). (...) When routines are disrupted, it may be a hassle; when rituals are disrupted, family cohesion is threatened. Cf. 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

¹⁴² Cf: 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.

¹⁴³ Cf: 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.

¹⁴⁴ Cf: 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.

das convivências haverá conflitos, inerentes à vida em sociedade¹⁴⁵. 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.”¹⁴⁶. 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 gerenciado¹⁴⁷. Segundo Luc Ferry, 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 transformador¹⁴⁸. Como a família lida com seus problemas e adversidades, inegavelmente influenciará na formação de uma criança, principalmente na maneira com que esta 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 na formação deles.

Historicamente se comprovou que as crianças não se desenvolvem sadiamente sem possuir um estreito vínculo de afeto e confiança com um adulto, independente de este adulto ser um de seus pais ou não, laço este que dificilmente é criado em uma instituição¹⁴⁹. John Bowlby explica que a criança aprende a agir e a se comportar observando o comportamento daquelas pessoas que admira ou com as quais se identifica¹⁵⁰. Por conseguinte, 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 amadurecimento, sem se sentir enfiado, pertencente a algum lugar, o que prejudica a formação de sua identidade.

Não é apenas a população infanto-juvenil que, vivendo em entidades de abrigos, é alijada, desconhecendo figuras de referência. O que se verifica, cada vez com maior frequência, é 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 outros¹⁵¹. Para Sérgio Sinay, as crianças

¹⁴⁵ JARES, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis, Habitus, 2001, p. 124.

¹⁴⁷ Cf: *Ibid.*, p. 82.

¹⁴⁸ Cf: FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Tradução: Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 89.

¹⁴⁹ Cf: FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 62 e NERY JÚNIOR MACHADO, *op. cit.*

¹⁵⁰ Cf: BOWLBY, *op. cit.*, p. 132-133.

¹⁵¹ Cf: LEVY; JONATHAN, *op. cit.*, p. 50 e ZIMERMANN, *op. cit.*, p. 21.

e/ou adolescentes, que embora tenham supridas suas necessidades básicas, 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 para órfãos, no sentido tradicional 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, uma vez 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 ética¹⁵². Trata-se então de

(...) 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).¹⁵³ (SINAY, 2012, p.25).

Sérgio Sinay conclui que essa nova orfandade é evitada quando os adultos convivem com as pessoas em desenvolvimento e se tornam um adulto significativo. Citando um diálogo com Hugo Huberman, o autor menciona a figura do adulto significativo, que seria aquele que, parente ou não, cria e desenvolve laços de aceitação e colaboração com as crianças e adolescentes, laços estes que dão sentido e significado à relação, abrindo espaço para que elas desenvolvam a própria identidade e autonomia¹⁵⁴.

Diante de todas as considerações feitas, da análise dos princípios do Direito Internacional da Criança e do Adolescente, da concepção atual da família para o Direito brasileiro, destacando a relação desta com o público infante-juvenil e dos apontamentos sobre convívio familiar e

¹⁵² Cf: SINAY, *op. cit.*, p. 22-23.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 25.

¹⁵⁴ SINAY, *loc. cit.*

seus efeitos, faz-se necessário caracterizar o Direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil.

3.4 Definindo o Direito à Convivência Familiar

Se no direito nacional o tratamento da convivência familiar como um direito infanto-juvenil surgiu efetivamente na CRFB/1988, tal tratamento em âmbito internacional 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.

Nota-se no dispositivo a existência de aspectos sob os quais seria constituído o Direito à Convivência Familiar: 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 criança¹⁵⁵ de ser criada pelos pais foi previsto nos artigos 5º (já examinado em outra parte do presente trabalho), 7º.1, 9º (os 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 infanto-juvenil saudável e com seu ambiente de criação se refletiu nos artigos 6º (também trabalhado capítulo anterior), 9º e 19. Por fim, os artigos 19

¹⁵⁵ Lembrando que a CIDC determina que para os efeitos daquela Convenção, criança é toda pessoa com menos de dezoito anos (artigo 1º).

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. Assegurou-se o direito à criança 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 infanto-juvenil (arts. 8º e 16). Já o direito de ser criada pelos genitores passou a englobar 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 contrária 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 lei que prevê o Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes, o elenca no rol dos direitos fundamentais inerentes ao público infanto-juvenil (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 dada 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, dedicando todo o capítulo III a esse direito¹⁵⁶, sendo o artigo 19 um de seus principais dispositivos, não só porque é ele que dá início ao tratamento do tema na legislação infraconstitucional, como também porque foi a partir dele que se construiu o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária¹⁵⁷, consagrando a todo

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ Cf. BRASIL, 2006, p. 22.

público infanto-juvenil, “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.”.

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. Não há que se falar em um direito a ter uma família, como defende Sérgio Kreuz, o que em um paradigma de direitos equivaleria a afirmar que toda a população infanto-juvenil poderia exigir que o Estado lhes provesse uma família, o que obviamente seria impossível¹⁵⁸. 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 nº 8.069, no artigo 19, seguindo a linha do artigo 229 da CRFB, declara que a criança e o adolescente têm o direito de ser criado e educado na sua família de origem. A princípio, as 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, reconhecendo que a educação vai além da criação. Fato é que não há grande preocupação na doutrina ou na jurisprudência quanto ao uso de tais expressões, porém, partindo-se da máxima da hermenêutica de que não há palavras inúteis na lei, deve-se dar melhor esclarecimento. 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. Para Maria da Glória Gohn:

(...) a educação formal é aquela desenvolvida nas escolas, com conteúdos previamente demarcados; a informal como aquela que os indivíduos aprendem durante seu processo de socialização - na família, bairro, clube, amigos etc., carregada de valores e culturas próprias, de pertencimento e sentimentos herdados; e a educação não-formal é aquela que se aprende "no mundo da vida", via os processos de compartilhamento de experiências, principalmente em espaços e ações coletivos cotidianas¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Cf. KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional, Curitiba: Juruá, 2012, p. 68.

¹⁵⁹ 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: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000092006000100034&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 29 ago. 2013.

A autora define a educação formal como a desenvolvida em instituições regulamentadas por lei (colégios, escolas, etc.), cujo ambiente tem regras comportamentais definidas, caráter metodológico, 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 (os pais como principais), amigos, vizinhos, colegas e meios de comunicação, e que se desenvolve em locais de referência para o educando (casa, rua, 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 os espaços educativos que marcam as trajetórias de vida dos grupos e indivíduos e nos quais os processos interativos são intencionais e 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 torna-los cidadãos do mundo, educando cada um para a civilidade, desenvolvendo lhe os vínculos de pertencimento e ajudando nossa construção da identidade coletiva do grupo¹⁶⁰.

Com exceção do artigo 1º *caput* da Lei nº 9.394 da 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB)¹⁶¹, examinando normas que tratam do Direito à educação no Brasil, verifica-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 se compreender o artigo 229 do texto constitucional e o artigo 19 da Lei nº 8.069, a palavra

¹⁶⁰ Cf: GOHN, *loc. cit.*

¹⁶¹ 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.

educação seria a educação formal¹⁶², enquanto a criação se identificaria com a educação informal e talvez a não formal. A presente distinção é essencial, sobretudo, quando se analisa a possibilidade de os pais e dos responsáveis de se incumbirem diretamente da educação formal de crianças e de adolescentes no chamado sistema de educação domiciliar ou home-school¹⁶³.

A prioridade da 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 nº 12.010¹⁶⁴ introduziu três parágrafos no artigo 19, sendo que o terceiro deles 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), bem como com a previsão 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 pela continuação do acolhimento ou pela reintegração familiar (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

¹⁶² A identificação da educação apenas com a educação formal também existe na própria Convenção Internacional dos Direitos da Criança como se nota nos artigos 28 e 2 do citado diploma.

¹⁶³ Sobre o tema o STJ na decisão do Mandado de Segurança 7.407 – DF entendeu-se 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 ensinarem autonomamente todas as disciplinas. Cf: ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 481.

¹⁶⁴ A Lei nº 12.010 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.

a igualdade dos filhos independente 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 nº 8.069, vários autores tentaram conceituar o Direito à Convivência Familiar.

Para Rizzini e outros¹⁶⁵, por convivência familiar se entende a possibilidade de a criança ou do adolescente permanecer no meio ao qual pertence junto de seus pais e outros familiares ou, verificada a impossibilidade disso, de ficar com outra família que possa acolhê-los, devendo, em caso de afastamento provisório de seu meio, ser priorizada a reinserção familiar.

Percebe que a definição 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, dando pouco destaque ao ambiente familiar e a necessidade de este ser um espaço de harmonia e acolhimento, ignorando o fato de a convivência familiar ser um direito, o que obviamente tem importantes reflexos para o mundo jurídico.

Kátia Maciel definiu “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).”¹⁶⁶.

Tratar a convivência familiar como direito fundamental e destacar o ambiente de carinho e cuidado é o que visa a autora. Contudo, ela restringe o referido direito à família de origem sem explicitar se tal família seria apenas os pais ou se abrangeria os demais parentes e não menciona o papel que a família substituta pode ter na efetivação da convivência familiar.

Para Dimas Carvalho, a convivência familiar é 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

¹⁶⁵ Cf: 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.

¹⁶⁶ MACIEL, 2010a, p. 75

afinidade, relacionamento que deve ser mantido ainda que houver a separação dos pais, pressupondo a existência de um lar em que todos se sintam acolhidos e formando uma rede de amparo no qual a criança possa se desenvolver¹⁶⁷, sendo que tal direito constitucionalmente consagrado visa 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 substituta¹⁶⁸.

A definição de Dimas Carvalho aprofunda o conceito anterior enfatizando a qualidade da relação criança/adolescente e família, família esta 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 e mencionando a prioridade de permanência da pessoa em desenvolvimento na família natural, sem se 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 infanto-juvenil porque ele 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 infanto-juvenil, independente de origem, etnia ou classe social (princípio da não discriminação) à formação e manutenção de vínculos, buscando assegurar que às crianças e aos 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 elas sintam que pertencem àquele núcleo familiar, integrando e participando ativamente das rotinas e dos rituais da família, sendo, também, respeitada em sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua

¹⁶⁷ Cf: CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 10.

¹⁶⁸ Ibid., p. 14-15.

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 à garantia da integridade biopsíquica e ao desenvolvimento sadio da personalidade e da autonomia (princípios da proteção à vida e ao desenvolvimento e do melhor interesse).

O Direito à Convivência Familiar é, portanto, um direito de conteúdo essencialmente existencial e ligado à proteção e ao desenvolvimento da pessoa, ou seja, é um direito da personalidade¹⁶⁹ da população infanto-juvenil¹⁷⁰. Logo, o Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes goza de uma dupla proteção no direito brasileiro como direito fundamental e como direito da personalidade.

3.5 A estrutura piramidal do Direito à Convivência Familiar

Partindo do texto original do Estatuto da Criança e do Adolescente e identificando a ordem de preferência prevista na lei, Nelson Nery Júnior e Martha Machado conceberam 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 acolhimento¹⁷¹.

Para os autores, a estrutura piramidal era subdividida em cinco partes como patamares ou degraus da pirâmide. Na base, estaria a família natural (comunidade formada pelos pais e filhos), apenas na impossibilidade de manutenção da criança na família natural é que se alcançaria o segundo degrau da pirâmide, local da família substituta biológica ampliada: avós,

¹⁶⁹ Segundo César Fiúza, a personalidade possui um viés subjetivo, no qual ela se equipara a capacidade de ser sujeito de direitos, também chamada de capacidade de direito e uma faceta objetiva, pela qual ele identificaria com os atributos e as características da pessoa humana protegida pelo Direito. Para ele, os direitos da personalidade são os que decorrem da “personalidade objetiva” e buscam a proteção e promoção da pessoa humana e da sua dignidade. Cf: FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 10ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 123.

¹⁷⁰ Cf: XAVIER, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷¹ Cf: NERY JÚNIOR MACHADO, *op. cit.*

tios e demais parentes. À falta parentes aptos, haveria a preferência para a colocação da criança ou adolescente em família substituta não consanguínea brasileira, sem qualquer laço de afinidade (terceiro degrau). Não podendo a criança ficar com os pais e inexistindo possibilidade de colocação em família ampliada ou família substituta não consanguínea, chegar-se-ia ao quarto degrau, à colocação em família substituta estrangeira, residente fora do país. Por fim, esgotadas as alternativas, atingir-se-ia o cume da pirâmide valorativa, a criança ou o adolescente seria encaminhado a uma instituição de acolhimento.

Ao contrário do que normalmente acontece, na estrutura acima detalhada, quanto mais próximo ao ápice, mais longe situação ideal, a criação da criança pela sua família natural. Logo, na concepção de Nery Júnior e Machado, o cume não representaria o sucesso, mas a total falta de alternativa. Portanto, a família natural na base da pirâmide valorativa reforça a importância daquela dentro do Direito à Convivência Familiar. O pensamento de Machado e Nery Júnior retratava a relação de preferência trazida na redação original da Lei nº 8.069. Contudo, a Lei nº 12.010 alterou parcialmente esta ordem, acrescentando novos degraus à pirâmide.

Assim, na base ainda está 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.” O conceito trazido pela lei contempla as três formas de entidade familiar contidas no texto constitucional (casamento, união estável e família monoparental), baseando a relação de paternidade/maternidade, que engloba tanto a comprovadamente consanguínea como as demais hipóteses de parentesco natural (como as presunções de paternidade e a reprodução assistida heteróloga). José Mônaco da Silva, ela se restringe, portanto, somente à relação paterno-filial¹⁷².

A regra geral determina que a criança cresça na companhia dos pais naturais, somente podendo ser afastada do convívio deles diante de situações excepcionalíssimas de violações graves dos direitos infanto-juvenis que inviabilizem o pleno desenvolvimento do filho¹⁷³. Havendo ameaça ou lesão a direitos, sendo, porém, possível a permanência da criança e/ou adolescente na família natural, cabe ao Estado intervir de forma a proporcionar que aquele

¹⁷² Cf: SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 06.

¹⁷³ Cf: NERY JÚNIOR MACHADO, *op. cit.*

grupo familiar se organize para que a pessoa em desenvolvimento não seja afastada do convívio dos pais, ou, se afastada, que retorne o quanto antes ao seu lar.

Diante de uma situação de ameaça ou lesão aos direitos infanto-juvenis, deve-se realizar estudo diagnóstico por técnicos de uma equipe interdisciplinar, preferencialmente de instituição pública no qual devem ser ouvidos todos os envolvidos, principalmente a criança. Deve-se analisar a atual situação da criança e/ou do adolescente, a condição da família de superar as violações de direitos e prover a proteção e os cuidados necessários, bem como avaliar os recursos e potencialidades 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 competente para decisão¹⁷⁴. O diagnóstico é de grande valia para levar a compreensão do contexto da criança e da família, auxiliar a definir estratégias de atendimento a serem implementadas com o intuito de evitar afastamentos prolongados ou mesmo para avaliar se é caso de afastamento definitivo. Sérgio Domingos pondera que, embora se tenha que buscar o retorno da criança ou adolescente à família natural, muitas vezes se insiste demasiadamente na tentativa de restaurar vínculos que não existiram ou cuja reestruturação é improvável, o que acarreta prejuízo ao desenvolvimento das próprias crianças e/ou adolescentes¹⁷⁵¹⁷⁶.

As decisões que determinam o afastamento de uma criança ou de um adolescente do convívio de seus pais, ainda que de forma temporária, são as mais difíceis 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.

Verificada a necessidade do afastamento da família natural, deveria a criança ser encaminhada à família substituta, como determina o visitado artigo 19 da Lei nº 8.069.

No texto do Estatuto da Criança e do Adolescente não há conceito de família substituta, apenas dispõe sobre a inserção da população infanto-juvenil em tais famílias que pode se dar

¹⁷⁴ Cf: BRASIL, 2006, p. 39-40.

¹⁷⁵ Cf: 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.

¹⁷⁶ Sabe-se que quanto mais o tempo passa, mais difícil se torna a inserção daquela criança em família substituta definitiva.

por guarda, tutela e adoção (art. 19 *caput*). Um conceito delimitado de família natural se contrapunha à família substituta, razão pela qual se entendia que tudo aquilo que não fosse família natural, tudo que fosse além do núcleo pais e filhos, seria família substituta. Nery Júnior e Machado, mencionando os dispositivos 19, 25 e 28 da Lei nº 8.069, em sua redação original, frisavam que mesmo “o núcleo familiar biológico formado por avós, tios, ou outros parentes da criança não configura família natural, tanto que a colocação de criança nele, mesmo sob a forma de guarda, configura colocação da criança em família substituta.”¹⁷⁷. Contudo, partindo do enunciado do parágrafo segundo do artigo 28, atual § 3º do mesmo art. 28, que previa que, visando impedir ou atenuar as consequências da medida, o juiz deve, na apreciação do caso, considerar o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, entenderam os autores que havendo a separação da família natural, dever-se-ia buscar primeiramente a família substituta biológica ampliada (segundo degrau da pirâmide).

O raciocínio exposto por Nery Júnior e Machado era inegavelmente lógico e demonstrava a coerência do sistema preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, a Lei nº 12.010 introduziu o parágrafo único no artigo 25, o qual conceituou a família extensa ou ampliada 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”. Foi, portanto, alterada a ideia até então consolidada de família extensa¹⁷⁸, uma vez que, além da relação de parentesco, passou a exigir a convivência e a existência de afinidade e afetividade, sendo necessária a presença de todos os elementos para a sua caracterização. Além disso, o referido dispositivo foi inserido na seção destinada à família natural integrando justamente o artigo que definiu a família natural, sem, todavia, prever expressamente quais seriam os institutos jurídicos pelos quais se daria a colocação da criança e/ou do adolescente nessa família. Tal situação leva a interrogar: a família ampliada seria família natural ou família substituta? O exame da disposição topográfica da Lei nº 8.069 conduz ao entendimento de que a família extensa seria considerada família natural, mas considerando a forma de inclusão na família ampliada (guarda ou tutela), esta se identificaria com a família substituta¹⁷⁹.

¹⁷⁷ NERY JÚNIOR MACHADO, *op. cit.*

¹⁷⁸ 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, 2006, p. 24).

¹⁷⁹ Algumas das disposições da Lei nº 12.010 são questionáveis, uma vez que certos dispositivos trouxeram inconsistências e até incoerências à sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Analisando a Nova Lei de Adoção, nota-se que, além do dispositivo que a conceitua, a expressão família extensa aparece mais quatro vezes na referida norma. O do artigo 92 inciso II, o artigo 100 parágrafo único inciso X e o artigo 166 parágrafo terceiro reforçam a preponderância da família extensa sobre a família substituta. Diante de tais previsões, conclui-se que a família extensa não é família natural, tampouco família substituta, mas sim, um *tertium genus*, sendo subsidiária a primeira e prevalecendo sobre a segunda. Assim permanece válida a advertência:

(...) pais e outros parentes, mesmo os mais próximos, não concorrem pela guarda da criança num mesmo patamar; por exemplo, o interesse dos avós (quando exclusivo deles ou puramente individual afetivo) cede ante ao interesse maior da criança de conviver com seus pais biológicos, que não violaram os deveres do poder familiar – aquele interesse dos primeiros, porque subordinado pela lei ao interesse da criança e do adolescente, não é um interesse juridicamente tutelado pelo ordenamento¹⁸⁰.

Mesmo com as modificações trazidas pela Lei nº 12.010, a família extensa ainda ocupa o segundo degrau da pirâmide valorativa cunhada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme propuseram Nery Júnior e Machado, só que agora como um patamar intermediário entre a família natural e a família substituta. Todavia, o fundamento para ela ocupar tal lugar continua o mesmo, o intuito de efetivar o Direito à Convivência Familiar, minorando os efeitos da separação da família natural, já que, como leciona Silva, o afastamento da criança do lar, ainda que provisoriamente, costuma ser traumático e se presume que a adaptação da criança será mais fácil na casa de parentes¹⁸¹.

Já à questão sobre a forma de inserção na família extensa, aplicam-se as normas de colocação em família substituta em razão da falta de regulamentação específica. No entanto, ela se dará por meio de guarda ou de tutela, mas não de adoção, isto porque a Nova Lei de Adoção previu a excepcionalidade e irrevogabilidade da última modalidade, só devendo a ela se recorrer quando verificada a impossibilidade da manutenção da criança e/ou adolescente em família natural ou substituta. Se a priori tal determinação pode parecer desproporcional, já que vedaria a utilização da mais definitiva, dentre as formas de colocação em família substituta, ela se mostra condizente com a preservação dos vínculos de parentesco e de identidade e também promove a responsabilidade da família ampliada. Desde o advento do Estatuto da

¹⁸⁰ NERY JÚNIOR MACHADO, *op. cit.*

¹⁸¹ Cf. SILVA, 1995, p. 17.

Criança e do Adolescente já era vedada a adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando (art. 42 § 1º), ou seja, neste ponto só foi ampliada a restrição.

Não sendo a família extensa uma opção possível, deve-se então recorrer à família substituta nacional. A família substituta compreende 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.

José Mônaco da Silva enfatiza que a família substituta, embora esteja em um segundo plano, não é inferior sob nenhuma ótica à família natural¹⁸². Realmente, não é por ser uma família substituta que se deve exigir menos dela do que normalmente se exige da família natural, isto é, ambas devem ser capazes de zelar pelo desenvolvimento pleno e saudável da criança e/ou do adolescente, bem como promover sua autonomia.

A colocação em família substituta se dá por meio da guarda¹⁸³, tutela e adoção (art. 28 da Lei nº 8.069). Mônaco Silva salienta que

O instituto da guarda constitui modalidade mais simples de colocação em família substituta. Já a tutela é um *plus* em relação à guarda, perdendo porém em importância para a adoção, esta sim forma mais autêntica de colocação em família substituta, por quebrar todos os vínculos jurídicos com a família originária¹⁸⁴.

A enumeração segue em ordem crescente de influência do instituto no poder familiar ou de definitividade da medida e não uma ordem de importância. 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) e pode coexistir com o poder familiar. A tutela, por sua vez, é uma medida também temporária, dando, porém, maior segurança à criança, uma vez que impõe ao tutor mais deveres e obrigações – inclusive o de prestar contas anualmente – que ao guardião, englobando o poder de representação e gestão de bens. A tutela pressupõe a inexistência do poder familiar, seja por falecimento ou declaração de ausência dos pais ou mesmo porque estes decaíram do citado poder (art. 1.728 do CCB). Por fim, a adoção é a medida mais excepcional justamente por romper não só com o

¹⁸² Cf: Ibid., p. 8.

¹⁸³ A guarda como modalidade de colocação em família substituta não se confunde com a guarda de filhos. As diferenças e similitudes entre os institutos serão abordados no próximo capítulo.

¹⁸⁴ Ibid., p. 23

poder familiar da família natural como também com todos os vínculos de parentesco, com exceção dos impedimentos matrimoniais (art. 41 da Lei nº 8.069), estabelecendo uma nova relação de parentesco, e como consequência um novo poder familiar, com a família substituta, sendo, então, definitiva.

É inegável que a definitividade da adoção possibilita a criação de laços mais duradouros entre o adotante e a criança e/ou adolescente. Contudo, não significa que a adoção é sempre a forma de colocação em família substituta mais indicada em todos os casos. A decisão de colocar a criança em família substituta é uma determinação difícil, como igualmente espinhosa é a definição da família para qual essa criança será encaminhada, uma vez que tal deliberação tem profundas repercussões na vida da pessoa em desenvolvimento em questão. Para tomar essa complexa decisão, cabe ao magistrado considerar as relações de parentesco, afetividade e afinidade existentes entre a criança e a pessoa com quem ela passará a conviver. Para tanto, deve-se avaliar as pessoas interessadas em receber a criança para, posteriormente, avaliar a forma de inserção na família substituta. Não havendo qualquer pessoa com qual a criança tenha algum tipo de vínculo, interessada em acolhê-la, é que se pode se falar preferência apriorística pela adoção. Consigne-se também que em qualquer caso de colocação em família substituta, o consentimento do adolescente é indispensável, devendo a vontade de a criança ser obrigatoriamente considerada pelo juiz, 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 nº 8.069).

