



FACULDADE DE INHUMAS
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS
CURSO DE DIREITO

RAFAELA EVANGELISTA DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL
PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE**

INHUMAS-GO
2019

RAFAELA EVANGELISTA DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL
PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel no Curso de Direito na Faculdade de Inhumas – Centro de Educação Superior de Inhumas.

Professor (a) orientador (a): Rodrigo Cabral Gomes.

**INHUMAS-GO
2019**

RAFAELA EVANGELISTA DA SILVA

**O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL
PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE**

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO (S) ALUNO (S)

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rodrigo Cabral Gomes - FacMais
(Orientador e Presidente)

Prof. _____ - FacMais
(Membro)

Prof. _____ - FacMais
(Membro)

Dedico esta monografia primeiramente a Deus por que sem ele a realização desse sonho não seria possível e ao futuro, para que este seja o fim de um ciclo e o início de um novo, vitorioso e honrado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me abençoar com o dom da vida, por me guardar e proteger.

À minha mãe, que sempre me apoiou e incentivou durante todos os anos do curso de Direito.

Aos professores do curso de Direito, que ministraram as aulas com paixão e sabedoria e ao meu orientador, pela disponibilidade e dedicação.

“Toda a doutrina social que visa destruir a família é má, e para mais inaplicável. Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como resíduo final não é o indivíduo, mas sim a família.”

Victor Hugo

RESUMO

As relações humanas evoluem ao passo em que a sociedade evolui, assim as relações inter-relacionais no âmbito familiar também evoluem e ganham aspecto relevante na formação do indivíduo. Neste contexto, o presente estudo objetiva estudar o princípio da convivência familiar como direito fundamental para crianças e adolescentes, bem como investigar a conceituação dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, de modo a entender a força normativa dos princípios e como a aplicação do princípio da convivência familiar vem sendo aplicada na jurisprudência brasileira atualmente. Para tanto, a pesquisa, que tem natureza exploratória, realizou-se por meio de levantamento bibliográfico do tema, reunindo informações e, posteriormente, dando-lhes tratamento qualitativo, interpretando-os. A partir da análise destes dados coletados foi possível compreender que crianças e adolescentes, com o advento da Constituição de 1988, passaram a ser sujeitos de direitos, e que os princípios são utilizados como fator interpretativo às regras. Ainda, entendeu-se que o princípio da convivência familiar pode ser relativizado em detrimento de medidas protetivas ao infante e também se sobressair em detrimento de outros direitos fundamentais que o afrontem. Enfim, por meio do estudo foi possível compreender que a família é instrumento de proteção avançada da pessoa humana, e como tal a convivência familiar deve ser garantida fundamentalmente à criança e ao adolescente como forma de garantir o seu pleno desenvolvimento.

Palavras-Chaves: Família. ECA. Doutrina Proteção Integral.

ABSTRACT

Human relations evolve as society evolves, so interrelationships within the family also evolve and gain relevant aspect in the formation of the individual. In this context, the present study aims to study the principle of family coexistence as a fundamental right for children and adolescents, as well as investigate the conceptualization of fundamental rights and constitutional principles, to understand the normative force of principles and how the application of the principle of coexistence has been applied in Brazilian jurisprudence today. To do so, the research, which has an exploratory nature, was carried out by means of a bibliographical survey of the subject, gathering information and, later, giving them qualitative treatment, interpreting them. Based on the data collected, it was possible to understand that children and adolescents, with the Constitution of 1988, became people of rights, and the principles are used as an interpretative factor to the rules. Also, it was understood that the principle of family coexistence can be relativized in relation to protective measures for the child and to the fundamental rights that face it. Finally, through the study it was possible to understand that the family is an instrument of advanced protection of the human person, and that family coexistence must be guaranteed fundamentally to the child and the adolescent as a form of its full development.

Keywords: Family. ECA. Doctrine of Full Protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS	12
1.1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.2. O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO TITULARES DE DIREITOS ESPECIAIS	17
1.3. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA.....	19
2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	22
2.1. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	23
2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONTEMPORANEIDADE.....	27
3. O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	29
3.1. A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	31
3.2. A FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AVANÇADA DA PESSOA HUMANA.....	33
3.3. O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NA JURISPRUDÊNCIA	35
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo tem evoluído significativamente em vários aspectos, sejam sociais, culturais, políticos ou tecnológicos. Com o avançar das inovações tecnológicas proporcionadas pela revolução digital, próprias deste século, as relações entre os indivíduos se modificam e se intensificam, ganhando novos paradigmas antes não pensados. Neste preâmbulo, as relações familiares, em um contexto atualizado da ordem jurídico-social brasileira, também atualizam suas concepções, de modo a corresponder de modo mais eficiente aos fatos sociais relevantes ao Direito.

Este estudo se empenha em analisar o direito destas crianças e adolescentes ao convívio familiar como um direito fundamental de sua existência. Assim, a pesquisa se debruça a desvendar a seguinte problemática: como o Princípio da Convivência Familiar como Direito Fundamental no âmbito do Direito de Família vem sendo aplicado no ordenamento jurídico brasileiro?

O objetivo da pesquisa para tanto é estudar o princípio da convivência familiar como Direito Fundamental. Para alcançar este objetivo, o primeiro passo da pesquisa é pesquisar como a tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes evolui, identificando quem é este sujeito de direitos. Também, investigar sobre os conceitos dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, investigando sobre a possível força normativa dos princípios e, finalmente, visa pesquisar sobre como o Princípio da Convivência Familiar na jurisprudência brasileira.

Além, é preciso investigar quais os impactos que o entendimento que a normatividade dos princípios exerce na interpretação legislativa e como dirimir eventuais entraves decorridos de conflito aparente de normas. É mister pesquisas que tragam à tona conhecimentos científicos sobre como pode haver o alargamento do entendimento de conceitos tidos como estreitos e ultrapassados, para contemplar um novo mundo, mais inclusivo.

Baseando-se nas características do estudo, tem-se uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva que foi utilizada para sustentar cientificamente os objetivos da pesquisa. Com uma didática de cunho exploratório, a pesquisa realiza o levantamento bibliográfico, buscando reunir as informações sobre o tema

com o propósito de identificar os assuntos relevantes que deem sustentação aos argumentos elencados.

A monografia está dividida em três momentos principais, excetuando-se a introdução e a conclusão que aparecem ao começo e ao fim da pesquisa, respectivamente. Ao primeiro momento há apresentação do histórico e algumas reflexões necessárias a respeito da temática abordada, abordando conceitos de definição do sujeito de direitos e quais os direitos tutelados das crianças e dos adolescentes.

No segundo momento se abordou as garantias constitucionais do direito das famílias, onde se pode evidenciar o caráter normativo dos princípios constitucionais e realizar uma interpretação do instituto família em uma perspectiva constitucional. Por derradeiro, o terceiro momento da pesquisa se reservou a investigar o Princípio da Convivência Familiar no ordenamento brasileiro e como se dá a sua interação com o Direito de Família e na jurisprudência, além de se realizar a análise de sua importância para o desenvolvimento das crianças e adolescentes.

1. DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES E AS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

Diante de uma concepção contemporânea das novas formas de famílias os diferentes papéis sociais inerentes a cada um dos indivíduos do núcleo familiar se modificam. A inter-relação entre os membros familiares é que dá a ligadura necessária para que se forme o ambiente familiar, ou seja, a delimitação das novas concepções dos núcleos familiares devem levar em consideração não mais o modelo pai-mãe-filho, mas se basear nas relações afetuosas que envolvem aqueles indivíduos (WAGNER, 2009).

