

**CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**FABIANA CHRISTINA FERRARI**

**O DIREITO CONSTITUCIONAL DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR**  
**CONFERIDO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**

Marília-2012

**CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**FABIANA CHRISTINA FERRARI**

**O DIREITO CONSTITUCIONAL DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR  
CONFERIDO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília como requisito parcial da obtenção do grau de mestre em direito na área de concentração Teoria do Direito e do Estado.

**Orientador:** Professor Doutor Lafayette Pozzoli.

Marília-2012

FERRARI, Fabiana Christina

O direito constitucional de convivência familiar conferido à criança e ao adolescente / Fabiana Christina Ferrari; orientador: Lafayette Pozzoli. Marília, SP: [s.n.], 2012.

92 f.

CDD - 342.1157

Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Família 2. Dignidade da Pessoa Humana 3. Convivência familiar 4. Criança e Adolescente

**FABIANA CHRISTINA FERRARI**

**O DIREITO CONSTITUCIONAL DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR  
CONFERIDO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito da UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do título de Mestre.

Resultado:

ORIENTADOR: Professor Doutor Lafayette Pozzoli

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

Marília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, a minha família, a meu orientador, por toda a dedicação demonstrada, aos professores Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches e Dr. Ilton Garcia da Costa, pelas orientações apresentadas em banca de qualificação, as quais contribuíram para a melhoria do trabalho apresentado.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho a todos que estiveram ao meu lado, colaborando para a sua realização, em especial à minha família e a meu orientador, Professor Doutor Lafayette Pozzoli.

## **EPÍGRAFE**

Observa o teu culto a família e  
cumpre teus deveres para com teu  
pai, tua mãe e todos os teus  
parentes. Educa as crianças e não  
precisarás castigar os homens.

**Pitágoras**

**FERRARI, Fabiana Christina.** O direito constitucional de convivência familiar conferido à criança e ao adolescente. 2012. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

## RESUMO

De acordo com a linha de pesquisa “Construção do saber jurídico”, o presente trabalho trata do direito à convivência familiar garantido às crianças e aos adolescentes. A família é a primeira forma de organização social instituída pelo ser humano. Pode apresentar-se de diferentes formas, tais como família originada pelo casamento, pela união estável, monoparental, entre outras. A proteção jurídica da instituição familiar, hoje, visa à dignidade dos membros que a compõem e não a instituição em si mesma. A família é regida por princípios próprios, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a igualdade (verificada tanto no plano horizontal, em relação aos membros que se encontram em uma mesma situação fática – filhos, cônjuges, ou vertical, no que tange a membros que desempenham funções diversas – relação entre pais e filhos), a afetividade, a pluralidade, dentre outros. A convivência familiar é o direito que toda criança e adolescente tem de serem acolhidos no seio de uma família, com a observância dos princípios que regem sua relação. A quebra da observância desses princípios, em especial o afeto, a violência advinda dos familiares, podem provocar danos à formação dos seres humanos em desenvolvimento, violando gravemente a dignidade de pessoas vulneráveis, e que necessitam de especial proteção. Por isso, ela deve ser reprimida por meio de projetos multidisciplinares, que identifiquem o problema e a melhor forma de solução. Mas a manutenção da família deve ser sempre priorizada, e medidas de afastamento do lar, como o abrigo, devem ser breves e excepcionais. Por isso, na busca da preservação dos vínculos familiares, é necessário que existam políticas públicas que atendam as necessidades familiares, com programas de tratamento aos toxicômanos, psicológicos, assistência social, auxílio financeiro e atendimento à saúde, sendo a intervenção no grupo familiar formada por pessoas capacitadas, capazes de detectar os problemas e as melhores formas de solução. O importante é garantir à pessoa em desenvolvimento um sadio contato com a instituição social mais próxima dele, que é a família, protegendo, ao máximo, o seu desenvolvimento físico, psicológico e moral.

**Palavras-chave:** Família – Afeto - Convivência familiar – Criança e Adolescente – Estatuto da Criança e do Adolescente.

**FERRARI, Fabiana Christina.** O direito constitucional de convivência familiar conferido à criança e ao adolescente. 2012. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

### **ABSTRACT**

According to the research line "construction of legal knowledge", the present work deals with the right to family life guaranteed to children and adolescents. The family is the first form of social organization set up by humans. It can present in different forms, such as family originated by marriage, by a stable, single parents, among others. The legal protection of the family institution today, aims to the dignity of the members that compose it and not the institution itself. The family is governed by its own principles, such as human dignity, solidarity, equality (verified both in the horizontal plane in relation to members who are in the same factual situation - children, spouses, or vertical, with respect members who perform different functions - the relationship between parents and children), affectivity, plurality, among others. The family life is the right of all children and adolescents must be received within a family, with the observance of the principles governing their relationship. The failure to observe these principles, in particular affection, arising out of family violence can cause damage to the formation of the developing human beings, seriously violating the dignity of vulnerable and in need of special protection. Therefore, it must be suppressed by means of multidisciplinary projects, identify the problem and how best solution. But the maintenance of the family should always be prioritized, and removals from the home, such as shelters, should be brief and exceptional. Therefore, in seeking the preservation of family ties, it is necessary that public policies that meet family needs, with treatment programs for drug addicts, psychological, social, financial aid and health care, and intervention in the family group formed by skilled people, able to detect the problems and the best ways of solution. The important thing is to ensure the person in developing a healthy contact with the social institution closer to him, which is the family, protecting the maximum of their physical, psychological and moral.

**Keywords:** Family – Affection - Family Living - Children and Adolescents - Statute of Children and Adolescents.

**FERRARI, Fabiana Christina.** O direito constitucional de convivência familiar conferido à criança e ao adolescente. 2012. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

## RESUMEN

De acuerdo con la línea de investigación "construcción de saber legal", el presente trabajo aborda el derecho a la vida familiar que garantiza a los niños, niñas y adolescentes. La familia es la primera forma de organización social, creado por los seres humanos. Se puede presentar en diferentes formas, tales como la familia se originó por el matrimonio, por unos padres estables, individuales, entre otros. La protección jurídica de la institución familiar hoy en día, tiene por objeto a la dignidad de los miembros que lo componen, y no la institución misma. La familia se rige por sus propios principios, como la dignidad humana, la solidaridad, la igualdad (verificado tanto en el plano horizontal en relación a los miembros que están en la misma situación de hecho-los niños, cónyuges o verticales, con respecto los miembros que desempeñan funciones diferentes: la relación entre padres e hijos), la afectividad, la pluralidad, entre otros. La vida familiar es un derecho de todos los niños y adolescentes debe ser recibida dentro de una familia, con la observancia de los principios que rigen su relación. El incumplimiento de estos principios, en particular afecto, que surjan de la violencia familiar puede causar daño a la formación de los seres humanos en desarrollo, de atentar gravemente contra la dignidad de la necesidad vulnerables y de especial protección. Por lo tanto, debe ser suprimida por medio de proyectos multidisciplinarios, identificar el problema y cuál es la mejor solución. Sin embargo, el mantenimiento de la familia siempre debe ser prioritaria, y el traslado de la casa, tales como refugios, debe ser breve y excepcional. Por lo tanto, en la búsqueda de la preservación de los lazos familiares, es necesario que las políticas públicas que satisfagan las necesidades de la familia, con programas de tratamiento para drogadictos, psicológica, ayuda social, financiera y atención de la salud y la intervención en el grupo familiar formado por personas cualificadas, capaces de detectar los problemas y las mejores formas de solución. Lo importante es asegurarse de que la persona en el desarrollo de un contacto saludable con la institución social más cerca de él, que es la familia, proteger al máximo de su integridad física, psíquica y moral.

**Palabras-clave:** Familia - Afeto - Vida Familiar - Niñez y la Adolescencia - Ley de la Niñez y la Adolescencia.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AgR. – Agravo Regimental

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SAC – Serviços de Ação Continuada

SIPIA – Sistema de Informação para a Infância e Adolescência

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I: A INSTITUIÇÃO FAMILIAR NA SOCIEDADE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b> .....	15
<b>1.1 Origem e evolução da família</b> .....	15
<b>1.2 Formas de estrutura familiar</b> .....	20
<b>1.3 Princípios Jurídicos que regem as relações familiares</b> .....	25
1.3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	25
1.3.2 Princípios da liberdade e da legalidade .....	26
1.3.3 Princípios do planejamento familiar e da paternidade responsável .....	27
1.3.4 Princípio da igualdade.....	29
1.3.5 Princípio do pluralismo das entidades familiares.....	30
1.3.6 Princípio da proteção integral a crianças e adolescente .....	32
1.3.7 Princípios da afetividade e da solidariedade .....	33
1.3.8 Princípio da boa-fé .....	36
<b>1.4 A família como instituição social</b> .....	37
<b>1.5 As inovações no tratamento jurídico brasileiro conferido à família</b> .....	39
<b>CAPÍTULO II: A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E SUA IMPORTÂNCIA PARA A FORMAÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES</b> .....	44
<b>2.1 Convivência familiar e o Estado Democrático de Direito</b> .....	44
<b>2.2 O exercício do direito à convivência familiar</b> .....	47
<b>2.3 A convivência familiar e a violação dos direitos da infância e da juventude</b> .....	51
2.3.1 Alienação parental.....	51
2.3.2 A convivência familiar e a violência.....	52
2.3.3 Adolescente infratores e a violência familiar .....	58
<b>CAPÍTULO III: FORMAS LEGAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO</b> .....	61
<b>3.1 A educação das crianças e dos adolescentes em família substituta</b> .....	61
3.1.1 O acolhimento familiar por meio da guarda.....	62
3.1.2 A tutela como forma de inserção em família substituta .....	67
3.1.3 A inclusão definitiva da criança e do adolescente em família substituta por meio da adoção .....	68
<b>3.2 A excepcionalidade da medida de proteção de abrigo</b> .....	72
<b>CAPÍTULO IV: A RELEVÂNCIA DO TRABALHO JUNTO À FAMÍLIA</b> .....	82
<b>4.1 A importância do afeto na formação da criança e do adolescente</b> .....	82
<b>4.2 Medidas aplicáveis à família disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente</b> .....	83
<b>4.3 O papel da família na sociedade e a importância de se adotar medidas para preservá-la</b> .....	87
<b>4.4 As dificuldades dos profissionais que realizam trabalho junto à família</b> .....	91
<b>4.5 A importância da capacitação dos profissionais que atuam na área da infância e da juventude</b> .....	93
<b>4.6 A experiência na atuação na área da infância e juventude</b> .....	95
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	98
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	101

## INTRODUÇÃO

O direito à convivência familiar é garantido a toda criança e a todo adolescente, os quais precisam de orientação para sua formação, considerando sua condição especial de pessoa em desenvolvimento. Sendo a família o primeiro contato do ser humano com a sociedade e a instituição mais próxima dele para ajudá-lo em suas necessidades iniciais, ela assume um importante papel na formação dessas crianças e desses adolescentes.

A Constituição Federal Brasileira refere-se à família como sendo a base da sociedade, destinando um capítulo especial para as normas referentes à sua proteção, demonstrando a importância dessa instituição para a sociedade brasileira. Considerar a família a base da sociedade é constatar que ela é imprescindível para a estrutura social. Por essa razão, é importante que se voltem atenções especiais para o direito à convivência familiar, que, violado, pode acarretar consequências negativas à criança e ao adolescente, com reflexos para toda a sociedade.

A convivência familiar deve ser entendida para que possa ser efetivamente garantida, obedecendo à importância que representa para a dignidade dos seres humanos em desenvolvimento e para toda a sociedade, principalmente pelos profissionais que atuam na área da infância e juventude, já que estão diretamente ligados à proteção do direito ora em análise. Não importa a forma de estrutura que a família apresenta, se formada pelo casamento, pela união estável, dentre outras, o importante é que ela propicie um ambiente de tranquilidade e acolhimento, para que a criança e o adolescente possam crescer de forma sadia.

Importante destacar que o afastamento do menor de dezoito anos do convívio de sua família natural é medida excepcional, somente se justificando para evitar a sua exposição a riscos graves. A condição econômica jamais pode ser motivo para que se rompa um vínculo familiar. Isso porque a manutenção desses vínculos deve ser preservada, somente se justificando uma ruptura, ainda que provisória, se não existir outra medida que garanta o bem estar das crianças e dos adolescentes. Por essa razão é que se deve conhecer e entender o direito à convivência familiar, para que se possa apoiar as famílias, e, antes de qualquer julgamento, conhecer suas dificuldades, a fim de se realizar um trabalho consciente da sua importância, dando maior efetividade ao direito conferido constitucionalmente a toda criança e a todo adolescente de viverem no seio familiar.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa, aplicou-se o método dedutivo. Nesse sentido, primeiramente foram estudados conceitos gerais relativos à família, aos princípios

que a regem, para depois, partindo dessas premissas gerais, passar-se a uma análise específica sobre o direito à convivência familiar, realizando um estudo sobre seus aspectos singulares. Ainda, como método auxiliar, foram usados os métodos histórico e funcionalista. Pelo método histórico, busca-se um estudo mais detalhado da família, em suas diferentes estruturações nos diversos períodos da história. O método funcionalista ajudará a compreender a função da família dentro de um sistema complexo da sociedade, permitindo visualizar qual a interferência do “subsistema” em face do “macrossistema” social. Esse estudo conjunto facilitará a compreensão da família e de seus reflexos no desenvolvimento da sociedade.

Como forma de concretização dessa pesquisa, foi adotado um procedimento pautado no estudo de materiais doutrinários, (livros, artigos), jurisprudenciais, bem como dados relativos à infância e juventude no Brasil. O acesso a esses materiais deu-se por meio de pesquisa em bibliotecas, em bibliografias adquiridas pela autora da pesquisa, internet, etc. A união dessas fontes de pesquisa propiciará um estudo mais completo e prático sobre o tema, de forma que garanta o entendimento do direito à convivência familiar e propicie uma visão de como ele é aplicado na prática.

Importante considerar, ainda, que a pesquisa também terá como referencial a legislação aplicável ao tema, em especial a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Referidos estatutos jurídicos garantem o direito à convivência familiar de forma ampla e devem ser observados, pois disciplinam o tema pautados na preservação da família e no melhor interesse da criança e do adolescente, sendo um importante direcionamento na efetivação do direito em estudo.

Dessa forma, para uma melhor compreensão do tema, no primeiro capítulo, foi realizado um estudo sobre a família, seu desenvolvimento histórico, incluindo as modificações legislativas que disciplinam a instituição, as diferentes formas de organização, a complexidade de suas relações e os princípios constitucionais que a regem.

É importante compreender que a família, ao longo da história apresentou diferentes formas de organização, e, mesmo nos dias atuais, convivem, na sociedade, famílias organizadas de diversas formas, tais como aquela formada pelo casamento, pela união estável, a família monoparental, contudo, a todas se aplicam os mesmos princípios constitucionais, dentre os quais podem-se destacar os princípios da afetividade e da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, verificada esta de uma maneira substancial, tratando os desiguais de maneira desigual, o que justifica a igualdade horizontal – verificada entre as pessoas que assumem a mesma posição perante a entidade familiar, e vertical – observada na relação entre membros com funções diversas.

A proteção é conferida à instituição familiar pelo ordenamento jurídico, que, conforme a sociedade vai evoluindo, também evoluem em seus conceitos. Hoje, a família não é protegida como instituição que, por si só, deva ser preservada, mas sim por ser relevante não apenas para a sociedade, mas para a garantia da dignidade da pessoa humana, verificada em relação a seus membros, valor este que se sobrepõe à própria instituição considerada abstratamente.

No segundo capítulo, será estudada a convivência familiar, a sua relação com o Estado Democrático de Direito, e como ela é exercida. Destaca-se, a sua importância, apontando-se os efeitos negativos que podem advir do mau exercício deste direito, de situações de violência e abandono familiar.

Muitas vezes, a violência sofrida pelas crianças e pelos adolescentes advém dos próprios familiares, em geral, daqueles que detêm sua guarda, o que acarreta graves prejuízos à formação física e psicológica dos menores de dezoito anos. Não apenas a violência física pode prejudicar o desenvolvimento, também violência psicológica, dentre as quais se pode destacar a alienação parental, que é uma forma de violar o direito à convivência familiar, afastando a criança ou o adolescente do convívio de um de seus genitores, não garantindo, com isso, a proteção integral daquele. A tendência do ser humano criado em um ambiente de violência é repetir os atos que vivencia, e, em muitos casos de adolescentes infratores, verifica-se problemas graves enfrentados na convivência familiar, o que o influenciou negativamente.

Diante desses efeitos negativos que, tanto a violência sofrida no âmbito familiar, como o afastamento da família podem ocasionar, estudou-se, no terceiro capítulo, os meios legais de proteção à criança e ao adolescente, como a inclusão em família substituta e, excepcionalmente o abrigo. Não sendo viável o trabalho de recuperação familiar, ou não apresentando resultados os trabalhos realizados, somente nesses casos excepcionais, admite-se a inclusão de crianças e de adolescentes no seio de uma família substituta, que, não obstante gerar a ruptura com os laços naturais, propicia, ao menor de dezoito anos, o convívio em um ambiente familiar. Esse acolhimento pode dar-se sob a forma de guarda, tutela ou adoção, conforme será estudado.

Para garantir a integridade física e psicológica da criança e do adolescente, justificam-se até mesmo medidas mais sérias, como o abrigo, contudo, por limitar o direito à convivência familiar, este deve ser excepcional e breve. Isso porque o afeto é fundamental na formação do ser humano. A sua falta pode colocar a criança e o adolescente em situação de abandono e determinar o seu afastamento do lar. Contudo, em abrigos, o

menor de dezoito anos também está privado das relações afetivas, o que determina a sua excepcionalidade.

No quarto capítulo, foi destacada a importância do afeto nas relações familiares e o trabalho realizado para a manutenção dos vínculos. Foram abordadas as formas previstas na legislação de apoio à família, destacando-se a necessidade de adoção de políticas públicas para orientação e apoio à instituição familiar. Os profissionais que intervêm nas relações familiares devem ser preparados, capacitados. Como a família é uma instituição social, a intervenção exige, além de conhecimentos jurídicos especializados, uma compreensão do meio social em que ela está inserida para que se possa encontrar a melhor forma de apoio.

É certo que as dificuldades encontradas são diversas, podendo ser citados como exemplo, o excesso de trabalho, a falta de orientação da sociedade, dificuldades financeiras, desinteresse da própria família em receber apoio, dentre outras, mas estas devem ser superadas caso a caso, sempre visando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente e a preservação dos vínculos familiares.

Como conclusão, busca-se, no presente trabalho, chamar atenção para o direito à convivência familiar, repensando o papel da família na sociedade, evidenciando sua responsabilidade para a formação dos jovens e a necessidade de sua proteção. O direito à convivência familiar deve ser compreendido para que se possa garantir de maneira eficaz a proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Deve-se ter ciência dos malefícios que a violência familiar acarreta, violando a dignidade da pessoa humana e colocando em risco o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, mas sem se esquecer que o afastamento desnecessário do lar, como acontece, muitas vezes, por motivos tão somente financeiros, também influencia negativamente a formação dos menores de dezoito anos. Desse modo, espera-se, com o presente estudo, destacar a importância do direito à convivência familiar e de sua correta compreensão, buscando amparar e proteger os seres humanos em desenvolvimento, que necessitam de especial atenção.

# CAPÍTULO I: A INSTITUIÇÃO FAMILIAR NA SOCIEDADE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

## 1.1 Origem e evolução da família

A família, antes de ser uma instituição originada pelo direito é uma criação social, a qual, pela importância que possui, é amparada e disciplinada juridicamente. Ela nasce da própria determinação do ser humano em viver em grupo, em não viver isolado, integrando-se em instituições chamadas família. A própria necessidade natural de reprodução, necessária para garantir a existência da humanidade, obriga os seres humanos a relacionarem-se entre si, já que, isolados, não se reproduzem e não garantem a perpetuação da espécie. “Deve-se, primeiramente, unir em dupla os seres que, como o homem e a mulher, não têm existência individual, devido à reprodução.”<sup>1</sup> Essa primeira união entre homens e mulheres não é a única forma de interação humana. Os seres humanos são naturalmente socializáveis, sentem necessidade de se comunicarem entre si, a interação humana não se dá apenas para fins reprodutivos, mas por diferentes motivos, como por exemplo, a dependência das crianças em relação a seus genitores. A família é, então, consequência natural da vida humana em sociedade, surgindo junto com esta.

A família é a mais antiga das sociedades, e também a única natural; os mesmos filhos só aos pais se sujeitam enquanto necessitam dele para se conservar e, finda a precisão, desprende-se o laço natural, isentos os filhos da obediência devida ao pai, isento este dos cuidados que requer a infância, todos ficam independentes.<sup>2</sup>

A relação entre o homem e a mulher, bem como a dependência dos filhos, quando crianças, fazem surgir a família de forma natural, integrante da própria genética humana. Essa relação pode apresentar-se sob diferentes modelos e por diferentes motivos, mas os seres humanos sempre sentirão a necessidade de conviver em grupos.

Promiscuidade, poliandria, poligamia, casamento por grupos, monogamia, foram modelos de união relatados pelos historiadores e estudiosos. As pessoas se uniam instintivamente para a satisfação do impulso sexual e para congregar

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Barueri/SP, 2002. p. 12.

<sup>2</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios do direito político**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 24.

forças, assim, poder enfrentar os perigos naturais, dividindo tarefas para a sobrevivência e estabelecendo seu território.<sup>3</sup>

A princípio, a entidade familiar apresentava-se como essa organização natural, ditada pelas regras da natureza, onde homens e mulheres uniam-se por instintos sexuais, para fins de reprodução e de mútuo auxílio. “Não havia monogamia, fatos humanos originários ou primários são, portanto, as relações dos homens com a natureza na luta pela sobrevivência. Essas relações de labor e trabalho dão origem à primeira instituição social, a família”.<sup>4</sup> Verifica-se, portanto, que a primeira forma de organização familiar surgiu da necessidade de sobrevivência dos seres humanos, reproduzindo-se e se protegendo.

Assim são formados os primeiros grupos sociais, constituídos pelas famílias gentílicas, organizadas por uma estrutura matriarcal e poligâmica. “Na comunidade gentílica o trabalho é realizado coletivamente, tendo nele homens e mulheres a mesma importância”.<sup>5</sup> A família é geralmente extensa, já que é formada, não apenas por impulsos naturais, mas também pela necessidade de mútua proteção para garantir a sobrevivência de todos. Como homens e mulheres trabalham em conjunto, não há diferenças estabelecidas, entretanto, por ser a família poligâmica, ante a certeza da maternidade e a incerteza da paternidade, é que a família se estrutura de forma matriarcal. “Sendo a maternidade certa, com prova física do vínculo consanguíneo entre o filho e a mãe, prevalecia o direito materno. Por força desse direito, o filho pertencia à mãe, e dela herdava”.<sup>6</sup> A fim de reunir força laborativa, que facilite a sobrevivência humana, o grupo familiar era extenso, os filhos cresciam, tinham seus próprios filhos, os quais permaneciam junto ao mesmo grupo familiar, acompanhando a descendência materna.

Na medida em que as criaturas são incapazes, por si, de garantir a produção da própria vida material, isso conduz à formação de uma *horda* (*genos* ou *gentes*), um *grupo familiar* para ação conjunta. A associação, assim constituída, desenvolve formas de ajuda mútua e mantém-se unida para que todos obtenham os meios de subsistência. Nessa comunidade, todos são parentes, de modo que a família é a primeira e inicialmente a única relação social das comunidades primitivas.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> SAAD, Martha Solange Scherer. **A evolução jurídica da mulher na família.** In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos.* p. 1-36. p. 03

<sup>4</sup> ASSIS, Olney Queiroz; FREITAS, Márcia. **Tratado de direito de família: interpretação doutrinária, jurisprudência comentada, legislação referencial e prática processual.** São Paulo: Primeira Impressão, 2007. p. 25.

<sup>5</sup> ASSIS, FREITAS, op.cit. p. 26.

<sup>6</sup> SAAD, op.cit., p. 04.

<sup>7</sup> ASSIS; FREITAS, op.cit., p. 25 (Grifo do autor).

A origem da família, então, se dá com a comunidade gentílica, em que as pessoas unidas por laços sanguíneos permanecem juntas para realizar um trabalho em conjunto, que possibilite a proteção de todos seus membros e a sua subsistência. “A comunidade gentílica constitui um grupo familiar ligado por laços de solidariedade, que se diluem com o surgimento de uma nova sociedade organizada na forma de *polis* ou *civitas*. [...]”.<sup>8</sup> Com a evolução das técnicas utilizadas pelos homens, estes puderam estabelecer-se em um lugar fixo, formando cidades e passando a acumular riquezas, surgindo, com isso a propriedade privada.

Diante da alteração da organização social, a família passa a ganhar novos contornos. Passa-se de uma estrutura matriarcal para patriarcal. “A introdução de novos deuses masculinos teria derrubado o direito materno e o substituído pelo paterno”.<sup>9</sup> Sendo patriarcal, a certeza da paternidade torna-se elemento fundamental da família, que passa a ser monogâmica, passando a mulher a assumir uma posição de inferioridade em relação ao homem, o qual passa a exercer o papel de chefia da família. O homem assume a chefia do lar, cabendo à mulher submeter-se à sua autoridade. Ele passa a controlar a vida da mulher, tornando-a dependente sua, a fim de garantir a fidelidade feminina, tornando certa a paternidade da prole, que irá herdar seu patrimônio e garantir-lhe a eternidade.

Com o surgimento da propriedade privada, o direito materno é substituído e a descendência passa a se fazer pelo lado paterno como forma de garantir o direito dos filhos à herança. Quer dizer, passa-se a exigir a fidelidade conjugal da mulher como forma de garantir a certeza da paternidade e, portanto, legitimar o direito dos filhos à sucessão. Surge a família monogâmica.<sup>10</sup>

Diante desse novo contexto social, a fidelidade da mulher passa a ser uma preocupação muito grande dentro da família. O homem precisava ter a certeza de que deixava descendentes consanguíneos, acreditando que essa descendência lhe propiciaria a eternidade. Ademais, com a concentração das riquezas na propriedade do homem, chefe de família, este tinha que estar seguro de que deixava seus bens para o seu filho legítimo.