Deve-se, no entanto, frisar que não importa se a criança ou o adolescente foi adotado, ou se está sob a guarda ou a tutela de outrem, mas sim se os objetivos protetivo e promocional do desenvolvimento infanto-juvenil estão sendo atendidos¹⁸⁵. É primordial que a pessoa em desenvolvimento “se sinta aconchegado e protegido integralmente”¹⁸⁶ e que se sinta parte daquela família substituta.

Faz-se necessário identificar a existência de um patamar intermediário entre o segundo e terceiro degrau da escala valorativa de Nery Júnior e Machado, isto porque os autores, ainda atrelados à visão anterior de família ampliada calcada na relação de parentesco, entendiam

¹⁸⁵ Cf: *Ibid.*, p. 93.

¹⁸⁶ 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, 2010c. p. 155.

que a família extensa estava em um patamar imediatamente inferior àquele em que estava a família substituta não consanguínea, com a qual a criança não guardava nenhum vínculo, seja de parentesco ou afinidade.

Atualmente, há um terceiro degrau, estaria a família substituta com qual a criança e o adolescente tenham algum tipo de vínculo, de parentesco, de afetividade ou afinidade, laços estes a serem considerados pelo julgador ao apreciar um pedido de colocação em família substituta, uma vez que o relacionamento existente pode minimizar os efeitos da separação da criança dos pais (art. 28, § 3º da Lei nº 8.069) e também amenizar tais efeitos indesejáveis, previstos quanto a prioridade da colocação dos grupos de irmãos na mesma família substituta (art. 28. §4º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Assim, só considera-se 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.

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 nº 8.069).

Dos três tipos de vínculos mencionados no artigo 28 § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a análise da relação de parentesco é seguramente a mais fácil, uma vez que sua prova é estritamente documental. 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 querer¹⁸⁷. Já a afinidade merece uma análise mais detida.

¹⁸⁷ A afetividade como princípio será abordada posteriormente.

A expressão “vínculo de afinidade” possui dois significados distintos¹⁸⁸: o primeiro a definição de afinidade, derivada do artigo 1.595 do CCB, que seria a relação existente entre a criança e os ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou do companheiro de seus pais, o segundo significado, mais gramatical, seria laço existente entre a criança e um terceiro, que independe da relação de parentesco e é 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 nº 8.069 uma vez que visaria diminuir os traumas do afastamento da criança e do adolescente da família natural, podendo os prejuízos ser ainda maiores se a pessoa em desenvolvimento seja obrigada a conviver com estranhos, mesmo havendo pessoas conhecidas que poderiam ampará-las.

Tal o entendimento parece ser o que mais se coaduna com o sistema protetivo nacional e internacional idealizado para a população infanto-juvenil e o que mais valoriza 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 colocação em família extensa ou substituta é medida protetiva que só pode ser aplicada exclusivamente pela autoridade judiciária competente (art. 101, IX da Lei nº 8.069), devendo o magistrado da Vara da Infância e da Juventude se cercar de todos os cuidados possíveis para que a escolha da pessoa e da forma de inserção na referida família seja a melhor possível. Cabe ao magistrado se valer dos relatórios e/ou estudos psicossociais feitos por técnicos dos tribunais de justiça e/ou de outros órgãos, para auxiliá-lo a decidir sobre a medida tomar. Apesar de aqui se falar em discricionariedade do julgador, é importante substituir tal ideia, que indicaria uma escolha dentre várias possíveis, por um ideal de vinculação do magistrado à busca do melhor interesse da criança.

Tal procedimento é, em princípio, medida temporária que visa a garantir os direitos infanto-juvenis enquanto a família natural se reestrutura, mas verificada a impossibilidade de retorno à família de origem e de permanência 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, que o novo (quarto) degrau da pirâmide.

¹⁸⁸ Cf. MACIEL, 2010a, p. 73-74.

Como adverte Nery Júnior e Machado¹⁸⁹, 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 seu convívio da pessoa em desenvolvimento com seus pais naturais, parentes e conhecidos, além de afastar a criança dos lugares que esta está acostumada a frequentar ou aos quais se identifica¹⁹⁰. A inserção em família substituta demanda uma prévia preparação gradativa e acompanhamento posterior a ser realizado pelos técnicos da Justiça Infanto-Juvenil com o apoio dos técnicos das prefeituras que executam a política municipal de garantia do direito à convivência familiar (art. 28, §5º da Lei nº 8.069), sendo, porém, tal inclusão feita em uma família com a qual a pessoa em desenvolvimento não tenha vínculo, é necessário que tal trabalho deva cercar-se de cautelas mais rigorosas.

A ruptura de tais laços é inevitável: recomenda-se, pois, 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 será aferida no caso concreto. 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.”¹⁹¹. A excepcionalidade de tal medida se justifica, segundo Nery Júnior e Machado¹⁹², já que “além de romper os vínculos afetivos e familiares da criança, rompe também, e completamente, os vínculos sociais, culturais, lingüísticos etc., que se ligam à expressão da nacionalidade da criança.” Todavia, visando a preservar alguns desses laços culturais e lingüísticos, consagrou-se a preferência pela inserção de crianças pelos brasileiros residentes no exterior em relação aos estrangeiros (art. 51, §2º da Lei nº 8.069). No quinto degrau de escala valorativa estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro tem-se a inserção em família substituta composta por brasileiro residente no exterior e, no sexto patamar, a colocação em família substituta estrangeira propriamente dita. Restringiu-se a inserção em família substituta estrangeira apenas à modalidade de adoção, sendo

¹⁸⁹ Cf: NERY JÚNIOR MACHADO, *op. cit.*

¹⁹⁰ A preocupação de preservar os laços sociais e culturais das minorias indígenas e quilombolas foi prevista no art. 28 §6º que determinou que a prioridade da colocação de crianças e adolescentes com tal origem seja em suas comunidades ou com membros da sua etnia.

¹⁹¹ CARVALHO, *op. cit.*, p. 51

¹⁹² Cf: NERY JÚNIOR MACHADO, *op. cit.*

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). Aplicam-se, pois, às pessoas e aos casais estrangeiros residentes no país as regras referentes à colocação na família substituta nacional, incluindo a possibilidade de utilização da guarda e da tutela.

O sétimo degrau e cume da pirâmide de preferências e o mais indesejável para a efetivação do Direito à Convivência familiar é o acolhimento familiar e institucional. O acolhimento familiar não é uma forma de colocação em família substituta¹⁹³. Entretanto, 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 explicam a opção pelo termo acolhimento em detrimento da expressão institucionalização, afirmando que o último remete as práticas de confinamento e segregação social utilizadas predominantemente no passado, enquanto o primeiro diz respeito as experiências de cuidado e proteção prestados fora do lar da família de origem à população infanto-juvenil¹⁹⁴. Nota-se, pois, que, mais que uma questão terminológica, trata-se de uma mudança total da visão sobre esta medida, que deixa de ser uma forma de contenção para ser efetivamente uma medida de proteção à população infanto-juvenil, exigindo que as entidades que executem os programas de acolhimento tenham uma postura ativa na reinserção familiar e na preservação de vínculos.

O acolhimento é medida excepcional a ser utilizada após ultrapassados todos os outros degraus da pirâmide valorativa legal, e temporária, podendo durar o tempo necessário à reestruturação da família natural ou para, verificando a impossibilidade de reinserção, a colocação em família extensa ou substituta (art. 101 §1º da Lei nº 8.069). Para uma grande parte da população infanto-juvenil, especialmente os adolescentes que dificilmente conseguirão retornar à família de origem e nem 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 os locais 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,

¹⁹³ Cf: DOMINGOS, *op. cit.*, p. 278

¹⁹⁴ Cf: RIZZINI et al, *op. cit.*, p. 22-23.

difícilmente conseguirá atender a todos os aspectos do conceito de Direito à Convivência Familiar.

Na Lei nº 12.010, 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 Infante-Juvenil e também aos princípios específicos do Direito à Convivência Familiar.

3.6 Princípios específicos do Direito à Convivência Familiar

Os princípios jurídicos têm importantes funções hermenêutica e orientadora, tanto da prática forense como da atuação do Estado, uma vez que também são regras e não só balizam a aplicação das regras legais como têm força normativa para embasar decisões judiciais. Tais princípios aparecem no ordenamento jurídico de duas formas: explicitamente enunciados (como no artigo 37 *caput* da CRFB) ou implicitamente, quando extraídos de uma ou de mais de uma regra¹⁹⁵. As regras previstas no capítulo III da parte geral do Estatuto da Criança e do Adolescente, alguns princípios específicos do Direito à Convivência Familiar podem ser extraídos e, juntamente com as próprias regras, com os princípios constitucionais e com os princípios do Direito Internacional Infante-Juvenil servem de guia para todas as decisões (judiciais e administrativas) referentes à convivência familiar.

3.6.1 Princípio de prevalência da família natural

Nota-se nas regras de Direito à Convivência Familiar previstas na Lei nº 8.069, que a maior parte delas se destina a garantir à pessoa em desenvolvimento seja criada no seio de sua família natural.

¹⁹⁵ Nessa linha, Humberto Ávila leciona que de diversos dispositivos pode ser construída uma norma. Cf: ÁVILA, *op. cit.*, p. 22.

Mas a prevalência da família natural não se dá por razão de um sentimento de posse dos pais em relação aos filhos, nem somente pela necessidade de preservação do liame genético, mas para que a criança continue em contato com suas origens e com sua história familiar, uma questão de identidade.

A expressão família natural se resume, pois, à relação paterno/materno filial, não contemplando nenhum outro parente, só podendo haver a interferência do Estado nesta família em situações excepcionais. Os juristas brasileiros adotam uma postura bastante permissiva ao tratar de interferência no poder familiar, sempre defendendo a suposta proteção ou o melhor interesse da criança. Tal intervenção deve caracterizar efetivamente uma exceção, inclusive quando houver a concordância dos pais, como se esta aquiescência não representasse por si só uma violação ao direito da criança.

Decisões que concedem guarda a ascendentes, ainda que a criança resida na mesma residência de pais e avós, ou ainda aquelas que deferem a guarda compartilhada entre um dos pais e outro parente não são só contestáveis como podem prejudicar o desenvolvimento infanto-juvenil. Tais julgados enfraquecem a relação materno/paterno-filial e possibilitam aos genitores recusar-se a assumir seu papel de pais. Os avós tem um papel importante na vida de seus netos, porém este papel deve ser complementar e não aquele de pais substitutos, que é cada vez mais vem sendo pedido a eles¹⁹⁶.

Qualquer litígio envolvendo a família natural e algum membro da família extensa, e não havendo ameaça ou violação de direitos, a criança ou o adolescente deve permanecer somente com um ou com ambos os pais.

Adotar tal princípio equivaleria a uma real efetivação da família natural, mas não sendo aplicável ao caso concreto, cabe ao magistrado justificar expressamente sua não aplicação.

3.6.2 Princípio da preservação de vínculos

Reveste-se de importância o estabelecimento dos vínculos (de parentesco, afetivos, sociais, de confiança, etc.) para o desenvolvimento da personalidade e autonomia de crianças e de

¹⁹⁶ Cf. SINAY, *op. cit.*, p. 17.

adolescentes. Porém, o rompimento de qualquer desses liames pode causar prejuízos a este processo de amadurecimento. Atento a essa possibilidade, o Direito à Convivência Familiar Infanto-Juvenil foi construído tendo por fundamento a preservação dos laços como guia de sua estrutura.

Do primeiro ao quinto degrau da escala de valores é a qualidade de tais ligações que determina as prioridades estabelecidas na legislação. A permanência de crianças e de adolescentes na família natural é mais recomendada, por si presumir que é em seu núcleo familiar que há mais e melhores vínculos a serem preservados, uma vez que, além da relação biológica (genética) está também a história familiar, ambas importantes bases para criação da identidade da pessoa em desenvolvimento, somando-se a esta convivência, os laços de afeto e afinidade dela decorrente.

Havendo necessidade de afastamento da família de origem, caberá a família extensa, a priori, a preservação dos vínculos próximos de parentesco, de convivência, de afetividade e de afinidade, figurando em sequência a família substituta nacional com a qual a criança tenha tais laços de parentesco, afinidade e/ou afetividade, de modo que a qualidade de tais vínculos, bem como a opinião daquela criança ou daquele adolescente, que ajudará o juiz da infância e da juventude a decidir qual interessado é a melhor pessoa para acolher. A família substituta nacional propriamente dita, que, embora não tenha nenhum laço de parentesco, afetividade ou afinidade, ainda mantém liames linguísticos e culturais da pessoa em desenvolvimento com sua terra natal, quando a efetivação do Direito à Convivência Familiar se der com a inserção em família substituta, dar-se-á preferência à família substituta estrangeira na qual a pessoa, o casal ou parte dele seja brasileiro, o que manteria pelo menos os vínculos linguísticos.

Entidades de acolhimento ganharam com o advento da Lei nº 12.010 um novo papel, devendo zelar pela preservação dos vínculos do acolhido com a família de origem e com a família extensa, bem como atuar na reestruturação da família natural. Destaque-se que somente com a promulgação da Lei nº 12.398 de 28 de março de 2011, que alterou o artigo 1.589 do CCB, foi expressamente assegurado aos avós o direito de visitar os netos.

3.6.3 Princípio do não desmembramento do grupo de irmãos

Relacionado com o princípio da permanência de vínculos saudáveis, o princípio do não desmembramento do grupo de irmãos é previsto tanto como uma regra (art. 28, § 4º Lei nº 8.069) como um princípio (art. 92, V, da mesma lei). Sua observância deve dar-se primordialmente nos casos de colocação em família extensa ou substituta e nos casos de acolhimento familiar ou institucional, sendo seu objetivo evitar que a pessoa normalmente está fragilizada em razão do afastamento de seus genitores, sofra também com a separação de seus irmãos.

Havendo somente membros da família extensa ou só família substituta vinculada ou apenas família substituta não vinculada, ou seja, pessoas no mesmo degrau da pirâmide valorativa interessadas em acolher a criança, a observância desta regra pode até mesmo decidir a quem a criança ou adolescente será encaminhado. Estando os interessados em patamares diferentes, questiona-se sobre qual vínculo se deve privilegiar: os laços fraternos ou os de parentesco, se os de afinidade ou os de afetividade? Situações em que apenas as características do caso concreto determinarão se os irmãos permanecerão unidos, porém há situações peculiares que justificam a necessidade de separação dos irmãos, mas a aplicação ou não do princípio deve ser devidamente justificada pelo magistrado.

O acolhimento familiar ou institucional, o não desmembramento do grupo de irmãos é um dos princípios a serem respeitados por todas as entidades que desenvolvem tais programas e que promovem o encontro periódico entre eles, sobretudo, em casos de necessária separação.

3.6.4 Princípio da afetividade (?)

A afetividade ganhou destaque no Direito Brasileiro de Família, a ponto de caracterizar uma verdadeira sacralização do afeto, como se ele passasse a ser uma fonte principal e resolvesse todas as questões surgidas em tal “ramo” do direito¹⁹⁷. Fala-se ainda na existência de um princípio da afetividade, sem, no entanto, se atinar que atribuir à qualidade de princípio

¹⁹⁷ Partindo do entendimento que o afeto é um elemento intrínseco da família atual, Paulo Lôbo identifica a afetividade como um princípio jurídico de raiz constitucional e passa a justificar praticamente todo o Direito de Família com base nesse princípio, inclusive a igualdade e a solidariedade familiar. De forma mais comedida, Rodrigo da Cunha Pereira entende a afetividade tanto como princípio como valor juridicamente defendido pelo ordenamento brasileiro. Também Maria Berenice Dias defende que a afetividade é um princípio jurídico. Cf: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64; PEREIRA, R., 2004, p. 131-132, DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 78.

significa conferir ao afeto força imperativa¹⁹⁸, isto é, exigibilidade, inclusive judicial, como se o direito obrigasse a alguém a amar.

O afeto é para Débora Xavier, “o sentimento espontâneo, gerado por impulso natural, que envolve duas ou mais pessoas que se afeiçoam em interesses, valores, projetos de vida, amizade e emoções.”¹⁹⁹.

Diferenciando o princípio da afetividade do sentimento de afeto, diz Paulo Lôbo: a afetividade é um dever jurídico imposto entre pais e filhos e entre cônjuges e companheiros enquanto durar a convivência, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles²⁰⁰. No entanto, compreender a afetividade dessa forma é negar o afeto e a espontaneidade a ele inerente, o que constitui a base do princípio.

Apesar de muito de se falar no afeto, o princípio da afetividade ganhou maior relevância no Brasil em discussões sobre a existência do dano moral afetivo, em lides que se debatia sua faceta indenizatória. Tal o princípio da afetividade foi expressamente reconhecido em várias decisões judiciais proferidas em todo o país, decidindo sobre a possibilidade de dano afetivo, porém, o Superior Tribunal de Justiça pôs fim ao imbróglio, entendendo que não existe obrigação jurídica de afeto ou de amor, mas sim o dever jurídico de cuidar²⁰¹. A afetividade tem de fato estreita correlação com a convivência familiar, pois é no exercício desta que se gerará o afeto. Inegável a sua relevância jurídica, especialmente quando se analisa a inserção de crianças e de adolescentes em família extensa ou substituta ou mesmo na concessão de guarda unilateral a um dos pais nos moldes previstos no artigo 1.583 §2º do CCB, casos em que a afetividade é um dos parâmetros obrigatoriamente explicitados e valorados pelo magistrado em suas decisões, assumindo, assim, o papel de valor jurídico.

3.7 O papel do Estado na efetivação da convivência familiar

¹⁹⁸ Cf: ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 50.

¹⁹⁹ XAVIER, *op. cit.*, p. 62.

²⁰⁰ Cf: LÔBO, 2010, p. 64.

²⁰¹ Cf: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP** - Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 24/04/2012. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

O Direito à Convivência Familiar não é um direito exigível somente dos pais²⁰², mas também do Estado, a que tem obrigações negativas e positivas na busca da efetivação desse direito.

A principal obrigação negativa do Estado é deixar ou não deixar de interferir em uma família natural que desempenha satisfatoriamente seu papel protetivo e promotor dos direitos da população infante-juvenil, tal intervenção caracteriza-se uma violação à vida privada, podendo prejudicar os laços ali formados. No atual contexto democrático brasileiro, falar em semelhante atuação pode soar como absurdo, no entanto, sob a égide dos Códigos de Menores tal prática era comum. Raciocínio idêntico aplica-se à criança e ao adolescente mesmo se estiver inserido em família substituta (ampliada ou não), após um curto período de adaptação, sem possibilidade de reinserção em sua família de origem, a ação do Estado em tal hipótese pode vir embaraçar a construção de vínculos imprescindíveis e essenciais à convivência familiar.

Constitui obrigação estatal positiva a criação de políticas públicas visando apoiar famílias no cumprimento de papéis de cuidado e criação e educação de seus filhos, evitando situações de vulnerabilidade, promovendo a inclusão social, bem como o desenvolvimento de outras políticas sociais destinadas ao fortalecimento ou reconstrução de laços familiares fragilizados ou rompidos²⁰³.

Políticas de defesa, promoção e proteção do Direito à Convivência Familiar de crianças e adolescentes fundamentam-se na valorização e no reconhecimento da família visto como um grupo apto a se reorganizar conforme suas demandas, seus valores e crenças, a superar necessidades, reforçando vínculos fragilizados. O papel do poder público objetiva tanto evitar o afastamento da pessoa em formação da família natural quanto buscar reatar os vínculos familiares, especialmente em se tratando de afastamento se necessário especialmente se tratando de afastamento quando necessário. Se a criança ou adolescente estiver sob a guarda ou a tutela provisória de terceiros, bem como em acolhimento familiar ou institucional, exige-se rapidez no trabalho com a família de origem, a fim de proporcionar a reintegração ou a colocação em família substituta de forma definitiva.

²⁰² Cf: ENOUT, Rodrigo Lobato Junqueira. A criança como prioridade na Justiça da Infância Direito à convivência familiar. **Revista da Abraminj** – Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude. Belo Horizonte, n. 1, p. 29-39, 2000, p. 32.

²⁰³ Cf: BRASIL, 2006, p. 54.

A legítima atuação do Estado nas unidades familiares tem por fim evitar a violência doméstica ou intrafamiliar.

(...) toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família. Pode ser cometida dentro ou fora de casa por algum membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir função parental, ainda que sem laços de consanguinidade, e em relação de poder à outra²⁰⁴.

Segundo Ana Maria Brito e outros, a violência intrafamiliar cometida contra a população infanto-juvenil pode assumir quatro formas: violência física, violência psicológica, negligência e violência sexual, sendo que elas podem ocorrer tanto isoladamente como associadas²⁰⁵.

A violência física é aquela na qual “alguém causa ou tenta causar dano por meio de força física, de algum tipo de arma ou instrumento que possa causar lesões internas, externas ou ambas.”²⁰⁶. Apesar de constituir uma notória violação do direito à integridade física e do desenvolvimento saudável da população infanto-juvenil, ainda há brasileiros que defendem a correição física como forma de disciplinamento dos filhos, prática que banaliza essa forma de violência doméstica²⁰⁷. Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.672 de 2010 propondo alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para vetar o uso de qualquer forma de violência física contra crianças e adolescentes²⁰⁸. Em que pese a intenção de explicitar a proibição dessa prática ainda culturalmente arraigada, convém salientar que a aprovação de lei com tal teor é mais simbólica do que propriamente inovação, já que a vedação à correição física já existe como decorrência das normas vigentes de proteção à infância e juventude.

Relembrando Garbarino e outros, Joviana Avanci e outros ensina que a violência psicológica é um ato comissivo ou omissivo praticado por um adulto que visa a

²⁰⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar**: orientações para prática em serviço. Brasília: Ministério da Saúde, 2001, p.17.

²⁰⁵ Cf: BRITO, Ana Maria M. et al. Violência doméstica contra crianças e adolescentes: estudo de um programa de intervenção. **Ciência saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 143-149, mar. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000100021&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2013, p. 145.

²⁰⁶ DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **Revista de Psiquiatria** [online]. Rio Grande do Sul, v.25, suplemento n. 1, p. 9-21, abr. 2003, p. 10-11.

²⁰⁷ Cf: BRITO, *op. cit.*, p. 146

²⁰⁸ A tramitação do Projeto de Lei pode ser acompanhada pelo sítio: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>.

rejeitar (ele se recusa a reconhecer a importância da criança e a legitimidade de suas necessidades); isolar (ele separa a criança de experiências sociais normais, a impede de fazer amizades e a faz acreditar que está sozinha no mundo); aterrorizar (a criança é atacada verbalmente, criando um clima de medo, ameaça, fazendo-a acreditar que o mundo é excêntrico e hostil); ignorar (ele priva a criança de estimulação, reprimindo o desenvolvimento emocional e intelectual) e por fim, corromper a criança (o adulto conduz negativamente a socialização da criança, estimula e reforça o seu engajamento no comportamento anti-social)²⁰⁹.

A negligência se caracteriza pela omissão de responsabilidade dos adultos em relação às necessidades físicas e materiais de uma criança ou adolescente podendo variar desde o não provimento dessas necessidades até “uma insuficiência crônica de natureza quantitativa e qualitativa de respostas dadas às suas necessidades emocionais até mesmo a exclusão do lar através do abandono.”²¹⁰. A violência sexual seria toda ação perpetrada por um indivíduo que, valendo-se de uma situação de poder e utilizando-se de força física, de influência psicológica ou de uso de armas ou drogas, força outra pessoa a praticar ou permitir que com ela se pratique ato sexual²¹¹.