Conforme explicado acima, é interessante, aliás, entender que as novas famílias pulularam aos olhos apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, que tirou de tela o poder único e exclusivo do pai e concedeu à mais direitos iguais na condução dos deslindes familiares (PAULA, CABRAL e GUIMARÃES, 2016, p. 25). Mesmo assim, não parece haver razão para que não se admita outras formas de família e de alicerces de núcleos familiares diversos.

Conforme verificado, para Hupfeer, Weyemuller e Cunha (2017, p. 85) caminha-se o entendimento para de que o que é determinante para a inauguração de uma família são os laços afetivos que unem os indivíduos. Isto posto, o que une uma criança a um adulto vai além do que o simples parentesco consanguíneo, o condão pousa sobre a afinidade das pessoas com função parental naquele ambiente. O autor deixa claro que o que prevalece, sempre, são os laços de afetividade.

Contribuindo para o debate da necessidade de ampliar o entendimento do papel familiar, pois a concepção de família se modifica em conjunto com a sociedade deve-se entender que há inúmeras situações que ainda não foram pensadas ou empenhadas de acordo com as novas acepções familiares atuais:

[...], todavia, se o pai e mãe ainda estão vivos e se ainda detêm o poder familiar sobre seus filhos, caberia a eles, e não aos padrastos e às madrastas, decidir quanto à criação e educação de seus filhos. Surgem, assim, nas relações sócio familiares, questões que dizem respeito à

controvérsia envolvendo paternidade genética e filiação afetiva [...] (HUPFFER, WEYERMÜLLER e CUNHA, 2017, p. 55).

A diversidade é um problema atual deste tempo, no qual cada vez maiores gargalos conceituais vão aparecendo devido à dinamicidade com que as informações trafegam e as relações acontecem. Neste diapasão de inovação, o poder familiar deve ser exercido por todos aqueles que fazem os papéis de pais e mães, não interessando gênero ou biogenética. O que importa são os papéis que os integrantes do núcleo familiar desempenham, com limites de hierarquia e mando bem delimitados.

Em tese, as novas formas de família podem se desenrolar de inúmeras formas, incontáveis formas, alias. Caso contrário, cair-se-ia na vala de classificar, ou conceituar, alguns tipos de famílias e outros não, entretanto, isto é errado na concepção plural da família (PRADO, 2017, p. 72-73).

A família, como toda instituição social, apresenta aspectos positivos, como núcleo afetivo, de apoio e solidariedade. No entanto, espoe, ao lado desses aspectos, outros negativos, como a imposição normativa por meio de leis, usos e costumes, que implicam formas e finalidades rígidas. Torna-se, muitas vezes, elemento de coação social, geradora de conflitos e ambiguidades (PRADO, 2017, p. 72).

Conforme visto acima, o autor deixa claro que a conceituação é um aspecto inerente à família, entretanto a restrição conceitual traz prejuízos a isto. Assim, frisa-se a importância de conceituar quais os atributos que são encontrados em um ambiente familiar e não o que é, de fato, uma família. em outras palavras, é importante que se entenda que o fator preponderante à concepção de uma família é o afeto e, nas palavras do autor, rede de apoio e solidariedade.

Nesse ritmo, é apenas questão de tempo, de pouco tempo, para que ensejemos novas e mais novas formas de ambientes familiares. Desta feita, é impossível que se tome como base critérios rígidos e restritos, já que a família tem se apresentado cada vez mais plural e dinâmica, incluindo diferentes formas de

construção social. É importante considerar que as novas formas de família devem ser respeitadas e, como novas, merecem estudo amplo e debate consistente de ideias, estas desprovidas de preconceitos ou paradigmas sistemáticos anteriores.

1.1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apenas de maneira contemporânea é que as crianças e adolescentes tiveram seus direitos resguardados pelo ente estatal. Foi por meio da Constituição Federal de 1988, corroborado pelo Estatuto da Criança e do adolescente, que estes indivíduos tiveram resguardados e tutelados seus direitos, sendo reconhecidos como, de fato, cidadãos (VERONESE e COSTA, 2006, p.51).

Assim, passou-se a se entender as crianças e adolescentes mais que apenas sujeitos de direitos, devendo ser levadas em consideração enquanto serem complexos, em verdadeira formação social, cultural e política. Cabendo a todos àqueles envolvidos na formação destes indivíduos resguardar pelo seu bem-estar e desenvolvimento.

A Constituição brasileira deixa claro que os direitos assegurados para crianças e adolescentes não são exclusivamente de ordem estatal, mas incumbe a todos àqueles que cercam esses indivíduos em sua formação e desenvolvimento. Contudo, vale ressaltar que esta redação é dada à Constituição de 1988 por intermédio da emenda constitucional n 65 de 13 de julho de 2010. O que revela um entendimento muito mais atual da criança e do adolescente como detentora de direitos do que se imaginara.

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Nesta toada, a identificação e reconhecimento de crianças e adolescentes como verdadeiros detentores de direitos e titulares de tutelas jurisdicionais se dá mais contemporaneamente, com inserções e pressões internacionais neste campo. Esta etapa crucial da vida de formação do ser humano enquanto agente transformador de sua realidade deve ser assistido de forma completa por todos aqueles que o rodeiam, garantindo mecanismos que possibilitem construir e maximizar as suas potencialidades (FACHINETO, 2009, p. 54).

Sendo pessoa humana, conseqüentemente a criança e o adolescente é alvo e sujeito de direitos fundamentais. Desta forma, conforme assevera Sarlet (2015, p.125), a “dignidade da pessoa humana é um atributo de todos os que integram a comunidade humana, constituindo, portanto, uma noção universal [...]”, o que vem evidenciar que a criança e ao adolescente estão abarcados nesta ótica de pensamento.

De acordo com Saraiva (2013, p. 15), no Brasil há consolidada a chamada Doutrina de Proteção Integral, que diz respeito à assistência às crianças e adolescentes. Isto visa dizer que os direitos destes indivíduos são reconhecidos e devem ser reconhecidos como direitos especiais e específicos pela condição que alçam estas pessoas que estão em desenvolvimento. Em outras linhas, os direitos fundamentais garantidos às crianças e adolescentes devem resguardar a integralidade e a satisfação de todas as suas necessidades, incluindo-se aqui todos o rol explícito no artigo 227 da Constituição Federal brasileira.

Nesta mesma linha de pensamento, Machado (2013), diz que a Doutrina de Proteção Integral voltada à criança e ao adolescente, se refere à proteção na concepção mais ampla da palavra, necessitando a família, o Estado e a sociedade garantir condições mínimas para a felicidade atual e futura destes indivíduos em formação. Também, alude à integralidade da perspectiva da criança e do adolescente que tem seus direitos resguardados em todas as esferas que precisam ser resguardadas para o seu efetivo desenvolvimento, quais sejam: físico, mental, moral, espiritual e social.

Assim sendo, uma vez que esses indivíduos sejam pessoas humanas, alvos da Doutrina de Proteção Integral, gozam de peculiar forma de tutela de seus direitos constitucionais, pois, além das políticas estatais que visam o seu desenvolvimento,

estão responsáveis e envolvidos nestes assuntos, a sociedade e a própria família. As crianças e os adolescentes devem, enquanto agentes em desenvolvimento e pessoas humanas detentoras por si só de direitos individuais, devem ter seus direitos tutelados e salvaguardados por políticas efetivas por todos aqueles que lhes assistem.

Conforme elucida Paula (2012, p.39) a infância e a adolescência de um indivíduo são parte preponderante e indissociável de sua vida, nela haverá acontecimentos que marcarão o processo do desenvolvimento cognitivos daquele indivíduo por toda a sua vida. Assim sendo, este momento de descobertas e desenvolvimento humano desta pessoa deve ser resguardado pelo Princípio da prioridade absoluta.

