

O direito fundamental à convivência familiar e as crianças e adolescente em medida de proteção de acolhimento

The fundamental right to family life of children in foster care



Recebimento em 03/04/2024
Aceito em 24/11/2024

Raphaela Tangioni¹

<https://orcid.org/0009-0000-2460-7622>

raphaela.tangioni@gmail.com

RESUMO

O direito à convivência familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente consagrado no texto constitucional. Esse direito foi construído internacionalmente a partir Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças, de 1924 e a Declaração dos Direitos da Criança da Assembleia Geral da ONU, de 1959. Contudo, no âmbito nacional ganhou relevância após a Constituição Federal de 1988 e com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. O presente artigo tem como objetivo apresentar e identificar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes a partir da Constituição Federal de 1988, a influência dos documentos internacionais no ordenamento jurídico pátrio, analisar e conceituar a família enquanto instituto jurídico e o direito à convivência familiar, e por fim, analisar como o direito fundamental à convivência familiar se efetiva quando se trata de crianças e adolescentes em medida de proteção de acolhimento. O presente trabalho desenvolveu-se através de pesquisa bibliográfica e documental, estabelecendo referencial teórico para a construção de um conceito para o direito à convivência familiar para a análise de sua importância no ordenamento jurídico pátrio e de sua efetividade. Ao final da pesquisa desenvolvida, conclui-se que a convivência familiar é essencial para assegurar o desenvolvimento pleno das crianças e dos adolescentes e apesar do direito à convivência familiar ter sido objeto da Lei 12.090, de 2009 e da Lei 13.509, de 2017, a realidade demonstra que existem crianças e adolescentes em medida de acolhimento cuja efetividade do direito à convivência familiar não pôde alcançar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à convivência familiar; Família. Estatuto da Criança e do Adolescente; Acolhimento.

ABSTRACT

The right to family life is a fundamental right of children and adolescents enshrined in the Constitution. This right has been built up internationally since the 1924 Geneva Declaration on the Rights of the Child and the 1959 UN General Assembly Declaration on the Rights of the Child. However, at national level it gained relevance after the 1988 Federal Constitution and with the enactment of the Statute of the Child and Adolescent. The aim of this article is to present and identify the fundamental rights of children and adolescents based on the 1988 Federal Constitution, the influence of international documents on the country's legal system, to analyze and conceptualize the family as a legal institute and the right to family life, and finally, to analyze how the fundamental right to family life is implemented when it comes to children and adolescents in foster care. This work was developed through bibliographical and documentary research, establishing a theoretical framework for the construction of a concept for the right to family life and for the analysis of its importance in the Brazilian legal system and its effectiveness. At the end of the research, it was concluded that family life is essential to ensure the full development of

¹ Universidade Federal de Pernambuco



children and adolescents and although the right to family life has been the subject of Law 12.090 of 2009 and Law 13.509 of 2017, reality shows that there are children and adolescents in foster care whose effectiveness of the right to family life has not been achieved.

KEYWORDS: Right to family life; Family; Childrenrights; Foster care.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais antigos a família ocupou um lugar de importância na sociedade e no direito. No modelo europeu-cristão, a família era alicerçada em três pilares: casamento, patrimônio e hierarquia. E o ordenamento jurídico brasileiro, desde o período pré-codificação civil até o código civil de 1916 e os textos constitucionais anteriores à 1988, seguiam tal modelo.

O conceito de família sofreu mutações com o decorrer dos anos, destacando-se a transformação apresentada pela Constituição Federal de 1988. Influenciada pelo cenário internacional e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, o conceito de família transformou-se e deixou de significar uma instituição, trazendo significância e importância para todos os seus integrantes, inclusive as crianças e adolescentes.

Diante da importância que o seio familiar tem no desenvolvimento das crianças e adolescentes, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito fundamental à convivência familiar.

Ainda que previsto constitucionalmente, é no Estatuto da Criança e do Adolescente que esse direito é delineado e encontra a possibilidade de efetivação perante as mais diversas formas de constituição da família.