Se a violência em todas as suas formas é, sem dúvida, prejudicial ao desenvolvimento infanto-juvenil, a violência intrafamiliar é ainda mais danosa, uma vez que

(...) a vitimização física, sexual e psicológica ocorrida na família ou cometida por pessoas que são significativas para a criança ou adolescente são fatores que interferem na construção da autoconfiança e da confiança nos outros. A violência cometida por pessoas de quem a criança ou adolescente espera amor, respeito e compreensão é um importante fator de risco que afeta o desenvolvimento da autoestima, da competência social e da capacidade de estabelecer relações interpessoais, potencializando a fixação de um autoconceito negativo e uma visão pessimista do mundo²¹².

Há quem afirme ainda que a violência intrafamiliar traz impactos negativos sobre a convivência familiar e que crianças e adolescentes que sofrem tais violências estão mais expostas a serem vítimas de novas violências em outros âmbitos sociais²¹³.

²⁰⁹ AVANCI, Joviana Q. et al. Escala de violência psicológica contra adolescentes. **Revista de Saúde Pública** [online], São Paulo, v.39, n.5, p. 702-708, out. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102005000500002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 set. 2013, p. 73.

²¹⁰ CRUZ, Rosilene Miranda Barroso da. Negligência com crianças e adolescentes. **Revista da Abraminj - Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude**, São Paulo, p. 79 - 95, 01 abr. 2002, p. 84.

²¹¹ Cf: DAY, *op. cit.*, p. 10-11

²¹² ASSIS, Simone G. et al. Violência e representação social na adolescência no Brasil. **Revista Panamericana de Salud Publica**. 2004; v.16, n. 1, p. 43-51, jul. 2004, p. 44.

²¹³ Cf: *Ibid.*, p. 49.

Diante de uma situação de violência contra qualquer pessoa em desenvolvimento faz-se necessário rápida intervenção do sistema protetivo dos direitos infanto-juvenis. Hebe Gonçalves e Ana Lúcia Ferreira destacam a necessidade de um trabalho interdisciplinar e coordenado entre todas as instituições que compõem a rede de proteção (Conselho Tutelar, programas e serviços de assistência social, educação, saúde, etc.)²¹⁴. Embora a violência física seja mais fácil de ser identificada em razão das marcas ostensivas que podem ficar no corpo da vítima, Rosilene Cruz ensina que também as demais formas de violência deixam seus sinais. Assim, tratando-se de violência intrafamiliar, além da atuação rápida e interdisciplinar, é primordial que os agentes atuantes na rede, em especial profissionais da saúde e professores, estejam preparados para identificar e lidar com todas as formas de violência²¹⁵.

No contexto de violência intrafamiliar a intervenção deve, em princípio, fazer cessar a ameaça ou a violação de direitos e posteriormente lidar com os reflexos daquela violência, sempre na perspectiva de preservação da criança e/ou adolescente em sua família natural e, sendo impossível a manutenção na família de origem, a orientação deverá ser a inserção em família ampliada ou substituta²¹⁶.

²¹⁴ GONÇALVES, Hebe Signorini; FERREIRA, Ana Lúcia. A notificação da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes por profissionais de saúde. **Cadernos Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 315-319, fev. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2002000100032&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 jul. 2013, p. 316

²¹⁵ CRUZ, Rosilene Miranda Barroso da. A violência doméstica contra crianças e adolescentes. **Revista da Abraminj - Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude**, Belo Horizonte, p. 129 - 146, 01 jan. 2000, p. 136-138.

²¹⁶ Vide no tópico 3.5.

4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Trata o Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes, valendo-se de formas bem distintas: - sob o prisma dos princípios informadores do Direito de Família e das normas do Código Civil enfatizando sua efetivação na família natural (o poder familiar, a guarda e a visitação). – Sob o prisma das normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e dos princípios dele extraídos. – Sob o prisma do acolhimento institucional, do acolhimento familiar da convivência familiar. Ressalte-se que tal compartimentação prejudica a compreensão global e o estudo do Direito à Convivência Familiar. O Direito à Convivência Familiar integra o microsistema dos Direitos da Criança e do Adolescente, possuindo princípios específicos que orientam a utilização de regras constantes em instrumentos específicos e também de regras previstas em diferentes diplomas, mas que em razão do seu conteúdo são afetas ao tema. Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente seja um dos seus principais expoentes, o microsistema vai além da lei englobando aspectos da CRFB, tratados e as convenções internacionais sobre o tema, (CIDC), a Lei do Sinase (Lei nº 12.594), a Lei de combate à alienação parental (Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010), os dispositivos do CCB de 2002 e da Consolidação das Leis do Trabalho dentre outros diplomas.

Institutos típicos do Direito Civil, como o poder familiar (antigo pátrio poder), a guarda e a tutela devem ser revistos não só pelos princípios do novo Direito de Família, mas especialmente sob o prisma do Direito infanto-juvenil para que sejam adequados ao seu novo papel dentro do Direito à Convivência Familiar. Não existe mais a divisão entre guarda, tutela ou adoção civil e guarda, tutela ou adoção estatutária, que supostamente teria como base a lei (Código Civil ou o Estatuto da Criança e do Adolescente) que regulava o instituto na vigência do Código de Menores²¹⁷. Tais institutos devem ser concebidos a partir de uma análise do microsistema, ainda que regidos por normas presentes em diplomas diferentes. Há, portanto, uma relação de complementariedade entre as leis²¹⁸, relação esta que se tornou mais visível

²¹⁷ O Código de Menores, e como consequência os institutos lá previstos, era aplicável somente para aqueles menores que estavam em situação irregular. Hoje, o Estatuto da Criança e do Adolescente é aplicável a todas as crianças e adolescentes, independente da situação em que estejam. As chamadas situações de risco (art. 98 da referida lei) são importantes para autorizar a atuação estatal em uma determinada família com o intuito de salvaguardar os direitos infanto-juvenis e determinar o Juízo competente e não mais para regular a incidência de uma lei específica.

²¹⁸ A exceção a esta complementariedade se dava com a suposta dicotomia entre adoção civil e adoção estatutária, uma vez que havia regramentos completamente diferentes. No entanto, esta diferenciação foi

com o advento da Lei nº 8.069, especialmente quando se analisa, o instituto da tutela sempre disciplinado no Código Civil, mas que conta com regras pontuais no Estatuto da Criança e do Adolescente que buscavam tornar a tutela mais adequada ao paradigma dos Direitos infanto-juvenis e hoje é aplicada a todas as crianças e/ou adolescente independentemente da situação em que se encontrem²¹⁹. No ordenamento jurídico brasileiro existem diversos instrumentos que, após a promulgação da CRFB e da Lei nº 8.069, devem obrigatoriamente ser destinados à efetivação do Direito à Convivência Familiar de crianças e adolescentes como definido no capítulo anterior. Na família natural, identificam-se três institutos: o poder familiar, a guarda de filhos e a visitação. Na família extensa, destacam-se a guarda atribuída a terceiros, a tutela e a visitação, enquanto na família substituta se utilizam a guarda atribuída a terceiros, a tutela e também a adoção (art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente), além da visitação.

Gustavo Tepedino afirma que tal instituto não pode ser considerado um direito subjetivo dos pais, uma vez que, em tal grupo de direitos, a atribuição de poderes se destina a proteger interesse ou posição de vantagem de seu titular. Ele defende que também não se pode considerá-lo como um direito potestativo, por inexistir neste um dever correspondente a um direito, podendo o detentor do direito potestativo interferir em seu interesse na esfera jurídica de outrem, que deverá submeter-se passivamente a tal interferência. O autor conclui que a natureza jurídica do poder familiar é de uma situação de poder, isto é, uma situação na qual é assegurado a terceiros interferir na esfera jurídica de outrem no interesse daquele que sofre a interferência e não em interesse próprio. Tais situações de poder são expressamente previstas no ordenamento jurídico em razão da vulnerabilidade de certas pessoas e visam à proteção e à promoção destas pessoas²²⁰. Tal raciocínio acima esposado por Gustavo Tepedino deveria ser estendido aos institutos da guarda e da tutela, já que dentro do atual paradigma dos Direitos infanto-juvenis eles possuem nitidamente caráter protetivo e promocional de tais direitos e também importam na concessão de poderes a uma pessoa que deverá exercê-los no interesse

devidamente encerrada com a revogação das disposições sobre adoção do CCB de 2002 feita pela Lei nº 12.010 e a determinação de aplicação das normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente para os maiores de dezoito anos no que couber.

²¹⁹ Não se deve confundir a complementariedade das leis (criação de uma norma a partir das regras que estão em diferentes leis) com a adequação da aplicação das normas ao novo paradigma dos Direitos da Criança e do Adolescente. Esta última pressupõe, além da análise sistemática (complementariedade), a utilização dos princípios gerais que orientam o Direito infanto-juvenil e dos princípios específicos de cada Direito que compõe esse microsistema, como o Direito à Educação ou o Direito à Convivência Familiar.

²²⁰ Cf: TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina da Guarda e a Autoridade Parental na Ordem Civil-Constitucional. In: Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004, Belo Horizonte. **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Del Rey: Belo Horizonte, 2003, p. 312-314.

da criança ou do adolescente. Um aspecto a se destacar dessas situações de poder é que elas devem, em regra, ser uma relação dialética. Tratando-se do público infanto-juvenil deve, assim, se garantir o direito desta população de participar das decisões que os envolvem e até o direito deles decidirem quando tiverem discernimento para tanto, efetivando os princípios da participação e da autonomia progressiva. Todavia, haveria, entre os institutos, uma diferença no grau de interferência que aquele a quem é atribuído o poder jurídico pode ter na vida da criança ou do adolescente, sendo que o poder familiar dá maiores prerrogativas que a tutela, que por sua vez tem maiores prerrogativas que a guarda.

Além destes institutos jurídicos, o acolhimento institucional e/ou familiar também deve ser tratado como uma importante medida a ser utilizada para a garantia do Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes.

4.1 Poder familiar

O poder familiar, antigo pátrio poder, é um dos institutos de Direito de Família e de Direito da Criança e do Adolescente que mais sofreu modificações ao longo da história jurídica brasileira, deixando de ser um direito quase absoluto do pai para se tornar um poder jurídico a ser exercido pelos pais em prol do filho²²¹. Tal mudança é fruto de um processo histórico-cultural no qual gradativamente se reconheceu a importância das crianças na sociedade culminando com atribuir-lhes a condição de sujeito de direitos.

Até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “a doutrina e a jurisprudência atribuíam verdadeira importância ao pátrio poder apenas em seus momentos patológicos e no que se refere aos aspectos patrimoniais que encerra, além de situações referentes à administração dos bens dos filhos”²²², o que inegavelmente refletia o cunho patrimonialista do Código Civil de 1916. Com o advento do texto constitucional de 1988 e as profundas alterações provocadas no ordenamento jurídico nacional por ele, já demonstradas nos capítulos anteriores, o pátrio poder também teve sua essência modificada. A concepção filhocentrada, que nele hoje se destaca, deslocou o foco do instituto da pessoa dos pais para a

²²¹ O presente trabalho não pretende realizar uma profunda análise histórica do poder familiar, sendo esta razão pela a qual não será examinada a evolução do instituto desde o Direito Romano como normalmente se observa nos manuais de Direito de Família.

²²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 26.

pessoa dos filhos, decorrência da mudança da concepção da criança e do adolescente como objeto do direito dos pais para o reconhecimento delas como sujeitos de direitos, especialmente do direito ao seu integral desenvolvimento²²³. Foram inegavelmente as disposições constitucionais que revitalizaram o pátrio poder, estendendo seu exercício a ambos os pais e enfatizando o dever da família em zelar e promover os direitos dos filhos (art. 226, §5º e 227 enunciado básico).

O artigo 229 preconizou o dever dos pais de assistirem, criarem e educarem os filhos menores. Dois anos mais tarde, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar do Direito à Convivência Familiar, definiu o direito de crianças e de adolescentes a serem educados e criados pela sua família natural e excepcionalmente em família substituta (art. 19 da Lei nº 8.069). Analisando conjuntamente os mencionados artigos, pode-se afirmar que o pátrio poder não só foi integrado ao Direito à Convivência Familiar, mas também se transformou no principal instrumento de efetivação desse direito. O referido Estatuto também reforçou tais deveres, acrescentou a obrigação de cumprir as determinações judiciais e explicitou obrigações ao Estado na tentativa manter as crianças e os adolescentes em suas famílias naturais (arts. 22 e 23 da Lei nº 8.069).

O CCB de 2002 modificou o nome do instituto de pátrio poder para poder familiar²²⁴, mas “não procedeu a uma revisão conceitual mais profunda, pois que não contextualizou a relação parental no âmbito dos princípios constitucionais e dos valores sociais, conferindo-lhe seu verdadeiro conteúdo”²²⁵, qual seja, proteger e promover seus direitos fundamentais, especialmente o Direito à Convivência Familiar. Fernanda Meira enfatiza que o poder familiar não é mais somente voltado para questões patrimoniais ou para a representação legal dos filhos (dar validade a atos jurídicos), mas também representa uma série de responsabilidades,

²²³ Cf: GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

²²⁴ O termo poder familiar é bastante questionado pelos juristas. Ana Carolina Teixeira defende que a expressão não é adequada, porque poder sugere autoritarismo, o que não coaduna com o atual tratamento jurídico das relações parentais, enquanto parental indica que a titularidade seria extensivo a toda a família. A autora indica o termo autoridade parental, expressão que, segundo Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior, favorece “a lembrança de que os deveres imputados aos pais objetivam a promoção efetiva de uma autônoma constituição pessoal dos filhos, sendo este, inclusive, o preciso limite do exercício deste *munus* jurídico.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 475). Em que pese o entendimento dos autores, apesar na nomenclatura ser importante por identificar o instituto, muito mais importante que ela é o seu conteúdo, a aplicação e a contextualização dentro do Direito à Convivência Familiar. Assim, devido ao objetivo desse trabalho, esta questão não será abordada com maior profundidade.

²²⁵ TEIXEIRA, 2009, p. 4

também, morais e jurídicas²²⁶. Ana Carolina Teixeira destaca que dentro da família democrática atual, o poder familiar deve ser exercido dentro da alteridade, isto é, ele deve se fundar na compreensão mútua e no diálogo, o que tornaria a criança ou o adolescente sujeito ativo do seu processo de desenvolvimento pessoal²²⁷. Acrescendo a opinião da autora, o poder familiar também pressupõe o convívio com os pais que devem também estimular a socialização do filho e a formação de outros laços de convivência, de afeto e de pertencimento com o restante da família e com a comunidade. Todos esses aspectos são, também, facetas do Direito à Convivência Familiar. Por ser um dever de proteção e promoção do desenvolvimento dos filhos, o poder familiar é uma situação de poder estabelecida pelo ordenamento jurídico visando exclusivamente ao bem estar da criança e do adolescente. Justamente por isso, bem como por refletir o direito infanto-juvenil de ser criado e educado na família natural, ele é “irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível”²²⁸, não podendo, assim, os pais abrirem mão do poder familiar, já que este integra um direito do filho.

O poder familiar impõe, pois, aos pais uma série de deveres, em especial, o dever de assistência, de criação e de educação previstos no artigo 229 da CRFB. O Estatuto da Criança e do Adolescente explicitou o dever de sustento, guarda e educação dos pais e a obrigação de cumprir as determinações judiciais. No julgamento do Recurso Especial nº 1159242/SP, a ministra Nancy Andrighi destacou “dentre os deveres inerentes ao poder familiar o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.”²²⁹

Seguindo a forma do CCB de 1916, o atual Código Civil brasileiro elencou uma série de atribuições que compõem o poder familiar, e outros que podem ser apreendidos analisando sistematicamente a referida lei, devendo todas elas ser exercidas unicamente com o intuito de proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia do filho, podendo

²²⁶ Cf: MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. 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. 289.

²²⁷ Cf: TEIXEIRA, 2009, p. 60.

²²⁸ DIAS, *op. cit.*, p. 436.

²²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242/SP - Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 24/04/2012. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

dividir-se em: 1) quanto à pessoa do filho; 2) quanto à capacidade civil e 3) quanto à administração do patrimônio²³⁰.

Quanto à pessoa dos filhos, os deveres dos pais seriam o de dirigir-lhes a criação e a educação, tê-los em sua companhia e guarda, conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, I, II, III, VI e VII do CCB de 2002). Aliado aos deveres trazidos pelo CCB de 2002 há também o já mencionado dever de assistência, não tratado na legislação civilista. Obviamente, estes deveres e prerrogativas se inter-relacionam, afinal, para assistir, criar e educar os filhos, os genitores poderão exigir obediência, respeito e até serviços próprios da idade e condição, e só se desincumbirão desses deveres se a prole estiver em sua companhia e guarda, razão pela qual se eles estiveram ilegalmente com terceiros, os pais podem reclamá-los. Os deveres serão examinados separadamente apenas por uma questão didática, sendo certo que na vida cotidiana, é muito difícil enxergar a divisão entre eles.

A educação se liga à educação formal, isto é, inclui a obrigação de matricular, a escolha da escola que o filho frequentará, pública ou privada, com orientação pedagógica ou religiosa e etc.²³¹ e o acompanhamento do progresso da criança e do adolescente; enquanto a criação está mais ligada ao convívio e à educação informal e, por vezes, à não formal. Integram estes deveres de criação e educação, os deveres de disciplinar e de impor limites aos filhos, ambos extremamente importantes para a construção do desenvolvimento da personalidade infanto-juvenil, devendo ser exercidos sempre de forma dialogal e enfatizando as noções de liberdade e consequência, com o objetivo de ensinar a criança e/ou adolescente que nem sempre se pode agir como se deseja²³². Já o dever de assistência liga-se ao dever de sustento e “à satisfação das necessidades básicas tais como cuidados na enfermidade, orientação moral, apoio psicológico, manifestações de afeto, vestir, abrigar, alimentar, acompanhar física e espiritualmente.”²³³. Os deveres de guarda e companhia (art. 1.634, II do CCB de 2002) denotam uma preocupação em enfatizar a necessidade das presenças paterna e materna na

²³⁰ Como o Direito à Convivência Familiar não possui conteúdo patrimonial, o exercício do poder familiar quanto à administração dos bens do filho (arts. 1.689 a 1.693 do CCB/2002) não será analisado neste trabalho.

²³¹ Cf: TEIXEIRA, 2009, p. 167.

²³² Cf: Ibid., p. 155-163.

²³³ 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, 2008b. p. 303.

vida dos filhos, presenças estas que, segundo Sinay, têm que envolver os níveis essenciais para o desenvolvimento infanto-juvenil (físico, psíquico, emocional e espiritual)²³⁴²³⁵.

Como forma de garantir que este convívio ou essa presença não seja obstaculizada por terceiros, assegura-se aos pais o direito de reclamar os filhos de que ilegalmente os detenha (art. 1.634, VI do CCB de 2002), sendo-lhes franqueada a utilização da ação judicial de busca e apreensão de crianças e/ou adolescentes, ação que, neste caso, perde sua natureza de processo cautelar, sendo uma medida satisfativa. A prerrogativa de conceder ou negar o consentimento para os filhos se casarem (art. 1.634, III do CCB de 2002) fazia mais sentido para a sociedade do início do século passado do que para os dias atuais. Embora o casamento tenha como efeito cessar a incapacidade civil e como consequência extinguir o poder familiar, a concessão do consentimento para o casamento não pode ser considerado como um ato de renúncia, mas como o reconhecimento por parte dos genitores de que seu filho já está preparado para constituir sua própria família. Exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, VII do CCB de 2002) constitui prerrogativa aos deveres de criação e educação. A exigência de obediência e respeito não equivale à submissão das crianças e dos adolescentes aos seus genitores, equivale sim a “autorizar que os pais se façam respeitar também pelo seu maior discernimento e maturidade, oriundos das experiências já por eles vivenciadas, pelas quais, dada a diferença de idade, ainda não passaram os filhos.”²³⁶. A possibilidade dos pais de exigirem serviços próprios da idade e da condição do filho é bastante polêmica. Maria Berenice Dias defende que tal prerrogativa é inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana e ser uma verdadeira exploração da vulnerabilidade infanto-juvenil²³⁷. Acredita-se, no entanto, que os serviços possíveis de serem exigidos devem ser aqueles exercidos no âmbito doméstico com o objetivo de integrar a criança ou o adolescente à rotina familiar, tendo, portanto, uma função colaborativa-educativa e não laborativa-lucrativa²³⁸. As atribuições dos pais quanto à capacidade civil dos filhos são as de nomear tutor; de representação (até os dezesseis anos) ou de assistência (de dezesseis até os dezoito anos) nos atos da vida civil e de conceder a

²³⁴Cf: SINAY, *op. cit.*, p. 122.

²³⁵ A guarda e companhia serão o objeto do próximo tópico deste trabalho, razão pela qual não se aprofundará o estudo sobre elas neste tópico.

²³⁶ ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 483.

²³⁷ Cf: DIAS, *op. cit.*, p. 341.

²³⁸ Cf: *Ibid.*, p. 484 e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. 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, 2008a, p. 262.

emancipação civil (art. 1.634, IV e V e art. 5º, parágrafo único, I, do CCB de 2002). A primeira delas se dedica a garantir que os pais possam indicar um representante legal para filho no caso de morte deles; a segunda visa a assegurar que as crianças e/ou adolescentes sejam acompanhados na prática de atos da vida cotidiana para que seus direitos sejam resguardados; a última autoriza aos pais que, reconhecendo seu filho apto à prática de atos civis, permita-lhe praticá-los sem assistência²³⁹.

Todas as atribuições e deveres aqui mencionados devem buscar satisfazer o dever não expresso de auxiliar no processo de desenvolvimento da autonomia da criança ou do adolescente. Caberá, portanto, aos pais zelar e respeitar o processo natural de maturação e de aquisição de discernimento e gradativamente permitir que os filhos façam as próprias escolhas até que possam exercer autonomamente todos seus direitos, ou seja, à medida que a criança ou o adolescente se desenvolve menor deve ser a intervenção dos genitores²⁴⁰. Se o poder familiar não for exercido, ou exercido de forma contrária à sua finalidade, poderá ser suspenso ou até ser declarado extinto²⁴¹. Para Kátia Maciel define que a suspensão e a destituição do poder familiar se diferem em razão da gravidade das causas ensejadoras e pela duração dos efeitos, sendo que a suspensão se destina a situações de menor gravidade e é provisória, enquanto a destituição é reservada para casos graves e pode ser definitiva²⁴².

Admite o Código Civil que a suspensão do poder familiar possa ser adotada quando houver abuso de autoridade, falta aos deveres parentais, ruína dos bens dos filhos ou por sentença irrecorrível que condenou os genitores à pena maior de dois anos. Já a destituição do poder familiar poderá ser declarada quando os pais ou algum deles castigar imoderadamente o filho, o deixar em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou reiteradamente praticar os atos que poderiam ensejar a suspensão (art. 1.637 e 1.638 do CCB de 2002, respectivamente). O Estatuto da Criança e do Adolescente, alargando a possibilidade da utilização da suspensão e da destituição, preconizou que as medidas também podem ser

²³⁹ A emancipação é um instituto jurídico já presente no direito romano, cuja aplicação é mais lógica quando se trata de direitos patrimoniais. Ao longo dos anos, não houve nenhuma preocupação em se atualizar o instituto e adequá-lo ao novo paradigma jurídico constitucional.

²⁴⁰ Esse tema foi mais bem explorado no segundo capítulo quando se tratou do princípio da autonomia progressiva.

²⁴¹ O poder familiar também se extingue pela morte dos pais ou dos filhos, pela emancipação, pela maioridade e pela adoção (art. 1.635, I, II, III e IV do CCB/2002).

²⁴² Cf: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder 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, 2010b. p. 130.

utilizadas quando os pais descumprirem injustificadamente os deveres de sustento, guarda e educação e a obrigação de cumprir as determinações judiciais (art. 24 da Lei nº 8.069).