De acordo com o autor, o princípio da prioridade absoluta, positivado pelo artigo 227 da Constituição Federal brasileira, visa possibilitar que a eficácia plena de todas as normas voltadas à proteção previstas na legislação, inclusive aquelas internacionais. Isto evidencia, assim, que as crianças e adolescentes são alvo e sujeitas dos direitos fundamentais contemporâneos, por meio de princípios positivados, que merecem prosperar para dar efetividade ao seu desenvolvimento.

Em tempo, cabe ressaltar que este direito é fundamental porque, conforme Bobbio (2004, p. 24), está ligado aos direitos naturais, e porque cabem ao homem enquanto tal não dependem do Estado para que sejam legislado, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades e contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Contudo, na perspectiva brasileira, apenas a legislação pátria constitucional não é capaz de dar a vazão necessária às peculiaridades e especificidades destes tão complexos indivíduos em formação. Por estes motivos, seus direitos tutelados são alvo de várias legislações esparsas, contribuindo para um ordenamento jurídico mais garantista e que vai ao encontro da necessidade da implantação de políticas públicas eficientes neste sentido.

1.2. O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO TITULARES DE DIREITOS ESPECIAIS

A Convenção sobre Direitos da Crianças das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário, dá diretriz importantes que visam regular todo nosso sistema regulatório e embasamento para o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) como arcabouço principiológico para o Artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (FACHINETTO, 2009).

Fachinnetto (2009), ressalta que o marco para a construção da formação histórica da tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes fora a criação da Comissão Nacional da Criança Constituinte, que influenciou diretamente no processo da elaboração da Carta de 1988 sob forte influência da Doutrina de Proteção Integral, ensejando o artigo 227 da referida Constituição. Contudo, esses parâmetros estabelecidos pelo artigo 227 foram verdadeira antecipação da recepção da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda de acordo com o que descreve Fachinnetto (2009, p. 44), este processo antecipado de constitucionalização da Convenção ensejou o desenvolvimento do estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Durante toda a década de 1990, “principalmente após a promulgação da Lei 8.742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, o grande esforço [...] passou a ser a implantação da nova estrutura prevista no ECA[...]”. Portanto, estes acontecimentos evidenciam uma força-tarefa em prol do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos fundamentais, como pessoas humanas titulares de seus próprios direitos.

Nesta toada, Leal (2016, p. 35), exara que o ECA foi responsável por municipalizar as estruturas de atendimento e atenção às crianças e adolescentes, criando os Conselhos estaduais e Municipais de Direitos das crianças e dos Adolescentes, que regulam localmente as diretrizes que cada Conselho Tutelar municipal adotará de acordo com a região e realidade de cada população. Esta medida possibilitou que as políticas públicas fossem implantadas regionalmente, o que possivelmente faria com que agisse de forma eficiente e acertada.

O Brasil esteve na vanguarda da implantação e reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes, sendo referência global no assunto, conforme se vê no excerto abaixo:

Consolidada a democracia brasileira, pelo menos não havendo mais ameaças às suas instituições Políticas, e, percorridas quase duas décadas da promulgação dos textos legais que posicionaram o Brasil como um dos países com a mais avançada legislação na área da infância e juventude, verifica-se que o País alcançou índices significativos de implementação da estrutura prevista no ECA (FACHINETTO, 2009, p. 47).

Contudo, contrapondo-se a este pensamento:

[...] enquanto não resolvida a questão da pobreza, o problema somente tenderá a crescer cada vez mais, clamando por políticas públicas, de caráter social, com duplo enfoque: preventiva, pois deve ir às origens do problema, e curativa, tendente a minimizar o mal (DEMO, 1995, p. 21).

Assim, embora as críticas tecidas por Demo (1995) serem fiadas logo apenas cinco anos após a legislação do Estatuto da Criança e do Adolescente, vê-se que o cenário atual brasileiro ainda persiste. O que há, então, é uma igualdade forma, mas não material, o que visa dizer que há uma legislação extremamente garantista e à frente de seu tempo, mas que não efetivamente repercute isso em linhas gerais aos indivíduos destinatários.

Toda sorte, estes direitos não estão em tela apenas contemporaneamente. Sobremaneira, a Organização das Nações Unidas, por meio de seu organismo voltado a proteger os interesses destes indivíduos, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), declarou em 20 de novembro de 1959 na declaração Universal dos Direitos das Crianças diretrizes basilares que deveriam ser seguidas, sobretudo, pelos seus signatários.

Contando com dez princípios norteadores, a Declaração assegura que as crianças devam ser tratadas com respeito e ter asseguradas sua integridade física, mental, moral, espiritual e social. Colocando a criança em proteção especial a

oportunidades e serviços, que seriam estabelecidos em lei ou por outros meios, de modo que promovam o seu desenvolvimento pleno.

Ainda, é preponderante que o critério temporal na delimitação da especialidade da pessoa humana enquanto destinatária da norma que assegure desenvolvimento esteja claro e consolidado. Isto porque a temporalidade é importante para delimitar que as necessidades das crianças e dos adolescentes são supridas àqueles tempos de seu desenvolvimento, não podendo ser sanados a posteriori, portanto após passado o desenvolvimento. A exemplo disto, o direito de brincar, Paula (2002) entende que este direito é somente útil à formação do indivíduo enquanto aquilo fizer sentido à sua formação continuada enquanto indivíduo social em constante desenvolvimento cognitivo.

Desta feita, a infância e a adolescência são próprias de seu tempo, a especialidade que lhes confere a norma deve lhes resguardar ao tempo em que lhes são próprios de seu desenvolvimento. Assim, conforme apregoa o artigo 6º do estatuto da Criança e do Adolescente, são, objetivamente, crianças aqueles indivíduos com até doze anos incompletos e adolescentes os entre doze e dezoito anos.

1.3. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

A Convenção Internacional Sobre Direitos da Criança (CIDC) foi incorporada pelo ordenamento jurídico de um modo incomum. Pode-se realizar a análise de que um de seus princípios ingressou no plano jurídico brasileiro por meio do poder originário constituinte (FACHINETTO, 2009, p. 43-44).

Porém, há que se voltar algum tempo antes para entender os porquês desta importante afirmação. Anteriormente ao estabelecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente e de suas políticas públicas instituídas, o Estado promovia a tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes por meio das, hoje extintas, FUNABEM (Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente) ou Fundação Casa, que é decorrente de uma realocação de recursos e políticas públicas da antiga FEBEM (Fundação de Bem Estar do Menor) (FACHINETTO, 2009, p. 43-44).

Porém, nem a FEBEM ou a FUNABEM conseguiram se mostrar eficientes neste empreite, o que fez com que o Estado revisse suas políticas públicas voltadas à ressocialização dos menores e atendimentos às crianças. Com isso, criou-se a Comissão Nacional da Criança Constituinte, que nada mais era que uma comissão formada com o ímpeto de defender os interesses das crianças e dos adolescentes diretamente na constituição federal de 1988, por meio da assembleia constituinte.

Esta comissão, eivada de forte influência das discussões que formavam o texto e contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança, acolheram como base teórica a Doutrina da Proteção Integral para dar vazão ao texto, que seria constitucionalizado, do artigo 227. Com isso, a Doutrina da Proteção Integral, importante principio protagonista da Convenção sobre os Direitos da Criança entra no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental constitucional, pelo poder originário primeiro (SARLET, 2015, p. 54).

Esta disposição, de forma pioneira, acolheu antecipadamente as regras da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas das Nações (*sic*), promulgada em 20 de novembro de 1989, vindo a desaguar na elaboração e publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, através da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (FACHINETTO, 2009, p. 44).