Contudo, ainda que a lei preveja expressamente direitos, e que esses sejam alçados à categoria de direitos fundamentais, é um desafio para o Estado garantir a sua efetividade.

No que tange ao direito à convivência familiar, quando o seio familiar da criança e do adolescente demonstra não ser um ambiente saudável e seguro para o seu desenvolvimento, cabe ao Estado cumprir com o seu dever e responsabilidade de proteção.

Por isso, a lei prevê a possibilidade de efetivação do direito à convivência familiar da criança e do adolescente junto à sua família extensa, com uma família substitutiva vinculada ou com uma família adotiva. E de maneira excepcional, a lei prevê a possibilidade de acolhimento familiar ou institucional.

E é nesse cenário que o direito à convivência familiar não alcança as crianças invisíveis, que são aquelas entre 12 e 18 anos de idade, que se encontram em situação de acolhimento institucional em prazo superior ao previsto na lei e sem perspectiva de retornar ao seio da família



natural ou de ser inserida na família extensa, substitutiva vinculada ou adotiva.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Nas constituições do Brasil de 1824 e de 1891, não há referência à família e aos seus sujeitos. Somente na Constituição de 1934 é que houve a tutela constitucional do instituto, sendo dedicado à família um capítulo, que cuidou, tão somente, de tratar sobre o casamento e o reconhecimento de filhos naturais. Os sujeitos enquanto integrantes do núcleo familiar não gozavam de proteção específica.

Com a Constituição Federal de 1988 é que a família, enquanto instituição, e todos seus integrantes foram reconhecidos como sujeitos de direito e de especial proteção do estado.

Do capítulo da Constituição Federal de 1988 dedicado à família, à criança e ao adolescente, ao jovem e ao idoso, destaca-se a redação do artigo 227, que informa:

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).

A redação do texto constitucional encontra fundamento no cenário internacional, que desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem trouxe à ordem jurídica o princípio da dignidade da pessoa humana² e passou a assegurar, como direito elementar, a proteção da família³. A dignidade da pessoa humana passou a ser um dos fundamentos da república, direcionando o ordenamento jurídico nacional e reforçando o foco na pessoa como elemento central do direito brasileiro (Teixeira; Vieira, 2015).

A Constituição Federal de 1988 abraça a doutrina da proteção integral propagada inicialmente no âmbito internacional a partir de 1924, com a Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças. Neste documento se reconhece que é dever da humanidade dar à criança o melhor que tem e que esta deve ser colocada em condições de desenvolver-se de maneira normal, material e espiritualmente⁴.

² O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido amplamente discutido no meio jurídico nacional e internacional e é objeto de estudo de pesquisadores e de teses. Diante da variedade de interpretações que o princípio pode receber, definir seu conteúdo é uma das tarefas mais desafiadoras que muitos juristas brasileiros podem enfrentar. Neste estudo, a expressão dignidade da pessoa humana, refere-se a um de seus aspectos: a liberdade individual para desenvolver seu próprio projeto de vida, o que engloba o direito de tomar decisões e assumir as consequências dessas escolhas.

³ Art. 16.3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

⁴ <https://www.unicef.org/brazil/media/22021/file/Declaracao-de-Genebra-1924.pdf>



Segundo Amin (2023, p. 25), a doutrina da proteção integral

[...] encontra seu nascedouro na Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, que já no seu princípio 1 reconheceu que todas as crianças gozariam e seriam credoras dos direitos enunciados naquele documento, considerando-as, portanto, sujeitos de direitos.

Com maior vigor, a doutrina da proteção integral ganhou forma com a Declaração dos Direitos da Criança da Assembleia Geral da ONU, de 1959 e consagrou-se com força coercitiva em 1989, com a promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas.

A Declaração dos Direitos da Criança proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 1959, consagrou o entendimento de que a criança gozará de proteção especial, devendo ser oportunizado e assegurado por lei e por todos os meios, para que possa se desenvolver física, mental, espiritual e socialmente.