Tais medidas devem ser encaradas sob a ótica da excepcionalidade, devendo ser buscada a manutenção das crianças e dos adolescentes em sua família natural, sendo claro que qualquer uma delas só pode ter por fundamento a proteção da criança e/ou do adolescente e só podem ser impostas judicialmente em processo em contraditório, devendo, se possível, serem aplicadas previamente as medidas protetivas aos filhos ou as medidas de auxílio aos pais (art. 101 e 129 da Lei nº 8.069). A suspensão e a destituição do poder familiar são medidas extremas, devendo ser utilizadas com bastante cuidado sob pena de a decisão que determinar qualquer uma delas violar mais os direitos infanto-juvenis que o ato que as ensejou. Recomenda-se, assim, que, havendo fortes vínculos com o pai que perpetrou o ato e possibilidade de superação da situação de ameaça ou violação de direitos, se suspenda o poder familiar, sendo que a destituição do poder familiar só pode ser decretada quando não houver nenhuma possibilidade de convivência com o pai violador, por isso, ela é destinada em situações de violação grave à integridade física, psicológica e moral. Por esta razão, não foi prevista a possibilidade de restabelecimento do poder familiar destituído.

Sérgio Kreuz e Kátia Maciel defendem a possibilidade de restabelecimento do poder familiar via ação judicial²⁴³. Tal entendimento contraria toda a lógica do sistema protetivo e remonta as práticas do Direito do Menor, no qual as medidas eram tomadas sem muito cuidado com as repercussões que teriam na vida das crianças e dos adolescentes, como se fossem baseadas em uma estratégia de tentativa e erro. A destituição pressupõe a prática de um ato grave contra a criança ou adolescente que inviabilize o convívio entre pai e filho e que a medida represente para aquele que não está mais sob o poder familiar o melhor para o seu presente e para o seu futuro. Embora o poder familiar seja o principal instrumento de efetivação do Direito à Convivência Familiar, outros instrumentos também têm a mesma finalidade.

4.2 Guarda

²⁴³ Cf: KREUZ, *op. cit.*, p. 92-93 e MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Tutela. 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, 2010d, p. 193.

A guarda de crianças e de adolescentes é um instituto que alcançou importância no direito pátrio ao longo do desenvolvimento da sociedade brasileira. Primeiramente, era utilizada somente após a dissolução da sociedade conjugal para se definir com qual dos pais ficaria o filho (art. 190 do Decreto nº 181 de 1890), depois foi também concebida como uma medida de proteção aplicável aos menores abandonados (art. 55 do Código de Menores de 1927). Assim, a partir do Código Mello Mattos dividiu-se a guarda de crianças e de adolescentes em guarda de filhos e guarda de menores. Diversas modificações foram realizadas em ambas as formas de guarda, sendo que a CRFB teve um papel decisivo para aproximar os institutos que até então traçavam caminhos diferentes. No contexto de valorização da pessoa humana e do compromisso de todos em efetivar os direitos infanto-juvenis, a guarda assumiu um novo papel protetor e promotor de tais direitos, independentemente de a quem ela é atribuída.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto foi totalmente integrado ao Direito à Convivência Familiar, podendo ser exercido na família natural como atributo do poder familiar (art. 1.634, II do CCB de 2002) ou na família substituta, vez que é uma das formas de inserção nessas famílias (art. 28, *caput*, da Lei nº 8.069)²⁴⁴, havendo uma relação de subsidiariedade entre elas que decorre da primazia da família natural. No direito pátrio atual, as duas modalidades de guarda de crianças e de adolescentes possuem a mesma raiz constitucional, os mesmos objetivos e o mesmo conteúdo, havendo distinção quanto à matéria processual, uma vez que a colocação em família substituta está sujeita a procedimento específico, sendo excepcionalmente, da competência das varas de Infância e da Juventude²⁴⁵.

Grisard Filho destaca que o Direito de Família não deu um tratamento sistematizado à guarda como o fez com outros institutos, como o poder familiar ou a tutela, referindo-se a ela apenas de forma reflexa²⁴⁶. No entanto, partindo da relação de complementaridade das normas inerente ao Direito infanto-juvenil, o conteúdo do dever de guarda, que não consta do Código Civil vigente, deve ser buscado no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao preconizar que a guarda implica “prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (art. 33 da Lei nº 8.069).

²⁴⁴ Relembrando que a inserção em família extensa se dá por guarda ou tutela como já explicitado anteriormente.

²⁴⁵ Cf: LAURIA, *op. cit.*, p. 63

²⁴⁶ Cf: GRISARD, *op. cit.*, p. 45

A assistência material traduz “a idéia de amparo, de ajuda, enfim, de provimento de suas necessidades básicas, tais como alimentação, aquisição de roupas, encaminhamento do pupilo a médicos e dentistas etc.”²⁴⁷. O guardião não é obrigado a despender todos os seus recursos para a manutenção da criança, devendo gastar pelo menos o essencial para satisfazer as necessidades básicas e garantir a dignidade daquele que está em sua guarda.

Consigne-se que em uma possível disputa entre pretensos guardiões (seja entre pais, entre um pai e um terceiro ou entre terceiros) o fator econômico só se transforma em critério motivador da decisão se uma das partes não possuir condições financeiras de satisfazer as necessidades mais básicas da criança e/ou adolescente. Isso porque, hoje, se valorizam mais os vínculos existentes entre guardião e o pupilo em detrimento do aspecto patrimonial. A assistência moral consistiria na obrigação de proporcionar apoio, aconselhamento e informação, além da obrigação de garantir que a criança e/ou o adolescente se desenvolvam social e afetivamente de forma saudável, evitando que tenham contato com pessoas, ambientes e situações que possam atrapalhar este desenvolvimento moral (como, por exemplo, o uso de substâncias entorpecentes).

Assistência educacional é similar ao dever de educação e consiste na garantia do acesso à educação formal, bem como acompanhar as atividades escolares e proporcionar outras atividades que contribuam para a formação da criança e/ou do adolescente como cidadão.

O guardião deve promover o contato da criança e do adolescente com aqueles com quem eles guardem laços saudáveis, independente da natureza deles, traço inerente do Direito à Convivência Familiar. Entretanto, essas pessoas não podem interferir no exercício regular da guarda. Justamente para permitir o cumprimento dos deveres inerentes ao instituto, se previu o direito de oposição a terceiros, inclusive aos pais ou a um deles, tendo como objetivo garantir que o guardião possa exercer seu múnus sem a interferência inoportuna de outros. O dever de guarda não inclui o dever de representação legal e, por conseguinte, gestão de bens de jovens e infantes. Tratando-se de guarda dos pais, a representação legal existirá naturalmente, uma vez que, tal como a guarda, esta é um dos deveres que compõem o poder familiar, sendo, portanto, um dever autônomo. Na guarda exercida por terceiros, o guardião será responsável, mas não representante legal, podendo exercer somente atos ligados ao

²⁴⁷ SILVA, 1995, p. 59.

conteúdo de suas atribuições, isto é, atos que importem assistência educacional, material ou moral, como realizar a matrícula escolar, acompanhar consultas médicas e etc.²⁴⁸. É possível que na concessão de guarda a terceiros seja expressamente deferido o direito de representação para a prática de determinados atos, como prevê o artigo 33, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. A guarda não se confunde com a companhia, já que o inciso II do artigo 1.634 do Código Civil de 2002 expressamente enumera tais deveres separadamente. A guarda se traduz no cuidado e convívio diário dos pais com a criança, enquanto a companhia representa o dever do pai não guardião de ter o filho consigo. Esse dever tem como objetivo reforçar os vínculos de convivência entre pais e filhos e será exercido por meio da visitação.²⁴⁹ A companhia ganha especial relevo na determinação da responsabilidade civil dos pais por danos causados pelos filhos (art. 932, I do CCB), tema que extrapola os objetivos deste trabalho.

A partir do atual conteúdo, a guarda pode ser conceituada como uma situação jurídica de poder na qual uma pessoa ou casal assume a responsabilidade de assistir educacional, material e moralmente uma criança ou um adolescente, devendo zelar pelo desenvolvimento de todas suas potencialidades e pela preservação de todos os vínculos saudáveis existentes entre eles e qualquer outra pessoa. O instituto da guarda possui características que merecem ser destacadas: os fins previdenciários e a possibilidade de revisão a qualquer tempo.

Independentemente de ser atribuída aos pais ou a terceiros, a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins, inclusive efeitos previdenciários para todos os fins de direito. Sendo guarda de filhos, a dependência em relação aos pais é presumida como efeito da própria relação de parentesco, e tratando-se de guarda concedida a terceiros, a finalidade previdenciária é legalmente atribuída pelo artigo 33 §3º da Lei nº 8.069. Tal previsão é necessária para que o guardião proteja a criança de todas as eventualidades que possam advir das vicissitudes da vida, bem como proporcione todas as atividades apropriadas desfrutadas por ele e sua família. Nada mais lógico que aquele que tem a obrigação de prestação de assistência material, moral e educacional tenha também aquela criança ou adolescente como seu dependente de direito.

²⁴⁸ Ibid., p. 40.

²⁴⁹ O Direito de visitação será tratado em um tópico específico neste capítulo.

A possibilidade de revisão a qualquer tempo possibilita que a guarda seja adaptada a cada fase da vida da criança e/ou do adolescente, ou seja, a sentença que a concede não faz coisa julgada material. Como ensina Grisard Filho, a decisão concessiva de guarda se subordina à cláusula *rebus sic stantibus*, devendo ser preservada sempre que mantida a mesma situação fática e podendo ser revista, caso sobrevenha uma modificação no estado de fato ou de direito²⁵⁰.

Embora possuam a mesma natureza e conteúdo, tanto a guarda atribuída aos pais quanto aquela atribuída a terceiros têm certas particularidades que demandam um exame mais cuidadoso.

4.2.1 Guarda atribuída aos pais

Como estudado até aqui, em regra, crianças e adolescentes estão sob o poder familiar e, conseqüentemente, sob a guarda dos genitores. Enquanto os pais vivem juntos, ambos exercem o poder familiar, não havendo maiores problemas. Contudo, quando não há sociedade conjugal, seja porque foi dissolvida ou porque inexistiu, a discussão sobre a guarda ganha maior importância.

Havendo o rompimento do casamento, a guarda era atribuída a um dos pais e assegurado ao outro o direito de visitas e determinada a obrigação alimentar, sendo a culpa o principal critério utilizado para eleger-se o genitor que ficaria com a guarda dos filhos²⁵¹. Esse sistema foi cunhado quando ainda se via o pátrio poder (expressão usada na época) como um direito dos pais e responsável por gerar uma distorção na prática jurídica, atribuindo-se exagerada

²⁵⁰ Cf: GRISARD, *op. cit.*, p. 54.

²⁵¹ Ao longo do tempo, houve alguns sistemas para se definir o guardião, mas a culpa sempre tinha papel preponderante. A primeira legislação a tratar do tema, o Decreto 181 de 1890, determinava que a guarda fosse atribuída ao cônjuge não culpado (art. 90). O CCB de 1916 manteve o mesmo critério e especificou que se ambos os pais fossem culpados, as filhas durante toda a menoridade e os filhos menores de seis anos ficariam com a mãe e os filhos maiores de seis anos seriam entregues ao pai (arts. 325 e 326). A Lei nº 4.121 de 1962 alterou parcialmente o Código Civil de 1916 preconizando que havendo culpa concorrente a mãe seria a guardiã dos filhos independente da idade, salvo entendimento contrário do juiz e que se verificado que nenhum dos pais devia ficar com a prole, a guarda poderia ser deferida a uma pessoa idônea da família e assegurado o direito de visitas. Posteriormente, a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515, revogou as disposições do CCB de 1916 e estipulou que no divórcio consensual as partes acordariam quanto à guarda e que no divórcio não consensual seria mantida a sistemática vigente acrescentando outras duas hipóteses: 1) quando o divórcio foi motivado pela ruptura da vida em comum por mais de um ano ininterrupto, a guarda seria mantida com o cônjuge que ficou com os filhos e 2) quando o outro pai for acometido por doença mental grave que impossibilite a vida em comum e que após cinco anos a enfermidade tenha sido reconhecida como de cura improvável, a guarda seria conferida ao genitor que tem condições de cuidar da prole (arts. 10 a 12).

importância à guarda em detrimento ao pátrio poder, que até hoje é repetida no dia a dia forense. O artigo 381 do CCB de 1916 previa que o desquite, forma de ruptura da sociedade conjugal da época, não alterava a relação paterno/materno filial, se não quanto ao direito dos pais terem os filhos em sua companhia, regra cuja essência foi mantida no artigo 1.632 do CCB de 2002.

Todavia, na prática, se creditou ao guardião o poder decisório na criação e educação do filho, cabendo ao outro pai os deveres de fiscalizar e de recorrer ao juiz, caso a guarda seja exercida de maneira prejudicial à criança ou ao adolescente²⁵², isto é, como se apenas o genitor guardião exercesse de fato o pátrio poder.

Durante décadas, este foi praticamente o único modelo de guarda utilizado até que as mudanças na sociedade brasileira provocaram também alterações na prática e no ordenamento jurídico. A valorização da pessoa, a igualdade aplicada inclusive nas relações familiares e a proteção integral de crianças e de adolescentes, todas promovidas pelo advento do texto constitucional de 1988, conduziram a um novo panorama que vem modificando a guarda de filhos.

O CCB de 2002 manteve a regra de respeito ao acordo das partes sobre o regime de guarda quando a ruptura da sociedade conjugal se dava de forma consensual, mas inovou ao estabelecer nos casos de não consensualidade que a guarda deveria ser concedida ao pai com melhores condições de exercer o múnus e não mais o não culpado (arts. 1.583 e 1.584). Também se previu que quando o filho não devesse permanecer com nenhum dos pais a guarda poderia ser exercida por terceiro que se revelasse apto, devendo considerar as relações de parentesco, afinidade e afetividade (art. 1.584, parágrafo único). Ambas as previsões reforçam a preocupação com a criança ou com o adolescente em detrimento dos pais, demonstrando a prioridade com os interesses deles. Posteriormente, promulgou-se a Lei nº 11.698 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do CCB e introduziu a guarda compartilhada na legislação pátria²⁵³.

²⁵² Cf. CARVALHO, *op. cit.*, p. 61.

²⁵³ Embora só introduzida em 2008, esta modalidade de guarda de filhos já era defendida pela doutrina e utilizada ainda que timidamente na prática forense. Exemplificando, em 2004, o TJMG já decidira pelo compartilhamento da guarda no julgamento nos autos de apelação civil nº 1.0024.03.887697-5/001 (1) de relatoria do Desembargador Hyparco Immensi.

Mesmo não sendo função de a lei conceituar institutos, o §1º do artigo 1.583 do CCB definiu a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A guarda compartilhada é fruto de uma evolução das relações familiares assentada no interesse da criança e no compartilhamento da responsabilidade parental. Para Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior,

(...) muito além de uma divisão equânime do tempo de contato com o filho, a guarda compartilhada busca efetivar a coparticipação parental. O que ganha destaque é a qualidade do contato paterno e materno-filial. Isso explica, inclusive, a razão de o artigo de lei indicar ao magistrado a oitiva das recomendações de profissionais especializados para fixar, no caso concreto, a qual dos pais caberá qual das atividades envolvidas na criação cotidiana do menor²⁵⁴.

A guarda compartilhada estimula a interação entre pais e proporciona um contato maior entre a criança e ou adolescente e seus genitores, reforçando os vínculos familiares, contribuindo, em tese, para melhorar a autoestima e afastando o sentimento de abandono e rejeição, que é comum após o fim do casamento ou da união estável²⁵⁵.

A criança e/ou o adolescente deverá ter uma residência prioritária, seja com o pai ou com a mãe, tal como na guarda unilateral, mas a convivência com os pais deve se dar de forma mais frequente e mais contributiva²⁵⁶. As atribuições de cada um dos pais, bem como os períodos de convivência serão estabelecidos pelo juiz, que poderá se basear nas recomendações da equipe técnica do Juízo (art. 1. 584, §3º do CCB de 2002).

Ana Carolina Teixeira aponta que a Lei nº 11.698 explicitou um regime de guarda dos filhos, que já deveria ser a regra, vez que a ausência ou a ruptura da sociedade conjugal não altera o poder familiar, ou seja, sempre existiu o dever de corresponsabilização e a necessidade da participação de ambos os pais nas decisões referentes aos filhos, especialmente as mais importantes²⁵⁷. O que não havia no Brasil era a cultura de se promover a participação do não guardião no dia a dia da criança ou do adolescente, sendo talvez esse o grande objetivo da lei,

²⁵⁴ ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 496

²⁵⁵ Cf: ALENCAR, Raquel Alcântara de. Aspectos destacados da guarda compartilhada. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/107/novosite>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

²⁵⁶ Cf: ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 495.

²⁵⁷ Cf: TEIXEIRA, 2008b, p. 307.

qual seja, provocar essa mudança cultural, chamando atenção da sociedade para a necessidade da atuação conjunta dos pais em prol do filho.

Conforme se depreende do artigo 1.584 do CCB de 2002, a regra para a definição da guarda de filhos continua sendo o consenso entre os pais, podendo ser a unilateral ou compartilhada, oportunizando aos pais acordarem sobre um regime próprio de visitas e distribuição de responsabilidades que melhor se adeque ao dia a dia de todos e melhor se efetive a convivência familiar. Não havendo acordo, o juiz deverá aplicar a guarda compartilhada sempre que possível (art. 1.584, §2º do CCB de 2002), cabendo ao magistrado uma avaliação criteriosa sobre a real possibilidade de os pais se adequarem aos objetivos dessa modalidade de guarda. A preferência pela guarda compartilhada é uma opção óbvia, uma vez que é a que melhor efetiva o Direito à Convivência Familiar da criança e do adolescente com seus pais, razão pela qual o juiz não pode deixar de aplicá-la apenas porque um dos pais não concorda. No entanto, como advertem Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior, em um ambiente de conflito e discórdia, no qual não há disposição para o auxílio mútuo, o compartilhamento da guarda poderá trazer mais prejuízos do que benefícios para o filho²⁵⁸. Em situações como essa, a guarda unilateral ainda se mostra um útil instrumento de efetivação dos interesses dos filhos, podendo inclusive ser aplicada de forma temporária, enquanto os pais trabalham a relação pacífica entre eles de modo a que passem a exercer o poder familiar em favor da prole. Verificando o juiz ser a guarda unilateral a mais adequada a determinado caso, ela deverá ser concedida ao pai que demonstre ter melhores condições de exercê-la e de propiciar aos filhos: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde e segurança e educação (art. 1.583 §2º do CCB de 2002). Nota-se que o legislador procurou objetivamente definir os fatores a serem analisados para aferir qual dos pais teria melhores condições, sendo tais fatores imprescindíveis para o saudável desenvolvimento da criança ou do adolescente. Mesmo quando os pais optam pela guarda unilateral é preciso que eles sejam esclarecidos que a atribuição da guarda a um deles não aniquila o poder familiar do outro, havendo, na opinião de Grisard Filho, um enfraquecimento do referido poder em relação ao genitor não guardião²⁵⁹. Na realidade, o que normalmente se altera é a convivência diária e com isso o genitor que estiver mais próximo, que passar mais tempo (o guardião) será o responsável por tomar pequenas decisões e/ou, quando o filho já possuir o discernimento para tanto, acompanhá-lo nesses processos decisórios, devendo aquelas decisões de grande impacto que

²⁵⁸ Cf: *Ibid.* p. 496-497.

²⁵⁹ Cf: GRISARD, *op. cit.*, p. 58

demandam planejamento ser tomadas também com a participação do genitor não guardião. É o que ocorre, por exemplo, com a concessão do consentimento para casamento.

É preciso analisar cuidadosamente a possibilidade de redução de prerrogativas do detentor da guarda, no caso de alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de qualquer cláusula do acordo de guarda prevista no artigo 1.584, §4º do CCB de 2002. A diminuição do número de horas de convívio da criança e/ou adolescente com o genitor não guardião pode ser extremamente prejudicial ao filho, podendo, inclusive, violar o Direito à Convivência Familiar que se propõe a efetivar. Além disso, alterações menores e esporádicas ajustadas entre os pais, visando a maior integração deles com a prole, devem ser estimuladas, desde que valorizem as relações paterno-filiais.

4.2.2 Guarda atribuída a terceiros

Verificado que a criança e/ou adolescente não deve ficar em companhia dos pais, seja pela desarmonia conjugal, seja pela prática de algum ato atentatório aos direitos infanto-juvenis, o juiz poderá deferir a guarda a pessoa idônea que revele compatibilidade com a natureza da medida (art. 1.584, §5º do CCB de 2002) a ser escolhida seguindo a escala de preferências do Direito à Convivência Familiar trabalhada no capítulo anterior.

A guarda é a modalidade de inserção em família substituta, a mais simples daquelas previstas no enunciado básico do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a única que coexiste com o poder familiar. Em razão dessa coexistência, deve se esclarecer ao guardião suas atribuições e em que situações será necessário que haver atuação dos pais ou que se busque a autorização judicial para a prática de determinado ato. É recomendável que o guardião mantenha uma relação cordial com os genitores da criança e/ou adolescente e necessário também que ele promova a harmoniosa convivência entre pais e filhos.

Como toda modalidade de colocação em família substituta, a concessão da guarda a terceiros, ainda que familiares, só pode ser concebida como medida excepcional e utilizada somente quando comprovado que a manutenção da criança e/ou adolescente na companhia dos pais poderá trazer prejuízos ao desenvolvimento do filho. A mera dependência econômica da criança a uma pessoa que não os pais (como, por exemplo, os avós), não autoriza a concessão

da guarda, já que, caso o sustento dos filhos não seja suficientemente suprido pelos genitores, os demais ascendentes podem ser acionados a assistir materialmente o infante, por meio de ação própria de alimentos (art. 1.694 c/c art. 1.698 do CCB de 2002)²⁶⁰.

A guarda atribuída a terceiros pode ser unilateral, se deferida a apenas uma pessoa, ou conjunta, se concedida a mais de um guardião. Não se pode falar em guarda compartilhada porque esta se destina à responsabilização de ambos os pais no exercício de deveres que obviamente decorrem do poder familiar. Como o próprio nome indica, na guarda atribuída a terceiros, nenhum dos guardiões é titular do poder familiar, sendo, portanto, ilógico se falar em compartilhamento de guarda²⁶¹.

A guarda como forma de colocação em família substituta foi regulada pelos artigos 33 a 35 da Lei nº 8.069: a guarda provisória, a guarda definitiva ou permanente e a guarda especial ou peculiar.

Apesar de, a princípio, toda a guarda ser considerada como provisória em razão da possibilidade de revisão a qualquer tempo, o termo guarda provisória é utilizado por estudiosos como Tarcísio Costa²⁶² e Waldyr Grisard Filho²⁶³, sendo também consagrado na prática forense. Guarda provisória é destinada a regularizar a situação de fato e pode ser concedida, tanto em sede liminar quanto incidental, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto nos casos de adoção por estrangeiros (art. 33 §1º).

Defere-se a guarda provisória a pessoas que têm a intenção de estar ou continuar com a criança ou com o adolescente até que uma decisão judicial as atribua um título jurídico que garanta a esta convivência um liame mais duradouro, seja pela concessão da adoção ou da tutela. Nessas ações, a guarda seria um dos efeitos do provimento final da medida. Tarcísio

²⁶⁰ Cf: MACIEL, 2010d, p. 168

²⁶¹ Sem nenhum rigor técnico ou preocupação com a finalidade do instituto, os tribunais vêm aplicando atribuindo guarda a duas pessoas e a denominando de guarda compartilhada. Em julgamento do Recurso Especial nº 1147138/SP de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, o STJ deferiu a “guarda compartilhada” de uma criança a um tio e à avó paterna. Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.12.037968-0/001, realizado no dia 15/01/2013, concedeu a “guarda compartilhada” de uma criança ao pai e aos avós maternos.