A partir de então, o Brasil alça legislação cada vez mais atualizada sobre a matéria que versa sobre a garantia dos direitos individuais das crianças e dos adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrente da instituição e constitucionalização da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, evidencia que o amparo a estes indivíduos está formalmente posto.

Não se pode sobrestar do caráter primeiro de contextualização no qual se deu a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, pois isso visa compreender de que forma os princípios ali contidos foram primados. A declaração canalizou as atenções às crianças em um mundo pós segunda guerra mundial, mirando os olhos de toda a sociedades, culturas e governos a esses cidadãos que estavam em franco desenvolvimento e não tinham, efetivamente, direitos resguardados.

Corroborando para este asseguramento do desenvolvimento contínuo das crianças de todo o mundo, a UNICEF fundou o Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças, por meio de seu Conselho Econômico e Social. Esta política visa instituir proteção especial às crianças, de modo a promover o gozo de oportunidades e facilidades para o seu desenvolvimento de forma sadia e normal, que culminou na instituição da Convenção, referendada por todos os países aderentes à ONU, no ano de 1989 (PAULA, 2012, p. 87).

2. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Sendo a família uma célula básica que forma a sociedade, um alicerce que a organiza, cabe ao Estado estabelecer políticas voltadas para o seu fortalecimento e preservação. Por este motivo a Constituição Federal do Brasil cristalizou em seu artigo 226 que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, ou seja, é mister estatal manter a família a salvo sob sua égide por força constitucional.

Partindo-se deste pressuposto constitucional, de garantia estatal da família, o interesse do Estado pela família faz com que o direito de família (que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro da família) se situe mais perto do direito público que do direito privado. Em outras palavras, o interesse do Estado sobre o Direito de Família é maior que o interesse individual, por isso quase todas as normas de Direito de Família são de ordem pública (cogentes), não aceitam disposição de particulares em sentido contrário ao que dispõem (DIAS e PEREIRA, 2006).

De acordo com o que preceitua Zisman (2012), o Estado intervém cada vez mais no Direito de Família, como por exemplo, para conferir maior proteção aos seus membros a norma constitucional coloca a família sob a proteção especial do Estado; a igualdade entre cônjuges e entre os filhos, prevista constitucionalmente; a assistência à maternidade, conferindo à mulher licenças durante a gestação e após o parto; o reconhecimento da relação homossexual como entidade familiar, pelo STF, em maio de 2011; a facilitação do divórcio, que prescinde de separação judicial, extrajudicial ou de fato (EC 66/2010).

A partir destas premissas, como direitos individuais, subjetivos, os direitos de família são personalíssimos, ou seja, intransferíveis, intransmissíveis por herança, irrenunciáveis; se ligam à pessoa em virtude de sua posição na relação familiar, não podendo o titular transmiti-los ou deles se despir. Não se pode, por exemplo, transmitir ou renunciar à sua condição de filho; o marido não pode transmitir seu direito de contestar a paternidade do filho havido por sua mulher; ninguém pode ceder seu direito de pleitear alimentos, ou a prerrogativa de demandar o reconhecimento de sua filiação havida fora do matrimônio; pais não podem ceder o poder familiar; a lei traz em rol taxativo às hipóteses de renúncia aos cargos de tutor ou curador.

A família é o porto seguro de toda pessoa natural, centro de desenvolvimento de valores, caráter, aspirações, esperanças. É na família que se idealiza o projeto pessoal e se cria as bases para concretizar cada plano, cada anseio. Trata-se do ninho, que em cada realidade social, cultural, religiosa, é tratado de forma diversa, mas tendo em comum o fato de ser o local de origem e para onde se retorna, sempre em busca de proteção e segurança. Respeito, amor, afeto, solidariedade, são termos relacionados sempre à entidade familiar (ZISMAN, 2012).

Qualquer norma jurídica em Direito de Família exige a presença de fundamento de validade constitucional, não podendo ser [...], com base na combinação dos princípios constitucionais de isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares com o fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana (GAMA, 2006).

Conforme salientado pelo autor acima, por consequência da natureza jurídica de matéria de ordem pública é que as normas no Direito de Família são cogentes, salvo raras exceções como a possibilidade de escolha do regime de bens no casamento, por pacto antenupcial. A regra é que as disposições não aceitam convenção em sentido contrário, por atingir interesse de toda a sociedade, que não pode ser violado por vontade do particular. Os direitos disciplinados são irrenunciáveis, imprescritíveis, inalienáveis, intransmissíveis, como é o direito aos alimentos, ou ao patronímico familiar, à exigência das obrigações decorrentes do casamento ou da união estável, à guarda de filhos, ao exercício do poder familiar, da tutela, da curatela.

2.1. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A norma jurídica é fenômeno que surge quando da análise valorativa dos fatos relevantes ao direito, seus diversos acontecimentos e as experiências, quer sejam positivas, quer sejam negativas, que, quando valoradas, regram a convivência da sociedade. Neste sentido, a Constituição atua com a missão estruturante da forma do Governo e do Estado, vigendo em determinado território, por ela mesmo

definido, contendo regras que devem ser seguidas por todos aqueles que estiverem imbuídos de autoridade no desenvolvimento do estado-nação (BARROSO, 2013).

Contudo, a Constituição per si não tem força suficiente para dar mando às autoridades e, de fato, perseverar em um modelo de estado-nação pensado previamente. Isto porque, conforme assevera Lassale (2014, p.37), a Constituição é “mera folha de papel”, ou seja, deve buscar legitimidade para que sua atuação seja efetiva, já que é a “soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”. A constituição, portanto, é resultado de um processo evolutivo social, que ocorre através de fatos sistemáticos e relevantes que acontecem pelo tempo.

De acordo com o autor supracitado, apenas haverá uma Constituição válida se houver um rompimento da ordem constitucional anterior vigente. Assim, só há de ter um novo Estado de Direito quando este é inaugurado por uma nova Ordem Constitucional que rompa definitivamente com a anterior. Ainda em consonância com o autor, neste contexto de criação da norma fundante constitucional, há estrutura basilar de normas internas a serem seguidas pelos jurisconsultos para estruturação do Estado (LASSALE, 2014).

Cabe, assim, entender o que é essa norma constitucional, que rompe com o sistema anterior e é legitimada, em termos de força normativa. Esta indagação urge, pois, que a aplicação positivada e sistematizada da lei ao caso concreto, dispensando-se o contexto sociopolítico-cultural vai de encontro ao Estado de Direito idealizado pelo Constituinte Originário (BARROSO, 2013).

A “norma nada mais é que o conjunto de princípios e regras destinados a realização do direito” (BARROSO, 2013, p. 119), o que enseja diferenciar o que são princípios e regras e porque há esta diferenciação e, ainda, se esta diferenciação é importante para a análise da normativa constitucional dos princípios. Entretanto, a tarefa não é das mais fáceis, já que a doutrina pátria não se pacificou quanto à análise e distinções sobre a definição e diferenciações de princípios e regras.

Para Gomes Canotilho (2002, p. 1.086-1.087) regras e princípios não se confundem, havendo alguns critérios objetivos que as diferenciem. Desta feita, os princípios, na visão do autor, têm uma posição privilegiada em detrimento das regras, pois estes são considerados fundamentos de regras, ou seja, enquanto os

princípios traduzem uma ideia do direito que contem a justiça, a as regras são normas vinculativas com conteúdo funcional, que cumprem sua função, apenas.

Já para Nagib Filho (2004, p. 65-66), distingue os princípios das regras considerando o seu grau de generalidade, portanto a regra é um produto dos princípios, necessárias para lhes dar o conteúdo normativo necessários para vigor. Ainda nesta linha de pensamento, o autor exara que as regras são menos gerais do que os princípios, vez que sua função é conferir o cunho normativo aos princípios, trazendo-os para perto do direito de fato.