No Brasil, até a Constituição de 1988 as crianças e adolescentes eram denominados menores e tratados como objeto de proteção dos pais e do Estado. É com a doutrina da proteção integral que a criança e o adolescente são considerados sujeitos de direito, titulares de direitos fundamentais e cuja dignidade é passível de proteção.

A doutrina da proteção integral rompe com o antigo sistema da doutrina da situação irregular, presente no ordenamento jurídico brasileiro em momento anterior à Constituição Federal de 1988, destacando-se o Decreto n. 17.943-A de 1927, mais conhecido como Código de Melo Mattos, o qual tratava do menor abandonado e delinquente⁵, e a Lei 6.697 de 1979, chamada de Código de Menores.

A situação irregular era caracterizada pela situação de pobreza da família do menor, pelo abandono parental, pela delinquência e pela ofensa aos bons costumes. A doutrina da situação irregular era destinada ao

[...] menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrários aos bons costumes; o autor de infração penal; e ainda todos os menores que apresentassem “desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária” (Amin, 2023, p. 27).

A doutrina da situação irregular cuidava de reprimir as crianças e adolescentes que, em razão da sua situação irregular, estariam destinadas à criminalidade. Segundo Amin (2023), a

⁵ Decreto n. 17.943-A, art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.



proteção da infância, nesse período legislativo, era caracterizada por um regime de internações que rompiam os vínculos familiares, substituindo-os por vínculos institucionais.

É nesse cenário que a Constituição Federal de 1988 rompe com a doutrina até então vigente e apresenta a família como instituição que carece de proteção especial do Estado e a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais.

Com a introdução da doutrina da proteção integral da criança no ordenamento jurídico brasileiro, conseqüentemente introduziu-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas e no artigo 100, parágrafo único, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acerca da aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, Amin (2023, p. 35) discorre:

Ainda cuidando da difícil tarefa de dar concretude aos valores inerentes ao referido princípio, dada sua generalidade, que o torna permeável a discricionariedades e subjetividades, e buscando ferramentas que permitam seu uso seguro e adequado no cotidiano das questões afetas às crianças e adolescentes, é possível estabelecer critérios para sua aplicação. Em cada questão posta será necessário analisá-la levando em linha de conta os direitos fundamentais postos, ou seja, os que se quer tutelar e os que eventualmente poderão ser mitigados para alcançar o melhor interesse. Atenderá a esse princípio a decisão que os garantir em maior grau, em maior número, sem discricionariedade ou puro subjetivismo.

O texto constitucional passou a garantir às crianças e adolescentes os mesmos direitos outorgados aos adultos de forma indiscriminada. Assim, todos os direitos elencados nos artigos 5º e 6º da Constituição aplicam-se para toda pessoa humana, inclusive aos menores de idade.

A Constituição Federal de 1988 também cuidou de particularizar os direitos fundamentais que se mostram indispensáveis à formação e desenvolvimento da criança e do adolescente. Previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, são eles 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.

3 A FAMÍLIA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A tutela do instituto da família só recebeu atenção constitucional a partir de 1934, mas foi na Constituição Federal de 1988 que todos os membros da família passaram a ser reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos, com as suas individualidades e seus direitos fundamentais respeitados (Maciel, 2023).

Nesse cenário a família não é somente uma instituição constituída a partir do casamento,



mas é reconhecida como base da sociedade e como o lugar de desenvolvimento de todos os seus integrantes, especialmente da pessoa dos filhos enquanto crianças e adolescentes.

Como afirma Teixeira e Vieira (2015, p. 4), no início do século passado, “a noção jurídica de família no Brasil seguia o modelo cristão-europeu, o qual se baseava em três pilares: o matrimônio, a hierarquia e o patrimônio”. Contudo, esse modelo foi objeto de constante modificação até o seu formato atual.