²⁶² Cf: COSTA, Tarcísio José Martins. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Belo Horizonte: Del Rey: 2004. p. 34.

²⁶³ Cf: GRISARD, *op. cit.*, p. 54.

Costa defende que também nas ações que visam à concessão da guarda definitiva, é possível o deferimento da guarda provisória²⁶⁴.

O parágrafo 2º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁶⁵ contempla duas situações distintas. A primeira delas é a guarda permanente ou definitiva, caracterizada pela primeira parte da frase, ou seja, aquela concedida “*fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares*”.

Embora questionáveis, os termos permanente ou definitivo, em razão da provisoriedade inerente ao instituto da guarda, visam contrapor a presente modalidade, ou seja, guarda permanente, da guarda provisória, contando com a aceitação de estudiosos como Waldyr Grisard Filho²⁶⁶ e José Antônio Pereira²⁶⁷.

A guarda definitiva é excepcional, tendo a expressão “atender situações peculiares” extrema importância para a caracterização da excepcionalidade. Geralmente, tais situações são aquelas nas quais o fim do poder familiar não é desejável, seja porque ainda há uma forte vinculação entre os pais e a criança, seja porque os requerentes não desejam ou não podem tentar a adoção ou tutela. Contudo, diante da impossibilidade de prever todas situações particulares, o legislador optou por usar uma expressão aberta que deu ao magistrado a possibilidade de avaliar cada caso concreto e utilizar a guarda para colocar a criança e/ou o adolescente sob os cuidados de uma pessoa idônea que terá a função de efetivar pelos seus direitos e promover o desenvolvimento de sua personalidade. Se o que caracteriza a guarda provisória é, justamente, a provisoriedade, o que marca a guarda definitiva é a peculiaridade da situação que a enseja e que se prolonga no tempo, podendo até causar risco à criança. Nessas circunstâncias, a guarda perde seu caráter fugaz e ganha ares de definitividade. Ela deve ser pleiteada em ação própria na qual tenha o deferimento da guarda como pedido final. A última modalidade de guarda é a

²⁶⁴ Cf: COSTA, *op. cit.*, p. 35.

²⁶⁵ Artigo 33 (...) § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

²⁶⁶ Cf: GRISARD, *op. cit.*, p. 54.

²⁶⁷ Cf: PEREIRA, José Antônio Borges. **O Direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente**. 2008. 246f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 152.

chamada guarda especial ou peculiar, tratada no artigo 33, §2º, segunda parte, da Lei nº 8.069, e que se destina “a suprir a falta eventual dos pais ou responsável”²⁶⁸.

Seu deferimento se dá em razão da falta eventual dos pais, eventualidade caracterizada por ser um curto período de tempo (como, por exemplo, internações para tratamento de saúde, viagens, etc.) e pela necessidade de prática de atos que não podem esperar a presença dos genitores ou do responsável sob pena de prejudicar o exercício de direitos da criança ou do adolescente, como assinatura de contrato de trabalho, internação hospitalar e etc.

A guarda especial também pode ser conferida para a prática de um ou mais atos, devendo, neste caso, constar expressamente do termo de guarda a possibilidade da prática desses atos. É o que se chama de direito de representação.

Na falta eventual dos pais ou responsável pode, também, ser considerada uma situação peculiar, tal espécie de guarda não se confunde com a guarda permanente, porque a falta ensejadora de uma situação peculiar é eventual e não se prolonga no tempo. Ela difere da guarda provisória, uma vez que nesta última a provisoriedade se dá em razão da espera até o julgamento final de uma ação cuja guarda é diretamente (ação de guarda) ou indiretamente (adoção ou tutela) objeto do processo.

Mônaco da Silva assevera que, na prática, a guarda vem sendo muito utilizada, especialmente pelas famílias de camadas sociais mais pobres em razão da simplicidade da medida e da possibilidade de convivência com o poder familiar²⁶⁹. De fato, a guarda proporciona a proteção da criança e/ou adolescente e não atribui ao seu titular diversas obrigações como se faz na tutela. Por outro lado, a proteção provida pela guarda é menos abrangente, como se verá.

4.3 Tutela

A tutela, um instituto milenar proveniente do Direito Romano, é dedicado à proteção dos incapazes, que no Direito brasileiro pouco se modificou ao longo o tempo. Embora tenha sempre sido enunciado como um instituto que visava zelar pela pessoa e pelo patrimônio do

²⁶⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 60.

²⁶⁹ Cf. SILVA, 1995, p. 58-59.

incapaz, ela sempre teve esta segunda finalidade mais evidente, especialmente quando analisado o tratamento jurídico dado ao instituto no direito nacional. Tânia Pereira destaca que no Código Civil Brasileiro de 1916 era patente que a tutela se dedicava à defesa do patrimônio do órfão rico, já que dos quarenta artigos que regulavam o instituto apenas um deles era dedicado aos “menores abandonados”²⁷⁰.

Após o advento da CRFB de 1998 e a conseqüente valorização da pessoa pelo ordenamento jurídico, o CCB de 2002 perdeu a chance de modernizar o instituto, preferindo dar-lhe novamente tratamento patrimonialista. Manteve-se grande parte dos dispositivos constantes do Código Beviláqua, sendo que alguns não coadunam com o atual paradigma constitucional brasileiro²⁷¹. Houve por parte do legislador brasileiro pouca preocupação em atualizar a tutela ou adequá-la à sua nova função dentro do Direito infanto-juvenil.

Kátia Maciel defende que, embora se tenha mantido a mesma roupagem do Código Civil de 1916, atualmente a tutela enfatiza a proteção e a formação da criança e do adolescente, além de garantir o Direito à Convivência Familiar, ainda que não na família natural²⁷². Em que pese o entendimento da referida autora, analisando as disposições do CCB de 2002, não se pode chegar a tal conclusão. Dos trinta e oito artigos que compõem o título específico dedicado ao instituto, apenas um deles é destinado à pessoa do tutelado e sequer é mencionado o Direito à Convivência Familiar. Por essa razão, da leitura do conjunto normativo, se tem a impressão de que a tutela é “um instituto voltado a resguardar a fortuna de ricos infantes órfãos, realidade que não parecer coincidir com a brasileira.”²⁷³.

Tânia Pereira enfatiza a necessidade de afastar o cunho excessivamente patrimonialista da tutela e de assumi-la como uma alternativa de acolhimento, devendo ser priorizado pelo tutor o cuidado com a pessoa do pupilo²⁷⁴.

²⁷⁰ Cf. PEREIRA, T., 2008, p. 411-412.

²⁷¹ Como exemplo da não adequação constitucional de algumas disposições, cite-se a possibilidade das mulheres casadas se escusarem de serem tutoras (art. 1.736, I, do CCB de 2002). Na vigência do CCB de 1916, tal previsão era justificável, uma vez que o casamento transformava mulher em relativamente incapaz. Hoje, não existe mais nenhuma razão para manter tal escusa.

²⁷² Cf. MACIEL, 2010d, p. 177-178.

²⁷³ ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 525.

²⁷⁴ Cf. PEREIRA, T., 2008, p. 419-420.

De fato é necessário que a tutela deixe de ser vista como um instituto de proteção de incapazes e passe a ser compreendida também como um dos meios para se efetivar o Direito à Convivência Familiar, mudança que acarretaria releitura hermenêutica da maioria das disposições legais que regem a tutela, uma vez que ela seria tratada dentro de um contexto de criação e manutenção de vínculos, incidindo sobre ela todos os princípios tratados neste trabalho, além de lhe atribuir um compromisso com a formação e com a promoção da autonomia do pupilo.

A tutela não deve mais ser tratada como um instituto assistencialista²⁷⁵, como defende Kátia Maciel²⁷⁶, mas sim como um instituto de Direito à Convivência Familiar que visa “resguardar a integridade física e moral da criança e do adolescente e propiciar seu desenvolvimento em todo o sentido, e, se for o caso, preservar seu patrimônio”²⁷⁷, buscando, prioritariamente, a proteção e a promoção dos direitos infanto-juvenis, de modo a assegurar o desenvolvimento saudável da personalidade de crianças e de adolescentes, que não estiverem sob o poder familiar.

A partir dessa nova contextualização, faz-se necessário invocar algumas regras constantes do Código Civil brasileiro, especialmente as que tratam da utilização do instituto, dos deveres do tutor quanto à pessoa do pupilo e da nomeação do tutor, não sendo objeto do presente trabalho a análise das disposições patrimoniais da tutela.

É no CCB de 2002 que há regulamentação do instituto da tutela, havendo, na Lei nº 8.069, apenas três artigos de direito material que dela tratam e cuja incidência é obrigatória quando de sua aplicação. Assim, não se pode falar na existência de uma tutela estatutária baseando-se nas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, como defendem Almeida e Rodrigues Júnior²⁷⁸, mesmo porque não existe mais a dicotomia Direito de Família/ Direito do Menor²⁷⁹.

²⁷⁵ O assistencialismo era uma das marcas do Direito do Menor, no qual as crianças e adolescentes eram vistos como pessoas carentes e incapazes, cujas necessidades o Estado poderia ou não suprir, ou seja, viviam em uma situação passiva. Hoje, tal visão é incompatível com a condição de sujeitos de direitos.

²⁷⁶ Cf: MACIEL, 2010d, p. 179.

²⁷⁷ ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55-56.

²⁷⁸ Cf: ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 186.

²⁷⁹ Mesmo no paradigma do Direito do Menor nunca houve um tratamento sistemático da tutela nos códigos de menores. O Código Mello Mattos tratava, em várias disposições, apenas sobre a destituição da tutela, enquanto o Código de Menores de 1979, no artigo 26, previa que ela seria deferida nos moldes da lei civil e que a tutela dos menores em situação irregular implicava o dever de guarda sem prazo determinado (art. 27 da mesma lei).

A tutela se destina às crianças e aos adolescentes que não estão sob o poder familiar, pela morte ou declaração de ausência dos pais ou porque estes decaíram do poder familiar (art. 1.728, I e II do CCB de 2002). Pode-se falar que, inexistindo poder familiar, as crianças e/ou adolescentes estariam sem representação legal e, em tese, em situação de violação de direitos pela falta, omissão ou abuso dos pais, configurando uma situação de risco, como previsto no artigo 98, II da Lei nº 8.069, passível de ensejar a aplicação das medidas protetivas previstas no artigo 101 da mesma lei, em especial da colocação em família substituta²⁸⁰, dentre elas a tutela.

Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior afirmam que a tutela não substitui o poder familiar, sendo, na verdade, um recurso subsidiário²⁸¹. Os autores ensinam que o poder familiar é mais amplo, gozando os pais de uma presunção *juris tantum* que agem em benefício dos filhos, tendo mais liberdade para proporcionar o pleno desenvolvimento da prole. Quanto à tutela, os mesmo autores ensinam que, por não haver a relação de filiação presume-se maior probabilidade das ações de o tutor contrariar os interesses do pupilo, razão pela qual a liberdade do primeiro é menor, havendo maior fiscalização dos seus atos pelo Judiciário e pelo Ministério Público.

Enumera o artigo 1.740 do CCB de 2002, os deveres do tutor quanto à pessoa do pupilo: dirigir sua educação, protegê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição (inciso I); reclamar do juiz que providencie a correção do tutelado, como houver por bem (inciso II) e adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do pupilo quando este for adolescente (inciso III). Somando aos deveres acima elencados e sendo a tutela um dos meios de efetivação do Direito à Convivência Familiar, também cabe ao tutor o dever de criação e educação do pupilo, o que também reflete no dever de guarda (arts. 19 e 36, parágrafo único, da Lei nº 8.069). Destaque-se que a tutela é, então, mais abrangente que a guarda, pois, além de incluí-la, também, há os outros deveres e as obrigações de administração dos bens e de representação ou assistência.

Tudo o que já dito sobre os deveres de criação e de educação se aplicam à tutela, ou seja, deve o tutor promover a educação informal e, por vezes, a não-formal e acompanhar a educação formal do pupilo. A única modificação é que não caberá ao tutor realizar todos os atos de

²⁸⁰ Incluir-se-ia também a família extensa, já que a inclusão em tais famílias se dá por guarda ou por tutela.

²⁸¹ Cf. ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 509.

correção do tutelado, devendo solicitar ao juiz que promova as intervenções mais enérgicas, quando necessárias²⁸².

Para a satisfação do dever de prestação de alimentos, o tutor pode recorrer primeiramente ao patrimônio do pupilo, isto é, a partir dos bens e dos haveres do tutelado é que deve ser estabelecido seu padrão de vida (escola a ser frequentada, atividades extracurriculares, etc.). Contudo, não havendo patrimônio, caberá ao tutor arcar com as despesas do pupilo, uma vez que tal incumbência faz parte do dever de guarda a ele atribuído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O dever de guarda passou a ser inerente à tutela, independente da modalidade adotada e não mais aplicada somente para uma determinada parte da população infanto-juvenil (menores em situação irregular), como preconizava o Código de Menores de 1979. Tal previsão enfatiza a inclusão deste instituto no Direito à Convivência Familiar, já que a atribuição da guarda ressalta a necessidade do convívio diário entre tutor e tutelado, o que é indispensável à formação de crianças e de adolescentes, especialmente para o desenvolvimento da capacidade de construção de vínculos e de sentimentos positivos, como a confiança, autoestima e pertencimento. Não há, portanto, mais espaço para o tutor meramente administrador dos bens, devendo ele assumir um papel ativo em todos os aspectos da vida do pupilo, especialmente, como ressalta Kátia Maciel, na preparação do tutelado para a vida autônoma, já que com a aquisição da capacidade civil cessará a tutela²⁸³. Analisando isoladamente o artigo 1.732 do CCB de 2002, poder-se-ia concluir que somente a tutela na modalidade dativa haveria a obrigação de tutor e pupilo residirem no mesmo domicílio, o que não se coaduna com a atual essência do instituto. Ligado a este dever implícito de promoção da autonomia, previu-se a obrigação do tutor em ouvir a opinião do pupilo adolescente (art. 1.740, III, do CCB de 2002), uma das poucas inovações trazidas pelo Código Civil vigente e que obviamente está de acordo com a CIDC. Mesmo não expressamente previsto, sob a ótica do Direito à Convivência Familiar, poder-se-ia se falar em obrigação do tutor de promover o convívio do pupilo com seus parentes que não exercem a tutela e com qualquer outra pessoa que exerça uma influência positiva na vida da criança ou do adolescente. Tal dever reforçaria os laços

²⁸² Cf: *Ibid.*, p. 525.

²⁸³ Cf: MACIEL, 2010d, p. 179

positivos já criados pelo tutelado, evitando possíveis traumas decorrentes da ruptura desses relacionamentos²⁸⁴.

O Código Civil brasileiro de 2002 conservou as três modalidades de tutelas e manteve a mesma ordem de preferência existente no Código Civil anterior: primeiramente a tutela testamentária (na qual o detentor do poder familiar aponta uma pessoa para ser o tutor para seu filho), posteriormente a tutela legítima (aquela em que é nomeado como tutor um parente escolhido de acordo uma ordem estabelecida na lei) e, por fim, a tutela dativa ou legal (na qual o magistrado escolhe como tutor uma pessoa idônea).

Esta ordem reflete uma série de presunções legais, uma vez que na tutela testamentária se presume que os pais são aqueles que melhor podem avaliar qual pessoa é a mais adequada para cuidar de seus filhos e que a tutela legítima privilegia os familiares em detrimento dos não familiares, em razão dos parentes, em tese, oferecerem um ambiente conhecido para as crianças e/ou adolescentes, o que facilitaria a proteção e o desenvolvimento destes²⁸⁵. Para a nomeação do tutor, o magistrado deve seguir essa ordem legal para verificar a plausibilidade da escala de preferências, mas que a tutela deve ser atribuída ao indivíduo mais adequado a assumir o *múnus*, independente de ter sido nomeado pelos pais, pela lei ou pelo juiz. Há quem entenda que o julgador não se encontra totalmente vinculado à escala de convocação prevista no Código Civil, devendo a nomeação focar-se no melhor interesse da criança²⁸⁶.

A primazia da escolha do tutor pelos pais (tutela testamentária), resquício da época na qual o pátrio poder refletia uma família hierarquizada, foi atenuada pela Lei nº 12.010, que, modificando o artigo 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente previu que o desejo dos pais só será respeitado se, após o procedimento judicial, verificar que, além da medida ser vantajosa para o pupilo, não há outra pessoa com melhores condições de exercer o *múnus*.

A manutenção dessa ordem de preferências é mais um apego à tradição brasileira do que realmente necessária, podendo ter sido totalmente suprimida e utilizada a escala de primazia de efetivação do Direito à Convivência Familiar, trabalhada no capítulo anterior, a que melhor analisa os vínculos existentes entre a criança e/ou adolescente e a pessoa que pode acolhê-los,

²⁸⁴ A visitação será analisada no tópico 4.5 desse trabalho.

²⁸⁵ Cf: ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 510.

²⁸⁶ Cf: PEREIRA, A., 2008, p. 194.

por ser dentro deste direito que se encontra a tutela. Destaque-se que o exame aqui proposto tem o objetivo de adaptar a tutela ao Direito infante-juvenil, mas que a revitalização do instituto, o que poderia torná-lo mais utilizado, passa necessariamente pela desburocratização de algumas normas que tratam dos aspectos patrimoniais da tutela e impõem diversas obrigações, algumas delas onerosas ao tutor.

4.4 Adoção

A adoção, tal como o poder familiar (antigo pátrio poder) e a tutela, é instituto cuja origem encontra-se no Direito Romano, possuindo hoje uma concepção diferente daquela anterior ao advento da Constituição da República Federativa do Brasil. Até então, a adoção era vista como um ato de caridade, pelo qual se ‘dava’ uma criança a uma família, tendo, pois, por foco era a realização dos interesses dos adultos. No entanto, dentro do atual paradigma dos direitos infante-juvenis, a adoção, como todos os demais institutos jurídicos, se volta para atender aos interesses das crianças e dos adolescentes, ou seja, a busca de uma família para acolher uma criança²⁸⁷.

A partir dessa concepção busca-se a criação de uma nova cultura da adoção no país, uma vez que essa nova visão do instituto ainda não se encontra socialmente enraizada. Existe no país uma procura por um perfil específico de infantes para serem adotados²⁸⁸, o que relega uma parcela expressiva de crianças e de adolescentes, geralmente composta por “grupos de irmãos, as crianças maiores e adolescentes, aqueles com deficiência ou com necessidades específicas de saúde, os afrodescendentes ou pertencentes a minorias étnicas”²⁸⁹, a viverem em instituições de acolhimento institucional até completarem a maioridade. A mudança cultural a ser realizada pressupõe um investimento consistente na conscientização e na sensibilização da sociedade brasileira sobre os direitos da criança e do adolescente²⁹⁰ e a desmistificação da crença de que a adoção de crianças em terna idade é a ideal, por ser mais fácil a adaptação do adotado à família do(s) adotante(s). O que realmente facilita esse processo de adaptação é a efetiva inclusão do adotando na família do adotante, o que englobaria os demais familiares e

²⁸⁷ Cf: KREUZ, *op. cit.*, p. 122-123 e PERREIRA, T., 2008, p. 441.

²⁸⁸ No processo de habilitação para adoção, os interessados preenchem um perfil da criança que desejam adotar e, geralmente, indicam crianças com até dois anos de idade, de pele clara, de preferência do sexo feminino e que não tenham nenhuma necessidade especial, não aceitando também adotar irmãos.

²⁸⁹ BRASIL, 2006, p. 73.

²⁹⁰ BRASIL, *loc. cit.*

até mesmo o ciclo de amizades dos novos pais, além de se proporcionar um ambiente acolhedor ao filho. Tal inclusão não significa apenas a mudança do patronímico, passando também pela total aceitação dos defeitos, das qualidades, da história de vida e etc., sendo essencial que os adotantes não escondam do filho suas origens. Ou seja, falta uma cultura de Direito à Convivência Familiar tal como proposta neste trabalho.

Há quem defenda que a adoção é a forma de inserção em família substituta mais importante, a única apta a proporcionar uma proteção mais efetiva, extensa e duradoura²⁹¹ ou por dar à criança uma família com os mesmos deveres e direitos da família biológica²⁹². Na verdade, nota-se aí uma ilusão de que somente a adoção é capaz de realizar a proteção definitiva do adotando. Apesar de não expresso, tal preocupação tem objetivo patrimonial, o de garantir os fins sucessórios e não existencial. Todos os demais institutos (guarda e tutela) podem igualmente resguardar os liames de afeto e de convivência, que são os que realmente importam. A preponderância de tais vínculos foi reforçada pela Lei n° 12.010 que tornou a adoção uma medida excepcional aplicável somente quando impossível a permanência da criança e/ou do adolescente na família natural ou extensa (art. 39, §1º), isto é, existindo a relação de parentesco próximo, de convivência e laços de afinidade e afetividade, a adoção não deve ser a medida aplicada. Esse entendimento nada mais representa do que o reconhecimento de que é dever de toda a família zelar pelo bem-estar de suas crianças e de seus adolescentes. Consigne-se ainda que mesmo não havendo convívio, afinidade e/ou afetividade, o que afastaria o reconhecimento de família extensa, é vedada a adoção por ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, §1º da Lei n° 8.069)²⁹³. Em casos de colocação em família substituta, primeiramente se busca a pessoa mais apta a acolher a criança, para posteriormente, definir qual instituto será utilizado. Não existe uma ordem de preferência entre as formas de colocação, só sendo aceitável falar-se em preferência pela adoção nas hipóteses em que não haja uma família substituta disposta a acolher a criança ou o adolescente com a qual eles não possuam vínculos de qualquer natureza.

²⁹¹ Cf: SILVA, 1995, p.93

²⁹² Cf: PEREIRA, T., 2008, p. 198-199

²⁹³ Nery Júnior e Machado defendem que a adoção pelos irmãos ou ascendentes não só não representa uma maior proteção à criança ou ao adolescente como seria uma intervenção artificial e desnecessária na ordem natural da família. (Cf: NERY JÚNIOR MACHADO, *op. cit.*). O mesmo raciocínio pode ser aplicado à adoção feita por membro da família extensa.

A excepcionalidade da adoção se dá em razão de ela ser uma medida que rompe os vínculos biológicos com a família natural, ressalvado os impedimentos matrimoniais (art. 41 §1º da Lei nº 8.069), isto é, ela efetivamente desconstitui e, ao mesmo tempo, cria novos laços de parentesco do adotando com os adotantes. Não há, pois, substituição dos titulares do poder familiar, e sim a extinção do poder familiar dos pais naturais e estabelecimento do poder familiar dos pais adotivos²⁹⁴.

A adoção é, portanto, um instituto protetivo e de extrema importância dentro do Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes, devendo sua utilização ser feita de forma segura e consciente, já que é a única das formas de colocação em família substituta que cria situação jurídica permanente (a filiação), e que é irrevogável. Não há mais o caráter assistencialista de outrora. Por tal razão, a adoção tem requisitos estabelecidos com o intuito de proporcionar maior segurança à concessão da medida. São requisitos da adoção: “idade mínima que deve ter o adotante, estabilidade da família, diferença de 16 anos entre adotante e adotando, consentimento dos pais biológicos, concordância do adotando e reais vantagens para o adotando.”²⁹⁵, devendo-se acrescentar ainda a necessidade de a adoção se fundar em motivos legítimos (art. 43 da Lei nº 8.069).

O artigo 42 enunciado básico do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a idade mínima de dezoito anos para uma pessoa adotar, independente do seu estado civil, idade esta que segue as regras de capacidade civil. Com tal idade um indivíduo estaria apto a exercer a maternidade ou paternidade de forma responsável? Tal previsão é apenas um dos requisitos a ser analisado junto aos demais para verificar se a medida é recomendável.