Ainda, para Robert Alexy (2001):

[...] não é meramente quantitativa, como pode insinuar a noção de generalidade, mas antes qualitativa, e, ainda, que os princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica, quanto à possibilidade fática; são, nestes termos, mandamentos de otimização (ALEXY, 2001, p. 85).

O que se apercebe é que não há consenso quanto à diferenciação entre as regras e princípios, mas pode-se afirmar que a generalidade dos princípios em relação às regras é encontrada nas principais correntes que norteiam e se dedicam à matéria. Este fator é chave e determinante para o intérprete da norma, pois é uma premissa importante a se ter em mente quando na aplicação ao caso concreto.

Neste contexto e diante destas premissas, Bonavides (2018, p. 255-256) diz que no momento em que os princípios são normatizados, estes passam a ser cláusulas de cunho geral e, por terem este caráter geral, se sobressaem às regras. Em tempo, o autor ainda diz que a interpretação destes princípios normatizados sempre será feita com base nos valores primeiros que deram origem a este princípio antes de sua positivação. E aqui se diz valores em consonância com o próprio autor retrocitado, como um conjunto de ideias que prevalecem em um determinado lugar em um lapso temporal.

Para Luís Roberto Barroso (1996), os princípios fundamentais:

São aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...] São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado [...]. Esses princípios fundamentais, exprimindo, como já se disse, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limites às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, estes princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional (BARROSO, 1996, p. 144).

Nesta concepção de Barroso (1996), os princípios são considerados fundamentos e objetivos da nação brasileira, seus valores instituídos na Cártula de 1988 por meio de norma-princípio são exigidos pela sociedade pela sua história de desenvolvimento e amadurecimento do próprio Estado Democrático. Há uma integração de um sistema global, que permeia normas coordenadas que se interligam umas às outras, convivendo e harmonizando-se, de modo a reger a ordem que se estabelecera com a constituinte.

Assim, em consonância com o que leciona Humberto Ávila (1999, p. 156), “[...] não se está mais querendo provar a força normativa dos princípios, já aceita, mas determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação e a aplicação baseada neles”. A força normativa dos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição da República, inaugurada e legitimada pelo poder constituinte, não está em xeque, o que se perscrute é como estes princípios devem ser sopesados e harmonizados em um contexto plural.

Cabe ao interprete da norma, aos juristas, aos magistrados, uniformizarem entendimento, principalmente aos Poderes constitucionalmente constituídos, identificarem de que forma os princípios devem ser entendidos e de que formas devem ser dados cabos em forma interpretativa. O que não há margem para dúvidas, no contexto abordado, é que não tenham conteúdo normativo, vez que é sedimentado na doutrina pátria o entendimento de que o são.

2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA CONTEMPORANEIDADE

A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe em seu bojo uma série de direitos fundamentais garantidos às crianças e adolescentes. A Constituição Cidadão promulgou a esses indivíduos a titularidade da tutela de seus direitos, tratando-os como verdadeiros sujeitos de direitos, como o são (VERONESE e COSTA, 2016).

Em assim sendo, a Cártula de 1988 traz consigo em seu Capítulo VII uma série de normas a versar sobre a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso. Mais precisamente, seu artigo, 227, modificado pela Emenda Constitucional número 65 de 2010 que entre outras coisas incluiu o termo 'jovem' em sua redação, discorre o seguinte:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Em conjunto, família, sociedade e ente estatal são concorrentes a zelar pela concretização dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Ao serem alçados à escala de fundamentais estes direitos ganham verdadeiro fundamentalidade, sendo intocáveis, não sendo passíveis de supressão, com o reconhecimento pelo poder constituinte originário de sua essencialidade à manutenção da vida (MARTINS NETO, 2014).

Para Silva (2008), as garantias constitucionais dada às crianças e adolescentes são primordiais, vez que a consequência de sua supressão seria a não realização da pessoa humana, não tendo condições de sobrevivência. Assim sendo, o Estatuto da Criança e do Adolescente visou abordar medidas fortalecedoras que abracem as crianças e os adolescentes em um amplo arcabouço jurídico de garantias fundamentais.

Atualmente é preciso pensar as crianças e os adolescentes como sujeitos detentores de direitos e deveres como um todo, em consonância com a sua Proteção Integral, contemplando todos os aspectos de sua vida cotidiana e hodierna. O adolescente e a criança devem ser pensados em sua totalidade e, mais que isso, em sua totalidade de acordo com a fase de seu desenvolvimento.

Até 1988 não havia uma preocupação real em criar mecanismos que fossem eficazes na garantia do direito à educação. Durante muito tempo, a única ação do poder público foi tornar obrigatória a matrícula escolar, como se isso fosse suficiente para garantir a educação (VERONESE e OLIVEIRA, 2016, p. 85).

Conforme salientado pelos autores, o direito a ser sujeito e contemplado por direitos das crianças e adolescentes é, de fato, recente e urge com uma necessidade cada vez mais pululante. Ainda em conformidade com o que apregoam os autores, a política estatal modificou-se, ou seja, a ordem constitucional anterior foi deixada para trás e inaugurou-se uma nova, na qual novos princípios foram postos e devem ser postos a se efetivar em conformidade com o mando constitucional e à interpretação principiológica de seus valores.

Contudo, embora os direitos fundamentais de crianças e adolescentes estejam resguardados sob a égide da Constituição Federal, não basta que assim estejam. Há necessidade que família, sociedade e Estado viabilizem formas e pensem mecanismos de implementação e suplementação de políticas eficientes que efetivem e aperfeiçoem o acesso aos direitos garantidos, quer seja pela Constituição Federal, quer seja por qualquer outra lei infraconstitucional (CUSTÓDIO e VERONESE, 2015, p. 58).

3. O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Em consonância com o que apregoa a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 227, Estado, comunidade e família devem resguardar os interesses da criança, de modo a garantir o seu desenvolvimento pleno, além disso, de acordo com a sua fase de desenvolvimento. Diante desta premissa, é preciso pensar que a entidade familiar é peça fundante nessa dinâmica de desenvolvimento da criança e do adolescente, vez que é a célula que a resguarda e promove, atuando como verdadeiro instrumento de proteção avançada destes indivíduos (FARIAS e ROSENVALD, 2015).

De acordo com Machado (2003), esta dinâmica de proteção especial às crianças e adolescentes, com a preocupação de suprir suas necessidades específicas em cada uma de suas fases de desenvolvimento, recebe o nome de Doutrina da Proteção Integral, a qual é guiso para a elaboração do artigo 227 da Carta de 1988. Esta nova concepção de entendimento do contexto das necessidades de crianças e adolescentes, trazida no texto constitucional, contribuiu para formar o entendimento de que o ente estatal deve intervir cada vez menos nas questões que os envolvem.

Isto quer dizer que, interpretando-se o artigo 227 da Constituição Federal, a sociedade e o Estado assumem caráter secundários na formação do infante, sendo a família a principal precursora de seu desenvolvimento pleno. A partir do momento em que a Constituição Federal adota a doutrina proteção integral afasta a intervenção estatal na família para regular as relações socioafetivas que se insituem no núcleo familiar, não podendo serem aceitas, por exemplo, atitudes que visem tirar o menor do seio familiar para transferi-lo à família substituta (FACHINETTO, 2009).

Esta possibilidade da adoção da doutrina da proteção integral e, conseqüentemente o direito à convivência familiar, nem sempre foi possível no ordenamento jurídico brasileiro, conforme discorre Vilas-Bôas:

Quando se trata das crianças e dos adolescentes o nosso sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira que denominamos de situação irregular, no qual a criança e adolescente só eram percebidos

quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico; já a segunda fase denominada de Doutrina da proteção integral, teve como marco definitivo a Constituição Federal de 1988, onde encontramos no art. 227, o entendimento da absoluta prioridade [...] (VILAS-BÔAS, 2011).