Mas para que o homem tivesse certeza de que deixava nome e herança para um filho que nessa época podia chamar de seu,urgia controlar a fecundidade da mulher, por meio da imposição da fidelidade. A mulher transformou-se, então, em propriedade do marido, o qual podia permanecer em estado de poligamia, já que os filhos eram todos seus, embora de procriadoras

---

<sup>8</sup> ASSIS; FREITAS, op.cit., p. 25.

<sup>9</sup> SAAD, op.cit., p. 04

<sup>10</sup> ASSIS; FREITAS, op. cit., p 29

diferentes, sem prejuízo para sua linhagem. Desse modo teria tido início o processo que culminou no patriarcalismo, instaurado gradativamente ao longo de dois mil e quinhentos anos, e que contou, para sua afirmação absoluta no mundo ocidental, com a filosofia, a religião e a ciência.<sup>11</sup>

Por essa razão, surge o casamento, como um ato que ratifica e formaliza o dever de fidelidade da mulher, como um instituto que viria a assegurar a relação monogâmica e a conferir maior certeza acerca da paternidade dos filhos gerados pelo casal. O casamento, ligado à família que é uma relação social, também não tem sua origem dada pelos institutos jurídicos, mas sim por uma necessidade advinda das alterações sociais que afetaram a entidade familiar. “Suas origens foram religiosas e sociais. A finalidade suprema do casamento era a descendência, para alimentar o fogo dos deuses paternos [...]”.<sup>12</sup> A mulher passa a ser preparada, desde a infância, para o casamento, o *status* de mulher casada assume grande importância na sociedade, sendo o matrimônio um projeto almejado pelas mulheres.

Destaca-se, também, que a entidade familiar amolda-se às necessidades da vida social. A forma de organização familiar verificada até o século XVIII refletia uma sociedade agrária, que vivia em extensas porções de terra e cujo trabalho de seus membros eram essenciais para a economia familiar. Por essas razões sociais e econômicas, a entidade familiar era, em geral, formada por muitos membros, unidos não tanto com base em relações de afeto, mas sim para um melhor rendimento econômico.

A família tinha uma formação **extensiva**, verdadeira comunidade rural integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à **procriação**, sendo entidade **patrimonializada**, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**.<sup>13</sup>

A família patriarcal, então, assumiu esse contorno hierarquizado, que auxiliava a administração do patrimônio e a organização do trabalho. No século XIX, acontecimentos históricos marcam a vida social, provocando profundas mudanças na sociedade, alterando a forma de vida das pessoas e, conseqüentemente, a forma com que a família se organiza.

O aspecto emocional e o afetivo não importam na constituição da família conjugal, pelo menos até o final do século XVIII, quando passa a ser fator

---

<sup>11</sup> SAAD, op.cit., p. 13.

<sup>12</sup> SAAD, op.cit., p. 05.

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 28 (Grifo do autor).

respeitado na constituição do casamento. O mesmo sentimento, dito inato, de amor e proteção dos filhos, é estendido ao marido, à família, à defesa dos valores domésticos.

[...]

Nos séculos XIX e XX, a família assumiu proporções diversas da apresentada até então. O fim da escravidão, a Revolução Industrial, os horrores das guerras mundiais e suas consequências econômicas, políticas e sociais – de onde surgiu a necessidade de mulheres ingressarem no mercado de trabalho como fruto da morte de seus maridos, pais e irmãos –, a industrialização e o crescimento do comércio na escala de valores morais e sociais das pessoas e geraram a perspectiva de emancipação econômica feminina.<sup>14</sup>

A família, então, diante de acontecimentos históricos que forçaram uma reestruturação social, como a entrada da mulher no mercado de trabalho, dividindo com o patriarca a função de sustentar o lar, a revolução industrial, fazendo eclodir uma produção em massa dos produtos industrializados, tirando a população das zonas rurais e as trazendo para os centros urbanos, deram novos contornos à família, a qual passa a organizar-se em espaços menores. A mulher divide as responsabilidades de sustento do lar com os homens, reivindicando mais direitos; a necessidade de ampla mão de obra para o cultivo da terra já não mais existia, tendo a instituição familiar que se adaptar às novas exigências da vida social.

A urbanização acentuada pelo êxodo rural, a elevação nas taxas de desemprego, e a proliferação de condomínios verticais reorganizaram a arquitetura das cidades, reduzindo o espaço físico das residências e agrupando mais a família nuclear. Nessa época de incertezas políticas, de aumento da violência urbana, as dificuldades econômicas enfrentadas hoje pelo casal, a necessidade e o desejo feminino de instruir-se produzir e obter resultados financeiros, aliados à diminuição do tempo de dedicação ao lar, à possibilidade de planejamento familiar, ao receio de não cumprir bem suas funções maternas, de não prover adequadamente o sustento da prole, conduzem à redução do número de filhos.

[...]

A vida doméstica adquiriu feições privatísticas; a família deixou de ser um aglomerado de parentes e respectivos cônjuges morando juntos em grandes propriedades, para se fundir em pequenos núcleos compostos por marido, mulher e filhos; nasce a família nuclear.<sup>15</sup>

A família nuclear, cujos membros são unidos por laços afetivos, marcada pela diminuição do número de filhos, são feições muito presentes na família de hoje. A família já não é mais determinada, em regra, pela necessidade de unir força laborativa ou a acumulação de riquezas, mas sim pelo afeto, o qual determina a constituição e a continuidade do casamento. O afeto passa a reger as relações entre pais e filhos, bem como entre irmãos.

---

<sup>14</sup> SAAD, op.cit., p. 20.

<sup>15</sup> SAAD, op.cit., p. 21

Assim, tem-se que a família acompanha as transformações sociais, refletindo em sua estrutura a forma de organização do ser humano na comunidade em que vive. Por isso passa por constantes alterações de sua estrutura, sendo ora matriarcal, quando a poligamia regia as relações familiares, patriarcal, com a ascensão da figura masculina na sociedade e, hoje, com a igualdade conquistada entre homens e mulheres, consagrada constitucionalmente, já não se fala mais em família matriarcal ou patriarcal, mas sim em família igualitária, onde o casal possui direitos iguais. A forma de integração dos membros da sociedade também mudou. A família formada por um casal e seus filhos, pelo casamento, divide espaço com famílias formadas por apenas um dos genitores e seus filhos – família monoparental -, a família formada por parentes que não os genitores e seus filhos – família extensa, a família formada por casais do mesmo sexo – família homoafetiva, dentre outras formas familiares presentes na sociedade. E todas essas formas de organização familiar, verificadas faticamente, merecem proteção jurídica.

## 1.2 Formas de estrutura familiar

A família, como fenômeno social, pode apresentar-se de diferentes maneiras, fato este que o direito deve acompanhar para dar proteção integral a essa importante instituição. A princípio, só era reconhecida a família originada do casamento. “Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar **matrimônio**.”<sup>16</sup> Por essa razão, o Código Civil brasileiro de 1916 apenas aceitava a entidade familiar cuja formação se desse por meio do casamento.

Após, a sociedade mudou, passando-se a conceber outras formas de organização familiar. A Constituição Federal Brasileira de 1988 reconhece como entidade familiar, além da formada pelo casamento, também a oriunda da união estável e a família monoparental. É reconhecida por união estável a relação pública, duradoura, com intuito de constituição de família mantida por um homem e uma mulher, os quais, entretanto, não realizaram o matrimônio. A união estável foi reconhecida como família, primeiramente, pela Constituição Federal, que a ela fez referência expressa no artigo 226, § 3º. A regulamentação do dispositivo constitucional somente foi efetuada em 1994, com a lei nº 8.971. Hoje, a união estável é disciplinada no Código Civil Brasileiro, artigos 1.723 a 1.727, sendo amplamente reconhecida

---

<sup>16</sup> DIAS, op.cit., p 28 (Grifo do autor).

essa forma de instituição familiar, em pese ainda ser possível verificar tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável Assim, a Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, determina que o Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento, demonstrando a preferência deste em relação àquela. Também, quanto à sucessão, o Código Civil trata de forma diferenciada a relação entre cônjuges e entre conviventes.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar não apenas a união estável mantida por um homem e uma mulher, mas também aquela oriunda da relação homoafetiva.

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO -

RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL.<sup>17</sup>

Assim, verifica-se o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, baseados no vínculo de afeto, um dos princípios que regem a família, servindo de parâmetro para sua caracterização.

Por família monoparental entende-se aquela que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes. A Constituição Federal também fez expressa menção a essa forma de estrutura familiar. A Constituição Federal também confere o *status* de família a essa organização, a qual recebe proteção jurídica. Não há legislação que discipline a família monoparental, embora o Código Civil trate de assuntos referentes a ela, como a regulamentação da guarda dos filhos e do direito de visita aos pais que não estão com sua guarda. Hoje, é comum a família formada por apenas um dos genitores e seus filhos. Isso pode dar-se por viuvez, divórcio ou pelo fato dos pais não terem mantido uma união.

Destaca-se que a família formada por apenas um de seus genitores e seus filhos pode decorrer, também, de fecundação artificial homóloga, realida após a morte do marido. Essa forma de constituição familiar é referida no artigo 1.597 do Código Civil, que atribui presunção de paternidade aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. “Há quem entenda que a parte final do dispositivo ao utilizar a locução ‘mesmo que falecido o marido’ é inconstitucional, por violar o princípio da paternidade responsável, retirado do artigo 226, §7º do Texto Maior”<sup>18</sup>

A inseminação artificial “*post mortem*” é, portanto, um tema polêmico, pois envolve questões sobre a paternidade responsável e limites à autonomia privada no âmbito familiar. Quem defende a sua possibilidade argumenta que a inseminação artificial efetivada após a morte do genitor não fere o melhor interesse da criança, não violando, assim, o princípio da paternidade responsável.

[...] o número de famílias monoparentais, dirigido apenas pela mãe, é uma demanda crescente em nossa sociedade, não se podendo falar em possíveis traumas para crianças que são criadas apenas por sua mãe, visto que é muito

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR / MG. Segunda Turma. Ministro relator Celso de Mello. Julgado em 16/08/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=uni%E3o+homoafetiva&base=baseAcord> aos. Acesso em 25/08/2011.

<sup>18</sup> TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2012. p.1.168-1.169.

mais traumático para uma criança crescer sabendo quem é seu pai, que ele existe, mas que não quer ter qualquer contato afetivo com seu filho.<sup>19</sup>

Também há a família extensa, formada por parentes que não possuem o vínculo de pais e filhos. Em geral, a inclusão da criança e do adolescente junto à sua família extensa é regulada pelo instituto da guarda ou tutela. A guarda e a tutela podem ser conferidas a terceiros que não os pais. Quando o responsável pela criança ou pelo adolescente mantiver relação de parentesco, forma-se a família extensa, que deve ser preferida em relação a terceiros que não fazem parte da relação familiar do menor de dezoito anos. Exemplo disso são as crianças criadas pelos avós, tios, enfim, parentes próximos que não pais e filhos, realidade presente na sociedade brasileira e amparada pelo direito.

A doutrina aponta, ainda, como forma de organização familiar, a família recomposta, que é aquela formada por um dos genitores e seus filhos, sendo que aquele se liga a outra pessoa, também com filhos, passando a constituir uma nova entidade familiar, muitas vezes com filhos em comum do novo casal.

Após a ruptura dos casais, muito refazem seus lares e, já tendo filhos, acabam juntando os seus aos do companheiro ou cônjuge do segundo casamento. Muitas vezes, ambos têm filhos e acabam tendo mais, donde o surgimento dos irmãos germanos e dos unilaterais.<sup>20</sup>

Verifica-se portanto, que a família monoparental advinda de inseminação artificial “*post mortem*”, por ser fato recente, advindo do avanço tecnológico ainda traz polêmicas e inseguranças, mas não é objeto deste trabalho a crítica a nenhuma forma familiar, desde que a família mostre capaz de amparar e educar a criança e o adolescente, motivo pelo qual, é importante destacar a família monoparental, assumindo tal estrutura por diferentes razões, o que não afasta o seu caráter familiar e a necessidade de reconhecimento e de proteção jurídica.

Ainda, é comum ver casais que não deram certo na convivência mútua partirem para novos casamentos, estabelecendo novos vínculos, recompondo sua família, donde surge a família recomposta. Nela, os filhos permanecem sob a autoridade de seus genitores, mas as relações familiares ampliam-se.

---

<sup>19</sup> FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial *post mortem* e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório.** Disponível em: [www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=224](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224). Acesso em 16/07/2012.

<sup>20</sup> GLANZ, Semy. **A família mutante: sociologia e direito comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 157.

Por fim, é necessário tratar de um último tipo de composição familiar apontada pela doutrina. Trata-se de um tipo de família “*sui generis*”, já que composta de uma única pessoa. “Surge, agora, uma nova família, que podemos chamar de unipessoal. É a família formada por uma só pessoa, solteira, divorciada, separada ou viúva, mas que mantém um lar só seu.”<sup>21</sup>

Essa nova forma de entidade familiar foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, pois traz reflexos na impenhorabilidade do bem de família, nos termos da seguinte decisão:

CIVIL. IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA PARA PESSOA SOLTEIRA. IMPENHORABILIDADE. O imóvel que serve de residência para pessoa solteira está sob a proteção da Lei nº 8.009, de 1990, ainda que ela more sozinha. Recurso especial conhecido e provido.<sup>22</sup>

Ainda, começa-se a fazer referência à família “*post mortem*”, formada por meio de inseminação artificial homóloga, após a morte do genitor. Essa forma de constituição familiar é alvo de polêmica. Para os seus defensores, a família “*post mortem*” é válida, pois está fundamentada pelo princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Já os que criticam essa forma de constituição familiar dizem que ela vai de encontro aos princípios do melhor interesse da criança, bem como da paternidade responsável.

Nota-se, assim, que a família pode apresentar-se de diferentes formas, sofrendo constantes alterações em sua composição, o que não a descaracteriza como entidade familiar nem diminui a sua importância no contexto social e para o direito. Como entidade familiar, merece proteção jurídica ainda que se apresente em diferentes formas, como o casamento, união estável, união heteroafetiva, união homoafetiva, família monoparental, extensa, etc., qualquer forma em que se reconheçam as características e princípios da família deve ser amparada pelo direito.

---

<sup>21</sup> GLANZ, op.cit., p. 159.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 412536 / SP. Terceira Turma. Ministro relator ARI PARGENDLER. Julgado em 03/10/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=bem+de+fam%EDlia+sozinha&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em 25/08/2011.

### 1.3 Princípios jurídicos constitucionais que regem as relações familiares

A família é regida por alguns princípios encontrados expressos ou implícitos na Constituição Federal Brasileira. Esses princípios são as luzes das relações familiares, sendo de fundamental importância na análise da família e na compreensão de suas relações.

#### 1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio apregoa que deve ser garantido a todo ser humano, sem distinções, o mínimo para que ele busque o seu desenvolvimento. É imprescindível que a todas as pessoas seja garantida uma existência digna, com o mínimo necessário para o seu desenvolvimento, físico, psicológico, moral e social.

Pelo conceito citado, é certo que a família é um importante ambiente de consagração da dignidade da pessoa humana, já que no seu seio deve haver um convívio harmônico, sem que um de seus membros exponha o outro a situações degradantes ou humilhantes. A violência doméstica atinge diretamente o princípio em estudo e deve ser reprimida, já que atinge um bem constitucionalmente protegido e que deve ser observado em todas as formas de relação humana, dentre elas, a familiar. Em relação às crianças e aos adolescentes, a dignidade ganha um destaque ainda maior, já que irá propiciar o pleno desenvolvimento humano.

*Assim sendo temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>23</sup>*

Este princípio é elencado no artigo 1º da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil, o que denota a grande importância que lhe foi dada pelo constituinte.

---

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2002. p. 62 (Grifo do autor).

No âmbito familiar, a observância deste princípio se dá por meio da dignidade conferida aos membros de uma família, os quais são dignos de respeito e devem ter observados os seus direitos fundamentais. Decorre do princípio da dignidade da pessoa humana a observância de outros princípios, de direitos fundamentais intangíveis, que constituem cláusulas pétreas e não podem ter seu conteúdo limitado.

Como se nota, dentre as exceções de intangibilidade, determinadas pelo poder constituinte, estão os direitos e garantias individuais, como: a) o direito e casar; b) o direito de ter filhos; c) o direito à igualdade; d) o direito à liberdade, etc. Esses direitos emanam do *princípio da dignidade da pessoa humana*, motivo pelo qual são considerados cláusulas pétreas ou princípios constitucionais.<sup>24</sup>

A dignidade da pessoa humana faz com que os membros de uma família sejam individualmente considerados, e devem ter garantidos direitos mínimos, que não podem ser restringidos sequer pelo legislador. É fundamental que sejam garantidas às pessoas liberdade, igualdade, e demais direitos que são fundamentais ao seu desenvolvimento.

### 1.3.2 Princípios da liberdade e da legalidade

A Constituição da República Federativa do Brasil também traz em seu rol de direitos fundamentais o direito à liberdade, sendo conferido às pessoas liberdade de locomoção, de opinião, liberdade religiosa, enfim, o poder de autogovernar seus atos. A família também é dotada de liberdade. É uma instituição particular e não pode sofrer interferências do Estado que lhe impeçam a sua autorregulação. “Em relação ao Direito de Família, o princípio da liberdade como autonomia da vontade aparece de forma acentuada no que diz respeito à livre decisão na escolha do estado civil, posto que ninguém está obrigado a casar-se”.<sup>25</sup>

Entretanto, em que pese a liberdade ser um importante princípio que regula as instituições familiares, ele não é ilimitado, deve sempre estar em harmonia com outros princípios constitucionais, como é o caso do princípio da legalidade. Este princípio, de um lado, garante a não interferência do Estado na vida familiar, além do previsto em lei, e de outro, limita a liberdade dos membros da família em prol do bem coletivo, devido à importância que tem a família para a organização social.

---

<sup>24</sup> ASSIS; FREITAS, op. cit. 49 (Grifo do autor).

<sup>25</sup> ASSIS; FREITAS, op.cit. p. 54.

Assim, o *princípio da legalidade* constitui-se num instrumento de defesa que protege o cidadão, principalmente contra os atos dos órgãos estatais que extrapolam os limites da lei.

[...]

Ocorre, porém, que o princípio da legalidade também estabelece limites à ação (liberdade) dos cidadãos. Assim as relações no âmbito de família não são totalmente livres, sofrem restrições por intermédio de normas impositivas.<sup>26</sup>

O princípio da legalidade, ao mesmo tempo em que impede que o Estado interfira, além dos limites, na vida familiar, determinando, por exemplo, o número de filhos que um casal pode ter ou que determinada pessoa seja obrigada a casar-se; também impõe limites à liberdade dos membros de uma família. Assim, por exemplo, existem normas cogentes que regem o direito de família, como, por exemplo, a obrigação dos pais de guarda e sustento dos filhos, cujo desrespeito poderá configurar o crime de abandono material e intelectual do incapaz. “Enfim, no Direito de Família, o princípio da liberdade não implica uma vontade totalmente livre para fazer ou deixar de fazer qualquer coisa. A autonomia da vontade, de algum modo é condicionada pelas leis estatais e pelas práticas sociais”.<sup>27</sup>

A liberdade, por vezes, cede espaço para normas essenciais para o convívio social. Por essa razão o direito disciplina os casos de impedimento para o casamento, que, uma vez violados, negam valor jurídico à relação, incrimina a bigamia, etc. Isso porque a família, em que pese ser uma instituição formada por entes livres, tem fundamental importância para a sociedade, o que faz com que o Estado imponha normas básicas que limitem a autodeterminação individual em prol de um interesse coletivo.

### **1.3.3 Princípios do Planejamento Familiar e da Paternidade Responsável**

É corolário do princípio da liberdade familiar o princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável. A Constituição Federal estabelece a necessidade de incentivo, pelos órgãos públicos, relativo ao planejamento familiar. É importante que as famílias planejem o momento de ter filhos, bem como quantos filhos querem ter, conforme as suas condições, a fim de que os filhos gerados sejam fruto de um planejamento que dê aos pais a condição de desempenhar satisfatoriamente seu papel na educação dos filhos.

Ou seja, se por um lado o Estado deve agir no sentido de disponibilizar as informações e o acesso aos métodos contraceptivos e conceptivos, por outro

<sup>26</sup> ASSIS; FREITAS, op.cit. p. 52 (Grifo do autor).

<sup>27</sup> ASSIS; FREITAS, op.cit. p. 54.

lado, deve abster-se de qualquer interferência no processo decisório dos futuros pais ou futuras mães, de modo a preservar a sua liberdade.<sup>28</sup>

O princípio do planejamento familiar envolve a atividade de fomento do Estado, que deve não apenas disponibilizar os meios contraceptivos para que as famílias possam escolher o momento certo de gerar os filhos, mas, principalmente, passando informações para que as famílias mais carentes tenham condições de autodeterminar-se de forma consciente na escolha do momento de ter filhos.

Entretanto, a atividade estatal deve dar-se apenas no sentido de informar as famílias e auxiliá-las a concretizar suas escolhas. A Constituição Federal é clara ao determinar que o planejamento familiar é escolha dos pais, não podendo, o Estado, determinar quantos e quando os pais gerarão seus filhos. A família é uma instituição particular, formada por pessoas livres, não sendo legítimo, ao Estado, tolher essa liberdade, mas sim trabalhar para que ela seja exercida de forma consciente.

É importante destacar que a liberdade na opção pelo planejamento familiar somente será substancialmente observada se a família, além de não sofrer intervenção estatal em suas decisões, receber informações sobre os reflexos que a decisão de ter filhos produz na vida dos genitores – como em relação ao aspecto econômico, ao tempo de dedicação que os pais deverão despender, dentre outros –, bem como sobre os métodos contraceptivos existentes e quais as suas indicações, a fim de que a decisão do casal seja consciente e as medidas adotadas sejam as mais adequadas ao caso.

Decorre do princípio do planejamento familiar, pautado na consciência dos deveres que assumem os pais para com seus filhos, o princípio da paternidade responsável. Este princípio estabelece a necessidade de um planejamento familiar antes do casal decidir ter filhos. Os futuros pais devem estar cientes das responsabilidades e deveres advindos da paternidade. “Ora, nesta esteira, podemos entender como direito à paternidade responsável o direito às informações e ações necessárias por parte do Estado para que a decisão quanto ao planejamento familiar possa ser tomada de forma livre e consciente”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Mulher e planejamento familiar**. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. p. 433-448. p. 439-440.

### 1.3.4 Princípio da Igualdade

Esse princípio prima pelo mútuo respeito entre os membros de uma entidade familiar, bem como o tratamento igualitário entre eles, atendendo, é claro a uma igualdade material e não apenas formal, sendo relevante considerar as características particulares de cada pessoa.

Como corolário destes princípios, pode-se citar a igualdade estabelecida no texto constitucional vigente em nosso país entre o casal na direção da família, bem como no exercício do poder familiar.

Com o princípio da igualdade dos cônjuges e dos companheiros fica revogado o Estatuto da Mulher Casada (Lei 40121/62) e desaparece, juridicamente, a família organizada sobre a base patriarcal, ou seja, desaparece o poder marital e a autocracia do chefe da família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo.<sup>30</sup>

O “*pátrio poder*” transformou-se em poder familiar, cabendo ao casal, e não mais ao homem, a decisão das questões relativas à família, tais como o planejamento familiar, a educação dos filhos, a administração dos bens comuns do casal, dentre outras. A igualdade pode ser vista tanto quanto ao casal, que passa a ter deveres e direitos iguais nas relações domésticas, quanto em relação aos filhos.

[...] a igualdade jurídica dos filhos implica: a) vedação discriminatória relativa à filiação; b) proibição e distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quando (*sic*) ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; c) permissão para o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento.<sup>31</sup>

Os filhos advindos do casamento ou não, bem como os filhos adotivos passam a receber tratamento igualitário pelo direito sem ser admitida qualquer discriminação em face do princípio constitucional da igualdade. Esse princípio constitucional foi observado, também, pelo Código Civil, que trata os filhos sem qualquer discriminação, abolindo, inclusive, antigas referências discriminatórias, como o termo “filho legítimo”, que indicava tratamento diferenciado aos filhos havidos pelo casamento ou sem ele. A substituição do termo “*pátrio poder*” também reflete a igualdade do casal.

---

<sup>29</sup> SCALQUETTE, op.cit., p. 439.

<sup>30</sup> ASSIS, FREITAS, op.cit., p. 50.

<sup>31</sup> ASSIS, FREITAS, op.cit. p. 51.

É mister ressaltar que o princípio da igualdade deve abranger o seu conceito material, tratando de forma igual, os iguais e desigual, os desiguais. Assim, pode-se falar em igualdade horizontal, existente entre os membros que assumem o mesmo papel na relação familiar, como os genitores, ou os filhos. Contudo, quando as funções a serem desempenhadas mostram-se diversas, trata-se de maneira desigual os desiguais, falando-se em igualdade vertical, como ocorre com a relação entre os genitores e seus filhos.

Essa diferenciação é fundamental para a caracterização da entidade familiar. As crianças e os adolescentes são pessoas em formação, que necessitam de cuidados especiais e de orientação, papel esse desempenhado pelos genitores, guardiães ou tutores, motivo pelo qual a relação não pode ser colocada em um mesmo plano.