A evolução do conceito de família perpassa pela Lei 883/1946 que permitiu o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, desde que dissolvida a sociedade conjugal, pela Lei 4.121/1962, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, que assegura à mulher o direito de trabalhar a praticar atos da vida civil sem o consentimento e participação do marido, e pela Lei 6.515/1977, que permitiu o divórcio no Brasil, o que colocou um fim no preceito da indissolubilidade do casamento.

Acerca da importância para a transformação do conceito de família decorrente da Lei do Divórcio, Teixeira e Vieira (2015, p. 5) afirmam:

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

Sob a influência do direito internacional, que consagrava o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova concepção de família, rompendo com os pilares anteriores e substituindo por uma visão mais democrática.

O texto constitucional deixa de entender a família apenas como instituição e passa a focar naqueles que a integram, dando ao instituto a função de proporcionar um ambiente para proteção e desenvolvimento da dignidade e personalidade dos membros que compõe a família.

Foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da solidariedade familiar, ao estabelecer que a família deve se desenvolver em um ambiente de cooperação e reciprocidade⁶, o princípio da igualdade, ao estabelecer que os direitos e deveres do casamento deverão ser exercidos em situação de igualdade pelo homem e pela mulher, e o princípio da igualdade entre filhos, vedando qualquer discriminação aos filhos havidos fora do casamento ou adotados.

⁶ Acerca do princípio da solidariedade, Madaleno (2023, p. 104) afirma que “a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”.



A família constituída a partir do casamento deixou de ser a única entidade familiar reconhecida e protegida, estendendo-se também à família monoparental e a formada a partir da união estável, entre outras formas que podem ser incluídas na cláusula geral de proteção⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua a família natural como aquela constituída pelos pais e seus filhos, ou por qualquer um deles e a sua prole, sendo essa reconhecida constitucionalmente como família monoparental.

Com o advento da Lei 12.010 de 2009, que alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve o alargamento do conceito de família natural para incluir a família extensa ou ampliada, que é aquela “que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”⁸.

Ao tratar o vínculo de afetividade, Maciel (2023, p. 76) informa:

[...] a afinidade existente entre a criança e seu familiar próximo pode surgir independentemente do parentesco consanguíneo (avós/tios/irmãos) ou desta relação afim (enteado/padrasto/madrasta), mas ser oriunda de uma identidade de sentimentos, semelhanças no pensar e agir que tornam as pessoas unidas em razão do próprio conviver diário.

Independentemente da forma de constituição da família, ela deve ser um ambiente de solidariedade, respeito e de estímulo ao desenvolvimento daqueles que a compõem, com destaque paraas crianças e adolescentes, enquanto indivíduos em formação, em relação de dependência e vulnerabilidade.

Por essa razão, o direito da criança e do adolescente encontra íntima relação com o direito de família. A família deve ser reconhecida como o primeiro e principal ambiente capaz de assegurar o respeito e a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Acerca desse aspecto da família, Teixeira e Vieira (2015, p. 5) discorrem:

Ela é o principal espaço de desenvolvimento e, pela relação de proximidade e afetividade com determinada criança e/ou adolescente, é também seu mais importante agente socializador, especialmente nos primeiros anos de vida destes.

Para o direito das crianças e dos adolescentes é importante que a família esteja desempenhando um papel de proteção e de promoção do desenvolvimento dos infantes, de forma

⁷ Destaca-se o julgamento da ADI 4277/DF pelo STF, que entendeu as uniões homoafetivas como um dos tipos de entidades familiares (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Brito, J. 5.5.2011).

⁸ Art. 25, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.



responsável e em um ambiente saudável.

Conforme previsão constitucional, além dos pais, o Estado também tem o papel de zelar pelos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. No entanto, a responsabilidade primária é direcionada à família, só podendo o Estado intervir no âmbito familiar de forma excepcional, em hipóteses em que se verifique a ameaça ou a violação aos direitos da criança ou do adolescente.