A comprovação da estabilidade familiar é também imprescindível quando se trata de adotantes casados ou que vivem em união estável, o que reflete uma preocupação do legislador com o ambiente ao qual a criança e/ou o adolescente será inserido. A existência de um ambiente acolhedor e livre de pessoas dependentes de entorpecentes (art. 19 caput da Lei nº 8.069) é um dos aspectos do Direito à Convivência Familiar, como já trabalhado anteriormente, essencial para efetivamente proporcionar também os demais direitos infanto-juvenis. Para Mônaco da Silva, “requerentes vivendo em permanente estado de desarmonia

²⁹⁴ Cf. ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 487.

²⁹⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. 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, 2010. p. 230.

não preenchem, por óbvio, tal requisito e, por essa razão, não estão aptos a adotar uma criança ou adolescente.”²⁹⁶ Para a avaliação de tal requisito é necessária a atuação da equipe inter profissional das varas da Infância e da Juventude a quem cabe entrevistar a família e colher informações que constarão do estudo a ser encaminhado ao processo, devendo a intervenção técnica ocorrer pelo menos uma vez em qualquer processo de adoção, sendo que quando se tratar de requerentes que integram o cadastro de interessados em adotar, a estabilidade familiar também deverá ser avaliada no processo judicial de habilitação²⁹⁷. Apesar de a lei prever a necessidade de um espaço temporal de idade de dezesseis anos entre adotante e adotando, deve-se examinar tal requisito dentro de um juízo de razoabilidade. Na verdade que a diferença etária existe para que ao menos simule uma paternidade/maternidade real, já que a ausência de uma condição dessa natureza poderia levar a estranhas situações nas quais o pai ou a mãe seria pouco mais velho que o filho. Porém, havendo fortes laços entre adotando e adotante e grande lapso temporal de convivência, a existência de uma distância etária um pouco menor entre eles não pode ser motivo para obstar a concessão da medida.

Requisito extremamente controverso é a necessidade do consentimento dos pais biológicos que não sejam desconhecidos, falecidos ou destituídos do poder familiar para a adoção. A “adoção tem o condão de desfazer a filiação anterior, a concordância dos pais não só equivale à renúncia do seu direito de ser mãe e pai – o que por si só já é questionável -, mas à abdicação do direito do filho de assim os ter.”²⁹⁸ Realmente, condicionar a adoção ao consentimento materno/paterno é novamente colocar a população infanto-juvenil em situação passiva em relação aos seus direitos. O direito de ser criado na família natural e excepcionalmente em família substituta é de todas as crianças e todos os adolescentes. Não é, pois dos pais, ou seja, se fosse dos pais teriam eles o poder de renunciar a um direito personalíssimo do filho. Almeida e Rodrigues Júnior defendem que aquiescência dos pais só será válida se aliada à válida concordância do filho e se a concessão da medida for a que melhor atende aos interesses do adotando²⁹⁹. Avaliando todos os demais requisitos da adoção, a aquiescência é, na verdade, totalmente dispensável. A adoção pressupõe a destituição do poder familiar, ainda que os pedidos possam ser cumulados em uma mesma ação, destituição esta que só poderá ocorrer nas hipóteses já tratadas nesse trabalho.

²⁹⁶ SILVA, 1995, p. 99.

²⁹⁷ Cf: BORDALLO, *op. cit.*, p. 231-232.

²⁹⁸ ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 395.

²⁹⁹ Cf: ALMEIDA, RODRIGUES JÚNIOR, *loc. cit.*

A manifestação de vontade da criança é também requisito ao deferimento da adoção, devendo o adotando, sempre que possível, ser previamente ouvido pela equipe inter profissional, que deverá relatar ao juiz o ocorrido (art. 28, § 1º da Lei nº 8.069). Galdino Bordallo adverte que, apesar de constar a expressão “sempre que possível”, deve ser esta entendida como sempre, sendo ela dispensável apenas quando o adotando não puder exprimir sua opinião, seja pela tenra idade, seja por ser uma pessoa com necessidade especial³⁰⁰. Se o adotando for criança, caberá ao magistrado considerar a opinião externada e fundamentar expressamente, caso decida contrariamente ao desejo da criança³⁰¹. Caso o adotando seja adolescente é indispensável sua concordância para a efetivação da adoção (art. 28, §2º da Lei nº 8.069), não havendo possibilidade da aquiescência do adotando ser suprida pelo juiz.

É também requisito para a concessão da adoção que esta proporcione reais vantagens para o adotando. Em um primeiro momento, pode-se entender que a expressão “reais vantagens” seria extremamente subjetiva, dando ao julgador ampla discricionariedade, o que não condiz com o Direito infante-juvenil. Definitivamente, o termo ‘reais vantagens’ não deve ser compreendido como melhor padrão de vida ou como a possibilidade de o adotando residir em outro país (adoção internacional), o que valorizaria o aspecto puramente patrimonial. Sua compreensão deve pautar-se para realização pessoal do adotando, ou seja, reais vantagens significa possibilitar o desenvolvimento saudável da personalidade da criança e a garantia de seus direitos fundamentais.

O último dos requisitos da adoção é que esta se baseie em motivos legítimos, cuja aferição deve ser também avaliada pela equipe técnica das varas da Infância e de Juventude. Difícil conceituar ou indicar todos os motivos que seriam legítimos (embora o desejo de exercer a maternidade/ paternidade seja o mais claro deles), sendo mais fácil apontar aqueles que não podem ser assim considerados. Compaixão, superar o luto pela morte de um filho, salvar um casamento, buscar companhia para a velhice, garantir uma herança, etc. são exemplos de motivos pelos quais não se deve conceder uma adoção.

Ao lado dos requisitos existem outras previsões que também visam assegurar o sucesso da adoção: o estágio de convivência e o cadastro de pessoas interessadas em adotar.

³⁰⁰ Cf: BORDALLO, *op. cit.*, p. 238

³⁰¹ BORDALLO, *loc. cit.*

O estágio de convivência tem “uma única finalidade: apurar, depois de decorrido certo lapso de tempo, se o adotante e o adotando se adaptaram mutuamente. É, na verdade, um período de prova tendente a detectar se o relacionamento entre ambos vingou satisfatoriamente.”³⁰² Durante esse lapso temporal, adotante e adotando são acompanhados pela equipe inter profissional do Juízo que elaborará um estudo técnico que indicará como se deu a interação e a adaptação entre a criança e/ou o adolescente e a família. Tal avaliação técnica é feita tendo como base um determinado período de tempo, sendo, portanto, uma informação importante para projetar o sucesso da adoção, embora não seja possível ter certeza de que ela será bem sucedida. Todavia, quando se verifica a não adaptação entre adotante e adotando, o estágio de convivência serve para descartar essas pretensas adoções, as quais dificilmente terão êxito. Destaque-se ainda que o estágio de convivência é obrigatório sempre que se tratar de adoção transnacional, podendo ser substituída pela concessão da guarda provisória ao(s) adotante(s) no caso de adoção nacional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, desde sua redação original, determina que cada comarca deve manter um cadastro de crianças e de adolescentes aptas à adoção e um segundo cadastro formado por pessoas habilitadas a adotar.

A existência de um cadastro nos moldes previstos na legislação nacional é extremamente salutar para facilitar o processo de adoção. Há uma ação prévia de habilitação de pessoas interessadas, cujo procedimento é detalhado nos artigos 197-A a 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual são avaliadas as condições objetivas (saúde física e mental, envolvimento com a criminalidade e etc.) e subjetivas (motivação) dos postulantes e realizada uma preparação prévia visando assim selecionar apenas aquelas pessoas consideradas aptas a atingir os objetivos da adoção. Além de proporcionar maior segurança, o cadastro dá também celeridade ao processo de adoção, por permitir “que a criança seja colocada em adoção tão logo sua situação jurídica (destituição do poder parental) esteja definida, não se perdendo tempo na preparação e seleção de pretendentes a sua adoção.”³⁰³

A Lei nº 12.010 determina que a convocação para a adoção deve seguir a ordem cronológica de habilitação, podendo esta ser afastada apenas nas hipóteses de adoção *intuitu personae*, que serão posteriormente analisadas. Os interessados são ordenados conforme o perfil da pessoa

³⁰² SILVA, 1995, p. 120.

³⁰³ KREUZ, *op. cit.*, p. 127.

que desejam adotar, sendo este o único motivo para uma possível demora em se encontrar uma criança ou um adolescente. Quanto mais distante do perfil comum (como, por exemplo, uma criança com mais de quatro anos) mais fácil e rápido será encontrado um adotando.

Questiona-se a necessidade de seguir a ordem cronológica e que se deve buscar no cadastro o interessado mais indicado para determinada criança ou adolescente, o que nem sempre se dá, respeitando a escala cadastral³⁰⁴. A determinação legal visa também dar publicidade sobre as pessoas cadastradas e demonstrar que o Estado age de forma imparcial, não privilegiando determinadas pessoas ou determinados casais³⁰⁵. Busca-se assim diminuir o subjetivismo que marcava o Direito do Menor, privilegiando o entendimento de que se todos foram considerados aptos deve-se respeitar o princípio constitucional da igualdade.

A ordem cronológica cadastral pode ser excepcionada nos casos de adoção *intuitu personae*, aquelas situações nas quais existem laços fortes entre adotando e adotante que devem ser priorizados, situações em que o interessado não quer adotar uma criança ou um adolescente, mas sim deseja adotar determinada criança ou determinado adolescente. O artigo 50, §13 da Lei nº 8.069 preconiza que somente será deferida a adoção em favor de interessado não habilitado domiciliado no país quando se tratar de: adoção unilateral, aquela nas quais o adotante é casado ou vive em união estável com um dos pais do adotando (I); adoção pleiteada por parente com o qual o adotando possua vínculos de afetividade e afinidade (II)³⁰⁶; ou adoção requerida por interessado que detenha tutela ou guarda legal do adotando por mais de três anos, desde que se comprove que durante o tempo de convivência foram estabelecidos liames de afetividade e afinidade, não tendo havido má-fé ou que o início do convívio não se deu em razão de subtração ou de paga ou promessa de paga pela criança ou pelo adolescente (III).

Analisando o permissivo legal, verifica-se que todas as exceções se destinam à preservação dos laços de convivência, afetividade e afinidade, um dos aspectos principais do Direito à Convivência Familiar, já que a existência de tais vínculos é a base para promover o

³⁰⁴ Cf: KREUZ, *loc. cit.*

³⁰⁵ Cf: BORDALLO, *op. cit.*, p. 227.

³⁰⁶ A presente previsão poderia, a priori, contrastar com a excepcionalidade da medida de adoção, que só deveria ser deferida quando for impossível a permanência da criança e/ do adolescente na família natural ou extensa (art. 39, §1º da Lei nº 8.069). Entretanto, o inciso II do art. 50 §13 da mesma lei, não faz referência ao parentesco próximo, o que juntamente com os liames de afetividade e afinidade caracterizaria família extensa.

desenvolvimento infanto-juvenil. Assim, as exceções previstas são adequadas e essenciais para a efetivação de todos os direitos infanto-juvenis. Incompatível com a sistemática de respeito ao cadastro de interessado estipulado no direito pátrio é a chamada adoção dirigida defendida por autores como Dimas de Carvalho e Galdino Bordallo³⁰⁷. Na adoção dirigida, os pais entregam diretamente os filhos a terceiros para serem adotados. Os autores asseveram que ninguém melhor que os pais para escolherem quem irá ser o pai efetivo de seus filhos. O entendimento defendido é absolutamente ilógico, uma vez que o poder familiar existe para ser exercido pelos genitores e não para que estes possam abrir mão dele em prol de outra pessoa. Além disso, as formas de exercício do poder familiar estão elencadas no artigo 1.634 do Código Civil, não havendo lá nenhuma previsão que se aproxime da adoção dirigida. Se a indicação de tutor feita pelos pais como exercício do poder familiar já foi atenuada pela legislação nacional para se adequar ao atual Direito infanto-juvenil, quem dirá a possibilidade de renúncia do próprio poder familiar³⁰⁸.

Embora a legislação tenha previsto as exceções de forma taxativa, a jurisprudência brasileira vem admitindo a concessão da adoção fora das hipóteses acima mencionadas havendo período longo de convivência entre adotando e adotante(s), que pode ser um familiar ou não, ainda que não tenha sido concedida a guarda legal em nome do melhor interesse da criança.³⁰⁹ Tais situações são complicadas para o julgador, mas é importante que ele baseie sua decisão não apenas no aspecto temporal, mas também para verificar se a criança realmente desenvolveu vínculos com o guardião de fato e não foi este que se apegou ao pretense adotando. Esse é um dos maiores equívocos na prática judicial da adoção, ainda um resquício da cultura adultocêntrica do Direito menorista. Destaque-se que uma decisão que defira a adoção nesses casos, é, em tese, uma decisão *contra legem* e como tal exige do magistrado um grande ônus argumentativo na fundamentação do julgado.

Adoção deve ser realizada com a observância do cadastro de interessados em adotar. Sendo uma criança ou um adolescente apto a ser adotado, primeiramente, deve-se realizar uma busca no cadastro de interessados na comarca em que está o adotando. Verificando a inexistência de

³⁰⁷ Cf: CARVALHO, *op. cit.*, p. 22-23 e BORDALLO, *op. cit.*, p. 251.

³⁰⁸ Curiosa é a postura de Galdino Bordallo que defende a adoção dirigida, mas reconhece que ela é incabível nos casos de adoção internacional. Ora, se dirigir a adoção do filho é uma forma de exercício do poder familiar, não haveria diferença nenhuma em o pai escolher um pai afetivo, expressão usada pelo autor, que é domiciliado no país ou no exterior. Cf: BORDALLO, *op. cit.*, p. 255.

³⁰⁹ Esse foi o entendimento esposado pela Terceira do STJ nas decisões dos REsp 1172067/MG e REsp 1347228/SC julgados em 10/03/2010 e 06/11/2012, respectivamente.

pessoas habilitadas e desejosas de um filho com tal perfil, passa-se a buscar os interessados inscritos nos cadastros estaduais e, posteriormente, nacional e não havendo pretensão adotante no país, buscam-se interessados domiciliados fora do país, havendo preferência pelos brasileiros que residem no exterior³¹⁰. Esta é a chamada adoção internacional ou transnacional, cuja aplicação é subsidiária. Como visto no capítulo anterior, esse sistema segue uma lógica de preservação de laços sociais, culturais e linguísticos.

Na prática, a adoção internacional tem-se mostrado uma excelente alternativa para que crianças e adolescentes que possuem perfil diferente daquele eleito pelas pessoas que se habilitam à adoção nacional tenham garantido seu Direito à Convivência Familiar em família substituída³¹¹.

A adoção internacional é aquela na qual o postulante (pessoa ou casal) é residente ou domiciliado fora do Brasil (art. 2º da Convenção de Haia, relativa à proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de adoção internacional de 1993 e art. 51 *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente), ou seja, o que determina se na adoção de uma criança ou de um adolescente brasileiro serão também aplicadas as regras previstas para a adoção internacional, é o local de residência do postulante e não sua nacionalidade.

A adoção nacional é considerada medida excepcional, sendo a adoção internacional a exceção da exceção. Como esta provoca uma ruptura total do adotante com a maior quantidade de vínculos, ela também é cercada de algumas peculiaridades que buscam um maior sucesso da medida, segue um procedimento diferenciado de habilitação, uma vez que o interessado tem que se habilitar no país de domicílio, processo que, posteriormente, é reanalisado no Brasil, podendo ser também complementado em território nacional. Somente após todo esse trâmite é expedido o laudo de habilitação com o qual pode ajuizar a ação de adoção perante uma das varas da Infância e da Juventude do país (art. 52 da Lei nº 12.010).

Outra modificação do procedimento é a indispensabilidade do cumprimento do estágio de convivência em território brasileiro pelo prazo mínimo de trinta dias. Mônaco da Silva se posiciona contrariamente a este prazo, asseverando que sua fixação dificulta a adoção transnacional, já que são poucos os interessados que podem deixar seus países por mais de

³¹⁰ Cf. CARVALHO, *op. cit.*, p. 19.

³¹¹ Cf. SILVA, 1995, p. 137.

trinta dias³¹². O autor ainda rechaça o entendimento de que o prazo estabelecido permite avaliar o grau de adaptação entre adotando e adotante e coíbe o tráfico de crianças. A verdade é que o entendimento esposado por Silva não só não traz nenhuma solução como contraria o sistema protetivo delineado para o Direito à Convivência Familiar no Brasil. Tais cuidados são realmente necessários porque o não sucesso de uma adoção internacional deixará uma criança ou um adolescente sozinho em um país desconhecido, no qual ele possivelmente nem sequer saiba falar a língua. Logicamente, quando se trata de adoção, pressupõe-se que esta atingirá seu objetivo de proporcionar a uma criança uma família capaz de zelar pela formação de sua personalidade, mas todos os cuidados devem ser tomados para que haja menos riscos de um insucesso da medida.

4.5 Visitação

O direito de visitas foi assimilado no direito brasileiro como decorrência da concessão da guarda de filhos a um dos pais quando ocorria a ruptura da convivência do casal, isto é, quando um dos genitores ficava com a guarda da prole e ao outro pai se atribuía o direito de visitar seus filhos. A visitação foi, portanto, um meio criado para que o pai não guardião mantivesse contato com o filho, ainda que não houvesse, naquele tempo, preocupação com a qualidade desse contato, ou seja, a visitação foi concebida como um direito do pai, decorrente do pátrio poder, e não como um direito do filho, visão que correspondia ao paradigma do menor vigente à época.

O direito de visita ganhou novas dimensões, ampliando a possibilidade de sua utilização para além da relação paterno/materno-filial. Para Waldyr Grisard Filho, a visitação se baseia “na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares, à subsistência real, efetiva e eficaz.”³¹³. De fato, as visitas se destinam a suprir necessidades que, todavia, podem e devem ser providas não só pelos pais, mas também por outros familiares e até por não familiares.

O argumento utilizado para a não estipulação do direito de visitas para pessoas que não os genitores seria que a concessão de tal medida consistiria em uma interferência indevida no pátrio poder (hoje poder familiar) dos pais. Tal argumento só fazia sentido quando ainda se acreditava que o pátrio poder era um direito apenas dos pais, crença que Edgard Bittencourt já

³¹² Cf: *Ibid.*, p. 137.

³¹³ GRISARD, *op. cit.*, p. 94.

questionava na década de 1980, defendendo que não se podia dizer que “o pátrio poder prepondera sobre a conveniência de o menor avistar-se periodicamente com quem lhe dedique afeto e amparo real ou potencial.”³¹⁴.

O contato da criança e do adolescente com pessoas com as quais possuem laços saudáveis não contraria o poder familiar, vez que a visita se destina a contribuir com a formação dos infantes e jovens, cabendo somente aos pais a participação efetiva e diária na vida de prole e a fiscalização da educação dos filhos³¹⁵:

(...) nada mais natural que a extensão do direito de visita a todos os indivíduos que se vinculem uns aos outros por laços de afetividade, naturais, por afinidade ou por vontade expressa, em um espaço de convívio permanente, com ou sem vínculo familiar, desde que, no caso das crianças e adolescentes, nos limites do seu melhor interesse e de sua proteção integral³¹⁶.

O direito à visitação deve ser encarado como direito infanto-juvenil e não como um direito dos adultos, tanto que pode ser suprimido se se mostrar desfavorável ao desenvolvimento da criança. Os pais, principalmente, também devem manter o convívio com as crianças e/ou com os adolescentes, porém são os interesses destes que têm que ser atendidos, sob pena de o visitante ser impedido de continuar convivendo com o visitado. Por tal razão, Dimas de Carvalho afirma que o direito de visitas é um direito personalíssimo atribuído a toda população infanto-juvenil de conviver com o pai que não possui a guarda, com seus parentes e com as pessoas com quem possua liame de afetividade³¹⁷. Embora a extensão da visitação a terceiros possa ser claramente depreendida das normas que compõem o microsistema dos Direitos da Criança e do Adolescente, a legislação brasileira ainda se mostra tímida em reconhecer tal prerrogativa, sendo que, somente em 2011, foram modificados dispositivos do CCB de 2002 e do Código de Processo Civil, assegurando expressamente o direito de visitas aos avós (Lei nº 11.398)³¹⁸.

³¹⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 4ª ed. São Paulo: Leud, 1987, p. 203.

³¹⁵ Cf: XAVIER, *op. cit.*, p. 67-68.

³¹⁶ Cf: *Ibid.*, p. 72.

³¹⁷ Cf: CARVALHO, *op. cit.*, p. 68.

³¹⁸ Parece ilógico que para a configuração da família extensa tenha se estabelecido os requisitos da relação da convivência e dos vínculos de afinidade e afetividade se não há interesse na manutenção de tal relação e tais vínculos no caso de uma dissolução da sociedade conjugal ou do deferimento da guarda ou tutela a um dos parentes.

O direito de visitas pode se fundar em três situações: no poder familiar, no vínculo de parentesco ou no liame de afetividade³¹⁹. No entanto, o referido direito tem apenas um fundamento: a manutenção dos vínculos saudáveis indispensáveis à formação do visitado. Em relação aos pais, existe uma presunção de que a conservação dos laços paterno-filiais é benéfica para crianças e adolescentes. Entretanto, comprovado que o convívio é prejudicial, a visitação pode ser suspensa ou interrompida, ainda que subsista o poder familiar, sendo tal atitude até mesmo recomendável nas hipóteses de violência intrafamiliar. Quanto a terceiros (familiares ou não), para a concessão judicial do direito de visitas deve ser comprovada a existência dos vínculos de afetividade, afinidade e convivência.

A visitação tem como principal peculiaridade ser o único instituto capaz de garantir o efetivo e saudável convívio de crianças e de adolescentes com aqueles que contribuem para o desenvolvimento de sua personalidade³²⁰ que pode ser utilizado em qualquer das facetas do Direito à Convivência Familiar, isto é, as visitas devem ser garantidas ainda que o visitado esteja em sua família natural, em família ampliada, em família substituta ou até mesmo sob medida protetiva de acolhimento.

Estando a criança ou o adolescente em sua família natural, a visitação poderá ser efetuada pelo pai que não possui a guarda judicial do(s) filho(s) ou por terceiros independentemente de a guarda ser exercida por um ou pelos dois pais. Na primeira hipótese, o direito de visitas deve ser tratado como a manutenção do poder familiar por ambos os pais, seja por ruptura da sociedade conjugal ou porque esta nunca chegou a existir, tendo como principal função oportunizar ao genitor não guardião acompanhar e participar do crescimento do filho³²¹, “incentivando e consolidando o vínculo paterno e materno-filial”³²². Lado outro, também pode ser assegurado à criança e ao adolescente o direito de manter o convívio com terceiros, familiares ou não, com quem o visitado tenha vínculos independentemente da natureza destes, apesar de, como já dito, a legislação brasileira só garantir expressamente aos avós o direito de visita.

Na família extensa e na família substituta, a possibilidade de assegurar o direito de visitação depende de a criança ou o adolescente estar sob guarda ou tutela. Se o visitado estiver sob

³¹⁹ Cf: MACIEL, 2010b, p. 109

³²⁰ Tais pessoas são chamadas de pessoas de referência, como já tratado neste trabalho.

³²¹ Cf: MEIRA, *op. cit.*, p. 298

³²² *Ibid.*, p. 106.

guarda, poderá ser lhe assegurado o direito de ser visitado tanto por terceiros quanto pelos pais. Contudo, quanto aos genitores, a visitação poderá ser impedida por ordem judicial expressa e fundamentada da autoridade judicial competente, ou se a guarda for deferida como medida preparatória para a adoção, uma vez que neste último caso a criança ou o adolescente estaria em preparação para a vida em outra família e o contato com os pais dificultaria muitas vezes o complicado processo de adoção (art. 33, §4º da Lei nº 8.069). Quando o visitado estiver sob tutela, só há de se falar em direito de visitas de terceiros e não dos pais, isso porque, como tratado anteriormente, na tutela os pais são falecidos, declarados ausentes ou não possuem poder familiar (suspensão ou destituído) por terem praticado atos contrários ao interesse da prole.