Portanto, deve ser destacado que a igualdade presente na família não é linear. A igualdade entre filhos, assim como a igualdade entre cônjuges está presente de forma igualitária. Contudo, na relação entre pais e filhos existe uma hierarquização, concebida pela igualdade vertical, pela qual, a chefia familiar “[...] pode ser exercida tanto pelo homem como pela mulher em regime democrático de colaboração, podendo inclusive os filhos opinar (conceito de *família democrática*)”.<sup>32</sup>

Assim, não obstante haver tratamento diferenciado na relação entre pais e filhos, a diferenciação se mostra necessária para garantia da igualdade substancial, o que não impede que os pais ouçam seus filhos e decidam levando-se em conta a sua opinião, decidindo sempre com base no melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

### **1.3.5 Princípio do pluralismo das entidades familiares**

Conforme já foi dito anteriormente, a família é um fato social ao qual o direito reconhece proteção e, como tal, deve ser amparada em suas diversas formas, já não mais se admitindo a proteção que antes era prevista unicamente à família originada pelo casamento.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, ao determinar que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, concebeu referido instituto de forma plural, pois estabeleceu mais de um modo de constituição de família, a saber, o casamento, a união estável entre um homem

---

<sup>32</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 1.039.

e uma mulher e as comunidades formadas por qualquer dos pais e seus descendentes.<sup>33</sup>

Desse modo, a Constituição Federal reconheceu a família com composição diversa, mas nem por isso merecedora de menor proteção. Já não se reconhece apenas a família patriarcal clássica, formada pelo casamento. Toda forma de organização familiar é merecedora de ser reconhecida como tal. É por essa razão que a Constituição Federal Brasileira ampliou o conceito de instituição familiar e a jurisprudência e a doutrina aceitam as variadas formas de estrutura familiar, já se reconhecendo, inclusive, uniões entre casais homoafetivos como entidade familiar.

Torna-se necessário desmistificar a idealização de uma dada estrutura familiar como sendo a “natural”, abrindo-se caminho para o reconhecimento da diversidade das organizações familiares no contexto histórico, social e cultural. Ou seja, não se trata mais de conceber um modelo ideal de família, devendo-se ultrapassar a ênfase na estrutura familiar para enfatizar a capacidade da família de, em uma diversidade de arranjos, exercer a função de proteção e socialização de suas crianças e adolescentes.<sup>34</sup>

Ora, a família é uma organização social e, como tal, apresenta-se de forma complexa. A sua proteção jurídica não pode restringir-se a um modelo tido como ideal por uma sociedade conservadora, formada pelo casal e seus filhos comuns. Resumindo a proteção jurídica a essa realidade estar-se-ia desamparando diversas outras realidades, que também são capazes de cumprir a função destinada à família, de garantir uma vida digna a todos, unidos por fortes vínculos de afeto.

Vimos, agora, surgir a imperiosa necessidade de reconhecimento do direito à diferença, desde que respeitado o referencial dos direitos de cidadania. Ou seja, a família nuclear tradicional, herança da família patriarcal brasileira, deixa de ser o modelo hegemônico e outras formas de organização familiar, inclusive com expressão histórica, passam a ser reconhecidas, evidenciando que a família não é estática e que suas funções de proteção e socialização podem ser exercidas nos mais diversos arranjos familiares e contextos socioculturais, refutando-se, assim, qualquer idéia preconcebida de modelo familiar “normal”.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> NEVARES, Ana Luiza Maria. **Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada.** In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 291-315. p. 292.

<sup>34</sup> CONANDA; CNAS. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.** Brasília/DF, 2006. Disponível em [http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/plano\\_nacional.pdf](http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/plano_nacional.pdf). Acesso em 10/11/2011. p. 24

<sup>35</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 30

Não é apenas a família patriarcal clássica que é capaz de cumprir sua função de proteção de seus membros e de socialização. Seria difícil, na sociedade atual, aceitar como válida apenas uma família formada por um casal convencional e seus filhos. Seria discriminar diversos outros modelos de organização familiar, que, assim como a família convencional, cumprem seu papel social, educam seus filhos para a vida em sociedade, fortalecem os vínculos de afeto, introduzem na educação das crianças a obediência a valores sociais. Interessante notar que o Brasil é formado por uma sociedade complexa, de diferentes culturas, não se podendo adotar um modelo familiar padrão. “Nesse sentido, vale destacar as famílias pertencentes aos povos e comunidades tradicionais, como povos indígenas e comunidades remanescentes de quilombos, cuja organização é indissociável dos aspectos culturais e da organização do grupo”.<sup>36</sup> Quaisquer relações em que se vislumbre a presença princípios que regem as relações familiares merecem respeito e proteção. Seria inconcebível pensar que, em meio a uma sociedade tão hegemônica como é a brasileira, as famílias seguiriam um modelo único, também sendo inadmissível que o direito ampare somente um modelo ideal de família, deixando desamparadas diferentes realidades sociais.

### **1.3.6 Princípio da proteção integral a crianças e adolescentes**

A Constituição determina que seja conferida atenção maior às crianças e aos adolescentes, atendendo à suas características especiais, de pessoas em desenvolvimento, físico, moral e psicológico, que reclamam uma maior proteção. Essa atenção deve ser observada pelo Estado, pela sociedade e principalmente pela família, já que esta tem maior proximidade com as citadas pessoas, sendo que o contato direto possibilita que sejam reconhecidas, com mais rapidez, as necessidades dos menores de dezoito anos, podendo ampará-los com mais celeridade e eficácia.

Basicamente, a doutrina jurídica da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente assenta-se em três princípios, a saber:

- Criança e adolescente como sujeitos de direito – deixam de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos.
- Destinatários de absoluta prioridade.

---

<sup>36</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 30



humanos integrantes de uma mesma família, sendo fundamental o auxílio mútuo. “Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da palavra solidariedade [...]”<sup>40</sup> Ora, onde há afeto, há solidariedade, auxílio mútuo.

Baseando-se, a família, no princípio do afeto, e as relações entre seus membros, no princípio da boa-fé, com certeza o mútuo auxílio far-se-á presente nas relações. Não obstante o afeto não poder ser exigido, por ser subjetivo, o dever de ser solidário o pode. Dessa forma, em que pese o fim da relação afetiva desencadear o divórcio do casal e a ruptura da vida em conjunto, a obrigação de prestar alimentos ao cônjuge que necessite subsiste, já que a confiança que regia a vida do casal era no sentido de que um sempre auxiliaria o outro.

Em decorrência do princípio da solidariedade é que podem os cônjuges separados ou divorciados pedirem alimentos uns aos outros, cuja relação, enquanto durou, baseou-se numa relação de afeto, o qual não pode ser transformado em indiferença, bem como os descendentes reclamarem o auxílio material dos ascendentes e reciprocamente, devendo destacar apenas que a obrigação familiar dos pais em relação aos filhos decorre do próprio poder familiar, que impõe àqueles o dever de educação e sustento de sua prole.

Importante destacar que, mesmo o afeto dos pais em relação aos filhos não pode ser exigido, conforme entendimento jurisprudencial:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.<sup>41</sup>

Dessa forma, verifica-se que o abandono afetivo não viola dever legal, não gera ato ilícito, diferentemente do que ocorre com o dever de solidariedade, como é o caso da prestação de alimentos. Ora, carinho é sentimento, é algo subjetivo e voluntário. Ninguém

<sup>40</sup> DIAS, op.cit., p 66 (Grifo do autor).

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 514350 / SP. Quarta. Ministro relator Aldir Passarinho Junior. Julgado em 28/04/2009. Publicado em 25/05/2009 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=danos+morais+paternidade&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 25/08/2011.

pode ser compelido a sentir o que não sente. Pode ser obrigado a ser solidário, já que esta qualidade será expressa em ações objetivas, pautadas na boa-fé da relação mantida, mas não a manifestar nenhum tipo de sentimento.

Mas, mesmo não sendo imposta, a afetividade, como determinante das relações familiares, ganha cada vez maior importância. “No que tange a relações familiares, a valorização do afeto procura indicar que o vínculo familiar é muito mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico”.<sup>42</sup> É em decorrência desse princípio que a jurisprudência vem reconhecendo, por exemplo, a paternidade afetiva, em detrimento da paternidade biológica, nos termos da seguinte decisão:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.

O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.<sup>43</sup>

Com isso, verifica-se que o aspecto afetivo ganhou extrema relevância na caracterização dos vínculos familiares. A relação afetiva por até mesmo sobrepor-se à relação biológica. A família é um ambiente onde seus membros relacionam-se com afeto. As relações biológicas determinam o parentesco, mas, em casos excepcionais, em que a genética perde importância diante dos laços afetivos formados, o parentesco sanguíneo pode ser colocado em segundo plano, já que a família é uma entidade muito mais complexa que a mera análise de

<sup>42</sup> LIMA, Vilma Aparecida; ALMEIDA, Lara Oleques. **Cartilha para a promoção da família**. Mestrado e Graduação em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília: Marília, 2006. p.17.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 878941 / DF. Terceira Turma. Ministra relatora Nancy Andrighi. Julgado em 21/08/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=paternidade+socio-afetiva&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em 25/08/2011.

descendência genética. É claro que isso somente acontecerá em casos excepcionais, em que a relação afetiva existente seja tão forte que substitua o vínculo genético. Mas a regra ainda é que os genitores têm o dever de amparar os filhos, existindo ou não relação afetiva.

### 1.3.8 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé é um importante princípio que vem transformando as relações privadas e não fica indiferente à família. Hoje, o direito prima pelas relações baseadas na boa-fé dos envolvidos. Por isso, exige-se o dever de lealdade, de não prejudicar o outro, tudo baseado na confiança que os outros depositam na validade da relação, de modo a não frustrar as expectativas sociais e não inviabilizar as relações privadas pela crescente desconfiança no outro.

Boa fé significa, portanto, ação refletida que visa não apenas o próprio bem, mas o bem do parceiro. A ação deve ser conduzida pela virtude e isso significa respeitar as expectativas razoáveis do parceiro, agir com lealdade, não causar lesão ou desvantagem e cooperar para atingir o bem comum. É nesse sentido que o *princípio da boa fé* se revela como fonte de novos deveres ou obrigações especiais, os denominados *deveres de conduta*, tais como: *dever de esclarecimento, dever de proteção, dever de lealdade, dever de transparência*, além de outros que incidem na relação matrimonial e nas demais práticas no direito de família.<sup>44</sup>

Esse princípio encontra-se presente no direito de família. Assim o é, por exemplo, quando o Código Civil prevê como causa de anulabilidade de casamento o vício quanto à pessoa do cônjuge, ou quando prescreve como obrigação dos cônjuges à fidelidade. A vida familiar deve ser regida com ética de todos os seus membros, o que se traduz na boa-fé. Nas relações familiares deve-se observar o respeito mútuo, a lealdade. Os cônjuges devem agir com transparência, projetar a vida em comum com clareza e em conjunto. A família deve agir em prol do bem comum de seus membros, sem interesses particulares ocultados, sem intenção de lesionar um ao outro, afinal, a família é também regida pelos princípios do afeto e da solidariedade, que complementam a boa-fé.

Nesse sentido, a *ética dos deveres* além de orientar o exercício das profissões (Advocacia, Magistraturas, Ministério Público) e o cumprimento dos deveres de cidadania, permite a elaboração de um código de condutas (Direito), fundadas em princípios genéricos: cumprir os deveres de família, cuidar da

---

<sup>44</sup> ASSIS; FREITAS, p. 79 (Grifo do autor).

saúde e da educação dos filhos e parentes, viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu, proteger a vida, etc.<sup>45</sup>

A boa-fé exige um comportamento ético, de querer o bem do outro, de agir sempre com lealdade, honestidade, cumprindo seus deveres e exercendo seus direitos sem prejuízo dos direitos do próximo. Esse é um modo de agir que deve, sempre, estar presente na vida familiar, sem o qual a família apresentará problemas e isso poderá refletir diretamente na dignidade de seus membros. Viver com honestidade, primando pelo bem estar do outro é uma atitude que é a razão de ser da família.

#### 1.4 A família como instituição social

O próprio conceito etimológico de família já encontra vínculo com a sociedade. “Etimologia – A palavra família, segundo os dicionários, vem do latim ‘familia’, que por sua vez se origina de uma palavra da língua dos oscos, povo do norte da península da Itália, ‘famel’, que significa escravo”.<sup>46</sup> A própria organização da família reflete a forma que a sociedade se organiza, sendo que uma influencia a outra reciprocamente. Ora, a família como uma das primeiras organizações sociais que surgiram, forma, em seu conjunto, as comunidades, e a própria sociedade, sendo natural a influência recíproca.

Diversos podem ser o conceito de família, dependendo do enfoque que se dá à análise da instituição.

[...] é possível afirmar que não existe um conceito unitário de família, estabelecido previamente, em razão, principalmente, do aspecto sociológico da família, ou seja, de que sua fonte reside muito mais nos fatos e não em um modelo positivado juridicamente.<sup>47</sup>

O conceito de família varia conforme a organização social, a época em que esta é analisada, já que pode ser considerada um fenômeno social, existente antes mesmo de receber uma proteção jurídica. Como relação social, seu modelo varia conforme a sociedade em que está inserida, o que faz com que não se possa dar um conceito determinado e invariável. “A família varia de acordo com as épocas, com as culturas e, mesmo dentro de uma mesma

---

<sup>45</sup> ASSIS; FREITAS, op. cit., p.77 (Grifo do autor).

<sup>46</sup> GLANZ, op.cit., p. 17.

<sup>47</sup> NAMUR, Samir. **A tutela das famílias simultâneas**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil (Org.)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 573/597. p. 576.

cultura, em conformidade com as condições sócio-econômicas em que está inserido o grupo familiar”.<sup>48</sup>

Pode-se estabelecer um conceito de entidade familiar como sendo um grupo de pessoas ligadas por vínculo de parentesco, sanguíneo ou civil, unidas por um laço afetivo e de proteção mútua. E o direito, para dar juridicidade a uma manifestação de fato tão importante, vai adaptando suas regras a fim de dar proteção jurídica à família.

É difícil citar um conceito invariável de família, já que esta acompanha as mutações sociais. A princípio, é preciso definir que “A família, em primeiro lugar, é um sistema e, como tal, o todo da família é maior que a soma das partes, dos membros que a compõem. Seus elementos estão em interação, que os mantém numa relação de interdependência”.<sup>49</sup> Portanto, a instituição familiar não se confunde com seus membros individualmente considerados. Ela corresponde ao conjunto, às interrelações manifestadas.

Mas a definição de família irá depender da forma como a sociedade organiza-se. O importante, quando se pretende identificar uma instituição familiar é analisar se os princípios que regem as relações familiares encontram-se ou deveriam encontrar-se presente, se existe vínculo afetivo entre seus membros, solidariedade, auxílio mútuo, dentre outros princípios que disciplinam as relações entre os membros de uma família. Presente essas características básicas, não importa de que forma a família se apresenta, devendo ser reconhecido como entidade familiar.

A família é, portanto, uma importante instituição social, que se organiza de diferentes formas, mas todas regidas por princípios que lhes são próprios e que definem seu núcleo como entidade familiar. Seu conceito e sua forma de evolução sofreram profundas alterações, conforme a complexidade das relações sociais, evoluindo também a legislação que lhe confere proteção, já que o direito deve dar ampla segurança às relações advinda de uma instituição de tanta relevância social. Não obstante as mutações sofridas, existe um núcleo básico de solidariedade e apoio recíproco que caracterizam a família em qualquer época e em qualquer sociedade.

---

<sup>48</sup> BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (org.). **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20.

<sup>49</sup> BARBOSA, VIEIRA, op.cit., p. 22.

## 1.5 As inovações no tratamento jurídico brasileiro conferido à família

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe importantes avanços na proteção jurídica conferida à família. O Código Civil de 1916 conferia proteção unicamente à família originada pelo casamento. Disso resultava o não reconhecimento de relações informais, decorrentes de união estável ou mesmo o não reconhecimento de filhos não legítimos, gerados por relações extraconjugais, os quais eram discriminados.

No Código Civil de 1916, a família somente se constituía pelo casamento. Esta devia manter-se coesa, como uma unidade que se legitimava por si mesma. Neste cenário, a proteção atribuída à família tinha por finalidade afastar toda e qualquer ameaça à estrutura familiar, justificando a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a chefia da sociedade conjugal exercida pelo marido, enquanto a mulher casada era incluída no rol dos relativamente incapazes, e a discriminação dos filhos não matrimoniais. Desta maneira, a legislação civil conferia um interesse superior à comunidade familiar, em detrimento de seus componentes, justificado pela “paz doméstica”.<sup>50</sup>

Verifica-se que a legislação civil de 1916 carregou consigo os dogmas de uma sociedade conservadora, muito influenciada pelas concepções religiosas, do catolicismo. O divórcio, por exemplo, não era aceito, mesmo quando a vida em comum não era sequer suportável. Isso porque, à época, à instituição da família era conferida proteção autônoma. Entendia-se que a sua preservação tinha um fim social, o que prevalecia sobre a felicidade dos membros individualmente considerados. A família somente era reconhecida se originada do casamento. Havia uma grande dependência da mulher e dos filhos em relação ao genitor, a quem incumbia o exclusivo exercício do “*patrio poder*”.

A família era tida como um fim em si mesmo. Devia ser preservada independentemente do bem estar de seus membros. Entretanto, movimentos feministas, a busca pela igualdade, altera a vida social, alterando, também, a estrutura da família. O próprio Código Civil foi sofrendo alterações legislativas que buscavam acompanhar o avanço social, além de surgirem leis esparsas que disciplinavam as relações familiares, como a Lei 6515/77 que passou a disciplinar o divórcio.

---

<sup>50</sup> NEVARES, Ana Luiza Maria. **Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada.** In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 291-315. p. 293.

Com a promulgação da Constituição Federal, muda-se a concepção de família. Primeiramente, a Lei Maior inova ao alargar o seu conceito, abrangendo diferentes formas de composição da entidade familiar, sendo ela vista como um fato social e não como um fato jurídico apenas reconhecido com a realização do matrimônio; e depois, ao privilegiar os membros integrantes da família, não mais concebendo essa instituição como um fim em si mesma. “Assim, altera-se a noção de família, entendida como comunidade da qual o homem faz parte. De uma instituição por si só merecedora de tutela a um organismo social que só será protegido se, e na medida em que, promove o desenvolvimento de seus membros.”<sup>51</sup>

A família passa a ser concebida como uma instituição que tem por fim o desenvolvimento sadio de seus membros e a preservação de sua dignidade, sendo que estes assumem o centro da proteção jurídica. Tanto o é que a Constituição destina especial atenção à criança e ao adolescente, aos idosos, conferindo a família o dever de proteção destas pessoas, em conjunto com o Estado e a sociedade.

Uma das maiores demonstrações do fenômeno da personalização no âmbito do Direito de Família é o tratamento prioritário dado à criança e ao adolescente, como pessoa em desenvolvimento, e alvo da proteção integral da família, da sociedade e do Estado, cujo melhor interesse deve ser preservado a qualquer custo. Os menores, além de serem dotados de dignidade, como qualquer pessoa, são também sujeitos de direitos fundamentais. Entretanto, seu diferencial reside em serem alvos de especial tratamento das entidades intermediárias, passando a ser os protagonistas da família.<sup>52</sup>

A Constituição Federal Brasileira de 1988 marca uma quebra na forma de proteção conferida à família. Passa-se a se preocupar muito mais com os membros dessa instituição, acima dela, quando isoladamente considerada. Essa não é mais vista como algo que deva ser preservado mesmo à revelia de seus membros, passando a ser entendida como um meio de garantir o bem estar das pessoas que se relacionam entre si. O ser humano é o centro da proteção jurídica e não a instituição em si. A Lei Maior coloca a dignidade da pessoa humana em destaque, relevância esta que deve ser observada também aos membros da entidade familiar.

De fato, ao estabelecer como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, o constituinte opta por superar o individualismo, ou seja, a concepção

---

<sup>51</sup> NEVARES, op.cit., p. 297.

<sup>52</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorridos na Alemanha.** *IN*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil (Org.)*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 698 p. p. 547-572. p. 564.

abstrata do homem, que marcou o tecido normativo codificado, passando a eleger a pessoa, na sua dimensão humana, como centro da tutela do ordenamento jurídico.<sup>53</sup>

Com isso, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um marco para o direito de família, posto que alterou significativamente a forma de concepção desse direito, privilegiando a proteção dos homens, sendo a instituição familiar um meio de desenvolvimento do ser humano e não uma entidade que se justifica por si mesma. A dignidade da pessoa humana é o princípio que determina a regulação de todos os institutos jurídicos, não podendo, a família, ficar indiferente a esse princípio destacado pelo texto constitucional de 1988. Importante considerar que a dignidade da pessoa humana ganhou destaque internacional, fato visível ante a crescente preocupação em relação aos direitos humanos. Esse destaque é também conferido no âmbito das famílias.

Em face desse papel de mecanismo de promoção e proteção dos direitos humanos, no tocante às relações familiares, a Constituição Federal rompe com o anterior tratamento diferenciado e discriminatório dado aos filhos em razão da origem do nascimento ou das condições de convivência dos pais, determinando a equiparação de filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção (Art. 227 §6º). A mesma Carta Constitucional, em seu artigo 226 §8º, estabelece que ao Estado compete assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir violências no âmbito de suas relações. Adiante, no Artigo 229, determina que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Conseqüentemente, todo reordenamento normativo e político-institucional que se pretenda fazer há de partir das normas constitucionais, marco legal basilar para o presente.<sup>54</sup>

Os citados artigos da Constituição Federal demonstram a preocupação constitucional com a igualdade estabelecida entre os membros da família, e com o afeto e relação de ajuda mútua entre eles, donde se extrai que a referência da proteção conferida à entidade familiar parte da premissa do bem estar dos membros que a compõem. Com essa alteração de concepção trazida pela Lei Maior, foi sancionado o Código Civil de 2002, o qual absorveu essa nova concepção, trazendo avanços em relação ao Código de 1916 no que tange à regulamentação da família. Passou-se a prever com maior amplitude a igualdade entre homem e mulher, bem como a disciplinar a união estável entre pessoas de sexo oposto.

---

<sup>53</sup> NEVARES, op.cit. p. 295.

<sup>54</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 21

Talvez o grande ganho tenha sido excluir **expressões e conceitos** que causavam grande mal-estar e não podiam mais conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos os dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios.<sup>55</sup>

A principal contribuição do Código Civil de 2002 não foram as regras nele acrescentadas, que por si só já geraram um avanço, como a regulamentação da união estável, do poder familiar (não mais “*patrio poder*”), mas sim os princípios que norteiam a aplicação dessas regras, princípios que encontram consonância na Constituição Federal, tais como a igualdade que rege as relações civis e a boa-fé, expressamente referida nos contratos, mas que deve ser observada em toda relação humana. O sepultamento de expressões discriminatórias da legislação civil demonstra como os princípios constitucionais foram observados pelo Código Civil, adotando-se os novos paradigmas.

Portanto, nota-se que os avanços foram muitos, embora ainda se possam encontrar normas a serem superadas, como o tratamento sucessório desigual entre cônjuges e entre companheiros, ou mesmo normas a serem criadas, regulamentando, por exemplo, a união homoafetiva, já reconhecida pela jurisprudência, assim como a possibilidade de adoção por esses casais, também já deferidas pelos tribunais, mas ainda sem regulamentação específica que confira, por lei, a qualidade de entidade familiar às relações homoafetivas. Mesmo diante dessas omissões, até por, em alguns casos, referirem-se a assuntos que ainda encontram opiniões divergentes, há que se considerar que o Código Civil de 2002 trouxe um avanço inquestionável em relação ao Código Civil de 1916, ao proteger a família à luz da igualdade e da dignidade de seus membros, adotando os paradigmas constitucionais na interpretação de suas normas.

Dessa forma, verifica-se que a Constituição de 1988 propiciou ao direito de família uma grande evolução, colocando os seres humanos em lugar de destaque nas relações jurídicas, avançando muito em relação ao Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002 regulou as situações civis, talvez nem todas como alguns queriam, não disciplinando de forma específica, por exemplo, a família monoparental, em que pese, no decorrer de seus textos, traga institutos que lhes conferem proteção, como a regulamentação da guarda, e apresentou um grande avanço quando analisado segundo os princípios que o nortearam, absorvendo os princípios constitucionais, preocupando-se com a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a boa-fé e outros princípios determinantes para uma harmonia nas relações interpessoais.

---

<sup>55</sup> DIAS, op.cit., p 32 (Grifo do autor).

Assim, percebe-se que a família, não importa a forma como se organize, desde que presentes os princípios que a norteiam, têm especial relevância para a sociedade, devendo primar pelo bem estar de seus membros. Essa importância faz com que a Constituição Federal Brasileira e legislações infraconstitucionais garantam à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Não importa como a família está organizada, desde que se vislumbre a presença das características básicas da instituição familiar. É importante assegurar aos menores de dezoito anos, pessoas ainda dependentes e em formação física, psicológica e moral o contato com a família, primeira organização social com a qual a pessoa tem contato, que a auxiliará na formação de sua vida, o que faz com que o direito preocupe-se com a convivência familiar, direito esse que merece especial atenção.

## **CAPÍTULO II – A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E SUA IMPORTÂNCIA PARA A FORMAÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES**

### **2.1 Convivência familiar e o Estado Democrático de Direito**

O direito à convivência familiar é essencial ao desenvolvimento físico e moral das crianças e dos adolescentes. A família é o primeiro contato do ser humano com a organização social e os ensinamentos por ela repassados refletem no comportamento do jovem dentro da sociedade. A instituição familiar, ao repassar às crianças e aos adolescentes as formas de comportamento que a sociedade espera dele, e os preceitos morais determinados pelo meio social em que vivem, contribui na formação de cidadãos.