Conforme salientado, a proteção integral vem do entendimento da necessidade de pensar o infante em sua plenitude, resguardando seus direitos em sua totalidade integral. É só com esse entendimento de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos integrais, e não apenas quando estão em situação irregular, que o princípio da convivência familiar pôde ser difundido e incluído no rol dos direitos fundamentais destes indivíduos.

Para Fachinetto (2009, p. 57-58) “A convivência familiar, antes de ser um direito fundamental, é uma necessidade, pois, é na família [...] que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior”. Ou seja, esta não intervenção estatal dá às crianças e adolescentes, sujeitas e titulares de seus próprios direitos, o direito fundamental à convivência familiar, entendida como uma necessidade para o seu desenvolvimento pleno e satisfatório em sociedade

Em tempo, ressalta-se que é um direito fundamental porque é um direito natural. De acordo com Bobbio (2004), os direitos fundamentais são aqueles que não dependem da vontade do soberano, neste caso o ente estatal, para que existam e para que se façam existir. Desta feita, o direito a ter uma família é mais interno ao ser humano, ser social e congnocente de sua realidade, que não se pode olvidar a reconhecer-lhe como direito fundamental de sua propria existencia.

A família da criança é a única entidade que possa dar continuidade à tarefa da mãe (e depois também do pai) de atender às necessidades do indivíduo. Tais necessidades incluem tanto a dependencia como o caminhar do individuo em direção à independencia. A tarefa consiste em fazer face às necessidades mutantes do indivíduo que cresce, não apenas no sentdo de satisfazer a impulsos instintivos, mas também de estar presente para receber as contribuições que são características essenciai da vida humana (WINNICOTT, 2001, p. 131).

Conforme o autor acima deixa claro, a entidade familiar é a única célula que é capaz de suprir com primazia as necessidades do indivíduo. A família, portanto, é a entidade que deve ficar responsável pelo desenvolvimento do infante enquanto sujeito de direitos e merecedor de garantias constitucionais. Além, por ser a família este seio de desenvolvimento necessário à sua formação, é direito fundamental que possa com ela conviver, sem a intervenção do ente estatal, tampouco da sociedade.

Contudo, guarda o direito fundamental da convivência familiar da criança e do adolescente relativa excepcionalização frente a algumas violações severas dos deveres do poder familiar, ou seja, ainda que seja fundamental, este direito não é supremo. Isto é, quando há violação dos deveres daqueles que às crianças e adolescentes deveriam proteger, há relativização do princípio da convivência familiar (MACHADO, 2003).

3.1. A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Embora o princípio da convivência familiar seja importante para o desenvolvimento do indivíduo e contribua para sua formação plena, por meia da doutrina da proteção integral, há ocasiões em que este princípio resta desconfigurado em detrimento de algumas outras demandas da própria criança ou adolescente. Assim, o princípio da convivência será relativizado tão-somente quando houver choque direto com algum outro direito dos indivíduos que ele resguarda (BECKER, 2014).

O entendimento dos juristas brasileiros acerca da temática é de que a criança e ao adolescente só devem ser tirados de seu lar de origem se, e apenas se, houver violação severa dos deveres do poder familiar. Estes deveres podem ser encontrados nos artigos 1.634, c/c 1.638 do Código Civil e também no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e quando violados ensejam na possibilidade da destituição pátrio poder e na colocação do infante em família substituta (MACIEL, 2015).

Como dito acima, frisa-se que essa medida de substituição de família deve ser utilizada como última instância, apenas quando esgotadas outras medidas protetivas, em consonância com o que discorre o artigo 100 do ECA ou, ainda, o

afastamento do agressor, quando for o caso, de acordo com o artigo 130 do mesmo Estatuto.

Se comprovar-se que a família substituta é a medida protetiva mais salutar à criança ou adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro visa sopesar e minimizar os impactos decorrentes desta transição. Com base no artigo 28, § 2º do ECA é possível verificar que o legislador se importou em dar preferência à chamada família biológica ampliada, que são aqueles que possuem vínculo consanguíneo como avós, tios, irmãos e outros que tenham relação de hereditariedade (MACIEL, 2015).

Esta medida visa fazer com que a criança ou adolescente não perca o vínculo afetivo e social com a sua família de origem, causando uma ruptura drástica e um afastamento e distanciamento grande entre o a criança e a família de origem. Esta medida deve ser priorizada, pois é a que menos impacta na vida dos indivíduos envolvidos, diminuindo o sofrimento causado por toda a situação vivida e todos os traumas vivenciados pela criança ou adolescente (BECKER, 2014).

Caso não seja possível esta medida primeira, a colocação em família biológica ampliada, a próxima alternativa está em buscar família não consanguínea, que não possuía nem vínculo de parentesco, tampouco afetivo com a criança ou com o adolescente. Estes casos possuem um grau de excepcionalidade mais acentuada, devido à sua ruptura abrupta entre o infante e sua família e origem, rompendo o laço que houvera com os pais naturais e a família extensiva.

Ainda, há uma terceira medida protetiva, que, de acordo com Becker (2014), deve ser utilizada com parcimônia, devido à sua ruptura obtusa com a sua origem tanto de família, quanto de cultura: a família substituta estrangeira. A autora salienta que os meandros desta última medida protetiva destinada às crianças e adolescentes que necessitam de lar substituto, reside no fato de que a família substituta estrangeira ser deveras atraente pelo fascínio que a possibilidade de residir no exterior, com possíveis possibilidades econômicas melhores, exerce tanto sobre a criança ou adolescente, quanto sobre aos outros ao seu redor.

Contudo, a autora supracitada salienta que a medida pode até saltar aos olhos, mas ainda assim deve ser tratada com sua excepcionalidade obtusa, pois rompe sobremaneira com as origens da criança e do adolescente. As medidas protetivas devem ser encaradas como as são: protetivas; devem ser encaradas com

vistas às possibilidades reais da família substituta ajudar o infante no enfrentamento dos traumas resultantes daqueles episódios de vida.

Por fim, a medida protetiva que vai diametralmente contra o princípio da convivência familiar e comunitária, direito fundamental da criança e do adolescente, é a medida de abrigo. Fachinetto (2009) entende que a medida de abrigo é a mais excepcional medida estabelecida pelo ECA, tanto pelo seu caráter de despersonalização do indivíduo, quanto pela sua previsão legal:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...]

VII - abrigo em entidade [...]

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade (BRASIL, 1990).

Para Liberati (2015), a medida de abrigo deve ser transitória e considerada uma medida protetiva paliativa a um problema imediato que deve ser resolvido pelo ente estatal, em conjunto com a sociedade e família de origem, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal. Contudo, o que se tem hoje é um soterramento de futuro das crianças que lá se encontram, pois, as medidas de abrigo não são paliativas, tonando-se verdadeiras formas de estocagem de crianças e adolescentes indesejados.

3.2. A FAMÍLIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AVANÇADA DA PESSOA HUMANA

Em seus primórdios a família, em seu sentido amplo de entendimento, possui caráter patrimonial, delimitando e indicando a propriedade, os escravos, a casa (enquanto prédio). Contudo, de acordo com Glanz (2005), esta significação não é a mesma que se adota no ideário brasileiro atualmente, pelo contrário, sua significação é muito mais abrangente. Para o autor, a origem da palavra família se verifica com uma constante mutação em sua significação através dos tempos e ganha diferentes acepções de acordo com cada época.