Se a criança ou o adolescente estiver em acolhimento familiar ou institucional, as visitas não só são recomendadas como é obrigatório às instituições promoverem o convívio entre o acolhido e sua família, conforme se verá no próximo tópico, devendo o mesmo tratamento ser estendido a todas aquelas pessoas de referência.

Grisard Filho adverte que existe pouca regulamentação da visitação no direito pátrio e chama atenção para a necessidade de uma legislação que regule o conteúdo, a extensão e o modo de exercício desse Direito³²³. A falta de uma lei específica fez com que a jurisprudência tentasse estabelecer parâmetros para a fixação do regime de visitas, como idade, vontade manifesta, a disponibilidade de tempo do visitante e do visitado, o grau de afeto entre eles, a união de irmãos, dentre outros, devendo na escolha do lugar, do tempo e da forma da visitação estarem compatibilizados os interesses de todos os envolvidos, mas prioritariamente se deve zelar pelos interesses do visitado³²⁴.

Dentre os critérios acima citados, merece destaque a vontade manifestada do visitado, como decorrência natural dos princípios da participação e da autonomia progressiva, pilares da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Como assevera José Luiz Silva, se a opinião da criança ou adolescente é levada em consideração nos casos de colocação em família substituta, ela também deve ter primazia se aquele que seria visitado não desejasse,

³²³ Cf: GRISARD, *op. cit.*, p. 93.

³²⁴ Cf: MACIEL, 2010b, p. 109-110.

motivadamente ou não, manter o convívio com alguém, ainda que seja seu ex-guardião ou um familiar³²⁵.

É recomendável que na fixação do regime de visitação seja mantido o mesmo nível da convivência que o visitado tinha com o visitante antes da regulamentação, isto é, se havia pouco contato entre eles, se tais visitas deveriam se realizar em curtos ou longos períodos³²⁶. Não haveria, pois, uma brusca mudança na rotina de vida das crianças e dos adolescentes e se manteriam os vínculos existentes.

A expressão “direito de visitas” é criticada por alguns doutrinadores, que sugerem outros termos, por exemplo, “direito de convivência”, termo defendido por Maria Berenice Dias³²⁷. No entanto, a expressão por ela utilizada poderia levar ao equívoco de se reduzir o Direito à Convivência Familiar apenas à visitação, quando na verdade, a visitação é apenas uma das facetas da convivência³²⁸. Ademais, o termo “direito de visitas” é expressão já consolidada no direito nacional, sendo muito mais necessária uma mudança na sua prática do que a alteração de sua nomenclatura.

4.6 Medida de Acolhimento

Ao longo da história do Brasil criou-se uma cultura de institucionalização de crianças e de adolescentes, especialmente daqueles em situação de vulnerabilidade, como solução para o “problema do menor”. A institucionalização era uma prática na qual estas crianças e adolescentes cresciam e eram educadas dentro de uma instituição, tendo pouco ou nenhum contato com a sociedade³²⁹. Essa segregação gerava uma socialização incompleta de seus internos, uma vez que lhes faltava a integração social e, geralmente, um atendimento mais individualizado, tanto em função do grande número de pessoas que viviam nas entidades como pela grande rotatividade dos funcionários que lá trabalhavam, o que dificultava a construção de vínculos positivos.

³²⁵ Cf: SILVA, 1995, p. 55.

³²⁶ Cf: LAURIA, *op. cit.*, p. 87.

³²⁷ Cf: DIAS, *op. cit.*, p. 459.

³²⁸ Cf: VIEIRA, 2012, p. 137.

³²⁹ Cf: BRASIL, 2006, p. 61.

A institucionalização era uma das marcas do Direito do Menor e é incompatível com o atual Direito da Criança e do Adolescente, tendo sido substituída pela medida de acolhimento, que, como o próprio nome indica, remete a ideia de proteção, de cuidado.

(...) deixou de ser uma providência em favor da sociedade (de defesa nacional ou de segurança nacional) e contra a criança e adolescente, enquanto meros objetos da intervenção estatal e controle social destinado às camadas populares, para se apresentar como uma medida de proteção especial – integrante da Política de Proteção Especial – somente utilizável quando os direitos fundamentais das crianças e adolescentes estiverem ameaçados ou violados. Portanto, não tem mais o objetivo de limpar as ruas ou segregar/excluir os produtos sociais indesejáveis de outrora, mas, sim, de cumprir a missão de garantir os direitos fundamentais das pessoas humanas crianças e adolescentes que estão em situação de risco pessoal ou social³³⁰.

Pode-se afirmar então que deixou de ser uma intervenção violadora de direitos para se tornar uma medida excepcional, protetora e promotora de todos os direitos fundamentais da população infanto-juvenil, em especial do Direito à Convivência Familiar. Tal transformação ainda não foi completamente assimilada pela sociedade e até mesmo pela comunidade jurídica brasileira, apesar de mais de vinte anos de vigência do texto constitucional de 1988, da CIDC e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Há juristas como Sérgio Kreuz e Úrsula Carreirão que para os quais tal medida constitui uma violação ao Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes³³¹, entendimento ilógico, uma vez que seria absolutamente incompatível com o sistema de proteção à infância e à juventude a previsão legal de uma medida destinada a violar direitos. Em algumas localidades, há um desvirtuamento da medida de acolhimento utilizada nos mesmos moldes da antiga institucionalização, o que inegavelmente é uma violação de direitos.

O acolhimento, institucional ou familiar, é uma medida excepcional aplicada em situações de grave ameaça ou violação de direitos que retira a criança e o adolescente do ambiente no qual está inserido – família natural, extensa ou substituta – colocando-o em uma entidade, instituição ou família, buscando prioritariamente revitalizar seus laços familiares com a família natural ou com a família extensa, ou sua preparação para inserção em família substituta. Compete aos programas de acolhimento proporcionar às crianças e aos adolescentes a construção de novas experiências de vida comunitária e familiar, visando ao

³³⁰ FACHINETTO, *op. cit.*, p. 72.

³³¹ Cf: KREUZ, *op. cit.*, p. 78-79 e CARREIRÃO, Úrsula Lehmkuhl. Modalidades de abrigo e a busca pelo direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. [Coord]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p 306-307.

mais rápido desligamento, como também atenuar os efeitos traumáticos do seu afastamento do convívio a que estão familiarizados³³².

Destina-se a medida de acolhimento a assegurar ao público infanto-juvenil o gozo de seus direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, se trabalha a família para que possa receber a criança e/ou adolescente de volta sem que novas ameaças ou violações de direitos possam ocorrer. Uma das principais obrigações das entidades que executam os programas de acolhimento é proporcionar a reintegração das crianças e/ou adolescentes à sua família, além de preservar os vínculos familiares, cuja manutenção se dá por meio da promoção do contato entre o acolhido, os familiares e qualquer outra pessoa cuja presença é importante para a criança, desde que tal relação se mostre benéfica para o acolhido³³³ e constitui garantia do direito de visitação.

Tratando-se de uma intervenção do Estado na família, a medida de acolhimento só pode ser aplicada, em regra, pelos juízes das varas de Infância e Juventude, sendo possível que, diante de uma situação excepcional e de urgência, os dirigentes de entidades que executam programas de acolhimento institucional acolham crianças e adolescentes sem prévia decisão judicial, devendo em tais situações comunicar o fato em até vinte e quatro horas ao Juízo competente (art. 93 da Lei nº 8.069). Fachinetti vê como resquício do menorismo a autorização legal para tal acolhimento excepcional feito sem autorização judicial anterior³³⁴. Contudo, pode-se dizer que tal previsão é importante instrumento para salvaguardar da integridade física da população infanto-juvenil em situação de risco, devendo qualquer abuso ser devidamente coibido.

A revisão da medida ou o desligamento do acolhimento é de competência exclusiva da autoridade judiciária, a quem compete determinar o retorno à família natural ou conceder a guarda ou a tutela provisória, o que consistiria a inserção em família substituta³³⁵.

³³² Cf: TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. 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, 2010. p. 339.

³³³ Cf: KREUZ, *op cit.*, p. 71.

³³⁴ Cf: FACHINETTO, *op cit.*, p. 75.

³³⁵ Cf: PEREIRA, A., 2008, p. 167.

Ocorrido o acolhimento, a equipe técnica da entidade executora do programa deve elaborar com a participação da criança ou do adolescente e dos pais ou responsável um plano individual de atendimento (PIA) do qual constarão as atividades a serem desenvolvidas com o acolhido e com os pais e/ou responsáveis, visando proporcionar a reintegração familiar, salvo quando houver ordem judicial, vedando tal atuação, devendo, então, ser descritas as intervenções que promovam a colocação em família substituta (art. 101, §§4º, 5º e 6º da Lei nº 8.069).

O PIA estabelece atividades e metas objetivas para verificar a possibilidade real de reintegração na família natural ou extensa e, juntamente com o dever de reavaliação dos casos a cada seis meses (art. 19 §1º da Lei nº 8.069) evitar que o acolhimento se prolongue mais do que o necessário. Apenas em caso concreto que se pode definir se deve insistir nessa reintegração familiar ou se é melhor buscar a colocação do acolhido em família substituta. Frise-se que a manutenção dos vínculos familiares deve ser o objetivo primordial, mas tal meta não pode ser prejuízo para a criança ou para o adolescente, devendo ser priorizado o bem estar infanto-juvenil e não os interesses dos adultos que se mostram descomprometidos com a reintegração familiar³³⁶.

Sérgio Domingos critica que, muitas vezes, existe certa insistência na busca pela reestruturação dos laços familiares biológicos que nunca existiram ou que foram rompidos e dificilmente serão restabelecidos³³⁷, tendo afirmado:

Tentativas inúteis de reintegração familiar; busca por familiares totalmente ausentes, sem qualquer vínculo com a criança e o adolescente acolhidos, a espera por pais presos e condenados por anos; a espera por recuperação da dependência química ou do alcoolismo, especialmente quando se nota que não há adesão aos tratamentos; tentativas de colocação de crianças com avós ou bisavós com idade avançada, sem condições de assistir as crianças; inserção de crianças e adolescentes em família extensa, quando esta não os deseja, mas o faz como um favor, um ato de caridade, são práticas recorrentes que só vêm em prejuízo das crianças e dos adolescentes acolhidos³³⁸.

Equipes técnicas das entidades devem informar às autoridades o esgotamento das possibilidades de manutenção na família de origem³³⁹. O relatório informativo será encaminhado ao Juízo competente que, após a oitiva das partes, decide pela manutenção ou

³³⁶ Cf: KREUZ, *op. cit.*, p. 75-76.

³³⁷ Cf: DOMINGOS, *op. cit.*, p. 278.

³³⁸ *Ibid.* p. 81.

³³⁹ Cf: TAVARES, *op. cit.*, p. 340.

pela tentativa de reinserção e ainda decidir se o acolhido deve ser encaminhado para a família substituta. É a partir da decisão judicial que tem fim o trabalho dirigido à reintegração, iniciando-se novo trabalho de preparação para a criança ou o adolescente, sua inserção em família substituta. Deve se evitar a demora no acolhimento o que seria prejudicial à formação de crianças ou adolescentes, evitando assim a fragilização ou rompimento dos vínculos familiares naturais dificultando ao mesmo tempo dificulta a inserção em família substituta³⁴⁰.

Para Tânia da Silva Pereira, nos casos de desligamento para a colocação em família extensa ou substituta, os acolhidos devem ser preparados para assimilar novos hábitos; novos valores familiares, pessoais e culturais; dificuldades etc.³⁴¹. Deve se fazer um trabalho similar com a família na qual a criança ou o adolescente será inserido, de modo a repassar-lhes informações, hábitos, rotinas, preferências e características pessoais. Enfim, um trabalho minucioso de competência das equipes técnicas das entidades e do município responsável pela execução da política pública de proteção e promoção do Direito à Convivência Familiar e pelas equipes técnicas das varas da Infância e da Juventude e da Promotoria de Justiça competente.

Tal medida tem um importante papel na efetivação do Direito à Convivência Familiar da população infanto-juvenil, em situação de vulnerabilidade. Tal relação se torna ainda mais clara quando se analisam os princípios que regem os programas de acolhimento preconizados no artigo 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como os princípios da preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar, da integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa e do não desmembramento de grupos de irmãos³⁴². O acolhimento é importante na concretização do Direito à Convivência Familiar, tanto na família natural quanto na família substituta, podendo dar-se em duas modalidades: acolhimento institucional ou acolhimento familiar.

4.6.1 Acolhimento institucional

³⁴⁰ Cf: KREUZ, *op. cit.*, p. 57.

³⁴¹ Cf: PEREIRA, T., 2008, p. 469

³⁴² Os outros princípios são do atendimento personalizado e em pequenos grupos, do desenvolvimento de atividades em regime de coeducação, de evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados, da participação na vida da comunidade local, da preparação gradativa para o desligamento e da participação de pessoas da comunidade no processo educativo (art. 92, III, IV, VI, VII, VIII e IX da Lei nº 8.069).

O acolhimento institucional, medida bastante questionada devido a sua errônea identificação com a cultura da institucionalização, sendo as principais críticas dirigidas a essa medida são: a pouca capacidade de desenvolver vínculos saudáveis, em entidades que dela se encarregam e a certeza de que só em família pode garantir Direito à Convivência Familiar.

Dois são os fundamentos distintos que justificam tais críticas: a falta de tratamento individualizado e a grande rotatividade dos cuidadores atuantes nas entidades. Silva, Mello e Aquino ensinam que o atendimento massificado realizado em instituições responsáveis por um grande número de acolhidos costuma ocasionar prejuízos às crianças e aos adolescentes (como carência afetiva, baixa autoestima, dificuldades para estabelecimento de vínculos etc.), quanto ao desenvolvimento do sentimento de pertencimento, causando-lhes dificuldades de adaptação e convívio familiar e social, especialmente quando vivenciados por longo período³⁴³.

Buscando evitar ou minorar os efeitos da massificação, o legislador brasileiro previu com um dos princípios reguladores, as medidas do acolhimento, o atendimento personalizado e em pequenos grupos (art. 92, III da Lei nº 8.069) justamente para garantir a individualização do atendimento para a construção de vínculos positivos.

Para Sérgio Kreuz a dificuldade de desenvolvimento de laços nas entidades se dá pela grande rotatividade dos cuidadores que lá trabalham, gerando sucessivos sentimentos de perda, separação e abandono, já que quando a criança e/ou o adolescente começa a se identificar com os seus cuidadores, estes são substituídos³⁴⁴. Conclui o autor que os vínculos gerados são sempre temporários e frágeis, inclusive aquele formado entre os acolhidos.

Na tentativa de preservar os vínculos construídos, deve-se evitar, sempre que possível, a transferência de crianças e de adolescentes para outras entidades (art. 92, VI da Lei nº 8.069). o que prejudica os sentimentos positivos constituídos no período de permanência (como o

³⁴³ Cf: SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os Abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. [Coord]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 231.

³⁴⁴ Cf: KREUZ, *op. cit.*, p. 54.

apego e até o pertencimento), sentimentos estes importantes, especialmente para aqueles que permaneceram acolhidos³⁴⁵.

A rotatividade dos cuidadores que trabalham com as crianças e adolescentes em acolhimento é realmente um problema a ser combatido com a valorização das pessoas que exercem tal atividade. Têm essas pessoas um papel importante na vida daqueles que estão acolhidos, e que pode tornar-se pessoas de referência, ter uma atuação vital na promoção dos direitos infanto-juvenis e no desenvolvimento de sentimentos de autoestima, de pertencimento e da capacidade de estabelecer vínculos saudáveis. Ao contrário do que defende Rodrigo Enout³⁴⁶, como já debatido no tópico anterior, a medida pode ser de extrema valia na efetivação do Direito à Convivência Familiar, auxiliando na reconstrução dos laços da família natural e/ ou extensa ou na construção de novos vínculos pela colocação em família substituta.

Embora seja melhor estar em uma família, deve-se reconhecer que em muitas situações é necessário o afastamento da família natural, mesmo antes de certificar se é caso de inserção em família substituta e que não há membros da família extensa aptos a receber a criança e/ou adolescente mesmo que temporariamente. Em tais situações a medida de acolhimento se mostra não só recomendável, como necessária para a proteção do infante ou do adolescente até que se verifique a medida mais adequada à garantia de seus direitos³⁴⁷. Assim, em certas situações o acolhimento institucional pode ser “mais uma opção de proteção à criança e ao adolescente e atuar no sentido de preservar a vida em família”³⁴⁸.

Aliada à excepcionalidade, a provisoriedade é uma das principais características da medida de acolhimento institucional, tendo a Lei nº 12.010 promovido diversas alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente com o intuito de reforçar tal característica, como a fixação de prazo de máximo de acolhimento de dois anos, salvo se o prolongamento atender ao melhor interesse e a estipulação de prazo de seis meses para revisão de cada pessoa acolhida (art. 19 §2º e 92 §2º da Lei nº 8.0690, respectivamente). Para grande parte da população infanto-juvenil que não retornará à família natural e não conseguirá ser inserida em uma família

³⁴⁵ Cf: CARREIRÃO, *op. cit.*, p. 309.

³⁴⁶ Cf: ENOUT, Rodrigo. A base legal dos projetos de acolhimento familiar. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar: Experiências e Perspectivas**. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004, p. 19.

³⁴⁷ Cf: MACIEL, 2010c, p. 164.

³⁴⁸ RIZZINI, *op. cit.*, p. 88.

substituta, o acolhimento institucional será uma realidade até que se atinja a maioridade civil, caso em que, as entidades serão responsáveis por assegurar pelo menos certos aspectos do Direito à Convivência Familiar, especialmente, em promover o desenvolvimento saudável, fornecendo um ambiente sadio, integrando-os nas rotinas e nos rituais diários da instituição e estimulando suas potencialidades e sua autonomia, além de prepará-los para a vida adulta. Assim, o trabalho a ser realizado pela equipe técnica será bem diferente daquele feito para a reintegração familiar ou colocação em família substituta. Tânia Pereira adverte que

Na hipótese de desligamento decorrente da maioridade, algumas dificuldades são comuns e devem ser enfrentadas com cuidado; o adolescente precisa sair do abrigo com noções relativas à administração de suas rotinas, conciliação de escola, com trabalho e lazer, condução de suas relações acadêmicas, profissionais, afetivas e sociais; deverá saber, ainda elaborar seu orçamento, administrar seu salário, devendo contar com a supervisão durante um período de tempo para que a desinstitucionalização não signifique uma ruptura brusca em relação ao que lhe era rotineiro³⁴⁹.

Existem ainda programas de apadrinhamento afetivo que muito contribuem para a formação de crianças e de adolescentes acolhidos, proporcionando também o desenvolvimento de outras relações saudáveis. Os padrinhos afetivos são pessoas devidamente inscritas nos programas governamentais, que não possuem interesse na adoção, mas que visitam os acolhidos, levam-nos para suas casas nos fins de semana e nas férias escolares e muitas vezes prestam assistência moral, afetiva e educacional às crianças e aos adolescentes promovendo novas experiências de vida. Tais programas são essenciais para a complementação do trabalho desenvolvido pelas entidades e não se confundem com outra modalidade de acolhimento prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é o acolhimento familiar³⁵⁰.

4.6.2 Acolhimento familiar

Tradição em diversos países (em inglês “*fostercare*”), o acolhimento familiar foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.010, não fazendo ainda parte da cultura nacional, sendo definido por Rizzini et al:

(...) uma modalidade de atendimento destinado a crianças e adolescentes que, por algum motivo, precisam ser afastados de sua família, em caráter provisório e excepcional, e são inseridos no seio de outra família, que é preparada e acompanhada como parte de uma proposta de política pública³⁵¹.

³⁴⁹ PEREIRA, T., 2008, p. 482.

³⁵⁰ Cf. KREUZ, *op. cit.*, p. 136-137.

³⁵¹ RIZZINI, *op. cit.*, p. 59.

O acolhimento familiar é medida protetiva prevista no artigo 101, VIII do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja aplicação é de atribuição exclusiva do magistrado das varas da Infância e da Juventude, e faz parte da política pública de proteção, promoção e defesa do Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes, não sendo atitude voluntária dos pais, mas sim uma determinação judicial³⁵². Essa oficialidade distingue essa forma de intervenção da “circulação de crianças”, a entrega de uma criança a terceiros para ser por eles criados, os “filhos de criação”, esta sim, prática historicamente comum no Brasil.

No acolhimento familiar, a criança e/ou o adolescente é acolhido por uma família que o insere em sua rotina cotidiana, havendo apenas pequenas adaptações para receber a nova pessoa, mas sem que haja modificações na família acolhedora³⁵³. Não é, portanto, “uma situação produzida para gerar um contexto familiar. É a colocação de uma criança num contexto familiar já existente.”³⁵⁴. As famílias responsáveis pelo acolhimento fazem parte do programa de acolhimento familiar integrante da política pública de proteção, promoção e defesa do Direito à Convivência Familiar, contando também com uma equipe técnica vinculada ao poder executivo municipal responsável por selecionar, preparar, acompanhar e auxiliar as famílias na promoção dos direitos, bem como articular a rede de serviços visando à reinserção dos acolhidos na família de origem, extensa ou adotiva³⁵⁵. As famílias acolhedoras têm dupla função: proteger e promover os Direitos infanto-juvenis daqueles que se encontram sob sua guarda, e auxiliar na reestruturação da família natural para que esta possa receber a criança e/ou adolescente de volta ou preparar os acolhidos para a inserção destes em família substituta. Marcy Gomes ensina que a família acolhedora exerce importante papel de proteção da criança e/ou do adolescente em situação de vulnerabilidade, principalmente no que tange à criação ou restabelecimento de laços de afeto e confiança, que muitas vezes estão fragilizados, especialmente nos casos de violência doméstica³⁵⁶. A autora esclarece que é natural que se forme uma relação de apego entre o acolhido e o acolhedor, mas que tal sentimento não pode

³⁵² Cf: CABRAL, Cláudia. Perspectivas do acolhimento familiar no Brasil. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar: Experiências e Perspectivas**. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004, p. 11.

³⁵³ Cf: LUNA, Matilde. Algumas definições sobre o acolhimento familiar e o seu desenvolvimento na Argentina. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar: Experiências e Perspectivas**. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004a, p. 118.

³⁵⁴ CABRAL, *op. cit.*, p.10.

³⁵⁵ Cf: KREUZ, *op. cit.*, p. 133.

³⁵⁶ Cf: GOMES, Marcy. O projeto Família Acolhedora no Rio de Janeiro. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar: Experiências e Perspectivas**. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004, p. 46.

prejudicar a criança e/ou adolescente e nem os vínculos destes com a sua família natural, já que o que se busca é, à priori, o retorno ao seio familiar.

A atuação dos pais acolhedores deve, então, envolver o acolhido e sua família, em atuação que deve pautar-se na valorização da família e na capacidade desta de se reorganizar internamente para resolver seus problemas, podendo ser utilizada a rede de programas e serviços para trabalhar questões nas quais há mais dificuldade deste núcleo familiar se rearranjar autonomamente, como no tratamento à toxicomania a um dos seus membros. Os acolhedores devem zelar pela preservação da história familiar e encorajar e promover o contato da criança e/ou adolescente com a família natural, visando à preservação e à reestruturação dos vínculos familiares.

Extremamente vital para o sucesso dos programas de acolhimento familiar é a rigorosa seleção e capacitação das famílias que integram o programa, devendo estas atender os critérios morais e sociais, além de ter interesses legítimos³⁵⁷. Úrsula Carreirão aponta como impedimentos ao exercício da função: o desejo de adotar, uma vez que tal sentimento é incompatível com a provisoriedade do acolhimento, estar a família em processo de luto (separações ou falecimentos) e houver algum registro da família ou de algum membro que resida no endereço de acolhimento em órgão de proteção e defesa da criança e do adolescente como agente de ameaça ou violação de direitos³⁵⁸, o que sugere que, além da realização de entrevista devem ser avaliadas as condições físicas do espaço onde a família vive, bem como:

(...) a dinâmica familiar e outros aspectos relacionado à convivência dos membros, tais como o relacionamento entre pais e filhos, a receptividade da família, o interesse pelo acolhimento, a disponibilidade e aceitação de todos. É importante que a decisão pelo acolhimento seja partilhada por toda família³⁵⁹.