Desse modo, o direito à convivência familiar está inserido dentro o contexto do Estado Democrático de Direito. O Brasil adotou essa forma de organização, conforme se denota do art. 1º, “*caput*”, da Constituição Federal. Por Estado Democrático de Direito entende-se o Estado organizado por normas pré-estabelecidas, pelo direito, normas escritas ou consuetudinárias, mas que limitam os poderes estatais e dão garantia aos seus membros de organizarem suas condutas dentro das regras previamente estabelecidas. A Democracia pressupõe que o poder exercido pelo Estado tem por titular os cidadãos, que devem participar da forma de organização e de exercício desse poder. No Brasil, a forma de participação democrática mais forte é o sufrágio, que compreende o direito de votar e de ser votado. Também se pode citar o plebiscito, o referendo, as leis de iniciativa popular, o exercício da ação popular. Além da participação democrática indireta, por meio de representantes eleitos pelo povo que devem agir segundo a vontade deste, sem influência de interesses pessoais.

Para o exercício dessa cidadania, as crianças e os adolescentes devem possuir uma formação que lhes permita participar, quando adultos, de forma consciente na vida social, conhecendo os valores determinados pela sociedade em que vive, bem como as suas necessidades. E, sendo a família o primeiro contato do ser humano com o mundo social, a instituição mais próxima dele para lhes ensinar referidos valores, em que pese não ser a única, ela representa uma importante instituição para a formação de cidadãos.

Para que esse papel seja bem desempenhado pela família, é importante que ela contribua na formação de dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil – cidadania e dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos II e III da Constituição Federal). É

claro que a formação do cidadão não se dá apenas por meio da família, mas a convivência familiar pode propiciar uma grande contribuição na formação dos cidadãos.

É amplamente reconhecida a importância da família no cuidado e no bem-estar de seus membros, uma vez que é o âmbito privilegiado e primeiro a proporcionar a garantia de sobrevivência a seus integrantes, especialmente aos mais vulneráveis, como crianças, idosos e doentes; o aporte afetivo fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil e para a saúde mental dos indivíduos; a absorção de valores éticos e de conduta; bem como a introdução das crianças na cultura da sociedade em que estão inseridas.<sup>56</sup>

Primeiramente, para que uma pessoa possa exercer o poder estatal, de forma direta ou indireta, é indispensável que ela seja titular de direitos mínimos, que lhe garantam a oportunidade de autodeterminação: é preciso estar presente a dignidade da pessoa humana. E esse princípio é a base da família, que consiste exatamente na garantia de direitos mínimos que permitam ao homem adulto determinar-se, sem o que não há cidadania. O ser humano é centro da proteção, por isso o humanismo o coloca como detentor dos direitos básicos para sua sobrevivência e desenvolvimento, sendo amplamente difundido “O humanismo pede ao mesmo tempo em que o homem desenvolva suas virtualidades nele contidas, suas forças criadoras e a vida da razão, trabalhando para fazer das forças do mundo físico instrumento de sua liberdade”.<sup>57</sup> Esse desenvolvimento é facilitado por um ambiente familiar adequado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um dos princípios que fundamentam a família e o Estado Democrático de Direito, faz com que este deva zelar pela garantia de uma vida digna a todos os seus membros. É certo que o conceito de dignidade é algo vago, mas ela pode ser definida como tudo aquilo que possibilita o desenvolvimento e a autonomia dos seres humanos.

A dignidade da pessoa humana é algo inerente ao ser humano, presente pelo simples fato de ser pessoa, devendo ser a ela garantida uma vida digna, a qual deve ser respeitada por todos, tendo todas as pessoas o direito de ter-lhes assegurados direitos mínimos, considerados, em cada época e em cada sociedade, fundamentais a uma vida saudável, e que lhes propiciem autonomia para determinar sua própria vida.

---

<sup>56</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Lusene Maria Cordeiro de.. **Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária.** In: SILVA, Enid Andrade (Coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.* Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 209-242. p. 211. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2). Acesso em 16/01/2012.

<sup>57</sup> POZZOLI, Lafayette. **O pensamento humanista contemporâneo.** Disponível em <http://www.lafayette.pro.br/>. Acesso em 16/01/2012.

O que se percebe, em última análise, é que, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.<sup>58</sup>

Ora, quando se faz referência às crianças e aos adolescentes, deve-se considerar que eles são pessoas ainda em desenvolvimento, que não podem, por si mesmos, garantir tudo o que necessitam para a sua sobrevivência. Daí resulta a responsabilidade alimentar, moral, e educacional dos pais para com os filhos, decorrente do poder familiar, até que estes completem seus dezoito anos. Quando os genitores ou os responsáveis por essas pessoas em desenvolvimento faltam com seu papel, direitos básicos passam a ser violados, e o poder de autodeterminação delas, quando adultos, poderá ficar reduzido.

À luz do que fora dito, pode-se dizer que a convivência familiar faz parte do conceito de dignidade da pessoa humana, já que está ligada a todos os direitos básicos para o desenvolvimento físico e moral das crianças e dos adolescentes.

Desta sorte, a convivência em família constitui-se em um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.<sup>59</sup>

Quando a família não integra seus filhos a esse núcleo de amor, respeito e proteção, passa-se a verificar a aniquilação de direitos básicos deles, colocando em risco sua saúde física e emocional, impedindo seu pleno desenvolvimento, violando de maneira profunda a dignidade dessas crianças e desses adolescentes, isso porque a dignidade pressupõe a preservação dos direitos mínimos, de forma que a pessoa viver de forma livre e com o mínimo necessário para atender às suas necessidades básicas de ser humano.

A família é a primeira forma de se garantir ao ser humano saúde, alimentação, moradia, educação, etc. Ele nasce dependente de outras pessoas para garantir-lhe a vida, papel este cumprido precipuamente por seus entes familiares. Sem uma família que se preocupe

---

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2002. p. 61.

<sup>59</sup> MACIEL, Kátia Cristina Ferreira Lobo Andrade. **Direito Fundamental à convivência familiar**. In: MACIEL, Kátia Cristina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 61-70. p. 62.

com o bem estar de seus filhos, estes são expostos a situações de risco, muitas vezes situações humilhantes, inaceitáveis para pessoas capazes, quanto mais para pessoas ainda em desenvolvimento físico e moral. “Realmente, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a *alimentação* seja assimilada pelo organismo e a *saúde* se manifeste.”<sup>60</sup>

Ora, sabe-se da realidade de famílias que expõem suas crianças e adolescentes à violência física, moral, sexual, ao convívio com todos os tipos de drogas lícitas ou ilícitas, ao total descaso com saúde, alimentação, higiene, exposição a situações vexatórias como a mendicância, enfim, criando situações que aniquilam por completo a vida digna.

Por outro lado, é importante destacar que uma intervenção familiar drástica, com o afastamento dos filhos de seus pais, sem todo o cuidado que é necessário para a verificação de casos verdadeiramente excepcionais, também pode ferir a dignidade da pessoa humana.

Esse princípio obriga a um olhar mais humano em relação às pessoas. Uma família pode enfrentar problemas por não ter um apoio, uma orientação devida. Muitas vezes os pais foram criados sem cuidados com higiene, alimentação, por exemplo, e repassam essa forma de criação a seus filhos. Contudo, isso não significa que essa família, devidamente orientada, não pode reestruturar-se. Negar-lhes essa chance é deixar de olhar com humanidade os membros da família que enfrentam problemas que podem ser agravados com uma intervenção que não observe os cuidados necessários.

## **2.2 O exercício do direito à convivência familiar**

Pensando no mister da família para a formação da criança e do adolescente, pessoas ainda em desenvolvimento, a Constituição Federal e a Lei 8.069/90 previram o direito à convivência familiar. Talvez ele possa ser elencado como um dos mais importantes direitos relacionados à criança e ao adolescente, posto que interfere diretamente na garantia de outros bens, ditos fundamentais.

Por isso é importante, quando se fizer referência à convivência familiar, que seja analisado o assunto de forma mais abrangente, não como a simples inserção da criança e do adolescente na vida familiar, mas sempre se preocupando com a qualidade de convivência que se oferece ao menor de dezoito anos. É preciso verificar se a família em que a criança e o

---

<sup>60</sup> CURY, Munir (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106. (Grifo do autor).

adolescente estão inseridos é capaz de cumprir com suas funções básicas, para então, sob esse aspecto, ver se esse direito está sendo efetivo e se os fins com a proteção da família e a garantia do direito à convivência familiar estão sendo atingidos.

Psicologicamente, convivência familiar é uma necessidade básica da criança em prol de um desenvolvimento sadio em todas as áreas. Esta necessidade será plenamente satisfeita se a convivência familiar corresponder a um ambiente que proporcione à criança cuidados necessários e condizentes a cada etapa do desenvolvimento, atenção, escuta, diálogo, respeito, amor, compreensão, sentimento de pertença, acolhimento, proteção, aprendizado de valores, limites e responsabilidades, base fundamental para sua evolução individual e inserção social.<sup>61</sup>

É claro que o Estado não pode interferir na forma de criação que os pais depreendem a seus filhos. Não pode existir uma intervenção tamanha em uma instituição de cunho privado, formada por entes livres. Contudo, em casos excepcionais, que coloquem o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes em risco, casos em que a família não desempenha seu papel de propiciar o desenvolvimento dos filhos e criar novos cidadãos cientes dos valores sociais e com condições mínimas de dignidade, a intervenção estatal faz-se necessária, tanto em proteção a essas pessoas ainda em desenvolvimento, incapazes de se defenderem sozinhas, como no próprio interesse social de formação de cidadãos com conceitos éticos e morais bem desenvolvidos.

Quanto ao exercício do convívio familiar, busca-se garantir esse direito junto à família natural. A colocação em família substituta, por meio de guarda, tutela e adoção, somente é possível em casos excepcionais, nos quais a família natural mostra-se incapaz de assegurar os direitos infanto-juvenis e não é possível a sua reestruturação.

Por ser o seio familiar um local privilegiado, somente em casos excepcionais, a prioridade de se conviver com os pais naturais deve ser afastada, sob de se lesar o próprio desenvolvimento da criança. Em qualquer caso, porém, o ECA exorta ser inadmissível que se mantenha um ser em formação, sem discernimento para o certo e para o errado, em local onde adultos, mesmo os pais biológicos, utilizem drogas ilícitas ou pratiquem atos contrários à moral, aos bons costumes e à lei (art. 19, *in fine*, do ECA).<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> CECIF (org.) **101 Perguntas e respostas sobre alternativas de convivência familiar: família de apoio, guarda e apadrinhamento efetivo**. São Paulo: CECIF, 2003. p. 19.

<sup>62</sup> MACIEL, Kátia Cristina Ferreira Lobo Andrade. **Direito Fundamental à convivência familiar**. In: MACIEL, Kátia Cristina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 69 (Grifo do autor).

A Lei nº 8.069/90 dispõe, seguindo orientação constitucional, que a convivência familiar deve se dar prioritariamente no seio da família natural. Contudo, em casos excepcionais, como por exemplo, pais que expõem os filhos aos atos citados, que possa corromper a formação moral e física das pessoas protegidas pela citada lei, será permitida a sua retirada do seio familiar, visando seu bem maior. O Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao determinar que os menores de dezoito anos não podem viver em locais onde os adultos consomem drogas ilícitas ou atentem contra a moral e os bons costumes. Isso porque eles estão em fase de desenvolvimento e o convívio, no ambiente familiar, influencia diretamente sua formação, sendo que os adultos são os exemplos que eles seguirão. Por essa razão, a criança e o adolescente precisam de um ambiente sadio e tranquilo para se desenvolverem.

Os responsáveis pelas crianças e pelos adolescentes devem dar bons exemplos, guiando suas atitudes positivamente. O ser humano ainda em formação busca repetir os exemplos de quem está próximo e, conforme esses vão reiterando-se, ele vai amoldando sua personalidade.

É razoável, portanto, afastar das crianças desta idade todas as coisas grosseiras que possam machucar os olhos e os ouvidos. [...] não existe, diante dos maus exemplos, quem se atreva a cometer más ações. Desse modo é inteiramente preciso que, desde a mais tenra meninice, os jovens jamais tenham a oportunidade de ouvir ou falar essas coisas.<sup>63</sup>

É claro que, na época atual, não se pode isolar as crianças de forma com que elas não tenham sequer notícias de comportamentos não desejados pela consciência social comum. Contudo, também é possível permitir que elas fiquem expostas a essas atitudes diariamente, tendo por exemplos os próprios responsáveis, sem ninguém para lhes mostrar desvalia dos atos. Nessas circunstâncias, em que a própria família expõe as crianças e os adolescentes a maus exemplos, tais como os vícios, eles devem ser afastados do lar, ao menos até que os responsáveis revejam suas atitudes.

Mas isso somente se dará após procedimento judicial, verificado ser o caso de extrema necessidade. Essa retirada da família natural poderá acontecer por meio de aplicação de medida de proteção de colocação em entidade de abrigo e, em casos mais graves, de destituição do poder familiar e a busca pela colocação em família substituta.

---

<sup>63</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Barueri/SP, 2002. p. 152.

Frise-se que a colocação em abrigo não deve condicionar a retirada definitiva da criança e do adolescente de sua família natural.

Uma vez demonstrada a inevitabilidade de sua aplicação, é obrigação das autoridades competentes, bem como da entidade de atendimento responsável pela execução da medida, engendrar todos os esforços para a reintegração familiar da criança ou do adolescente, ou então, constatada a impossibilidade de retorno ao lar, a sua colocação em família substituta.<sup>64</sup>

Note-se que o apoio e a orientação, visando à reestruturação da família, são fundamentais, antes de se retirar seus filhos definitivamente de seu meio e se proceder a colocação da criança e do adolescente em família substituta. Esse é um árduo, porém fundamental trabalho que deve ser efetuado pelo Estado junto às famílias com problemas. Para tanto, o poder público pode servir-se de equipes multidisciplinares que podem atuar efetivamente no núcleo familiar, sendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma série de redes de atendimento à família que devem ser implementadas pelo poder público, citadas em seu artigo 129.

Essas medidas são as de encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a cursos ou programas de orientação, entre outras, sendo previstas também medidas extremas e excepcionais de destituição do poder familiar, por exemplo, medidas estas que dependem de um procedimento judicial célere, capaz de viabilizar a inserção da criança ou do adolescente em família substituta, por meio da adoção.

É importante ressaltar que os direitos das crianças e dos adolescentes gozam de prioridade na destinação dos recursos públicos, conforme disposto no artigo 4º, alínea d, da Lei 8.069/90, o que, associado à imprescindibilidade social das medidas, nos faz concluir que é dever do Estado disponibilizá-las.

Entretanto, esse trabalho muitas vezes não é realizado de forma efetiva e as crianças ou adolescentes continuam em situação de risco junto a essas famílias, ou são esquecidas em abrigos, ou ainda são colocados em família substituta antes de qualquer intervenção junto à família natural, destruindo-se esta por completo. Enquanto esse problema não for enfrentado,

---

<sup>64</sup> TAVARES, Patrícia Silveira. **As medidas de proteção.** In: MACIEL, Kátia Cristina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. , p.385-396. p. 493

a sociedade vai continuar sendo reflexo dessa desestrutura, e sofrerá com vícios, violência e instabilidade.

Importante salientar que, quando se fala em desestrutura familiar em momento algum se refere à falta de recursos financeiros. A própria Constituição Federal garante que nenhum filho será retirado de seus pais por questões financeiras. Para tanto, existem programas assistencialistas disponibilizados pelo poder público em que a família pode ser incluída. É certo que grande parte das famílias que precisam de apoio possuem poucos recursos financeiros. Mas o que realmente eiva o ambiente familiar de risco são elementos externos à situação financeira de cada um, como vícios, falta de amor, falta de respeito dos filhos.

## **2.3 A convivência familiar e a violação dos direitos da infância e da juventude**

### **2.3.1 Alienação parental**

Uma forma comum de violação ao direito à convivência familiar refere-se à alienação parental. Por essa razão, foi editada a Lei 12.318/2010, com o intuito de evitar a violação do direito de convivência da criança e do adolescente com o genitor que não possui sua guarda, preservando o interesse dos filhos, os quais, embora sob a guarda de somente um dos genitores, têm direito à convivência com o genitor não guardião, exercido por meio de visitas periódicas.

A alienação parental consiste na prática de implantar na criança e no adolescente falsas memórias em relação a um dos genitores, denegrindo a sua imagem perante seus filhos, e dificultando contato e o fortalecimento de vínculos afetivos. Ela pode estar presente quando o guardião dificulta o exercício do direito de visitas, que, note-se, mais do que um direito do pai ou da mãe é um direito do filho, para o qual é fundamental o convívio com ambos os genitores; ou quando um dos pais influencia o filho contra o outro, privando-o de maneira indireta, do convívio harmônico com ele. Essas condutas prejudicam seriamente a criança e o adolescente, que são privados de exercer integralmente o direito à convivência familiar, de receber o afeto de que necessita, por motivos que dizem respeito aos seus genitores e não deveria ser repassado aos filhos.

Ora, o direito à convivência com os genitores é tão relevante que o Código Civil adotou a guarda compartilhada como forma preferencial de criação dos filhos, quando seus genitores não convivem como casal, a qual estabelece cuidados conjuntos para com a criança e o adolescente e amplia a convivência entre pais e filhos, fundamental para a formação destes. Por essa razão, a Lei 12.38/2010 prevê medidas que buscam evitar a alienação parental, preservando-se o melhor interesse da criança e do adolescente.

Quando o guardião não prima pelo melhor interesse da criança e do adolescente, praticando atos de alienação parental, pode sofrer sanções, previstas como redução do período de convivência, perda da guarda, suspensão ou até mesmo perda do poder familiar. Com isso busca-se garantir o pleno exercício dos direitos infanto-juvenis, evitando falhas que podem influenciar negativamente na formação do ser humano.

## **2.2 A convivência familiar e a violência**

Se a família apresentar-se desestruturada, violando a dignidade da pessoa humana, isso causa desvios na formação da criança e do adolescente. Ora se é papel da família passar para as futuras gerações os valores éticos e as condutas morais de uma sociedade, e se isso não é feito ou é realizado de forma deficiente, com certeza isso refletirá na formação da personalidade das crianças e dos adolescentes. Ademais, também incumbe à instituição familiar zelar pela saúde das crianças e dos adolescentes, iniciando-se os cuidados já na gestação, para assegurar-lhes um desenvolvimento físico sadio.

As competências familiares envolvem desde a preparação adequada antes do nascimento até a estimulação psicossocial da criança, o seu desenvolvimento cognitivo e a capacidade de identificar sinais de doença e tomar as providências necessárias, assim como a promoção da paz e a prevenção da violência.<sup>65</sup>

A família é o grupo mais próximo da criança e do adolescente, que mantém convívio diário e relação de confiança com eles e, portanto, o mais preparado para defendê-los de qualquer violação indevida de seus direitos básicos. “O ser humano deve, enquanto ser social, ser visto em seu aspecto individual, mas também em seu aspecto social, sendo a família o

---

<sup>65</sup> BUVINICH, Manuel Rojas, MELLO, Rachel; GIRADE, Halim Antonio (Coord.). **Crianças de até 6 anos: o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento**. Brasília: UNICEF, 2005. p. 89. Disponível em [http://www.unicef.org/brazil/pt/activities\\_10167.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10167.htm). Acesso em 16/01/2012.

primeiro e privilegiado grupo de integração social [...]”<sup>66</sup> Se o primeiro contato do ser humano com o grupo social é deficiente, isso gerará consequências para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

A família é a unidade natural fundamental da sociedade, como proclamado no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos artigos 10 e 23 dos Convênios Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre Direitos Cíveis e Políticos, respectivamente. Uma premissa básica da Convenção sobre os Direitos da Criança, contida em seu preâmbulo, é que a família é o ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros - particularmente das crianças -, reconhecendo, assim, que a família tem o maior potencial de proteger crianças e velar por sua segurança física e emocional.<sup>67</sup>

Não obstante a família ser a instituição mais próxima da criança e do adolescente e, portanto, a que apresenta melhores condições de cumprir com seu dever constitucional de zelar pela observância dos direitos da infância e da juventude, muitas vezes os próprios familiares expõem-nos à violência, causando sério comprometimento de sua formação. Isso porque, as crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento, e, portanto, mais suscetíveis de sofrer violências e de responder negativamente a elas. Como eles ainda dependem dos adultos, acabam sofrendo a violência sem qualquer poder de reação, o que potencializa os efeitos da violência, principalmente quando esta parte daqueles de quem se espera proteção.

A prevalência da violência contra crianças por parte de pais e de outros familiares próximos – violência física, sexual e psicológica, bem como a negligência deliberada – foi reconhecida e documentada nas últimas décadas. Do nascimento até a idade de 18 anos, as crianças são vulneráveis a diversas formas de violência dentro de seus lares. Os agressores variam de acordo com a idade e a maturidade da vítima e podem incluir seus pais, padrastos e madrastas, pais adotivos, irmãos, outros familiares e pessoas que cuidam dela.<sup>68</sup>

Muitos adolescentes seguem os vícios de seus pais, repetem o ato de violência sofrido, e a sociedade é a vítima dessa formação moral deturpada. O abandono é uma forma

---

<sup>66</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei 11.698/08: família, criança adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 145-146.

<sup>67</sup> PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Relatório do especialista independente para o Estudo das Nações Unidas sobre a Violência Contra Crianças**. Assembleia das Nações Unidas, 2006. p. 14. Disponível em [http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo\\_PSP\\_Portugues.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo_PSP_Portugues.pdf). Acesso em 16/01/2012.

<sup>68</sup> PINHEIRO, op.cit., p. 14.

muito comum de violação dos direitos da criança e do adolescente. Não apenas o abandono explícito, em que a família deixa os menores de dezoito anos em abrigos, mas também quando os mantém nos lares, sem lhes despender a atenção necessária. Esse tema é abordado em reportagem feita pelo Jornal Gazeta do Povo, que colheu os depoimentos de Daniela Prestes, chefe do serviço de psicologia do Hospital Pequeno Príncipe e Curitiba/PR, e Bárbara Snizek, que realiza um trabalho voluntário em casas-lares que atendem crianças em situação de abandono, nos seguintes termos:

Daniela Prestes acrescenta que o abandono nem sempre é explícito, como o verificado nas casas-lares. Pode estar dissimulado numa família linear e admirável. E deixar estragos emocionais tanto quanto. É o caso dos xingamentos e humilhações sistemáticas, impedindo o alvo de se refazer das investidas dos adultos. Ou de crianças que não encontram seu lugar em famílias em que os pais estão sempre cheios de afazeres. “Abandono não é apenas doar a criança. Muitas famílias permutam seus filhos. Criança precisa ser cuidada”, demarca Bárbara Snizek.<sup>69</sup>

A falta de cuidado para com as crianças pode ocasionar sérios prejuízos à sua formação, inclusive fazendo-as reproduzir a violência com a qual foi educada. A negligência dos pais pode causar problemas não apenas de cunho psicológico, mas também físico, já que, por vezes, os pais deixam de dar aos filhos a alimentação necessária, ou a assistência médica adequada. Por essa razão, o direito à convivência familiar deve preocupar-se não apenas com a inserção da criança e do adolescente em um lar, mas sim com o seu acolhimento por uma família, que lhe dê carinho e seja participativa na sua educação.

Um estudo realizado pelo Sípia (Sistema para a Infância e a Adolescência) no ano de 2002 mostra que a violação dos direitos da criança e do adolescente é efetuada, na maioria dos casos, pelos próprios familiares. “[...] Pode ser inferido que 84,6% dos violadores de direitos estão presentes dentro da casa dos que tiveram seus direitos violados. A grande maioria das crianças e dos adolescentes com registro na base Sípia – Módulo I teve seus direitos violados por familiares”.<sup>70</sup>

Analisados os casos de violência doméstica a que são submetidas as crianças e os adolescentes, verifica-se que os agentes violadores, na maioria dos casos, são pessoas as quais

---

<sup>69</sup> FERNANDES, José Carlos. **Sequelas de um abandono**. Gazeta do Povo. Publicado em 05/08/2010. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1032462>. Acesso em 16/01/2011.

<sup>70</sup> VARELLA, Santiago Falluh. **O Levantamento de informações sobre direitos violados de crianças e adolescentes no sistema de informações para a infância e adolescência: conteúdo e metodologia**. Brasília: IPEA, 2004. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/pub/td/2004/td\\_1012.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/td/2004/td_1012.pdf). Acesso em 16/01/2012. p. 21.

detêm a sua guarda, pessoas a quem caberia zelar por seus direitos, acolhendo-os. O caso é ainda mais grave se considerar-se que a guarda pressupõe certa autoridade do guardião em relação ao pupilo – aqui também considerados os pais em relação aos filhos, tendo em vista que um dos direitos referentes ao poder familiar é ter os filhos sob sua guarda. Se essas pessoas seriam aquelas a quem as crianças e os adolescentes recorreriam para pedir ajuda, quando a violência parte delas, os menores de dezoito anos ficam sem ter para quem pedir apoio, e, diante do medo que a autoridade do agressor desencadeia, torna-os extremamente vulneráveis aos atos violentos.

Quando a análise se desdobra enfocando quais são os familiares que violam direitos, observa-se que, em 86,6% (tabela B) dos casos de direitos violados por familiares, o possuidor da guarda da criança é a mesma pessoa que viola os seus direitos. Do total de violações de direitos presentes na Base Sipiá até julho de 2002, 57% foram violações cometidas por quem detêm a guarda das crianças (pai, mãe e responsável).<sup>71</sup>

Nesses casos, o que se apresenta é um vício no exercício do direito à convivência familiar. A criança e o adolescente, em que pese estarem inseridos em um núcleo familiar, não estão tendo seus direitos protegidos. A família não está cumprindo o seu papel de garantir a dignidade de seus membros, precisando ser realizado um trabalho para que esta passe a cumprir sua função. As causas da violência familiar empreendida contra crianças e adolescentes são variadas. Não obstante, em muitos casos, virem relacionados às condições econômicas, essa não é a razão determinante de sua existência.