Nos dias de hoje, “assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou socio psicoafetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um” (CHAVES e ROSENVALD, 2015, p. 9). Isto visa dizer que o conceito do âmbito familiar também mudou, há uma dinamicidade sem tamanho no entendimento de quais os componentes, ou quem deva compor o núcleo familiar, para que aquele aglomerado de pessoas possa, de fato, ser chamado de família.

De acordo com Rozas e Roveda (2004, p. 11), contudo, a concepção do termo família difere em cada sociedade, haja vista do tempo e dos valores aos quais seus indivíduos estão sujeitos. O que quer dizer que a família está em permanente processo de modificação e mudança, quer seja em sua significação, quer seja em sua estrutura de núcleo familiar de composição, com tradições que passam de geração a geração e, tenuamente, se modificam.

Ao contrário do que se possa supor vulgarmente, as famílias na contemporaneidade não necessariamente serão compostas pelo padrão delimitado de mãe x pai x filhos, pelo contrário. Conforme salientado anteriormente por Chaves e Rosenvald (2015), as famílias podem assumir diversas formas e conjuntos, não necessariamente precisando haver a figura de um homem e de uma mulher, atrelado à ideia de mãe e pai, ou vice-versa, tampouco está atrelada à ideia do matrimônio ou da relação sexual.

Assim sendo, as doutrinas mais atualizadas e à frente da interpretação da acepção família tendem a dizer que, simplesmente, família é um instituto “destinado a ser instrumento de felicidade” (FREYRE, 2004, p. 81). Outrossim, o ser humano é ser capaz e dotado de ir ao encontro desta felicidade e o que não é o núcleo familiar que não mecanismo de ajuda a alcançar esta inalcançável faceta humana. Portanto, transforma-se a instituto família à medida que a sociedade se transforma.

Neste contexto evolutivo, o advento da Constituição Federal de 1988 conferiu ao interprete normativo alguns parâmetros basilares como a dignidade da pessoa humana, artigo 1º da Carta; solidariedade social e erradicação da pobreza, artigo 3º da Carta; e a igualdade substancial, artigo 3º e 5º da Carta. Com isso o Direito de

Família alçou interpretação constitucional, requerendo uma nova abordagem dos juríconsultos (CHAVES e ROSENVALD, 2015).

Desta forma, a dignidade da pessoa humana passou a ser o objeto da tutela jurisdicional do Direito de Família, conferindo a proteção da pessoa humana como pressuposto à família. Ou seja, não há que se falar em proteção familiar apenas pela própria concepção familiar em si estabelecida, a proteção familiar é concebida para que se proteja seus integrantes do núcleo familiar.

Assim sendo, a família é um instrumento que serve para resguardar os indivíduos que dela fazem parte, a família como proteção avançada do indivíduo diz respeito a considerar o núcleo familiar como entidade capaz de resguardar e instrumentalizar a conquista dos direitos de seus integrantes. Neste diapasão, é dever da família, zelar pela criança e pelo adolescente, sob a perspectiva da proteção integral conferida pelo artigo 227 da Constituição Federal, sob todos os vieses em que a criança precisa de respaldo, enquanto pessoa humana, detentora e sujeita de direitos. A família é elemento finalístico da proteção estatal, o desenvolvimento da criança e do adolescente é “mais que fotos na parede, quadros de sentido [...] possibilidade de convivência” (FACHIN, 1999, p. 24).

Portanto, interpretando o núcleo familiar sob um viés constitucional, levando-se em conta a proteção integral da criança e do adolescente, o instituto ‘família’ é protegido para que estejam resguardados de direitos seus integrantes e não para regular como pode se dar as relações que nelas se estabelecessem. Assim, o ente estatal deve regular os direitos e deveres dos indivíduos que integram a família, conferindo a este instituto formas de resguardar seus integrantes sem, contudo, interferir nas relações individuais que se estabelecem internamente em cada uma das variadas famílias (FACHINETTO, 2009).

3.3. O PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR NA JURISPRUDÊNCIA

O princípio da convivência familiar vem sendo aplicado na jurisprudência pátria de forma a colaborar à sua finalidade primeira de prevalecer os interesses do infante e promover o seu desenvolvimento. Vê-se, também, casos em que há sopesamento de choque entre direitos, onde o magistrado deve se valer da

proporcionalidade para restar evidenciado e pôr a salvo a convivência família sem, contudo, ferir outros direitos.

AGRAVO EM EXECUÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PRESÍDIO. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. Ainda que o direito de visita ao preso não seja absoluto, deve ser considerada a importância da convivência entre pais e filhos, a fim de concretizar o princípio da afetividade, seja para desenvolvimento da criança, bem como para facilitar a ressocialização da condenada. Embora a transferência ou a permanência de presos dependam da conveniência da Administração Pública, no caso, não há demonstrativos de que a medida adotada pelo Juízo singular seja imprescindível para manutenção da segurança no estabelecimento prisional. Assim, em juízo de ponderação, mais razoável a permanência da agravante na casa prisional em que cumpre pena, a fim de evitar obstaculização ao direito da infante de conviver com sua genitora, mormente a considerar que se trata de prisão cautelar (TJ-RS, 2014).¹

Desta forma, no caso em comento (ANEXO A), houve uma consagração do direito da convivência familiar em detrimento do interessa da Administração Pública em deslocar o preso a outra unidade prisional. O entendimento é de que a convivência da criança deve se prevalecer em relação a uma decisão discricionária da Administração, porém sem fundamentos sólidos.

Neste sentido de manter a unidade familiar é que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) vem decidindo (ANEXO B) no sentido de que o funcionário público estatutário lotado em comarca distante daquela em que reside seu cônjuge tem direito de ser removido, sob o respaldo do princípio da convivência familiar. Isto corrobora a importância do instituto frente ao Estado, sendo que este deve resguardar a família.

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Servidor público estadual –
REMOÇÃO POR UNIÃO DE CÔNJUGES – Pleito de remoção a posto de

¹ TJ-RS. Agravo : AGV 70058650623 RS. Relator: Jayme Weingartner Neto. DJ: 10/11/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135335387/agravo-agv-70058650623-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 abril 2019.

trabalho na região do município em que residem a filho e o marido, distante 450km de sua atual lotação – Possibilidade – Art. 130 da Constituição Estadual e arts. 234 e 235 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo interpretados em consonância com o art. 226 da Constituição Federal, que visa a proteger a família – Interpretação da transferência feita à luz da Constituição da República – Convívio familiar facilitado e real benefício ao serviço público mediante a transferência da apelada – Precedentes deste E. Tribunal – Sentença de concessão da ordem mantida – Reexame necessário e recurso do Estado improvidos (TJ-SP, 2018).²

Assim, conforme jurisprudência a ser formada pelo TJ-SP, vê-se que a convivência familiar é tida como um direito fundamental, como de fato o é. Em outras palavras, vê-se na prática que está sendo praticado, entendido e aplicado como um direito fundante pra o indivíduo em desenvolvimento, atributo essencial para a sua formação plena. Ainda neste sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que a convivência familiar e comunitária é a regra e as medidas protetivas as exceções, conforme julgo do Habeas Corpus abaixo (ANEXO C).