Importante também que a residência familiar se localize em local onde de acesso aos serviços públicos de saúde, educação, lazer, enfim, com estrutura básica que assegure ao acolhido o acesso aos seus outros direitos fundamentais. Cabe a equipe técnica do programa de acolhimento familiar ser criteriosa não só na escolha e na capacitação das famílias, mas ainda na eleição da família mais indicada para acolher determinada criança ou adolescente, devendo, para tanto, avaliar a história de vida do acolhido e do acolhedor, a idade da criança,

³⁵⁷ Cf: KREUZ, *op. cit.*, p. 132-133.

³⁵⁸ Cf: CARREIRÃO, *op. cit.*, p. 316.

³⁵⁹ RIZZINI, *op. cit.*, p. 76.

a existência de filhos na família em idade próxima à do acolhido, além das rotinas, dos hábitos e até o ambiente sociocultural, uma vez que tais fatores podem contribuir para melhor adaptação.

Inexiste diferença entre as duas modalidades de acolhimento quanto aos objetivos (proteção da criança e/ou adolescente e a promoção dos direitos infanto-juvenis, especialmente do Direito à Convivência Familiar) e quanto aos princípios que as regem, existindo diferenças quanto à forma de trabalho. O acolhimento familiar propicia um atendimento ainda mais individualizado, permitindo trabalhar melhor a criação ou recriação dos vínculos de cuidado, afeto e confiança, o que facilita a construção de uma figura de referência. A família acolhedora faz jus a uma ajuda de custo, necessária para o atendimento das necessidades do acolhido (roupas, alimentos, transporte, etc.), de modo que tal remuneração não corrompe o vínculo criado entre a família acolhedora e a criança³⁶⁰. Assim, deve o acolhimento familiar ser visto como uma alternativa ao acolhimento institucional e não como substituto, pois a melhor forma de acolhimento só se pode determinar a partir das características do caso concreto. Independentemente de o acolhimento ser institucional ou familiar, o importante é garantir que a criança e/ou adolescente esteja sendo protegido, tendo consagrados seus direitos efetivamente e que seja realizado um trabalho visando a sua reintegração familiar ou a sua inserção em família substituta ou ainda uma preparação para uma vida adulta autônoma.

Vê se, pois, que no ordenamento jurídico nacional, há diversos instrumentos para a efetivação do Direito à Convivência Familiar, sendo importante difundir este direito para criar uma cultura de convivência familiar no país, de modo a por fim nos obstáculos socioculturais que dificultam a consagração da Convivência Familiar como um direito de todas as crianças e adolescentes do país.

³⁶⁰ Cf: LUNA, Matilde. Como melhorar e desenvolver o acolhimento familiar na Argentina. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar**: Experiências e Perspectivas. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004b, p. 132-133.

CONCLUSÃO

O Direito da Criança e do Adolescente ainda está em construção. Seu maior desafio é ainda compreender a mudança proporcionada no ordenamento jurídico brasileiro pela adoção da Doutrina da Proteção Integral da Criança, rompendo definitivamente com as práticas sociais e culturalmente arraigadas desde os tempos de Brasil colônia.

A comunidade jurídica deveria ter papel primordial nos processos de compreensão do atual Direito Infanto-juvenil e de rompimento com as práticas total ou parcialmente menoristas, evitando apresentar atuação aquém da necessária para auxiliar e acelerar tais processos, tanto quantitativa e qualitativamente. Há pouca preocupação com o desenvolvimento teórico do Direito da Criança e do Adolescente, conduzindo a uma formação jurídica deficiente no único “ramo do direito” que, segundo o texto constitucional, goza de prioridade absoluta, refletindo-se em uma prática jurídica desorganizada, coexistindo nelas mais diversas decisões fundamentadas, muitas vezes, nas mesmas normas.

O Direito da Criança e do Adolescente tem como peculiaridade o fato de ter seu substrato teórico, geralmente, desenvolvido por pessoas que atuam na área, na qualidade de magistrados, de procuradores e de promotores de justiça, que laboram junto às varas da Infância e da Juventude. Em razão disso, tais juristas procuram mais legitimar suas práticas do que desenvolver uma teoria capaz de criticar a prática cotidiana.

Não tendo sido, o Direito à Convivência Familiar desenvolvido no direito nacional ao longo tempo, sofre-se ainda mais com a falta de uma teoria que embase sua prática e que também critique os posicionamentos adotados pelo Estado, incluindo as decisões tomadas pelo Judiciário, pela Administração Pública (Executivo) e pelo Ministério Público.

No presente trabalho procurou-se justamente auxiliar nesse desenvolvimento teórico do Direito à Convivência Familiar, buscando dar maior consistência ao tratamento a ele dado, o que passou primeiramente pela contextualização do próprio Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, que em nada se parece com o seu predecessor, o Direito do Menor.

O Direito infanto-juvenil tem por objetivo proteger e promover todos os direitos das crianças e adolescentes do país visando à garantia do desenvolvimento sadio da personalidade. Os princípios basilares da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 dão coesão e coerência ao Direito da Criança e do Adolescente tanto no plano internacional quanto no plano interno, ressaltando que o desrespeito a qualquer um deles pode gerar a responsabilização do Estado brasileiro perante os organismos internacionais. Por essa razão, quis-se aqui desenvolver o estudo cada um deles – princípios da não discriminação; do melhor interesse da criança; do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, do respeito pelas opiniões das crianças – participação – e da autonomia progressiva – identificando-os também nas regras que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

A Doutrina da Proteção Integral reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, tendo sido consagrados a eles os mesmos direitos fundamentais atribuídos aos adultos e também direitos especiais que visam proteger essa condição peculiar, como o Direito à Convivência Familiar, assegurando a sadia formação da personalidade. Personalidade saudável que passa obrigatoriamente pelo desenvolvimento da habilidade de criar e manter vínculos benéficos com outras pessoas, e evitar aquelas cujo contato possa ser prejudicial, habilidade que deve ser estimulada desde a mais tenra idade, sendo a família o lugar ideal para sua promoção, só possível por meio do convívio. A convivência familiar deve ser, então, elevada à categoria de direito, justamente pela necessidade de assegurar o desenvolvimento dessa aptidão e, por conseguinte, a formação de uma personalidade saudável, que também passa pela floração dos sentimentos de autoestima e de pertencimento.

Como dito, no presente trabalho, a família não será necessariamente família de origem, embora esta goze de um papel prioritário, mas sim uma família capaz de zelar pela evolução da capacidade de criar e de manter tais vínculos, bem como pela proteção e promoção dos demais direitos infanto-juvenis, podendo também esta ser a família ampliada ou até mesmo uma substituta. Independentemente da forma de família, é vital que a criança e adolescente se sintam parte desta comunidade, nela encontrando pessoas que sejam suas referências.

A prevalência da família natural, comunidade formada pelos pais ou um deles e seus descendentes (art. 25 enunciado básico da Lei nº 8.069), é um dos pilares do Direito à

Convivência Familiar, de modo que criança e adolescente só pode ser dela afastada diante de uma situação de ameaça ou de violação aos direitos infanto-juvenis, havendo diversas normas que reforçam este princípio jurídico específico da convivência familiar. Em razão dessa preferência legal, o poder familiar converte-se no principal instrumento de efetivação desse direito, sendo ele concebido como uma situação de poder na qual os titulares - os pais - exercem seus deveres e prerrogativas somente em prol do filho. Esse caráter de preponderância do poder familiar é também reiterado pelo segundo instituto destinado à efetivação do Direito à Convivência Familiar, a guarda, especialmente quando se trata da guarda compartilhada.

Todavia, na prática, a prevalência da família natural é, talvez, o princípio mais desrespeitado de todo Direito à Convivência Familiar, sendo comum a concessão de guarda a outros – familiares ou não – por questões econômicas, a destituição do poder familiar sem que antes se tenha buscado o retorno da criança aos pais, etc., práticas ainda corriqueiras no dia a dia forense que devem ser, ao menos, analisadas de forma crítica, para enfim serem combatidas.

A família extensa, constituída por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente possui laços de convivência, afinidade e afetividade, possui um papel *sui generis* na efetivação do citado direito, devendo também ela ser tratada sob o viés da preservação de vínculos. Quando a criança e adolescente estiverem sob os cuidados da família natural, a família ampliada tem um papel secundário, mas também importante, auxiliando no desenvolvimento infanto-juvenil e podendo ser excepcionalmente assegurado o direito de visitas. Quando se fizer necessário o afastamento da família de origem, a família extensa adquire uma nova importância, cabendo a ela assumir os cuidados primários da criança e/ou do adolescente e promover a convivência com os pais, exceto quando esta não se mostrar benéfica à prole.

A família substituta deve, portanto, ser vista apenas como um recurso subsidiário a ser utilizado, esgotada a possibilidade de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou ampliada. A inserção na família substituta deve também ser realizada priorizando a preservação dos laços já existentes entre a criança e um terceiro que se disponha a acolhê-la como preconiza o artigo 28, §3º da Lei nº 8.069/1990.

Frise-se que é a conservação dos vínculos que deve também guiar tanto a colocação em família extensa – guarda ou tutela – quanto a inserção em família substituta – guarda, tutela ou adoção – devendo a natureza e qualidade desses liames exercer papel primordial na escolha de quem acolherá a criança e/ou o adolescente; busca-se, primeiramente, a pessoa para discutir, em seguida, a forma pela a qual se dará esse acolhimento.

Embora a adoção seja a medida, a priori, que cria um vínculo mais duradouro entre a criança e/ou adolescente e a família substituta, nem sempre é a medida mais indicada, justamente por promover a ruptura de vínculos, sendo, por isso, considerada uma medida excepcional. Só pode, pois, falar em uma preferência por esse instituto quando não houver nenhuma pessoa que tenha fortes laços constituídos com a criança e que não se disponha a acolhê-la. A existência desses vínculos também é justificativa para que sejam desrespeitados os cadastros local, estadual, nacional e internacional dos interessados em adotar – adoção *intuitu personae*. Acredita-se que também a tutela necessita ser revistada para adaptação ao Direito à Convivência Familiar, afastando de vez a figura do tutor administrador de bens para se consolidar o tutor-guardião mais preocupado com a formação da personalidade do pupilo do que com a gerência do patrimônio.

Há no Direito à Convivência Familiar um aspecto de grande importância, o ambiente familiar, composto tanto pelo espaço físico limpo e adequado, quanto por uma atmosfera de respeito e cuidado mútuo capaz proporcionar a segurança necessária ao desenvolvimento infanto-juvenil.

É sob a ótica desse Direito à Convivência Familiar que deve ser vista a medida de acolhimento e não mais como a institucionalização, marca do Direito do Menor. O acolhimento institucional, como o acolhimento familiar são medidas temporárias destinadas à proteção das crianças e dos adolescentes, que por qualquer razão devem ser afastados dos pais e não são colocados em família extensa, por ainda não se ter vislumbrado a possibilidade de retorno à família natural. No período de acolhimento, trabalha-se a família natural para que esta se reorganize, cessando a ameaça ou a violação de direitos que ensejaram o afastamento para o retorno do filho ao lar, tendo a equipe técnica da entidade de acolhimento institucional ou a família acolhedora um importante papel na manutenção e recriação dos laços familiares. Mesmo que constatada a impossibilidade de regresso aos genitores ou a inserção em família

ampliada, o acolhimento, em qualquer das suas modalidades, passa a ter a função de preparar o acolhido para a sua colocação em família substituta. Mesmo quando se verificar que para determinada criança e adolescente inexistem terceiros interessados em acolhê-la, tanto na família extensa como em família substituta, o acolhimento terá o dever de, por si só, prover o ambiente familiar adequado e estimular a aptidão de criação e manutenção de laços, da melhor maneira possível, promovendo o desenvolvimento da personalidade daqueles que estiverem acolhidos.

A presente dissertação visou primeiramente estimular o debate em torno do Direito à Convivência Familiar de crianças e de adolescentes no Brasil e fazer um convite a reflexão: pensá-lo de uma forma sistemática e global, prezando dar-lhe tratamento coerente e consistente. Muito mais do que apresentar uma teoria geral pronta e acabada, quis o autor se oferecer um ponto de partida para que o Direito à Convivência de criança e de adolescente seja pensado, repensado e, principalmente efetivado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Raquel Alcântara de. **Aspectos destacados da guarda compartilhada**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/artigos/107/novosite>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. **Direito Civil Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/2516.htm>>. Acesso em 18 jun. 2013.

AMIN, Andréia Rodrigues. Evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente. 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, 2010. p. 03-10.

ANTUNES, Arnaldo; BELLOTTO, Tony. Família. Intérprete: REIS, Nando. In: Titãs. **Cabeça Dinossauro**. WEA, p1986, 1 disco sonoro. Lado A, faixa 3.

ASSIS, Simone G. et al. Violência e representação social na adolescência no Brasil. **Revista Panamericana de Salud Publica**. 2004; v.16, n. 1, p. 43-51, jul. 2004.

AVANCI, Joviana Q. et al. Escala de violência psicológica contra adolescentes. **Revista de Saúde Pública**[online], São Paulo, v.39, n.5, p. 702-708, out. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102005000500002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 set. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª Ed. Ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Infancia y democracia**. Santiago, 2012. Disponível em: <<http://byacom.net/amimetoca/wp-content/uploads/2012/08/baratta-infancia-y-democracia.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2013.

BERNARDI, Dayse Cesar Franco. **Concepções de infância em relatórios psicológicos judiciais**. 2005. p 169. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, São Paulo.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 4ª ed. São Paulo: Leud, 1987.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. 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, 2010. p.197-266.

BOTERO, Gloria Esperanza García; BETANCUR, Teresita Gallego, Una concepción abierta e interdisciplinar de la infancia. Manizales: Cinde-Universidad de Manizales, **Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud**, n. 2, vol. 9 (Separata 2), p. 17-25, jul. 2011.

BOWLBY, John. **Formação e rompimento dos laços afetivos**. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

BRASIL, Erica Dantas. O conceito de acolhimento família na ótica diversos atores estratégicos. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar: Experiências e Perspectivas**. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para prática em serviço**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

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: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/livros/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e-comunitaria-2013-pncfc>>. Acesso em 15 mar. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242/SP - Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 24/04/2012. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRITO, Ana Maria M. et al . Violência doméstica contra crianças e adolescentes: estudo de um programa de intervenção. **Ciência saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 143-149, mar. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000100021&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2013.

BRUÑOL, Miguel Cillero. Infância, autonomia y derechos: una cuestion de principios. **Revista Pensamiento Penal**, Rio Negro, mai. 2011. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/node/28723>>. Acesso em: 12 mai. 2013.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior Del niño em el marco de La convención internacional sobre los derechos del niño. **Justicia y Derechos del Niño**. Santiago-Chile: Unicef, n. 1, p. 45-62, nov. 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CABRAL, Cláudia. Perspectivas do acolhimento familiar no Brasil. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar: Experiências e Perspectivas**. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004.

CALDERÓN, David. **Dejarnos inquietar**. Conferência realizada no XX Congresso Pan-americano de Crianças e de Adolescentes, promovido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado em 2009, em Lima - Peru. Disponível em:

<[http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/DC_Dejarnos_inquietar_version12sep09\[1\].pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/DC_Dejarnos_inquietar_version12sep09[1].pdf)>. Acesso em: 05 mar 2013.

CARREIRÃO, Úrsula Lehmkuhl. Modalidades de abrigo e a busca pelo direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. [Coord]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

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.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

CRUZ, Rosilene Miranda Barroso da. A violência doméstica contra crianças e adolescentes. **Revista da Abraminj - Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude**, Belo Horizonte, p. 129 - 146, 01 jan. 2000.

CRUZ, Rosilene Miranda Barroso da. Negligência com crianças e adolescentes. **Revista da Abraminj - Associação Brasileira de Magistrados da Infância e da Juventude**, São Paulo, p. 79 - 95, 01 abr. 2002.

DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **Revista de Psiquiatria**[online]. Rio Grande do Sul, v.25, suplemento n. 1, p. 9-21, abr. 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

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.243-293.

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENOUT, Rodrigo Lobato Junqueira. A criança como prioridade na Justiça da Infância Direito à convivência familiar. **Revista da Abraminj – Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte, n. 1, p. 29-39, 2000.

ENOUT, Rodrigo. A base legal dos projetos de acolhimento familiar. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar: Experiências e Perspectivas**. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004.

FACHINETTO, Neidemar José. **O Direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in) existentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. **Apontamentos sobre a autonomia privada de crianças e adolescentes no direito brasileiro**. Trabalho apresentado no II Congresso de Direito Civil promovido pelo Centro Acadêmico Afonso Pena – UFMG, realizado em março de 2011, em Belo Horizonte - MG.

FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O Melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e de adolescentes. **Revista de Direito da Infância e Juventude - RDIJ**. São Paulo: ABMP/RT, 2013, ano 1, v. 2, jul.- dez. 2013, no prelo.

FERRER, Anabella J. Del Moral. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño. **Cuestiones Jurídicas**, Maracaibo, n. 2, vol. 1, n. 2, p. 73-99, jul./dez. 2007.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês: política e vida privada na era da globalização**. Tradução: Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 10ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo, Paz e Terra, 2011.

FREEMAN, Michael D. A. Tomando más en serio los derechos de los niños. **Revista de Derechos del Niño**. Universidad Diego Portales; UNICEF: Santiago, nº 3 y 4, p. 251-279, out./2006.

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: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092006000100034&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 29 ago. 2013.

GOMES, Marcy. O projeto Família Acolhedora no Rio de Janeiro. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar: Experiências e Perspectivas**. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004.

GONÇALVES, Hebe Signorini; FERREIRA, Ana Lúcia. A notificação da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes por profissionais de saúde. **Cadernos Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 315-319, fev. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2002000100032&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 jul. 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

GROENINGA, Giselle. **Do interesse à criança ao melhor interesse da criança** - contribuições da mediação interdisciplinar. Revista do advogado, São Paulo n. 62, p. 72-83, mar. 2001.

HERRERA, Marisa. Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de La capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva em el derecho argentino. **Justicia y Derechos del Niño**. Santiago: UNICEF. n. 11. p. 107-143, out. 2009.

INGLATERRA. **Children act 1989**. Londres, 16 nov. 1989. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>>. Acesso em: 08 mai 2013.

JARES, Xesús Rodrigues. **Pedagogia da convivência**. Tradução Elisabete de Moraes Santana. São Paulo: Palas Athena, 2008.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional, Curitiba: Juruá, 2012.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LE MOS, 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.

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.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Luiz_Netto_Lobo/Entidades.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2010.

LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: PRIORE, Mary Del (org.). **História da criança no Brasil**. São Paulo: Ed. Contexto, 1996.

LÓPEZ, Carlos Enrique Tejeiro. **Teoria general de niñez y adolescencia**. 2ª edição. Bogotá: Unicef, 2005.

LUNA, Matilde. Algumas definições sobre o acolhimento familiar e o seu desenvolvimento na Argentina. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar**: Experiências e Perspectivas. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004a.

LUNA, Matilde. Como melhorar e desenvolver o acolhimento familiar na Argentina. In: CABRAL, Cláudia. (org.) **Acolhimento Familiar**: Experiências e Perspectivas. Rio de Janeiro: UNICEF; Terra dos Homens; Booklink, 2004b.

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. 67-79.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder 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, 2010b. p. 81-149.

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, 2010c. p.155-176.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Tutela. 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, 2010d. p.177-195.

MÁRQUES, Fernanda Telles. Intolerâncias e in[ter]venções: “menores” e “crianças” no imaginário social brasileiro. **Revista Latinoamericana de Ciências Sociales, Niñez y Juventud**, Manizales, n. 2, vol. 9, p. 797-809, jul/dez, 2011.

MARX NETO, Edgar Audomar. **O Direito à imagem de crianças e adolescentes**.2008. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. 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. 275-299.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. **Justicia y Derechos del Niño** . Santiago-Chile: Unicef, n. 1, p. 23-44, nov. 2009.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das Necessidades aos Direitos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

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: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/NELSONMARTHA.HTM>. Acesso em 13 fev. 2013.

OFICINA DO ALTO COMISSARIADO PARA OS DIRETOS HUMANOS. **Folheto informativo n°10.** Disponível em <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10Rev.1sp.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

PARMO, Domingo A. Lovera. Libertad de expresión e interés superior del niño, a propósito de la sentencia de la corte de apelaciones de Antofagasta de 6 de marzo de 2009 y Corte Suprema de 23 de abril de 2009. **Revista Chilena de Derecho Privado.** Universidad Diego Portales: Santiago, n. 12, p. 215-225, jul. 2009.

PEREIRA, José Antônio Borges. **O Direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente.** 2008. 246f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** 2004. 157 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente:** uma proposta interdisciplinar. 2ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse” da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Org.). **O Melhor Interesse da Criança:** um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 1-101.

PÉREZ, Erico Rentería; TIELBE, Esperanza Lledias; GIRALDO, Alba Luz. Convivencia familiar: una lectura aproximativa desde elementos de la Psicología Social **Diversitas: Perspectivas em Psicología.** Bogotá, n. 2, vol. 4, p. 427-441, jul./dez. 2008.

PETRONI, Ana Paula e SOUZA, Vera Lúcia Trevisan de. **As relações na escola e a construção da autonomia:** um estudo da perspectiva da psicologia. Porto Alegre: Psicologia & Sociedade, v. 22, n. 2, p. 355-364, 2010.

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.

SALAS, Jaime Couso. El niño como sujeto de derechos y La nueva justicia de familia. Interés superior Del niño, autonomia progresiva y el derecho a ser oído. **Revista de Derechos Del niño.** Universidad Diego Portales e UNICEF: Santiago, n. 3 y 4, p. 145- 165, out. 2006.

SINAY, Sérgio. **A sociedade dos filhos órfãos.** Tradução Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Best Seller, 2012.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os Abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da. [Coord]. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária:** os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

SILVA, José Luiz Mônico da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOUZA, Laura de Mello e. O senado da Câmara e as crianças expostas. In: PRIORE, Mary Del (org.). **História da criança no Brasil**. São Paulo: Ed. Contexto, 1996.

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.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de **Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 4ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 297-351.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. 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, 2008a.p. 251-273.

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, 2008b. p. 301-319.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, nº 26, p. 18-34, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas. Autonomia Privada da Criança e do Adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. n. 0, p. 57-73, out./ nov. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina da Guarda e a Autoridade Parental na Ordem Civil-Constitucional. In: Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004, Belo Horizonte. **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Del Rey: Belo Horizonte, 2003.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração dos Direitos da Criança de 1959**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracoes-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

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 2012a.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Proteção ao incapaz menor de dezoito anos e proteção às crianças e aos adolescentes**: por uma possível compatibilização entre os dois sistemas de proteção. Diritto&Diritti, 2012b. Disponível em: <<http://decretosemplificazioni.diritto.it/docs/33505-prote-o-ao-incapaz-menor-de-dezoito-anos-e-prote-o-s-crian-as-e-aos-adolescentes-por-uma-poss-vel-compatibiliza-o-entre-os-dois-sistemas-de-prote-o>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

VIEIRA, Mônica Silveira. Sobre o parto anônimo e as propostas para sua legalização no Brasil. **Amagis Jurídica** – Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, ano II n. 3, p. 197-220, jan.-jun. 2010.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis, Habitus, 2001.

WINNICOTT, Donald W. **Tudo começa em casa**. Tradução Paulo Sandler. 5ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. (Textos de psicologia).

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.

ZIMERMANN, Milène Mara **O direito do menor à opinião**: uma visão construtivista. 2006. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.