A violência cometida contra a população infanto-juvenil não ocorre em todas as famílias que são pobres, assim como não é verdade que crianças e adolescentes oriundos de famílias de classes de renda mais elevadas estejam livres da vivência de maus tratos e da violação de direitos cometidos por seus familiares.<sup>72</sup>

A negligência e a violência podem estar presentes em quaisquer famílias, independentemente da sua condição social ou da forma com que se apresente (originadas do casamento, da união estável, famílias monoparentais, etc.). Entretanto, deve ser considerado que as condições sociais interferem nas relações familiares, assim como as condições

---

<sup>71</sup> VARELLA, op.cit. 21.

<sup>72</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados.** In: SILVA, Enid Andrade (Coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.* Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 41-70. p. 44. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2). Acesso em 16/01/2012.

econômicas podem apresentar interferências no comportamento dos membros de uma família. Sua exposição à situação de privação de direitos, muitas vezes ocasionada pela situação econômica, pode fazer dessas pessoas mais suscetíveis a ações violentas. Mas não é a condição social que irá determinar, sozinha, a existência de uma situação de risco que gere a necessidade de se promover o afastamento do lar.

[...] a pobreza, ao aumentar a vulnerabilidade social das famílias, pode potencializar outros fatores de risco, contribuindo para que crianças e adolescentes mais pobres tenham mais chances de ver incluídos na sua trajetória de vida episódios de abandono, violência e negligência. A condição socioeconômica precária das famílias, ao impor maiores dificuldades para a sobrevivência digna do grupo familiar, funcionaria como um elemento agravante e desencadeador de outros fatores de risco preexistentes.<sup>73</sup>

Vale destacar que a atenção especial à criança e ao adolescente não é conferida sem um justo motivo. Eles ainda estão em formação física e de sua personalidade. Todas as influências do meio em que vivem contribuem positiva ou negativamente a essa formação. A entidade familiar, local de acolhida dessa pessoa, por sua proximidade, é a que mais contribui nessa formação. E a violência sofrida pode determinar a formação de um adulto violento, inseguro, acarretando traumas que serão levados à vida adulta.

Independentemente de sua orientação teórica, especialistas em desenvolvimento humano são unânimes em destacar a importância fundamental dos primeiros anos de vida, concordando que o desenvolvimento satisfatório nesta etapa aumenta as possibilidades dos indivíduos de enfrentarem e superarem condições adversas no futuro, o que se denominou resiliência. A segurança e o afeto sentidos nos cuidados dispensados, inclusive pelo acesso social aos serviços, bem como pelas primeiras relações afetivas, contribuirão para a capacidade da criança de construir novos vínculos; para o sentimento de segurança e confiança em si mesma, em relação ao outro e ao meio; desenvolvimento da autonomia e da auto-estima; aquisição de controle de impulsos; e capacidade para tolerar frustrações e angústias, dentre outros aspectos.<sup>74</sup>

A personalidade do ser humano, a sua maneira de lidar com os elementos externos, são formadas, principalmente, durante a infância e a adolescência. É claro que o ser humano aprende com as experiências durante toda a vida. Mas é nos primeiros anos de vida que ele estará mais aberto a assimilar as lições de aprendizagem, é por essa razão, por exemplo, que a

---

<sup>73</sup> SILVA, op.cit. p. 46.

<sup>74</sup> CONANDA; CNAS. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília/DF, 2006. Disponível em [http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/plano\\_nacional.pdf](http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/plano_nacional.pdf). Acesso em 10/11/2011. p. 27.

idade escolar regular vai até os dezoito anos incompletos, é também nessa época que sua personalidade irá se formar, estando muito mais suscetível a interferências. Por isso, a presença da família nessa primeira fase é muito importante.

Nos primeiros anos de vida, a criança faz aquisições importantes, desenvolvendo comportamentos dos mais simples aos mais complexos – diferenciação e construção de seu “eu”, desenvolvimento da autonomia, da socialização, da coordenação motora, linguagem, afeto, pensamento e cognição, dentre outros. Sua capacidade de explorar e relacionar-se com o ambiente será gradativamente ampliada. A interação com adultos e outras crianças e o brincar contribuirão para o processo de socialização, ajudando-a a perceber os papéis familiares e sociais e as diferenças de gênero, a compreender e aceitar regras, a controlar sua agressividade, a discernir entre fantasia e realidade, a cooperar, a competir e a compartilhar, dentre outras habilidades importantes para o convívio social.<sup>75</sup>

O ser humano, durante a infância, depende dos adultos que lhes garanta saúde, alimentação, vestuário, enfim, que supram suas necessidades básicas. Também para a formação de sua personalidade, as crianças ficam dependentes dos adultos, para se sentirem protegidos, estabelecerem os vínculos afetivos, darem início à sua socialização com segurança nas relações com outras pessoas. Os responsáveis pelas crianças devem transmitir segurança e proteção para que elas sintam-se seguras ao estabelecer relações em ambientes externos ao familiar. Ademais, a família dará orientação, apoio para que essa socialização aconteça de forma natural e positiva, incentivando o processo de independência.

Desse modo, a família tem papel essencial junto ao desenvolvimento da socialização da criança pequena: é ela quem mediará sua relação com o mundo e poderá auxiliá-la a respeitar e introjetar regras, limites e proibições necessárias à vida em sociedade. O modo como os pais e/ou os cuidadores reagirão aos novos comportamentos apresentados pela criança nesse “treino socializador”, em direção à autonomia e à independência, influenciará o desenvolvimento de seu autoconceito, da sua autoconfiança, da sua autoestima, e, de maneira global, a sua personalidade.<sup>76</sup>

Note-se que na infância há uma dependência maior da criança em relação aos adultos. É uma fase em que ela começa a descobrir diferentes experiências da vida e precisa de um adulto ao seu lado, que lhe estimule a descobri-las e vivenciá-las. Na adolescência, já existe uma maior independência. O adolescente já convive com diferentes grupos sociais, de forma autônoma, independente. Mas não é apenas na infância que a referência familiar é

---

<sup>75</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 27.

<sup>76</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 27.

importante. Também na adolescência ela se mostra fundamental na formação dos jovens. Nessa fase, não obstante o adolescente apresentar maior independência em relação aos adultos, maior autonomia, eles ainda dependem destes para servirem de referência, bem como para contribuir nas suas decisões com orientação. Os responsáveis, nesta fase, precisam apoiar, aconselhar, orientar os adolescentes, que ainda não estão com a personalidade totalmente formada e precisam de limites e de referenciais para se apoiarem.

Na teoria, a adolescência pode ser descrita como uma etapa do ciclo de vida caracterizada pelo “desprendimento”, num movimento gradual de afastamento do núcleo familiar de origem em direção ao mundo da escola, do bairro e da sociedade. Assim, a referência do grupo de colegas sobrepõe-se ao mundo da família e dos adultos e constitui aspecto fundamental para o processo gradativo de identificação e diferenciação em relação ao outro, para a construção das relações afetivas, amorosas e de amizade, bem como para o amadurecimento e entrada no mundo do trabalho e na vida adulta. A família permanece, todavia, como uma referência importante nesse momento em que o adolescente movimenta-se do desconhecido ao conhecido, do novo ao familiar, vivenciando a alternância entre independência e dependência, característica dessa etapa. Nessa fase, se o adolescente, ao fazer o necessário movimento de afastamento da família, não encontra nas demais instituições sociais um contexto de cuidado e de referências seguras, o seu desenvolvimento poderá ser prejudicado.<sup>77</sup>

Desse modo, tem-se que os casos de violações dos direitos infanto-juvenis por parte de familiares desencadeiam efeitos negativos no desenvolvimento físico, psicológico e moral das crianças e dos adolescentes e deve ser combatida.

### **2.3.3 Adolescentes infratores e a convivência familiar**

Um dos efeitos da violência doméstica na vida dos adolescentes pode ser o desenvolvimento de condutas infracionais, repetindo a violência com a qual aprenderam a acostumarem-se. Muito se fala acerca da suposta impunidade relativa a adolescentes infratores, no aumento dos atos violentos praticados por jovens, nas escolas e demais meios sociais. Defende-se que os jovens de hoje têm acesso a várias informações, com muita facilidade, o que os faz amadurecer mais precocemente, e, diante disso, conclui-se pela necessidade de diminuição da imputabilidade penal de dezoito para dezesseis anos.

Fala-se que os jovens violam a lei por falta de punição rígida. Mas a questão não é tão simples assim. Existem questões muito mais complexas que devem ser analisadas antes de

---

<sup>77</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 28.

se julgar esses jovens. Se forem analisados os adolescentes infratores ver-se-á que muitos deles enfrentam problemas com drogas. E os primeiros contatos com as substâncias entorpecentes estão acontecendo muito antes dos dezesseis anos. Ao chegar à adolescência, muitos desses meninos e meninas já são dependentes de algum tipo de droga.

Ademais, os adolescentes infratores, na quase totalidade dos casos, enfrentam problemas familiares que dificultaram seu desenvolvimento moral. Esses adolescentes vivem em famílias que não conseguem propiciar o pleno desenvolvimento de seus filhos, que não podem, por qualquer motivo, dispor da atenção e do carinho que os filhos necessitam para sua formação, que não conseguem impor limites, e, em casos mais extremos, que expõem seus filhos à convivência com drogas, humilhações, negligências e violências de todos os tipos, ambiente que propicia os primeiros contatos com as drogas. É esse ambiente que cria o adolescente infrator e não a falta de leis para puni-los, até porque estas existem, em que pese em caráter diferenciado do sistema penal comum.

Deste modo, hodiernamente, a maior parte dos adolescentes infratores são oriundos de famílias desestruturadas. Como o exemplo dos “meninos de rua”, onde a maioria deles não saiu de casa para fugir da pobreza, mas para escapar de um cotidiano de brutalidade, típico de famílias em colapso. São pais sem profissão definida, “quebrados” pelo alcoolismo, que educam seus filhos através de uma cartilha de violências, espancamentos e estupros. Apesar das agressões sofridas nas ruas, estes jovens preferem habitá-las a ter que suportar a violência em seus lares.<sup>78</sup>

Muitos adolescentes que ofendem professores, agredem outros alunos, na verdade desde crianças já têm essa conduta dentro da própria casa, nunca respeitando seus pais ou responsáveis que, por algum motivo, nunca impuseram limites aos filhos, ou porque foram negligentes na formação deles, ou por excesso de cuidados e mimos. Ora, se os adolescentes já começam a ter problemas na infância, já nos primeiros anos escolares, de vida comunitária, os quais apenas agravam-se com o decurso do tempo, não será a diminuição da idade de imputabilidade penal que irá conter a violência infanto-juvenil. A tão esperada sensação de justiça e de segurança não surgirá com a simples alteração da idade de imputabilidade penal.

---

<sup>78</sup> GOIS, Violeta Paula Cime de. **O estatuto da criança e do adolescente, as medidas sócio-educativas e a internação**. Disponível em [http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=pt-BR&gbv=2&gs\\_sm=3&gs\\_upl=7101104901011082015714611131101117701352014-1.3.21610&q=cache:ooTD\\_qqqNPYJ:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=502+adolescentes+infratores+internados+e+acompanhamento+familiar&ct=clnk](http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=pt-BR&gbv=2&gs_sm=3&gs_upl=7101104901011082015714611131101117701352014-1.3.21610&q=cache:ooTD_qqqNPYJ:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=502+adolescentes+infratores+internados+e+acompanhamento+familiar&ct=clnk). Acesso em 16/01/2012.

Por essa razão, o direito à convivência familiar deve ser observado. A sua inobservância, além de privar a criança e o adolescente de direitos fundamentais, prejudicando sua formação, os seus efeitos negativos podem ter reflexo em toda a sociedade.

Assim, estando a criança ou o adolescente em situação de risco, sofrendo violência familiar, justifica-se uma intervenção estatal, inclusive quando necessária a adoção de medidas mais drásticas, como a sua retirada do lar. Mesmo a família sendo instituição privada, livre, essa liberdade não é absoluta, não sendo aceitável violar direitos fundamentais de pessoas ainda em desenvolvimento, as quais necessitam de proteção do Estado e de toda a sociedade.

## **CAPÍTULO III - FORMAS LEGAIS DE GARANTIA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO**

### **3.1 A educação das crianças e dos adolescentes em família substituta**

A legislação brasileira prevê três formas de conferir a criação da criança e do adolescente em família substituta: a guarda, a tutela e a adoção. A princípio, é importante frisar que a colocação em família substituta somente é admitida quando não for possível a permanência do menor de dezoito anos junto à sua família natural.

Família substituta é então a família que passa a substituir a família biológica quando esta não pode, não consegue ou não quer exercer o seu papel de cuidar da criança, e essa substituição pode ser mais ou menos ampla, mais ou menos duradoura, podendo até ser uma substituição permanente ou definitiva, dependendo da modalidade (se é guarda, tutela ou adoção).<sup>79</sup>

Não sendo, por algum motivo, possível que a criação da criança ou do adolescente seja mantida por seus genitores, pela sua ausência ou por falta de condições destes, de forma provisória ou permanente, o menor de dezoito anos é inserido em um núcleo familiar diverso, que pode tanto ser formado por parentes seus – família extensa –, como por pessoas com as quais não possuem relação de parentesco. E essa forma de acolhimento da criança e do adolescente pela família substituta pode dar-se por institutos jurídicos que garantem a sua proteção, conforme as peculiaridades de cada situação, consistentes na guarda, na tutela ou na adoção. Por meio desses institutos jurídicos, preserva-se o direito à convivência familiar, mesmo diante da falta ou omissão dos pais.

Note-se que a inclusão da criança e do adolescente em família substituta se dará, de preferência, em uma instituição familiar que acolha a todos os irmãos, buscando a preservação dos vínculos estabelecidos, como forma de dar a maior efetividade possível ao direito à convivência familiar. Não se mostrando viável que os irmãos fiquem reunidos sob o poder de seus genitores, busca-se, ao menos, não afastá-los, fazendo com que a inserção em uma família substituta produza o menor constrangimento possível para as crianças e os adolescentes, além de preservar ao máximo os vínculos familiares já firmados e garantir o direito à convivência familiar de forma mais ampla possível. O que se pretende, com o

---

<sup>79</sup> CECIF (org.) **101 Perguntas e respostas sobre alternativas de convivência familiar: família de apoio, guarda e apadrinhamento efetivo**. São Paulo: CECIF, 2003. p.27.

acolhimento da criança e do adolescente no seio de uma família substituta, é garantir o seu melhor interesse.

Em suma, a colocação em família substituta dar-se-á por meio de decisão judicial e somente tendo lugar quando comprovadamente representar para a criança e o adolescente a melhor medida para sua proteção e desenvolvimento, e esgotadas todas as demais possibilidades. Essa nova família deve proporcionar um ambiente familiar adequado (Art. 29 do ECA), devendo ser excluídas da convivência da criança e do adolescente as pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, pessoas que os submetam a maus-tratos, ou lhes imponham tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório e constrangedor ou que pratiquem exploração, abuso, crueldade e opressão.<sup>80</sup>

As medidas pertinentes à criança e ao adolescente devem estar de acordo com os princípios da proteção integral e do melhor interesse. Pelo primeiro, entende-se que se deve garantir aos menores de dezoito anos, com prioridade, todos os direitos fundamentais, dentre os quais se inclui a convivência familiar. Por essa razão, a inclusão em família substituta ou extensa, substituindo o abrigo, dá maior efetividade ao princípio. O segundo princípio citado, busca garantir sempre o melhor interesse da criança e do adolescente. Não basta apenas retirá-los da situação de risco, deve-se atender ao seu melhor interesse, propiciando-lhe a educação em um ambiente familiar adequado, que lhe garanta os cuidados e o afeto necessário.

### **3.1.1 O acolhimento familiar por meio da guarda**

A guarda é forma precária de inserção em família substituta. Em regra é deferida como medida liminar dentro de processos de tutelar ou adoção. Entretanto em casos excepcionais, de ausência dos pais ou na impossibilidade destes de cuidarem dos filhos, pode ser deferida de forma autônoma. A guarda obriga o guardião a dar toda assistência moral e educacional ao pupilo, sendo que este passa a ser dependente daquele para todos os fins. Pressupõe o dever de cuidado do guardião para com a criança e do adolescente. Essa forma de acolhimento pela família substituta está disciplinada tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 33 a 35) como pelo Código Civil Brasileiro (artigo 1.584, §5º). Os guardiões serão escolhidos, preferencialmente, em meio da família extensa do pupilo e, somente não havendo parentes interessados ou não sendo recomendável deferir-lhes a guarda,

---

<sup>80</sup> CONANDA; CNAS. p.23.

é que se buscará guardiães sem relação de parentesco com a criança ou o adolescente, sempre primando pelo melhor interesse destes.

Assim, não sendo possível a permanência do menor de dezoito anos sob os cuidados de seus genitores, ainda que de forma provisória, é recomendável a sua inclusão em outro núcleo familiar. A guarda tem por característica a provisoriedade, podendo ser modificada a qualquer tempo, havendo mudança dos motivos que a determinaram. É muito importante para amparar situações provisórias de incapacidade dos pais. É claro que mesmo a guarda não sendo definitiva, sua alteração deve atender ao melhor interesse da criança, não se justificando a sua retirada de um lar no qual já se encontra plenamente integrado sem razões para tanto.

O acolhimento da criança e do adolescente sob a forma de guarda é uma alternativa ao abrigo, garantindo que eles desenvolvam-se no seio de uma família. Por essa razão foi desenvolvido o programa de acolhimento familiar. Famílias que desejam auxiliar crianças e adolescentes em situação de risco, sem o intuito de adoção, cadastram-se para acolhê-los até que eles passem a viver novamente sob os cuidados dos genitores, ou sejam definitivamente acolhidos por uma família substituta.

O acolhimento consiste em colocar a criança em uma família substituta por período temporário, sem romper os vínculos com a família de origem enquanto ela recebe acompanhamento especializado para viabilizar a reintegração na sua família de origem ou os procedimentos de encaminhamento para outra família substituta definitiva.<sup>81</sup>

O programa de acolhimento familiar surgiu devido aos grandes benefícios que o direito à convivência familiar traz para a criança e para o adolescente. Evita-se o aspecto frio, impessoal do abrigo, dando maior efetividade ao princípio do melhor interesse. Por meio desse programa, a criança e o adolescente, ao invés de esperarem o seu retorno à família natural ou sua inclusão em família substituta, de forma definitiva, em abrigos, aguardam no seio de uma família, com a qual poderá estabelecer vínculos de afeto e terá um ambiente adequado e seguro para o seu desenvolvimento pessoal.

O Programa de Famílias Acolhedoras caracteriza-se como um serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem mediante medida protetiva. Representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção

---

<sup>81</sup> BUVINICH, Manuel Rojas, MELLO, Rachel; GIRADE, Halim Antonio (Coord.). **Crianças de até 6 anos: o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento**. Brasília: UNICEF, 2005. p. 35. Disponível em [http://www.unicef.org/brazil/pt/activities\\_10167.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10167.htm). Acesso em 16/01/2012.

integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar.<sup>82</sup>

Mas é necessário destacar o caráter provisório da acolhida. Não obstante o enorme benefício trazido pelo programa não se pode deixar de se tomar as cautelas necessárias para que realmente se preserve o melhor interesse da criança e do adolescente. Primeiramente, deve-se manter um cadastro das famílias interessadas em participar do programa, cientes de que o convívio com a criança ou o adolescente será provisório e não terá por finalidade futura adoção. Não se trata de um período de convivência com o intuito de adoção, mas com a finalidade única de auxiliar a criança ou o adolescente apenas enquanto não se define sua situação. Em caso de ser determinada sua adoção, esta será feita por outra família, diversa daquela que o acolheu provisoriamente.

Ressalta-se que este Programa não deve ser confundido com a adoção. Trata-se de um serviço de acolhimento provisório, até que seja viabilizada uma solução de caráter permanente para a criança ou adolescente – reintegração familiar ou, excepcionalmente, adoção. É uma modalidade de acolhimento diferenciada, que não se enquadra no conceito de abrigo em entidade, nem no de colocação em família substituta, no sentido estrito. As famílias acolhedoras estão vinculadas a um Programa, que as seleciona, prepara e acompanha para o acolhimento de crianças ou adolescentes indicados pelo Programa.<sup>83</sup>

Ademais, os vínculos afetivos adquiridos durante a convivência provisória, importante para que o menor de dezoito anos sintam-se seguro e acolhido e tenha um bom desenvolvimento, não pode substituir os vínculos afetivos com sua família natural. A inclusão em programa de acolhimento familiar não determina a ruptura dos laços de afetos estabelecidos com a família de origem. Ao contrário, estes devem não apenas ser preservados como fortalecidos, sempre se dando prioridade à possibilidade de retorno da criança ou do adolescente a sua família de origem.

Importante destacar que a inclusão da criança e do adolescente junto às famílias acolhedoras será efetuada por um procedimento especial de concessão da guarda. Primeiramente, as famílias precisam estar devidamente cadastradas pelo programa de acolhimento familiar. Sendo o caso de se viabilizar o acolhimento, o programa irá requerer ao Juízo da Infância e da Juventude que conceda a guarda da criança ou do adolescente à família cadastrada, visto que a concessão da guarda é ato jurídico de competência exclusiva do juiz.

---

<sup>82</sup> CONANDA; CNAS. p.42.

<sup>83</sup> CONANDA; CNAS. p. 42.

Concedida a guarda, a família torna-se responsável pela criança ou adolescente acolhido, perdurando a medida enquanto o acolhido não puder retornar à sua família natural ou ser inserido em uma família substituta; ou enquanto a família acolhedora permaneça vinculada ao programa. Com sua desvinculação, a guarda será revogada e a criança ou o adolescente será acolhido por outra família vinculada ao programa ou será abrigado.

Dentro da sistemática jurídica, este tipo de acolhimento possui como pressuposto um mandato formal – uma guarda fixada judicialmente a ser requerida pelo programa de atendimento ao Juízo, em favor da família acolhedora. A manutenção da guarda – que é instrumento judicial exigível para a regularização deste acolhimento – estará vinculada à permanência da família acolhedora no Programa.<sup>84</sup>

Com isso, o Estado pode ter um controle das famílias inseridas no programa, certificando-se da idoneidade dos guardiões, assegurando-se de que a família acolhedora mantenha as condições necessárias para fornecer à pessoa em desenvolvimento acolhida um ambiente adequado para sua formação, com tranquilidade e livre de violência e vícios.

Mesmo não sendo o caso de se recorrer ao programa de acolhimento familiar, em que a criança e o adolescente ficam sob os cuidados de pessoas com as quais mantiveram poucos contatos, também é possível que a guarda seja deferida à família extensa. Assim, enquanto realiza-se um trabalho com os pais para que estes possam novamente acolher seus filhos, estes ficam sob os cuidados de alguém próximo, algum parente, mantendo os vínculos familiares de uma forma mais ampla. Ademais, a guarda é possível, ainda que o guardião não tenha relação de parentesco com a criança ou o adolescente, nem faça parte do programa de acolhimento familiar, quando, pela existência de um vínculo afetivo, essa pessoa mostre-se a mais apta a acolher o menor de dezoito anos.

De qualquer forma, ou por meio do programa de acolhimento familiar ou por meio de amparo da criança e do adolescente no seio de sua própria família extensa ou junto a terceiros que tenham construído vínculos afetivos com eles, a medida atenderá ao melhor interesse da criança e do adolescente, por não limitar o seu direito à convivência familiar, colocando-o em abrigo, onde o sentimento de rejeição poderá ser maior. “Se a criança permanece em um ambiente familiar, a possibilidade de surgirem conseqüências (como problemas no desenvolvimento emocional e cognitivo) é menor que quando está em

---

<sup>84</sup> CONANDA; CNAS. p. 42.

abrigos”.<sup>85</sup> O menor de dezoito anos participará da vida familiar, o que trará benefícios ao seu desenvolvimento.

Com efeito, na busca de garantir o direito à convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes privados do convívio com seus pais e como alternativa à destituição imediata do poder familiar, uma primeira opção a ser considerada é o acolhimento por outros membros da família da criança ou adolescente em risco (a chamada família extensiva). Outra forma de propiciar vivência em família para esta população seria o acolhimento por famílias voluntárias, que têm surgido em vários lugares do mundo - sobretudo na Europa, e mais recentemente no Brasil – sob as denominações de famílias acolhedoras, guardiãs, madrinhas, entre outras.<sup>86</sup>

O acolhimento em família substituta retira a criança e o adolescente da situação de risco, sem, contudo, submetê-lo aos efeitos traumáticos de um abrigamento, por isso a importância de seu incentivo. É mister que se adotem todos os meios possíveis de inclusão familiar, ampliando ao máximo as alternativas que evitam a institucionalização. Pela sua importância, a guarda é incentivada pelo Poder Público, de diferentes formas, sendo seu incentivo previsto na Constituição Federal (artigo 227, § 3º, inciso VI), norma observada pelo artigo 34 da Lei 8.069/90. Desse modo, cabe ao Poder Público colocar à disposição da família que se propõe a acolher crianças e adolescentes sob a forma de guarda assistência jurídica, estimulando, ainda, por meio de lei, incentivos fiscais e subsídios. Essa é uma importante forma de colaboração do Estado na preservação do direito à convivência familiar. Muitas famílias, que não desejam a adoção, podem acolher as crianças e os adolescentes sob a forma de guarda, até que se realize sua inserção definitiva em uma família substituta. Os incentivos servem de estímulo ao cadastramento. Mesmo a família extensa pode sentir-se estimulada, considerando que muitas delas acabam não acolhendo quem necessita pelas dificuldades enfrentadas em sua educação, até mesmo de ordem financeira.