MENOR - INTERNAÇÃO - SUSPENSÃO - RELEVÂNCIA DEMONSTRADA. HABEAS CORPUS - LIMINAR - DEFERIMENTO. [...] O extenso rol de medidas disponíveis na Lei nº 8.069/1990 mostra-se em harmonia com o artigo 227 da Constituição Federal, segundo o qual é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Mais pedagógico à atuação do Estado não poderia ser o arcabouço normativo. Impõe o Estatuto a brevidade da medida de internação - artigo 121 -, que somente pode ser determinada quando se tratar de conduta infracional praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, se

² TJ-SP. APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA 1000375-92.2018.8.26.0053. Relator: Mauricio Fiorito. DJ: 19/06/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/592919047/10003759220188260053-sp-1000375-9220188260053?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 abril 2019

reiterado o cometimento de outros atos graves ou considerado o descumprimento constante e injustificado de medida anteriormente aplicada [...]. (STF, 2018).³

Desta feita, o entendimento é o de que a doutrina da proteção integral deve ser levada em consideração e exarada como a regra primordial, levando-se as medidas protetivas de substituição de família e de abrigo, por exemplo, como exceções. Em tempo, frisa-se a importância do princípio da convivência familiar para que as crianças e adolescentes se desenvolvam em sua plenitude, de acordo com sua idade e se levando em conta cada fase de sua formação cognitiva.

Caminha a jurisprudência, portanto, no sentido de abranger o princípio da convivência familiar em detrimento de outros direitos, fazendo-o prevalecer sempre que possível, resguardando os direitos dos indivíduos em formação e desenvolvimento. Outrossim, “lugar de criança e adolescente é em família”, assim a jurisprudência pátria celebra o princípio da convivência familiar como meio de conquistar e fazer prevalecer a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente (FACHINETTO, 2009, p. 123).

³ STF. HABEAS CORPUS 150667. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 28/02/2018. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000407439&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 29 abril 2019.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou realizar uma análise do princípio da convivência familiar e os seus desdobramentos e impactos nos núcleos familiares brasileiros. A partir da adoção da Doutrina da Proteção Integral a Constituição Federal trata as crianças e adolescentes como indivíduos destinatários das normas e detentores de garantias fundamentais de acordo com a sua necessidade de aprendizagem no decorrer de seu desenvolvimento.

De modo geral, foi possível analisar como as crianças e adolescentes se formaram como verdadeiros sujeitos de direitos, sendo detentores da tutela jurisdicional estatal e, ainda, carecendo de direitos especiais no que tange à sua formação de personalidade social e psíquica.

Assim sendo, a doutrina da proteção integral, apregoada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e contemplada pela Constituição Federal brasileira traz em seu bojo parâmetros de proteção individualizada para cada fase do desenvolvimento da criança e do adolescente.

É o princípio da convivência familiar garantia fundamental para crianças e adolescentes, pois garante sua estada no seio familiar original, sem intervenções estatais ultrajantes, entendendo que a família é o alicerce formador do indivíduo e entendida como instrumento de proteção avançada da pessoa humana.

Toda criança e adolescente são contemplados pela legislação pátria, quer seja constitucional, quer seja infraconstitucional, como sujeitos e destinatários dos direitos, tendo asseguradas suas peculiaridades e suas especificidades e especialidades de acordo com sua faixa etária e momento de seu desenvolvimento.

Desta feita, a força normativa do princípio da convivência familiar é amplamente aceita, cabendo aos juristas da norma apenas delimitar fatores objetivos que visem a interpretação e aplicação da regra positivada ao caso concreto.

O levantamento bibliográfico da temática proposta proporcionou um esclarecimento sobre como a utilização dos princípios é ímpar para delimitar e interpretar a aplicação das regras normativas. Isto porque os princípios se apresentam como verdadeiros norteadores de garantias constitucionais, que por sua

vez garante a dignidade da pessoa humana e os artifícios mínimos para a sua existência digna.

Dada a relevância do tema, que detém impacto direto sobre as famílias brasileiras de todas as formas, recomenda-se às próximas pesquisas que sejam desenvolvidos trabalhos de campos ou estudos de casos em varas da família, de modo a vislumbrar de que forma as regras são aplicadas em consonância com o princípio da convivência familiar.

Ainda, recomenda-se que o objetivo desta futura pesquisa esteja em investigar a subjetividade com a qual o magistrado interpreta as regras e as aplica de acordo, ou não, à guisa dos princípios.

Neste sentido, o trabalho a pesquisa se mostrou eficiente em responder à problemática proposta inicialmente, identificando que o princípio da convivência familiar é aplicado como guiso à interpretação das regras, muitas vezes em detrimento de outras regras e/ou garantias constitucionais de menor prestígio, quando confrontadas.

O que denota a importância que o ordenamento jurídico deu à convivência familiar e que o intérprete da norma jurídica o da cada vez mais, pensando na criança como sujeita de direitos e obrigações por si, destinatária das garantias constitucionais exaradas pela Carta de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. et al. **Os princípios de Direito e as perspectivas de Perelman, Sworkin e Alexy in: Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BARROSO, L. A. **A força normativa dos princípios fundamentais como vetores da formação do Estado ideal.** Rio de Janeiro: EMERJ, v. 11, 2013.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.

BECKER, H. S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance.** Londres: Free Press of Glence, 2014.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Constituição Federal de 1988**, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abril 2019.

CANOTILHO, G. J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedinha, 2002.

CUSTÓDIO, A. V.; VERONESE, J. P. **TRabalho Infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil.** Florianópolis: OAB EDITORA, 2015.

DEMO, P. **Cidadania tutelada e cidadania assistida.** Campinas: Autores Associados, 1995.

DIAS, M. B.; PEREIRA, R. D. C. **Direito de família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FACHIN, L. E. **Elementos críticos de direitos de família.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHINETTO, N. J. **O direito à convivência familiar e comunitária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIAS, C. C. D.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: famílias.** 7. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2015.

FILHO, N. S. **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREYRE, G. **Casa grande e senzala**. 49. ed. São Paulo: Global, 2004.

GAMA, G. C. N. D. **Das relações de parentesco**: in Dias, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Sel Rey, 2006.

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

HUPFFER, H. M.; WEYERMÜLLER, A. R.; CUNHA, D. S. D. **Direito - 10 insights jurídicos**. Novo Hamburgo: Freevale, 2017.

LASSALE, F. **A essência da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Líber Iuris, 2014.

LEAL, R. G. **Estado, Administração Pública e Sociedade**: novos paradigmas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIBERATI, W. D. **Adolescente e ato infracional**: medida socioeducativa e pena. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2015.

MACHADO, M. D. T. **A proteção constitucional da criança e do adolescente e os direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Manole, 2013.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015.

MARTINS NETO, J. D. P. **Direitos fundamentais**: conceitos, funções e tipos. São Paulo: Malheiros, 2014.

PAULA, P. A. G. D. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

PAULA, U. N. D.; CABRAL, H. L. T. B.; GUIMARÃES, D. N. A Intervenção do Estado no Poder Familiar. **Revista Científica Interdisciplinar**, v. 1, n. 1, p. 181, out./dez. 2016.

PRADO, D. **O que é Família**. Brasília: Brasiliense, 2017.

ROZAS, A. F. O. D.; ROVEDA, E. G. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

SARAIVA, J. B. D. C. **Desconstituindo o mito da impunidade**: um ensaio do Direito Penal juvenil. 2. ed. Santo Ângelo: Cededica, 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Consituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TJ-RS. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Agravo : AGV 70064864432 RS**. [S.I.]. 2015.

VERONESE, J. P.; OLIVEIRA, L. D. C. **Educação versus punição**. Blumenau: Nova Letra, 2016.

VERONESE, J. R. P.; COSTA, M. M. D. **Violencia domestica**: quando a vítima é criança ou adolescente - uma leitura interdisciplinar. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2016.

WAGNER, A. **Desafios Psicossociais da Família Contemporânea**: Pesquisas e Reflexões. Porto Alegre: Artmed, 2009.

WINNICOTT, D. W. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ZISMAN, C. R. O novo conceito de família sob a proteção e a responsabilidade do Estado conforme o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 78, p. 83-111, jan./mar. 2012.