Em relação à guarda, é ainda importante destacar que esta convive com o poder familiar. Em que pese os genitores não terem sob sua companhia e responsabilidade os seus filhos, eles continuam detentores do poder familiar, devendo zelar pelo seu bem estar. A guarda não rompe o vínculo com os pais, que podem recuperar a companhia de seus filhos

---

<sup>85</sup> BUVINICH, MELLO, GIRADE, op.cit., p. 35

<sup>86</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerresi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. **Os abrigos para as crianças e os adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária.** In: SILVA, Enid Andrade (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.** Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 209-242. p. 220. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2). Acesso em 16/01/2012.

demonstrando terem condições para isso, e que essa é a melhor postura a ser adotada. Não obstante a manutenção do poder familiar, na defesa dos direitos do pupilo, e para conservar os poderes decorrentes da guarda, o guardião pode opor-se, inclusive aos genitores, já que detém a obrigação de assistir o menor de dezoito anos em suas necessidades e o direito à sua companhia. O poder familiar, embora existente, fica limitado, devendo os pais supervisionarem a educação de seus filhos, a fim de preservar os direitos destes, sem, contudo, retirar a autoridade conferida ao guardião.

### **3.1.2 A tutela como forma de inserção em família substituta**

A inserção da criança e do adolescente em família substituta sob a forma de tutela pressupõe a ausência definitiva dos pais. A tutela não é temporária, embora possa ser modificada caso haja justa causa para tanto. Ela transfere aos tutores os deveres de cuidados para com os tutelados e a administração de seus bens, contudo, estes não são inseridos como filhos no núcleo familiar. Podem ser tutores tanto parentes próximos dos pupilos – membros da família extensa – como pessoas não parentas. O exercício da tutela pressupõe a extinção do poder familiar.

O tutor passa a exercer os deveres de guarda e educação do tutelado que incumbiriam aos pais. A tutela somente cessa com a maioridade ou emancipação civil ou quando o menor de dezoito anos volta a estar sob poder familiar, em caso de adoção. Entretanto, o responsável poderá ser substituído em caso de decurso do prazo estabelecido para o exercício do múnus, ou se houver escusa legítima, ou ainda caso o tutor seja omissos, não preste a assistência necessária à criança ou ao adolescente, ou torne-se incapaz enquanto vigente a medida, sendo destituído de sua função.

Assim, a tutela é a forma de amparar a criança e o adolescente que não estão sob o poder familiar, ou porque os pais faleceram ou porque foram destituídos de seu poder familiar. É forma de preservar o direito à convivência familiar, sem que seja necessário o abrigo. Diferencia-se a tutela da guarda pelo fato de que esta é compatível com o poder familiar, enquanto naquela somente se nomeará tutor quando a criança ou o adolescente não estiverem sob o poder familiar.

### 3.1.3 A inclusão definitiva da criança e do adolescente em família substituta por meio da adoção

A adoção é a forma mais complexa de inserção da criança e do adolescente em família substituta. Isso porque possui caráter definitivo. Por ela, o adotado perde os vínculos de parentesco com sua família natural, salvo em caso de impedimento para casamento, por razões genéticas, e passa a fazer parte da família substituta como filho do adotante, estabelecendo vínculos de parentesco com a nova família. A adoção é excepcional, somente se justificando em caso de impossibilidade de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

A adoção é a última medida estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para assegurar o direito à convivência familiar. Depois de esgotadas todas as possibilidades de permanência ou de retorno à família de origem, a colocação em família substituta é uma maneira de garantir o pleno desenvolvimento infanto-juvenil.<sup>87</sup>

O instituto é, então, uma forma de recolocar a criança e o adolescente que sofreram com a omissão, falta ou violência da família natural, sendo impossível sua permanência junto a ela, em um ambiente familiar, inserindo-o na nova família de forma irrestrita, com todos os direitos que teria se fosse filho biológico do casal adotante. Preservam-se assim, os interesses dos adotados.

Embora exista desde a Antigüidade, foi no século XX que, no Brasil, surgiram as primeiras legislações que abordaram a adoção. Ao longo deste século, sob influência de uma nova concepção de criança e adolescente, o direito evoluiu de modo crescente rumo ao reconhecimento da adoção como importante instrumento para, excepcionalmente, garantir-lhes o direito à convivência familiar e comunitária.<sup>88</sup>

O instituto da adoção é, então, uma importante forma de se garantir, com a maior amplitude possível o direito à convivência familiar na impossibilidade dos pais biológicos assistirem os filhos em seu desenvolvimento. A princípio, a adoção era reconhecida como uma alternativa para o casal que queria ter filhos e, por algum motivo, não o podia. Contudo, hoje a análise da adoção mudou de enfoque. Parte-se não mais da perspectiva dos adotantes e

---

<sup>87</sup> BUVINICH, MELLO, GIRADE, op.cit., p. 9.

<sup>88</sup> CONANDA; CNAS. p.44.

sim dos adotados. A finalidade primordial do instituo é garantir o direito à convivência familiar e atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Não se trata mais de procurar “crianças” para preencher o perfil desejado pelos pretendentes, mas sim de buscar famílias para crianças e adolescentes que se encontram privados da convivência familiar. Isso pressupõe o investimento na conscientização e sensibilização da sociedade acerca desse direito das crianças e adolescentes e no desenvolvimento de metodologias adequadas para a busca ativa de famílias adotantes. Trata-se, portanto, de investir para que a adoção seja o encontro dos desejos e prioridades da criança e do adolescente com os desejos e prioridades dos adotantes e ocorra em consonância com os procedimentos legais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>89</sup>

Assim, busca-se na adoção, com prioridade, garantir o direito à convivência familiar e o melhor interesse do adotando. É claro que os seus interesses devem estar em consonância com os interesses dos adotantes para que a medida seja viável. Entretanto a busca de um casal para a adoção dar-se-á sob as perspectivas da criança ou do adolescente. Por essa razão, busca-se a adoção conjunta de irmãos, terá preferência a família que demonstre ter estabelecido um vínculo afetivo mais forte com o menor de dezoito anos, enfim, a família que melhor se enquadre às necessidades da criança ou do adolescente. Também pensando no melhor interesse do adotando é que o instituto somente é admitido em casos excepcionais, já que se busca, primeiramente, a manutenção do vínculo com a família natural.

Para que a adoção realize-se, o adotante deve ter, à data do pedido, no mínimo dezoito anos, e ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado. Não podem adotar os ascendentes ou irmãos do adotante. Quando for adoção de adolescente, esta dependerá de sua concordância. Todos esses requisitos são importantes para preservar as características familiares. Ora, a diferença de idade entre adotante e adotado é importante para preservar as características de pais e filhos. Da mesma forma, a concordância do adolescente é necessária para a manutenção da harmonia da família.

A adoção dar-se-á preferencialmente por casais residentes no Brasil e, apenas em caso de não existir casais brasileiros interessados é que se permitirá a adoção por casais residentes no exterior. Tal medida visa atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, buscando alterar o menos possível a sua realidade, assim como ter maior certeza da adaptação do adotado no cotidiano da família substituta, o que só será observado na análise do dia a dia da família no local onde irão viver.

---

<sup>89</sup> CONANDA; CNAS. p.73.

A **adoção internacional**, regulada pelo ECA (e não pelo CC, conforme o art. 1.629 do CC c/c os arts. 51 e 52 do ECA) e, também, pela *Convenção Relativa à Proteção e Cooperação Internacional em Matéria de Adoção Internacional* (Dec. N. 3.087/99), caracteriza-se como o **único modo de colocação em família substituta estrangeira**. Interpretando-se o art. 31 do ECA, parece constituir medida excepcional [...] <sup>90</sup>

Hoje, discute-se a adoção por casais homoafetivos. O Supremo Tribunal Federal, como visto, considera a união entre casais homoafetivos como entidade familiar. Diante disso, e do princípio da igualdade e da não discriminação, não há como negar a adoção por casais homoafetivos. É claro que a questão ainda gera muita polêmica, contudo, a jurisprudência já está se consolidando no sentido de permiti-la. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favorável a essa posição, deferindo a adoção de uma criança a duas pessoas do mesmo sexo, conforme se pode observar:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

[...]

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

[...]

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas

---

<sup>90</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 760 (Grifo do autor).

vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.<sup>91</sup>

Pela análise do citado julgado, pode-se perceber que a jurisprudência, na análise de questões referentes a adoção tem como ponto central o melhor interesse da criança e do adolescente. Se, no caso concreto, o vínculo afetivo estabelecido, as condições do casal adotante demonstram que a adoção é a medida que melhor garante os direitos do adotando, não há motivo para se recusá-la pelo fato dos requerentes serem homossexuais. Não comprovado nenhum prejuízo à criança ou ao adolescente, a negativa de adoção, além de privá-lo do direito à convivência familiar, indo de encontro aos seus interesses, ainda ferirá os direitos de igualdade, de liberdade para escolher a sua sexualidade e de dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que, em caso de se impossível a reinserção da criança e do adolescente em sua família natural, a adoção é o meio que melhor garante o direito à convivência familiar do adotado. Isso porque fará com que este seja novamente incluído no seio de uma família como se sempre tivesse feito parte dela, sem qualquer discriminação, passando a ter vínculos com todos os membros da família substituta. A participação do filho adotivo na vida familiar é plena, sem qualquer restrição.

O que se pretende, então, com o instituto, é conferir a condição de filho às crianças e aos adolescentes que não podem mais manter-se no seio de sua família natural. A adoção é a forma mais ampla de se garantir o direito à convivência familiar, embora pressuponha o rompimento definitivo dos vínculos com a família natural. A criança é acolhida de forma ampla por toda a família do adotante. Pelo seu caráter de definitividade as consequências dela advindas, a adoção segue um procedimento rigoroso, a fim de verificar se o casal requerente possui condições de acolher o menor de dezoito anos, se está ciente das responsabilidades que serão assumidas e do caráter definitivo da decisão. De outro lado, é importante que se mantenha um período de adaptação entre o adotante e o adotado, a fim de verificar se a convivência junto àquela família atenderá ao melhor interesse deste.

Note-se que a adoção não se confunde com a guarda ou a tutela. Aquela é medida provisória, compatível com o poder familiar, mas pode ser conferida em liminar em processo de adoção ou tutela, até que se defina em definitivo a situação. Esta, embora incompatível

---

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852 / RS. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). T4 - QUARTA TURMA. Julgado em 27/04/2010. Publicado em 10/08/10. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=Yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=%20adoção%20homossexual](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=Yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=%20adoção%20homossexual).

com o poder familiar, não estabelece vínculo de filiação, e não apresenta a definitividade da adoção.

Importante esclarecer, por fim, que todas essas formas de preservação da família e do direito à convivência familiar, por meio de programas, governamentais e não governamentais, que auxiliam o grupo familiar a encontrar soluções aos problemas enfrentados, mantendo uma estrutura que garanta a dignidade e seus membros; ou da inclusão em família substituta, justificam-se pela importância da instituição familiar para a sociedade.

### **3.2 A excepcionalidade da medida de proteção de abrigo**

Excepcionalmente admite-se a colocação da criança ou do adolescente em abrigo. É medida que deve ser evitada, somente adotada em casos de extrema necessidade para resguardar os direitos dos incapazes, já que os priva de um dos direitos essenciais para a sua completa formação, qual seja, a convivência familiar. Entretanto, havendo necessidade que justifique a intervenção estatal do afastamento do lar, e não sendo possível a inserção da criança e do adolescente em uma família substituta, poderá ser adotada a medida de abrigo.

O abrigo é apenas uma das oito medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para proteger meninos e meninas cujos direitos foram violados. Mas as ações que preservam os vínculos familiares têm preferência, segundo a lei. O abrigo é definido como medida provisória e excepcional, a ser empregado enquanto se reverte a situação de violação ou como transição para uma família substituta. Só deve ser aplicado quando se esgotarem todas as tentativas de permanência da criança na família.<sup>92</sup>

Por acarretar o afastamento da criança ou do adolescente do seio de uma entidade familiar, o abrigo é medida regida pelos princípios da brevidade e excepcionalidade. Entretanto, muitas vezes eles acabam por passar longos períodos abrigados, privados do direito à convivência familiar, aguardando o demorado desfecho de um processo judicial. “As seqüelas de um período de institucionalização prolongado para crianças e adolescentes já são por demais conhecidas e afetam da sociabilidade à manutenção de vínculos afetivos na vida adulta”.<sup>93</sup> Ademais, verifica-se que as crianças são afastadas de seus lares sem que tenham sido efetivadas medidas de apoio à família, para que essa possa adotar a postura de guardiã

---

<sup>92</sup> BUVINICH, MELLO, GIRADE, op.cit., p. 31.

<sup>93</sup> SILVA, op.cit., p. 64.

dos direitos dos menores de dezoito anos, sem a necessidade do abrigamento. Quando a colocação em abrigo não observa os princípios da brevidade e da excepcionalidade, pode-se prejudicar o menor de dezoito anos, ao invés de protegê-lo e atender ao seu melhor interesse.

Portanto, ao invés de enfrentar os problemas e fortalecer a família, ainda pratica-se a institucionalização das crianças e dos adolescentes. É uma das formas perversas de manutenção dos graves problemas vividos pela comunidade infanto-juvenil pobre, sobretudo aquela abandonada pela família, pela sociedade e pelo Estado.<sup>94</sup>

Assim, deve-se primeiro adotar todas as medidas de apoio à família, cabíveis no caso concreto, ou buscar a inserção imediata na família extensa ou mesmo substituta por meio da guarda, atendendo ao princípio da excepcionalidade. Somente em casos urgentes ou de não eficácia do trabalho realizado com a família é que a criança e o adolescente poderão ser abrigados. Mas esse abrigamento deve ser provisório, perdurando por tempo suficiente para o encaminhamento do abrigado a um lar substituto, solução essa que não deve se eternizar no tempo, em atenção ao princípio da brevidade.

Devido à excepcionalidade da privação da criança e do adolescente do direito ao convívio familiar, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 227, § 3º, inciso VI prevê que o Poder Público estimulará, por meio de assistência jurídica gratuita, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Esse trabalho do Poder Público é de suma importância, já que busca evitar o abrigamento de crianças e adolescentes, ainda que provisoriamente, que se encontram em situação de risco, ocasionada pelas condições de sua família natural, sendo a colocação em família substituta, sob a modalidade de guarda, que pode ser revista a qualquer tempo, uma forma alternativa de se proteger o menor de dezoito anos sem privar-lhe de um dos seus direitos fundamentais, a convivência familiar, meio mais próximo de vida social que a criança e o adolescente pode vivenciar. Buscam-se soluções alternativas, já que o prolongado período de abrigamento, com a limitação do direito à convivência familiar, pode acarretar problemas para o desenvolvimento do abrigado.

As conseqüências desse longo período de institucionalização podem ser graves e afetar o desempenho cognitivo e a própria capacidade de

---

<sup>94</sup> SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Pillares, 2008. P. 75

sobrevivência da criança. Além da total dependência de outras pessoas, é prática comum que nos abrigos ninguém tenha posse de nenhum bem. Depois de viver boa parte da vida em uma instituição onde não existe individualidade [...]”<sup>95</sup>

Buscando evitar o aspecto frio do abrigo, a Lei 7.644/87 definiu a instituição de casas-lares. Essas instituições buscam imitar um lar familiar, recebendo até dez crianças que ficariam sob a responsabilidade de uma mãe-social, a qual se dedica a exercer um trabalho de assistência à criança ou ao adolescente que necessite ser afastado de seus lares de origem. São instituições sem finalidade lucrativa que se dedicam a atender as crianças e os adolescentes afastados de seus lares.

**Casa-Lar:** Modalidade de Acolhimento Institucional oferecida em unidades residenciais, nas quais pelo menos uma pessoa ou casal trabalha como cuidador residente – em uma casa que não é sua – prestando cuidados a grupos de crianças e/ou adolescentes. As casas-lares têm estrutura de residência privadas, podendo estar distribuídas tanto em um terreno comum, quanto inseridas, separadamente, em bairros residenciais.<sup>96</sup>

Note-se que as casas-lares também devem submeter-se às regras estabelecidas pela Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no que diz respeito às normas referentes ao abrigo, e guardando as características peculiares que lhes foram dadas pela Lei 7.644/87, como, por exemplo, o número restrito de crianças ou adolescentes acolhidos – até dez – , para que se possa ser prestado um atendimento mais personalizado, realizado por apenas um cuidador, ou casal de cuidadores, denominados pela lei de “mãe-social”, propiciando um ambiente mais próximo ao conceito de lar e um acolhimento menos distante e mais propício ao estabelecimento de vínculos. Mas, mesmo com essas peculiaridades, não deixa de ser um abrigo, já que a casa-lar não é a residência dos cuidadores, sendo o mais próximo possível a um lar familiar, mas não perdendo as características da institucionalização.

O abrigo faz aumentar na criança e no adolescente o sentimento de abandono, fato que pode ser evitado com a sua inclusão em uma família substituta. Mas é importante destacar que a medida de proteção de colocação em abrigo atende ao interesse excepcional da criança e do adolescente que precisam ser afastados do lar e não podem, de imediato, ser acolhidos por uma família, mas não se deve esquecer o seu caráter excepcional e provisório. Em reportagem do Jornal Gazeta do Povo, que colheu opiniões de estudiosos sobre o tema do convívio

---

<sup>95</sup> BUVINICH, MELLO, GIRADE, op.cit., p.32.

<sup>96</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 131 (Grifo do autor).

familiar, fica clara a importância desse direito para as pessoas em desenvolvimento, contudo, sua limitação temporária não acarretará prejuízos intransponíveis à formação dessas pessoas, pois os efeitos traumáticos do abrigamento são superados ante o acolhimento familiar.

O abandonado tende a ter autoestima baixa, colocar o amor do outro à prova, sente medo de ser deixado e tem dificuldades nas trocas afetivas. Em caso de ter passado por abrigos – “lugares em constante reorganização, de trânsito, como uma rodoviária”, diz Bárbara –, o preço é a dificuldade em estabelecer vínculos. “Nunca é o mesmo lugar. Mas não se trata de uma experiência definitiva”, alerta.

Ou seja, a criança pode passar por média nessa maturidade da vida. Estudos mostram que outras pessoas que façam o lugar do pai ou da mãe conseguem suprir a necessidade de carinho, levando aquele que foi deixado pelos pais para muito perto de um final feliz. E por “outros” entenda-se “muitos”.<sup>97</sup>

Bárbara Snizek, voluntária em casas-lares que atendem crianças e adolescentes em situação de abandono, afirma, ainda que os eventuais efeitos negativos de um abrigamento podem não apenas ser evitados, como em caso de terem ocorrido, podem ser afastados. Essa posição é também afirmada por Lídia Weber, professora da Universidade Federal do Paraná, estudiosa do tema adoção e família:

Bárbara lembra que em suas inserções nos abrigos – à revelia de serem lugares de passagem – não raro encontra crianças mais dadas à solidariedade do que nas famílias convencionais, reforçando a ideia de que a dor do abandono pode não só ser driblada como curada. É o ponto de partida de algumas pesquisas de Lídia.

Adepta da Psicologia Positiva, a estudiosa afirma que muitos “furos emocionais” causados na infância podem ser fechados na medida em que a criança é novamente exposta ao afeto. “Tenho visto isso em casos de adoção. Pais realmente empenhados na criação são capazes de compensar as feridas do passado, deixadas quando o cérebro é mais plástico. Funciona como uma experiência emocional corretiva”, informa.<sup>98</sup>

Assim, pode-se afirmar que, mesmo podendo gerar alguns efeitos negativos, o abrigamento, quando breve e seguido de um adequado acolhimento familiar, não gerará efeitos negativos permanentes. Mas é importante não se esquecer que os abrigos não substituem a família, não são capazes de suprir todas as necessidades de afeto e proteção que se encontra em uma instituição familiar e por isso só se justifica quando a família natural apresenta problemas que não são facilmente superáveis, mesmo com sua inclusão em programas de apoio. Não obstante essa realidade, um estudo realizado pelo IPEA, no ano de

---

<sup>97</sup> FERNANDES, op.cit.

<sup>98</sup> FERNANDES, op.cit.

2006, apontou como maior causa do abrigamento a falta de condições econômicas da família. Muito embora essa circunstância possa influenciar o comportamento violento dos membros de uma família, a falta de condições materiais, por si só, não pode determinar a privação do direito à convivência familiar, conforme disposto no artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entre os principais motivos do abrigamento das crianças e dos adolescentes pesquisados estão a carência de recursos materiais da família (24,1%); o abandono pelos pais ou responsáveis (18,8%); a violência doméstica (11,6%); a dependência química de pais ou responsáveis (11,3%); a vivência de rua (7,0%); a orfandade (5,2%); a prisão dos pais ou responsáveis (3,5%) e o abuso sexual praticado pelos pais ou responsáveis (3,3%). Todos os demais motivos referidos apareceram como responsáveis pelo abrigamento de cerca de 15% das crianças e dos adolescentes nos abrigos da Rede SAC em todo o país.<sup>99</sup>

Esses dados demonstram que na aplicação da medida de proteção de abrigamento nem sempre foi atendido o seu caráter excepcional, violando-se desnecessariamente o direito à convivência familiar. Para a dificuldade financeira vivenciada pela família, existem medidas assistenciais que podem ser aplicada, como é o caso, por exemplo, da bolsa família. Não se justifica a quebra de um vínculo familiar pela falta de recursos financeiros de seus membros, quando presentes as relações de afeto e proteção mútua. Interessante notar também que a pesquisa demonstra que a orfandade corresponde a uma pequena percentagem de causa para o abrigamento. Assim, denota-se que a maior parte das crianças está aguardando uma definição em relação à sua reinserção junto à família natural ou esperando que se consiga realizar sua inclusão junto à família extensa ou substituta.

Ao contrário do que supõe o senso comum, a maior parte das crianças e dos adolescentes que vive nos abrigos não são órfãos: 87% dos pesquisados têm família, sendo que 58,2% mantêm vínculo com seus familiares, isto é, embora afastados da convivência, as famílias os visitam periodicamente. Outros 22,7% não mantêm vínculo familiar constante, ou seja, embora conhecida e localizada, a família raramente aparece para visitar o abrigado. Cerca de 5,8% dos pesquisados, embora tenham família, não podem contatá-la em função de impedimento judicial. As crianças e os adolescentes “sem família” ou com “família desaparecida” que vivem nos abrigos pesquisados representam apenas 11,3% do total.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> SILVA, op.cit. p. 55.

<sup>100</sup> SILVA, op.cit. p. 59.

Note-se que o vínculo familiar deve ser mantido mesmo com o abrigamento da criança ou do adolescente, o que se faz por meio de visitas e de trabalhos realizados com os familiares. Mas é fundamental o empenho destes para que a família possa novamente acolher a criança ou o adolescente retirado do convívio familiar. Contudo, a pesquisa demonstra que mais de vinte por cento das famílias não mantêm o vínculo familiar. Mesmo vislumbrando-se que, na maior parte dos casos, as famílias visitam os abrigados, ainda há um número alto de crianças e de adolescentes que não nutrem vínculos com seus familiares, aumentando o sentimento de abandono. Muitos pais não mostram interesse em reaver os filhos, tornando infrutífero qualquer trabalho de reinserção do abrigado em seu lar natural.

De fato, a família é reconhecida como fundamental para o trabalho de proteção integral a crianças e adolescentes. Quando, por violação de seus direitos, necessitam ser afastados da família, os esforços devem se dar no sentido da reintegração familiar dos abrigados o mais rápido possível. No entanto, o retorno da criança e/ou do adolescente abrigado para sua família de origem foi visto como um dos principais desafios por muitos dirigentes, que reconhecem que é muito difícil interromper a dinâmica desemprego-vício-violação de direitos-abandono.<sup>101</sup>

As causas do abandono também devem ser conhecidas antes de se decidir pela não possibilidade de manutenção do abrigado em sua família natural. Não são raras as vezes em que os pais não visitam seus filhos pelo fato de que estes não estão abrigados na cidade de sua residência e eles não dispõem de recursos financeiros para manter as visitas de forma constante. Não é apenas a falta de interesse dos pais que dificultam a manutenção dos filhos junto a eles. As dificuldades em se trabalhar na reestruturação familiar são inúmeras, mas devem ser superadas, sendo importante, para tanto, identificá-las. Uma pesquisa realizada pelo IPEA, que ouviu os profissionais que trabalham junto a instituições de abrigo apontou as dificuldades mais relacionadas pelos profissionais:

Assim, foram investigadas junto aos dirigentes as principais dificuldades enfrentadas por eles para o retorno das crianças e dos adolescentes para suas famílias de origem. Mais de um terço das respostas (35,5%) dizem respeito às condições sócio-econômicas das famílias, especialmente a pobreza. Em seguida, a fragilidade, ausência ou perda do vínculo familiar (17,6%); e a ausência de políticas públicas e de ações institucionais de apoio à reestruturação familiar (10,8%). Por fim, o envolvimento com drogas

---

<sup>101</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O Estatuto da criança e do adolescente e a percepção das instituições de abrigo.** In: SILVA, Enid Andrade (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.** Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 195-208. p. 205. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2). Acesso em 16/01/2012.

corresponde a 5,7% das dificuldades apresentadas, e a violência doméstica a 5,1%.<sup>102</sup>

Note-se que, apesar de muitos terem indicado as condições sócio-econômicas como dificuldade para o retorno da criança ao convívio dos pais, essa justificativa não é suficiente para o afastamento do lar. Isso demonstra que os profissionais também precisam aperfeiçoar-se para terem condições de realizar um trabalho melhor de reinclusão familiar. Não sendo realmente possível a manutenção da criança e do adolescente em sua família natural, nem junto à família extensa, deve-se possibilitar a sua adoção. Esse processo deve ser o mais rápido possível, a fim de ampliar as possibilidades de se efetivar a adoção e diminuir o tempo de permanência no abrigo. Entretanto, essa não é a realidade. Em geral, os procedimentos para a destituição do poder familiar e adoção são complexos e lentos.

[...] apenas 10,7% das crianças e dos adolescentes nos abrigos pesquisados em todo o Brasil encontravam-se, judicialmente, em condições de adoção. A grande maioria (83%) estava diante do paradoxo de ter uma família que, na prática, já abriu mão da responsabilidade de cuidar dela, em seu significado mais amplo, mas que, mesmo assim, ainda é juridicamente responsável pelos filhos que vivem nos abrigos. A proporção de crianças e adolescentes em condições de ser adotada é muito baixa em todas as regiões do país. Na região Norte é de 11,2%; no Nordeste, de apenas 6%; no Sudeste, de 12,5%; no Sul, onde a proporção alcança seu maior nível, é de 16,3% e no Centro-Oeste é de 7,4%.<sup>103</sup>

Importante destacar que, antes de ser facultada a adoção é necessária a realização de um trabalho com a família natural do abrigado, na tentativa de mantê-lo em sua família natural. Entretanto, esse trabalho deve ser realizado de maneira atenta aos resultados, para não frustrar, também, a possibilidade da colocação em família substituta. E também para não prolongar demais o abrigamento, prejudicando o desenvolvimento da criança e do adolescente, sem propiciar-lhes a formação de um vínculo afetivo. Quanto maior o tempo em abrigo, menores as chances de adoção e de inclusão em uma família que reverteria os efeitos negativos do abrigamento.

Em relação ao tempo de permanência no abrigo, os dados encontrados dão conta de que mais da metade das crianças e dos adolescentes pesquisados (52,6%) vivia nas instituições há mais de dois anos, sendo que, dentre elas,

---

<sup>102</sup> SILVA, Id. O Estatuto da criança e do adolescente e a percepção das instituições de abrigo... op.cit., p. 205.

<sup>103</sup> SILVA, Id. O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados... op.cit., p. 63.

32,9% estava nos abrigos por um período entre dois e cinco anos; 13,3%, entre seis e 10 anos; e 6,4%, por um período superior a 10 anos.<sup>104</sup>

No intuito de minorar os efeitos do abrigamento, reduzindo tempo de sua duração e buscando dar maior efetividade ao princípio, da brevidade, a Lei 12.010/2009 trouxe algumas importantes alterações. Primeiramente, retirou do Conselho Tutelar a tarefa de afastar do lar a criança e o adolescente em situação de risco, e entregá-las a abrigo, sem autorização judicial prévia. Somente em casos de urgência é que se poderá pleitear a autorização judicial posteriormente, contudo devendo haver comunicação ao juízo da infância e da juventude no prazo máximo de vinte e quatro horas para se aferir se existe a necessidade de abrigamento da criança ou do adolescente.

De outro lado, uma vez abrigado, o atendimento do menor de dezoito anos será de forma individual, sendo elaborado um plano de atendimento visando à reintegração familiar e, somente não se mostrando essa possível, buscar-se-á a sua inserção em família substituta. Durante o abrigamento, a instituição deve remeter ao juízo da infância e da juventude relatório sobre a situação do abrigado. Deve-se realizar um trabalho personalizado com a criança e o adolescente, assim como com sua família, buscando diagnosticar a origem dos problemas e trabalhar de forma efetiva em sua solução.

O estudo diagnóstico deve incluir uma criteriosa avaliação dos riscos a que estão submetidos a criança ou o adolescente e as condições da família para a superação das violações e o provimento de proteção e cuidados, bem como os recursos e potencialidades da família extensa e da rede social de apoio, que muitas vezes pode desempenhar um importante papel na superação de uma situação de crise, ou dificuldade momentânea da família.<sup>105</sup>

É muito importante esse trabalho individualizado. Para tanto, é importante realizar um levantamento da situação do abrigado e de sua família, colhendo-se todas as informações possíveis. A criança e o adolescente, ao chegarem ao abrigo devem ter sua situação avaliada de forma individual. “Em relação ao processo de avaliação diagnóstica, é importante ouvir todas as pessoas envolvidas, em especial a própria criança ou adolescente, através de métodos adequados ao seu grau de desenvolvimento e capacidades”.<sup>106</sup> A partir desse levantamento das circunstâncias familiares, de seus problemas e aptidões, pode-se iniciar um trabalho com a família de forma mais particular, partindo de suas reais condições, o que certamente trará um

---

<sup>104</sup> SILVA, Id. O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados... op.cit., p. 64

<sup>105</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 39.

<sup>106</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 39/40

resultado mais satisfatório. Também é essencial que se conheçam as habilidades e dificuldades de cada criança ou adolescente abrigado. Isso porque, além do trabalho para retorno à família natural, deve-se desenvolver ao máximo as aptidões do abrigado e tentar minorar as consequências negativas da institucionalização.

Também estabelece a lei, em relação aos processos referentes às medidas de proteção de abrigo, que visem à destituição dos pais do poder familiar, estes devem ter fim no prazo máximo de dois anos. Decorrido esse prazo sem solução, deve o juízo justificar os motivos da não observância do prazo máximo de abrigo, e as justificativas de sua prorrogação.

Frise-se que, no tempo em que a criança e o adolescente permanecem abrigados, enquanto se realiza um trabalho que tente a reinserção na família natural, é importante o contato da criança e do adolescente com sua família, sendo imprescindível que esta se faça presente em visitas à instituição de abrigo, acompanhando o desenvolvimento do menor de dezoito anos, não deixando que os vínculos familiares enfraqueçam-se, mas, ao contrário, participando das atividades de recuperação familiar na tentativa de fortalecer os vínculos afetivos entre seus membros. Vê-se, com isso, que a legislação infraconstitucional busca meios de dar efetividade às regras constitucionais que preveem o direito à convivência familiar, bem como os princípios da excepcionalidade e da brevidade do abrigo de crianças e adolescentes. Mesmo sem as modificações trazidas pela Lei 12.010/09, no Estatuto da Criança e do Adolescente já eram previstas medidas alternativas para manter a criança e adolescente em sua família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consolidou novas formas de ver a infância e a adolescência e, conseqüentemente, de atendê-las quando em situação de risco pessoal ou social. Com efeito, analisando-se os dispositivos do estatuto, conclui-se que a legislação inova ao introduzir princípios que, se cumpridos, podem evitar a institucionalização de crianças e adolescentes, historicamente difundida e praticada no Brasil. A retirada do convívio familiar deve ocorrer apenas quando for medida inevitável e, ainda neste caso, a permanência da criança ou do adolescente em abrigo deve ser breve. Além disso, deve-se zelar pela manutenção e pelo fortalecimento dos vínculos familiares e, quando esgotados os recursos sem que se obtenha resposta, promover o mais rápido possível a inserção em família substituta.<sup>107</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a teoria da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, afastando a teoria do risco. Assim, a

---

<sup>107</sup> SILVA, Id. O Estatuto da criança e do adolescente e a percepção das instituições de abrigo... op.cit., p. 197.

preocupação que prevalece é com o melhor interesse da pessoa amparada pelo estatuto legal e não simplesmente retirar-lhe da situação de risco. Por essa razão, a institucionalização passou a ser evitada, posto que, embora retire a criança ou o adolescente de uma situação de risco, não atende ao seu melhor interesse. Mas, mesmo com as medidas alternativas, muitas pessoas abrigadas acabavam passando longo tempo no abrigo, motivo pelo qual se mantém a preocupação de buscar meios de tornar a institucionalização o mais breve possível, evitando-a sempre que recomendável.

Por essa razão, é importante que se realize um trabalho preventivo, de promoção da importância familiar e de re-estruturação, aplicando-se as medidas de apoio indicadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, evitando-se a ruptura desnecessária de vínculos e os sentimentos de rejeição e abandono gerados pela institucionalização, quando possível o trabalho junto à família sendo causar traumas aos menores de dezoito anos, os mais prejudicados com os problemas enfrentados.

## CAPÍTULO IV – A RELEVÂNCIA DO TRABALHO JUNTO À FAMÍLIA

### 4.1 A importância do afeto na formação da criança e do adolescente

Todas as formas de garantia do direito à convivência familiar, colocando a medida de abrigo como excepcional e breve, e priorizando o trabalho de apoio à família, tem como fundamento a importância que o acolhimento familiar, num ambiente de afeto, representa à formação da criança e do adolescente. Mesmo o afastamento do lar, a colocação da criança e do adolescente em situação de risco surgem não determinada pela situação financeira ou pelo modelo de estrutura familiar, mas pela inaptidão da família em proporcionar aos menores de dezoito anos em ambiente onde se verifique a presença do afeto.

Como princípio que rege as reações familiares, o afeto deve sempre estar presente. Embora seja subjetivo, e, conforme forte entendimento, não há possibilidade de ser determinado por terceiros que determinada pessoa sinta amor por outra, considerando a sua importância na formação da criança e do adolescente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser devida reparação de danos pelo genitor que não demonstrou afeto em relação ao seu filho, interferindo negativamente em sua formação. Veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

[...]

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. [...]<sup>108</sup>

Assim, entendeu, o Superior Tribunal de Justiça que é dever dos genitores primar pela saúde psicológica de seus filhos, sendo tal dever violado pelo abandono afetivo. Com isso, a jurisprudência aponta entendimento diverso daquele que vinha sendo adotado, pelo

---

<sup>108</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1159242 / SP. 3ª Turma. Ministra Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em 24/04/2012. Publicado em 10/05/2012. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 16/07/2012.

qual o afeto não pode ser exigido, por ser subjetivo, apenas condutas objetivas, derivadas do dever de solidariedade é que poderiam ser cobradas. O julgador faz uma diferenciação entre o amor, este sim, subjetivo e impossível de ser transformado em dever, e o cuidado, obrigação legal, que constitui objetos extrínsecos do afeto.

**Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.** O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os limites legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa aterialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.<sup>109</sup>

Todavia, é importante destacar que o entendimento aqui retratado não foi unânime, ensejando divergência entre os Ministros julgadores, mas é importante destacar que a importância do afeto nas relações familiares vem sendo juridicamente reconhecida. Isso, porque o abandono afetivo atinge o desenvolvimento psicológico da criança e do adolescente, causando traumas, sentimento de rejeição, o que influirá em sua vida adulta. Por essa razão, quando se constata a falta de afeto nas relações entre pais e filhos, a criança encontrar-se-á em situação de risco, sendo necessária uma intervenção estatal. De outro lado, presente o afeto, ainda que outras circunstâncias (econômica, social) possam apresentar risco à criança ou ao adolescente, não se justifica o afastamento definitivo do lar, devendo ser preservados os vínculos familiares, salvo absoluta impossibilidade.

## **4.2 Medidas aplicáveis à família disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma série de medidas para a proteção da família, quando verificada a situação de risco em que os menores de dezoito anos são colocados ante a omissão familiar.

---

<sup>109</sup> BRASIL, op.cit.

O abandono material e moral, a omissão ou a negligência dos pais, da sociedade e do Estado são as primeiras formas de lesão e/ou violação dos iniciais direitos de qualquer recém-nascido. É a partir dela que se projetam as demais, uma vez que à medida que a criança aumenta a sua idade, ao lado de tímidas e insuficientes ações governamentais, diversificam-se, de forma crescente, as ações e os mecanismos de lesão dos novos direitos.<sup>110</sup>

Verifica-se a importância do exercício do direito à convivência familiar de maneira sadia, efetiva, onde a família apresente condições de cumprir seu papel tão fundamental na formação da criança e do adolescente, sendo que, não havendo esse compromisso da entidade familiar, tal fato ocasionará diversas violações aos direitos dos referidos membros, mais dependentes dos adultos, motivo pelo qual, a Lei 8069/90 prevê diversas medidas de apoio e reestruturação da entidade familiar a serem implantadas pelo Estado e pela sociedade, para torná-la apta a cumprir sua função em relação às crianças e aos adolescentes.

As medidas aplicáveis à família estão elencadas no artigo 129 da Lei 8.069/90. Primeiramente, busca-se orientar e dar apoio aos responsáveis pelas crianças e adolescentes, com as medidas previstas nos incisos I a IV (encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação), que preveem seu encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família, a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólicos e toxicômanos; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou ainda, encaminhamento a cursos ou programas de orientação. Todas essas medidas visam a dar apoio à família que necessita de uma reestruturação para poder amparar as crianças e os adolescentes em seu meio.

Os incisos V e VI do artigo 129 (obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado), tratam de obrigações que já são inerentes ao poder familiar, e que são enfatizadas pela legislação, as quais correspondem ao dever de zelar pela educação e saúde dos menores de dezoito anos, com a obrigação de matriculá-los e acompanhar sua frequência e rendimento escolar; bem como de encaminhá-los a tratamento especializado.

---

<sup>110</sup> SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Pillares, 2008. p. 75.

Por fim, as medidas compreendidas entre os incisos VII e X do referido diploma legal (advertência; perda da guarda; destituição da tutela; suspensão ou destituição do poder familiar), dizem respeito às penas que podem ser aplicadas aos pais ou responsáveis pelas atitudes omissas que colocam os filhos ou pupilos em situação de risco. Essas penas vão desde a advertência até a destituição do poder familiar. Isso porque, em que pese se buscar o exercício do direito à convivência familiar no seio da família natural, não sendo isso possível, buscar-se-á sua inclusão em família substituta, destituindo os pais biológicos de seu poder familiar.

A ordem de apresentação das medidas elencadas nos artigos 101 e 129 da Lei 8.069/90 guarda, certamente, um sentido de gradação, reservando a aplicação das medidas mais sérias e drásticas, que envolvem a separação da criança e do adolescente de sua família, à autoridade judicial. Acertadamente, o espírito da Lei 8.069/90 é pela preservação dos vínculos familiares originais, procurando-se evitar, sempre que possível e no melhor interesse da criança, rupturas que possam comprometer o seu desenvolvimento.<sup>111</sup>

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu, primeiramente, as medidas de apoio à família, aos quais podem ser aplicadas, mesmo sem determinação judicial e têm prioridade sobre outras medidas mais sérias. Sendo viável o trabalho com a família, mantendo-se a criança em seu lar, não será determinado o seu afastamento. Note-se, novamente, que, a Lei 8.069/90 estabelece que a falta de condições financeiras não será motivo que fundamente o afastamento da criança ou do adolescente de seu lar (artigo 23). Com efeito, a citada lei estabelece a possibilidade de inclusão da família em programas oficiais de auxílio (artigo 23, parágrafo único), onde será suprida a sua carência material. Havendo, portanto, medida apta a auxiliar a entidade familiar, pondo fim a eventuais situações de risco a que são expostos crianças e adolescente, não há razão para se adotar medidas mais extremas. Os programas, oficiais ou não de apoio e orientação à família podem exercer uma importante função para a garantia do direito à convivência familiar. Vale destacar que tais programas realizam um trabalho direto com a família e com a criança ou o adolescente, apoiando a reestruturação familiar, orientando e auxiliando a solução dos problemas.

[...] destaca-se neste capítulo a importância das medidas voltadas à inclusão da família em programas de auxílio e proteção, expressas no inciso IV do

---

<sup>111</sup> CONANDA; CNAS. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília/DF, 2006. Disponível em [http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/plano\\_nacional.pdf](http://www.tjpe.jus.br/coordvinf/arquivos/plano_nacional.pdf). Acesso em 10/11/2011. p. 39

artigo 101, no artigo 23 Parágrafo Único e no inciso I do artigo 129 do ECA. Tais programas, se disponíveis e bem estruturados, podem lograr a superação das dificuldades vivenciadas pela família e a restauração de direitos ameaçados ou violados, sem a necessidade de afastar a criança ou o adolescente do seu núcleo familiar.<sup>112</sup>

Por meio desses projetos, pode-se amparar a família antes que se atinja um grau de gravidade que justifique o afastamento do lar. Os programas de auxílio e proteção da família, instituídos pelo Estado ou pela sociedade, geralmente de âmbito local, podem ajudá-las a reconhecer os seus problemas e solucioná-los. Em muitos casos, a relação afetiva está presente na família, mas por razões diversas, elas acabam colocando em situação de risco as crianças e os adolescentes. Por vezes, pais submetem os filhos à violência por acreditarem que assim estão educando-os; em outros casos, não conseguem vencer os vícios que os impedem de dar a atenção e segurança necessária aos filhos, enfim, existem diferentes situações que desencadeiam os problemas familiares e que, com apoio, orientação e um trabalho personalizado e contínuo podem reverter as situações de risco em que ficam expostas as crianças e os adolescentes. Frise-se que é imprescindível que os programas contem com profissionais capacitados, em diferentes áreas, para atender à necessidade de cada caso concreto.

A estruturação de programas dessa natureza e abrangência pressupõe um arcabouço teórico-metodológico e um corpo técnico devidamente qualificado e quantitativamente bem dimensionado face às demandas existentes em cada território. A interdisciplinaridade e a intersetorialidade são, também, características importantes dos programas de apoio sóciofamiliar, que devem articular diferentes políticas sociais básicas – em especial a saúde, a assistência social e a educação [...] <sup>113</sup>

É importante estar ciente de que o trabalho de apoio e orientação às famílias nem sempre será fácil e nem trará resultados imediatos. Para obter resultados, é preciso muita dedicação e profissionais capacitados para o exercício da função. É necessário que os profissionais envolvam-se no projeto, conheçam a realidade das famílias às quais apoiam para assim, antes de qualquer julgamento, entender as suas carências e as razões do abandono, da violência, enfim, os fatos que desencadearam os problemas familiares. E esse trabalho deve ser realizado de maneira interdisciplinar. A complexidade das relações familiares demanda que o apoio seja oferecido sob diferentes focos. Assim, a interdisciplinaridade envolvendo

---

<sup>112</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 38.

<sup>113</sup> CONANDA; CNAS, op.cit. p. 39.

profissionais da saúde, da psicologia, da assistência social, da educação, será capaz de fazer com que a família se estruture em todos os seus setores básicos, fornecendo um ambiente sadio para a formação das crianças e dos adolescentes. Não sendo frutífero o trabalho, deve-se, então, buscar a inclusão em família substituta.

Esses trabalhos realizados juntamente com a família devem ser proporcionado pelo setor privado, já que a Constituição Federal determina que incumbe à sociedade a preservação dos direitos da criança e do adolescente, e também por meio de políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, que tem o dever de primar pelos direitos infanto-juvenis.

Note-se que, tanto a Constituição Federal como Estatuto da criança e do adolescente dispõem que o Estado deverá dar tratamento preferencial na destinação de verbas públicas para a proteção das crianças e dos adolescentes, cujo fundamento está no princípio da primazia dos direitos da criança e do adolescente, merecendo atenção especial o direito à convivência familiar, que merece atenção prioritária.

Mas não havendo meios de efetivá-los a todos de uma só vez, deve-se efetivar os principais que, em se tratando de crianças e adolescentes, se relacionam com o desenvolvimento de suas capacidades físicas e mentais. Se a criança e o adolescente possuir plenas condições de se desenvolver sem nenhuma interferência nociva de adultos ou de outras crianças e adolescentes, recebendo educação básica, alimentação, saúde e lazer, terão melhores condições de tornarem-se adultos com capacidade intelectual e física plena.<sup>114</sup>

Assim, considerando a essencialidade do direito à convivência familiar, o Estado tem o dever de instalar programas que atendam às necessidades familiares. A exemplo, tem-se o Programa Bolsa-Família, que busca atenuar as dificuldades econômicas. Mas não são somente esses os problemas enfrentados, devendo ser disponibilizados projetos de atenção à saúde, fomento ao planejamento familiar, assistência psicológica e de cunho social.

### **4.3 O papel da família na sociedade e a importância de se adotar as medidas para preservá-la**

Sabe-se que o ser humano é gregário, não vive isolado, e, como forma de integração, uniu-se a outros seres humanos, formando famílias e o próprio Estado. Pode-se, então,

---

<sup>114</sup> MOURA, Marcelo de Souza. *Teoria do mínimo existencial e os direitos de crianças e adolescentes*. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3038/Teoria-do-Minimo-Existencial-e-os-direitos-de-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 02/10/2010.

entender a instituição familiar como parte integrante do Estado e da sociedade como um todo. Como parte fundamental que é, sua estrutura reflete diretamente no todo social. Por essa razão, é imprescindível que a sociedade dê uma atenção especial à família, posto que esta é o reflexo daquela.

Considerando que cada família é uma parte do Estado, que as pessoas de que vimos falar são porções da família e, que a virtude da parte deve estar em relação com a do todo, é necessário, obrigatoriamente, que a educação das mulheres e dos filhos seja dirigida de acordo com a forma do governo, se realmente se deseja que o Estado, as crianças e as mulheres honrem a virtude.<sup>115</sup>

Pelo trecho citado já se percebe a importância da família na consolidação dos valores sociais que se quer perpetuar. Ora, não podemos esperar que as partes que formam um todo tenham uma forma de agir diferente deste. É a soma das condutas familiares que forma a estrutura social. Se aquela enfrenta dificuldades, com certeza isso refletirá nesta.

Por isso é que se fala que a família é a base da sociedade, porque não esta não existe sem aquela, sendo que o comportamento daquela dita a estrutura desta. “Nenhuma sociedade pode viver sem valorizar a família. E esta depende, fundamentalmente, da vivência de valores.”<sup>116</sup> Serão esses valores que serão repassados às futuras gerações e constituirão o espelho social.

Isso porque a família é a primeira forma de organização social que o ser humano conhece. É neste ambiente que a pessoa tem o primeiro contato com noções de respeito, impostos pelos pais, de divisão de tarefas, respeito a regras, de igualdade, fraternidade, solidariedade. Os valores sociais e morais, de justiça, de ética, etc. têm que perdurar no tempo, e é a família a instituição à qual incumbe esse papel. Pais passam tais conceitos aos filhos que se tornam pais e repassam os valores aprendidos a seus filhos e assim por diante. “A família é parte da estrutura básica, visto que um de seus papéis principais é ser a base da produção e reprodução ordenadas da sociedade e da sua cultura, de uma geração para outra.”<sup>117</sup> Quando esse ciclo é rompido pela falta de estrutura familiar, os conceitos sociais são aprendidos de forma distorcida, e as consequências geradas pelos problemas apresentados por essa instituição são sentidos por toda a coletividade.

---

<sup>115</sup> ARISTÓTELES. op.cit., p.35.

<sup>116</sup> MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coord.) **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008. p. 767.

<sup>117</sup> RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 206.

Reconhecida essa importância da instituição familiar, pode-se destacar como uma importante preocupação constitucional a constante de seu artigo 226, §7º, que destaca o planejamento familiar. Este é de suma importância para a preservação da família como instituição organizada, estruturada, capaz de gerar os cidadãos que a sociedade espera. “Os cidadãos devem ter uma percepção da justiça e dos valores políticos que sustentam as instituições políticas e sociais. A família deve assegurar a criação e o desenvolvimento de cidadãos em número adequado para a manutenção de uma sociedade durável.”<sup>118</sup> A formação de um grupo familiar previamente planejado evitará a necessidade de intervenção estatal, seja por medidas de apoio à instituição familiar, seja por meio mais traumáticos, como a suspensão ou destituição do poder familiar, ou afastamento do lar e inclusão em família substituta, não ocorrendo lesões aos direitos das crianças e dos adolescentes e garantindo, em obediência ao melhor interesse do menor de dezoito anos e ao princípio da proteção integral, o direito à convivência familiar.

Assim, a constituição de uma instituição familiar, principalmente quando nos referimos aos filhos, deve dar-se de forma planejada, a fim de que os responsáveis pelas crianças sintam-se capazes de assegurar a elas uma criação digna e plena. Para tanto, a Constituição Federal previu que o planejamento familiar deve ser livre, e não poderia ser diferente, já que a família é um instituição privada, formada por entes livres, dotadas de autonomia e o Estado não pode interferir tão profundamente nas relações privadas.

É papel do ente público propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do planejamento familiar. Portanto, deve o poder estatal esclarecer a população sobre a sua importância, realizar com seus membros um trabalho efetivo e um esclarecimento acerca dele. Não basta que a administração pública disponibilize métodos contraceptivos, sem efetivar um trabalho de orientação da importância de se formar uma família organizada e das trágicas consequências que a não observância disso pode ocasionar.

“Contudo, nenhuma forma particular da família (monogâmica, heterossexual ou de outro tipo) é exigida por uma concepção política de justiça, contanto que a família seja ordenada de maneira que cumpra essas tarefas com eficácia e não contrarie outros valores políticos.”<sup>119</sup>

Não é a forma de organização familiar que determina seus problemas. É indiferente se a família é monoparental, ou se a união é hetero ou homoafetiva, por exemplo. O que tem

---

<sup>118</sup> RAWLS, op.cit. p. 207.

<sup>119</sup> RAWLS, op.cit., p. 207.

que ser considerado é tão somente a capacidade dos entes dessa instituição de garantir a dignidade da pessoa humana de seus membros, em um ambiente de amor e de cuidado. O direito à convivência familiar será preservado se a família puder oferecer à criança e ao adolescente toda a assistência, não apenas financeira, mas principalmente afetiva, que lhe garanta um desenvolvimento sadio, livre de violência, de vícios, sem omissão.

É claro que a estrutura social mudou e, com isso, a forma de organização familiar também. Hoje, a família formada pelo casamento deixou de ser a única forma de instituição familiar. A própria Constituição Federal já reconhece, além do casamento como forma de instituição da família, também a união estável ou mesmo admite a família monoparental, formada por apenas um dos pais e seus filhos. O que realmente importa é que a instituição familiar organize-se de forma que consiga refletir os conceitos éticos sociais e consiga criar seus filhos num ambiente saudável, de amor, proteção e educação.

Cientes da importância que a instituição familiar ocupa no seio da sociedade, e, principalmente, a sua influência na dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a ser garantida a todos os seres humanos, principalmente às crianças e aos adolescentes, os quais são destinatários de especial atenção e de proteção integral, percebe-se a relevância do direito à convivência familiar, que deve ser compreendido em todas as suas implicações, para que se possa intervir somente quando necessário, e adotando as medidas corretas, aplicadas conforme a gravidade e peculiaridade do caso concreto. Isso porque a não intervenção pode ocasionar os mesmos prejuízos na formação da criança e do adolescente que uma intervenção desnecessária ou desaconselhável para o caso concreto.

Dessa forma, fica evidente que o direito à convivência familiar possui muita relevância para a sociedade, isso porque a violência sofrida, o abandono, o afastamento do lar desnecessário, logo nos primeiros anos de vida, pode provocar traumas na formação da criança e do adolescente de difícil reparação, o que terá reflexos na sociedade, já que esta é formada pelo conjunto de cada um de seus membros. Por essa razão, deve-se fomentar a necessidade do planejamento familiar e investir em profissionais capacitados, ciente da importância da preservação da família, no trabalho de apoio familiar e de proteção aos direitos infante-juvenis.

#### 4.4 As dificuldades dos profissionais que realizam um trabalho junto à família

Muitas são as dificuldades enfrentadas pelos profissionais que atuam na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Essas dificuldades advêm de resistência dos próprios grupos familiares, de fatores internos, como a falta de capacitação dos profissionais, excesso de trabalho ou mesmo de fatores externos, como a falta de programas de apoio à família.

Primeiramente, pode-se citar a falta de conhecimento da sociedade sobre as funções das instituições que atuam nessa área. Muitas famílias veem no Poder Judiciário, no Ministério Público ou mesmo no Conselho Tutelar órgãos que irão punir as famílias que enfrentam problemas com as crianças e os adolescentes e, por medo de sofrerem sanções ou de serem afastados do convívio de seus filhos, escondem os problemas existentes, ao invés de procurar ajuda, o que dificulta o trabalho de recuperação e orientação familiar.

A criação de mecanismos capazes de prover orientação aos usuários dos serviços de garantia de direitos, indicando para cada situação, a quem se deve recorrer ou a quem devem ser encaminhados é uma necessidade premente para diminuir a demanda e melhorar a qualidade do trabalho das diversas agências. Desta maneira, os Conselhos Tutelares, por exemplo, frequentemente percebidos pelas famílias como porta de entrada para os abrigos ou como aquele que tira as crianças dos pais, poderiam ser vistos como aliados, auxiliando a articular as demandas e os serviços.<sup>120</sup>

Assim, sem que as famílias vejam nos profissionais, em geral do Conselho Tutelar, que mais se aproximam dela, pessoas dispostas a ajudar e a preservar os vínculos familiares, as resistências são grandes, o que dificulta o trabalho. Mas não é apenas por falta de orientação que as instituições familiares resistem à ajuda de terceiros, pode ser também por vergonha ou ao não conseguirem abandonar vícios que as impedem de dar os devidos cuidados às crianças e aos adolescentes. Ademais, situações financeiras, e mesmo descaso dos familiares serão encontrados, cabendo aos profissionais, de maneira criativa e conforme o caso concreto, vencer os obstáculos. Além disso, a falta de recursos também é citada como dificuldade encontrada.

---

<sup>120</sup> RIZZINI, Irene. **Reflexões sobre o Direito à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes no Brasil**. Disponível em: [http://www.sbp.com.br/show\\_item.cfm?id\\_categoria=74&id\\_detalhe=1354&tipo=D](http://www.sbp.com.br/show_item.cfm?id_categoria=74&id_detalhe=1354&tipo=D). Acesso em 11/07/2012.

Os recursos são insuficientes para a demanda de trabalho, as dependências físicas e os equipamentos são inadequados. Os profissionais não se sentem valorizados no exercício de suas atribuições, queixam-se da má remuneração e se sentem extremamente cobrados e criticados. Os Conselhos acabam acumulando funções que poderiam estar sendo melhor trabalhadas por outros órgãos. A demanda é grande, agravada pela sobreposição de atendimentos das equipes do Conselho Tutelar, do Juizado e do abrigo que não se comunicam com a frequência que este tipo de trabalho exige. Os Conselhos acabam recebendo inúmeros casos por desconhecimento de suas funções por parte da população e das instituições.<sup>121</sup>

Muitas vezes, os profissionais precisam contar com apoio interdisciplinar, o que nem sempre é possível de ser concretizado. Assim, por exemplo, é comum que os genitores apresentem problemas com a dependência de substâncias químicas, o que acarreta a colocação da criança e do adolescente em situação de risco. Mas encontrar vagas em locais de tratamento nem sempre é tarefa fácil, o que impossibilita a recuperação familiar e acarretam, em muitos casos, a ruptura dos vínculos familiares sem que seja efetivamente observada a primazia da preservação da família.

Os profissionais que atuam na área da infância e juventude – membros do Ministério Público, magistrados, assistentes sociais, membros do Conselho Tutelar, dirigentes de entidades de abrigo, enfim, todos que realizam trabalhos que visam garantir o direito à convivência familiar, visando ao melhor interesse da criança e do adolescente – enfrentam diferentes dificuldades, também, no trabalho de apoio e reestruturação familiar. “Um dos desafios a ser enfrentado é como se pode garantir a proteção da criança diagnosticada em situação de risco e, ao mesmo tempo, respeitar o seu direito à convivência familiar e comunitária”<sup>122</sup>.

Muitas vezes o resultado nos trabalhos de apoio à família não são rápidos, sendo difícil conciliar a manutenção dos vínculos familiares com a brevidade nas medidas de abrigamento. É necessária a realização de um trabalho conjunto, contínuo, muitas vezes com um resultado em médio prazo, não imediato, mas o menor de dezoito anos não pode ficar com a sua situação indefinida. Destaca-se que quanto mais o tempo passa, sem que haja uma definição quanto à situação da criança e do adolescente, menores são as chances de adoção. Além disso, a criança e o adolescente inseridos, de forma provisória, em família substituta, estabelecem vínculos que, com o decurso do tempo de convivência, podem acabar prevalecendo sobre os vínculos mantidos com a família natural.

---

<sup>121</sup> RIZZINI, op.cit.

<sup>122</sup> RIZINI, op.cit.

Por essa razão, deve-se sempre estar atento ao empenho e condições familiares, buscando identificar o quanto antes os casos em que era impossível evitar o afastamento da criança e do adolescente do convívio com a família natural ou promover a sua reinclusão junto ao lar natural.

#### **4.5 A importância da capacitação dos profissionais que atuam na área da infância e da juventude**

Os profissionais que atuam na área da infância e juventude, interferindo nas relações familiares, responsáveis pela garantia da proteção integral, em especial membros do Conselho Tutelar, do Ministério Público, do Poder Judiciário e profissionais que atuam junto a instituições de abrigo e de internação, devem ser capacitados para conhecer os problemas que irão enfrentar, agindo sem preconceitos e com vontade de procurar as soluções.

Da família, demanda-se um papel central no cuidado das crianças, conforme atestam o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Política Nacional de Assistência Social. No entanto, ainda persistem várias concepções que vigoraram no passado. Uma delas é a persistência do estereótipo de incapacidade e de incompetência das famílias pobres para criar seus filhos. Esta concepção, associada ao discurso da culpabilização da família de baixa renda, sobretudo as moradoras das favelas, reforça teorias que acentuam o preconceito e a discriminação contra o pobre.<sup>123</sup>

É importante que a família seja compreendida conforme o contexto social que está inserida. Muitas vezes, os profissionais retiram a criança do lar por entender que está em situação de risco, partindo de aspectos da própria realidade e não de acordo com as possibilidades do grupo social em que está inserida.

Por essa razão, muitas vezes o afastamento do lar é determinado por situações econômicas. É fundamental que as pessoas que realizam trabalho junto à família entendam a importância da preservação dos vínculos familiares. Ainda que a criança sofra com dificuldades financeiras enfrentadas pelos genitores, ou mesmo que o contexto social não seja o melhor ao seu desenvolvimento, desde que exista relação de afeto e de cuidado, não se justifica a ruptura de vínculos familiares.

Infelizmente, muitos profissionais ainda agem partindo de uma concepção discriminatória em relação às famílias pobres, o que causa o afastamento indiscriminado de

---

<sup>123</sup> RIZINI, op.cit.

crianças e adolescentes. Em trabalho desenvolvido junto a um Núcleo de atendimento à criança e ao adolescente, durante dos anos de 2008 a 2010, esta autora pode vivenciar de perto essa realidade.

O afastamento de menores de dezoito anos de suas famílias envolvem, na maioria casos, famílias com baixa renda. E, em muitas hipóteses de afastamento, a institucionalização poderia ser evitada com medidas de educação e apoio à família, as quais não são desenvolvidas por despreparo dos profissionais, os quais, na intenção de proteger a criança e o adolescente, mas sem ter sido preparado a como agir para enfrentar a questão, acabam retirando-os de seu lar e colocando-os em abrigos, violando, ainda que sem intenção, seus direitos básicos a uma formação sadia.

Os encaminhamentos equivocados, desconhecendo o papel e a atuação das instituições de atendimento, aparecem igualmente como um entrave ao esforço de articulação das ações. As lacunas na capacitação são patentes quando se percebe que não há padronização conceitual e de procedimentos em muitos Conselhos. Por exemplo, cada um tem um entendimento do que sejam maus tratos e em que situações a criança deve ser afastada da família e da comunidade. A “partidarização” das eleições dos conselheiros, em alguns locais, também foi apontada como prejudicial ao trabalho, devido à entrada de pessoas despreparadas e descomprometidas com a complexa tarefa que têm pela frente. O abuso do poder econômico chegou às eleições de conselheiros, pelo menos em alguns municípios.<sup>124</sup>

Mas os problemas não são enfrentados apenas perante os Conselhos Tutelares. “Por exemplo, nem sempre os juízes e promotores de justiça estão preparados para atuar frente a situações de abuso sexual, muito influenciados pelos condicionamentos culturais, religiosos e educacionais”.<sup>125</sup> Também os dirigentes de abrigos, algumas vezes, por não saberem trabalhar com a questão acabam colocando obstáculos na reaproximação familiar, ao invés de incentivá-la.

Porém não é apenas a falta de preparo dos profissionais que se apresenta como obstáculo para a garantia do direito à convivência familiar. Também pode ser citada a falta de especialização dos profissionais que, diante de um acúmulo de serviço, acabam não podendo dar a dedicação que o caso necessita.

Pode-se dizer que o enfrentamento da questão por parte do governo brasileiro ainda é muito recente e carece de investimentos em recursos humanos e materiais. As Varas, geralmente, são em número insuficiente para

---

<sup>124</sup> RIZINI, op.cit.

<sup>125</sup> RIZINI, op.cit.

atender à demanda, levando os juízes a acumular grande quantidade de processos e ao adiamento das audiências, mesmo de casos graves de violação de direitos.<sup>126</sup>

Diante do excesso de trabalho, a qualidade acaba perdendo para a quantidade do trabalho apresentado. A intervenção junto à família é um processo complexo, que precisa de ações rápidas, para não perpetuar a violação dos direitos da criança e do adolescente, tanto no seio da entidade familiar como nos abrigos onde permanecem por longo período. Da mesma forma que as ações precisam ser rápidas, devem ser adequadas caso a caso, o que demanda ações especializadas, que devem ser cuidadosamente escolhidas e periodicamente avaliados os seus resultados, o que acaba ficando inviabilizado diante do número de demandas propostos e dos poucos profissionais que atuam.

Assim, fica evidente a importância da capacitação dos profissionais que atuam na área da infância e da juventude. As ações de intervenção na família devem ser devidamente estruturadas para que se obtenha resultados. Além disso, o trabalho de intervenção na família exige uma ação multidisciplinar, não bastando uma visão jurídica. É fundamental que se compreenda a situação social e cultural em que a família está inserida e, partindo dessa realidade, verificar, no caso concreto, se existe a situação de risco e qual seria a melhor forma de solucioná-lo.

#### **4.6 A experiência na atuação na área da infância e juventude**

Em trabalho realizado, pela autora deste trabalho, durante os anos de 2008 a 2010, perante um Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude, que tem por objeto o atendimento jurídico à criança e ao adolescente, algumas questões foram observadas, o que motivou a elaboração desta pesquisa.

Primeiramente, a dificuldade em se realizar um trabalho de proteção à criança e ao adolescente está, primordialmente, na falta de programas disponibilizados, como por exemplo, a falta de clínicas de tratamento para dependentes químicos, de projetos de acompanhamento e de orientação familiar, que façam um trabalho junto aos pais, auxiliando-os a conseguir reunir estrutura para impor limites aos filhos. De outro lado, as pessoas que são atendidas, por medo de sofrerem sanções ou por terem retiradas as crianças e os adolescentes,

---

<sup>126</sup> RIZZINI, op.cit.

agem, em geral, com uma postura defensiva, tentando esconder os verdadeiros problemas, o que dificulta o trabalho de auxílio.

A falta de entendimento sobre o que caracterizaria uma situação de risco dos profissionais que atuam na área da infância e da juventude também dificulta o trabalho de reinserção familiar. As crianças e os adolescentes, em geral, acabam sendo afastados do lar por problemas econômicos e sociais, mas que são passíveis de soluções diversas do abrigo. Muitas vezes, com orientação e apoio consegue-se evitar a ruptura dos vínculos familiares.

Uma vez abrigados, o trabalho de fortalecimento dos vínculos familiares não é realizado, ficando a questão para ser resolvida unicamente por meio do processo judicial, o qual, em geral, pode demorar, ficando as crianças e os adolescentes com a situação indefinida por um grande período de tempo. Não havendo projetos formados por equipe multidisciplinar que realize um trabalho de fortalecimento dos vínculos, os resultados nem sempre ocorrem e, mesmo sendo determinada a reinserção familiar, a família, por vezes, acaba reincidindo na prática das condutas que colocam a criança e o adolescente em situação de risco.

No acompanhamento de adolescentes infratores, em todos os casos acompanhados nesses dois anos de trabalho, pode-se verificar que as relações familiares apresentavam problemas. Pais omissos, dependentes químicos, crianças expostas a cárcere privado e a violência física, sexual e psicológica. Esses quadros são frequentes na análise do Estudo Psicossocial dos adolescentes infratores, demonstrando que o problema da violência pode ser amenizado se todos voltarem as atenções e os cuidados necessários ao convívio familiar. A maior parte desses adolescentes já apresentaram problemas desde a infância, mas por falta de recursos ou mesmo pela demora nos procedimentos judiciais não tiveram seus direitos fundamentais garantidos em tempo de se evitar que eles tornassem dependentes químicos e reproduzissem a violência vivenciada. É claro que existem casos em que, mesmo recebendo todos os cuidados, os adolescentes praticam condutas tidas como criminosas, mas esses casos não são regra e, ainda assim, com o apoio familiar, há maior possibilidade de recuperação.

O que se pode verificar, mediante o trabalho realizado na área da infância e da juventude, é que a relação de afeto é fundamental na avaliação do direito à convivência familiar. Em geral, quando esta está presente, há viabilidade na manutenção dos vínculos familiares, e os genitores assumem o compromisso de superar os problemas que colocam em risco os filhos. Mas nem sempre conseguem fazê-lo sem apoio, sendo, com isso, fundamental a efetivação de projetos que os auxiliem, como tratamento para dependência química, programas de inclusão no mercado de trabalho, dentre outros. Enfim, é fundamental que a

sociedade e o Estado voltem a atenção ao direito à convivência familiar e todos, em especial quem atua em programas de proteção à criança e ao adolescente devem estar cientes que a melhor forma de proteção é priorizar a instituição familiar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo, verifica-se que a família é uma importante instituição social, que merece a proteção do direito e a atenção de toda a comunidade. Como parte integrante da sociedade, ela apresenta-se por diversos modelos, conforme a época e contexto social em que está inserida. O que irá caracterizar a união de pessoas como uma entidade familiar é a presença dos princípios que regem suas relações, e não a forma com que se estrutura.

Assim, a família será regida pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da legalidade, do planejamento familiar, da paternidade responsável, da igualdade, do pluralismo das entidades familiares, da proteção integral a crianças e adolescentes, da afetividade, da solidariedade e da boa-fé.

Não obstante a importância conferida à instituição familiar, com a ascensão do princípio da dignidade da pessoa humana e do afeto, esta não é mais vista como algo a ser preservado por si só, mas sim em função do bem estar de seus membros. Por essa razão passou-se a aceitar o divórcio, para garantir o bem estar do casal, que já não é feliz com a vida em comum, além do rompimento do afeto, princípio que rege as relações familiares. A Constituição Federal Brasileira de 1988 traz como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Assim, a análise da proteção familiar deve dar-se à luz desse princípio, motivo pelo qual o direito de família passou a regular as suas relações na busca de proteção de seus membros, o destinatário da proteção jurídica é a pessoa e a instituição da família.

É de acordo com esses princípios e paradigmas que deve ser exercido o direito à convivência familiar. Este consiste no direito que toda criança e todo adolescente tem de ser criado em um ambiente familiar que lhe auxilie em seu desenvolvimento, garantindo-lhe orientação e apoio. A convivência familiar está diretamente ligada com o Estado Democrático de Direito, e é fundamental para a preservação de dois dos seus fundamentos, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a cidadania, já que a família atua diretamente na formação de seres humanos conscientes, independentes e capazes de se autodeterminar.

Note-se que, para que o direito à convivência familiar seja garantido, não basta o convívio familiar, mas este deve dar-se de maneira harmônica, em um ambiente que favoreça o pleno desenvolvimento infanto-juvenil. Isso porque tanto situações em que os menores de dezoito anos são afastados do convívio familiar, como situações em que eles são expostos a violência dentro de seu lar, influenciam de maneira negativa em seu desenvolvimento,

devendo ser evitados. A violência familiar pode fazer com que a criança e o adolescente manifestem condutas violentas, prejudica a sua auto-estima e a sua segurança. De outro lado, o crescimento em um ambiente como o do abrigo, afastado de um lar em que possa reconhecer o lugar dentro desse restrito ambiente social, faz com que a criança e o adolescente desenvolvam-se sem a atenção que lhe é necessária, sem individualidade, prejudicando também sua segurança e auto-estima.

Desse modo, é imprescindível que a medida de abrigamento tenha sempre um caráter excepcional – somente sendo viável quando a situação de violência e abandono em que é exposto, a criança ou o adolescente, pela família em que está inserido, coloca-o em uma situação de risco que fique caracterizado que o malefício do abrigamento é menor, justificando-o –; e breve, para que os efeitos negativos causados pelo afastamento familiar não se tornem permanentes, podendo ser revertidos que se promove a reinserção do abrigado em um ambiente familiar.

Diante dessa excepcionalidade da retirada do lar da criança e do adolescente, deve-se realizar trabalhos de apoio à família que previnam a necessidade de se adotar soluções mais drásticas. Por essa razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece uma série de medidas, tais como, inserção em programas de apoio à família ou tratamento de toxicômanos, a fim de que se recuperem as relações familiares, garantindo proteção ao menor de dezoito anos, sem o efeito traumático da ruptura dos vínculos estabelecidos entre seus membros. Essa tarefa deve ser desenvolvida por profissionais capacitados, especialistas de diferentes áreas, para que seja efetiva e alcance resultados mais positivos.

Entretanto, não sendo possível a reintegração junto à família natural, a criança ou o adolescente não deve ser privado do direito à convivência familiar, devendo ser promovida a sua inserção em um lar substituto, que lhe dê a atenção e a assistência necessárias. Essa medida pode dar-se junto à família extensa, formada por partes que não os genitores e se efetiva por meio dos institutos jurídicos da guarda, da tutela ou da adoção. Esta última é a forma mais abrangente de inserção em um lar substituto, pois pressupõe o rompimento definitivo com o poder familiar natural, estabelecendo-se um novo poder familiar em relação aos pais adotivos, sendo a criança inserida no seio familiar com todos os direitos que teria se fosse filho natural do casal.

Destaca-se que o direito à convivência familiar é importante e deve ser entendido e observado. A família desempenha um papel estrutural da sociedade e garante uma formação digna aos seres humanos na fase em que mais necessita de apoio. Por essa razão, é necessário

que todos se conscientizem da importância da família na vida dos jovens, promovendo a defesa do direito à convivência familiar.

Mas para que a proteção seja efetiva, deve-se saber que esse não é um direito simples, pois envolve uma complexa relação social, por essa razão, para que possa ser garantido, principalmente pelos profissionais que atuam de forma mais direta na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, deve, antes de tudo, ser analisado por um prisma interdisciplinar, dentro de contextos sociais, econômicos. Não se pode esquecer que a violência sofrida no lar pode ser tão prejudicial quanto o afastamento deste, e que a família, mais do que ser julgada, precisa ser compreendida e protegida.

É fundamental que a proteção da família se dê por profissionais capacitados e que existam políticas públicas que garantam o direito da criança e do adolescente. O trabalho deve pautar-se sempre no fortalecimento dos vínculos familiares, assumindo o afeto papel de destaque. Um trabalho conjunto da sociedade e do Estado, protegendo as relações familiares onde exista o afeto e auxiliando a família na superação dos seus problemas, por meio de atuações multidisciplinares é a essencial para se preservar os direitos fundamentais da criança e do adolescente e formar adultos sadios e seguros, minimizando os efeitos da violência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. Martin Claret: Barueri/SP, 2002.
- ASSIS, Olney Queiroz; FREITAS, Márcia. **Tratado de direito de família: interpretação doutrinária, jurisprudência comentada, legislação referencial e prática processual**. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.
- BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (org.). *Direito Civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BENTO, Rilma. **A história de vida de crianças e adolescentes como mediadora da reintegração no contexto familiar**. Dissertação (Mestrado) – Curso de Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR / MG. Segunda Turma. Ministro relator Celso de Mello. Julgado em 16/08/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=uni%E3o+homoafetiva&base=baseAcordaos>. Acesso em 25/08/2011.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 412536 / SP. Terceira Turma. Ministro relator ARI PARGENDLER. Julgado em 03/10/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=bem+de+fam%EDlia+sozinha&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em 25/08/2011.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 878941 / DF. Terceira Turma. Ministra relatora Nancy Andrighi. Julgado em 21/08/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=paternidade+socio-afetiva&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em 25/08/2011.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 514350 / SP. Quarta. Ministro relator Aldir Passarinho Junior. Julgado em 28/04/2009. Publicado em 25/05/2009 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=danos+morais+paternidade&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 25/08/2011.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889852 / RS. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140). T4 - QUARTA TURMA. Julgado em 27/04/2010. Publicado em 10/08/10. Disponível em [http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=Yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=%adoção%20homossexual](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=Yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=%adoção%20homossexual).



GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei 11.698/08: família, criança adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008

GLANZ, Semy. **A família mutante: sociologia e direito comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOIS, Violeta Paula Cime de. **O estatuto da criança e do adolescente, as medidas sócio-educativas e a internação.** Disponível em [http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=pt-BR&gbv=2&gs\\_sm=3&gs\\_upl=7101104901011082015714611131101117701352014-1.3.21610&q=cache:ooTD\\_qqqNPYJ:http://www.Ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=502+adolescentes+infratores+internados+e+o+acompanhamento+familiar&ct=clnk](http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=pt-BR&gbv=2&gs_sm=3&gs_upl=7101104901011082015714611131101117701352014-1.3.21610&q=cache:ooTD_qqqNPYJ:http://www.Ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=502+adolescentes+infratores+internados+e+o+acompanhamento+familiar&ct=clnk). Acesso em 16/01/2012.

LIMA, Vilma Aparecida de. **Direito de família e mediação: uma análise sobre o meio judicial e extrajudicial para a solução dos conflitos familiares.** Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília – São Paulo, 2006.

MACIEL, Kátia Cristina Ferreira Lobo Andrade. **Direito Fundamental à convivência familiar.** In: MACIEL, Kátia Cristina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.* 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coord.) **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2008.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** São Paulo: Saraiva, 2003.

NAMUR, Samir. **A tutela das famílias simultâneas.** In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil (Org.).* Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NEVARES, Ana Luiza Maria. **Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada.** In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Relatório do especialista independente para o Estudo das Nações Unidas sobre a Violência Contra Crianças.** Assembleia das Nações Unidas, 2006. p. 14. Disponível em [http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo\\_PSP\\_Portugues.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/Estudo_PSP_Portugues.pdf). Acesso em 16/01/2012.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

\_\_\_\_\_, Lafayette. **O pensamento humanista contemporâneo**. Disponível em <http://www.lafayette.pro.br/>. Acesso em 16/01/2012.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIZZINI, Irene. **Reflexões sobre o Direito à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescentes no Brasil**. Disponível em: [http://www.sbp.com.br/show\\_item.cfm?id\\_categoria=74&id\\_detalhe=1354&tipo=D](http://www.sbp.com.br/show_item.cfm?id_categoria=74&id_detalhe=1354&tipo=D). Acesso em 11/07/2012.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios do direito político**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SAAD, Martha Solange Scherer. **A evolução jurídica da mulher na família**. p. 1-36. In BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Toreza. *Mulher, sociedade e direitos humanos*: São Paulo: Editora Rideel, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2002.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Mulher e planejamento familiar**. p. 433-448. In: *Mulher, sociedade e direitos humanos*. Org. Patrícia Tuma Martins Bertolin e Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci. São Paulo: Rideel, 2010.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados**. In: SILVA, Enid Andrade (Coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 41-70. p. 44. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2). Acesso em 16/01/2012.

\_\_\_\_\_, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guerres de; AQUINO, Lusene Maria Cordeiro de. **Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária**. In: SILVA, Enid Andrade (Coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 209-242. p. 211. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2). Acesso em 16/01/2012.

\_\_\_\_\_, Enid Rocha Andrade da. **O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados.** In: SILVA, Enid Andrade (Coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004. p. 41-70. p. 44. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=162&Itemid=2). Acesso em 16/01/2012.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: Editora Pillares, 2008.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil.** 2 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Editora Método, 2012.

TAVARES, Patrícia Silveira. **As medidas de proteção.** In: MACIEL, Kátia Cristina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A função dos impedimentos no direito de família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorridos na Alemanha.** IN: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil (Org.)*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VARELLA, Santiago Falluh. **O Levantamento de informações sobre direitos violados de crianças e adolescentes no sistema de informações para a infância e adolescência: conteúdo e metodologia.** Brasília: IPEA, 2004. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/pub/td/2004/td\\_1012.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/td/2004/td_1012.pdf). Acesso em 16/01/2012.

WUO, Andrea Soares. **A criança na revista de psicologia normal e patológica do instituto de psicologia da PUCSP (1955-1973): um estudo sobre “ajustamento/desajustamento”.** Tese (Doutorado) – Curso de Psicologia da Educação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.