Diferentemente do que vigorava na legislação pretérita, pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, as crianças e os adolescentes somente podem ser retirados do seio familiar quando constatada a impossibilidade de fazer cessar a ameaça ou de se restaurar o direito violado. Sobre a intervenção do Estado, Maciel (2023, p. 77) afirma:

Por ser o seio familiar um local privilegiado, somente em casos excepcionais a prioridade de conviver com os pais naturais deve ser afastada, sob pena de 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 o errado, em local onde adultos, mesmo os pais biológicos, não forneçam um ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

O direito à convivência familiar como um direito destinado às crianças e adolescentes surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo também previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O texto constitucional elenca o direito à convivência familiar como um direito fundamental, o que implica em conferir-lhe proteção específica em comparação com os demais direitos.

Em âmbito internacional o direito à convivência familiar foi objeto do 6º princípio da Declaração dos Direitos da Criança proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 1959, e preconizava:

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Segundo o princípio da declaração, o direito à convivência familiar é caracterizado pela priorização da criação da criança no seio familiar, junto aos seus pais e pela preocupação com o seu desenvolvimento em um ambiente familiar saudável e afetivo, com segurança moral e



material. Ao Estado e à sociedade cabe o dever e a responsabilidade de zelar por aqueles que carecem de cuidados especiais e de meios adequados de subsistência.

Apesar da previsão constitucional e a influência do direito internacional, é no Estatuto da Criança e do Adolescente que o direito à convivência familiar é delineado dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Referido Estatuto cuidou de destinar um capítulo inteiro ao direito à convivência familiar, destacando-se que “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (Brasil, 1990).

Para Maciel (2023, p. 77) o direito à convivência familiar pode ser conceituado como “o direito fundamental de toda pessoa humana de viver em família, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente)”.

Lôbo (2023, p.36), por sua vez, eleva a convivência familiar ao status de princípio⁹ e conceitua:

O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta.

Por sua vez, Teixeira e Vieira (2015, p. 19), o conceituam:

O Direito à Convivência Familiar deve ser compreendido como um direito de toda população infantojuvenil, independentemente de origem, etnia ou classe social (princípio da não discriminação), à formação e manutenção de vínculos, buscando assegurar que as crianças e os adolescentes façam parte de uma família, o que não se resume a ter os nomes dos genitores na certidão de nascimento.

Dentre os conceitos apresentados, mas sem expectativa de extrair toda a sua significação, tem-se que o direito à convivência familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente

⁹ Sobre o princípio da convivência familiar, Lôbo (2023, p.36) afirma: “A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças”.



caracterizado pelo direito a ser criado e educado no seio de sua família, seja ela natural ou substituta, de desenvolver-se em um ambiente seguro, saudável, com afeto e meios adequados de sobrevivência.

Para tanto, pressupõe o desenvolvimento integral da criança e do adolescente em um ambiente familiar livre de violência de qualquer natureza. E é papel da família, da sociedade e do Estado assegurar esse direito fundamental.

4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O direito à convivência familiar é objeto do Capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente e o legislador destinou mais de 50 artigos para cuidar da efetivação desse direito. Destacam-se também a Lei 12.090, de 2009 e a Lei 13.509, de 2017, que modificaram artigos do Estatuto em prol de cuidar dos procedimentos relativos às crianças e adolescentes e às suas famílias.

É no capítulo que trata do direito à convivência familiar que está inserido o regramento a respeito da família natural, da família extensa e da família substituta. É também neste capítulo que a medida de proteção de acolhimento familiar ou institucional é delineada.

Nelson Nery Júnior e Martha Machado trabalhando com o Estatuto da Criança e do Adolescente em sua redação original¹⁰ identificaram a ordem de preferência dada pela lei para a efetivação do direito à convivência familiar e afirmam que esta se dá em forma de pirâmide.

Na base da pirâmide encontra-se a família natural formada pelos pais biológicos e no topo encontra-se a instituição de acolhimento. Na estrutura apresentada, quanto mais próximo ao topo da pirâmide, mais longe se está da situação ideal.

A Lei 12.010, de 2009, inseriu novos patamares no que se refere à efetivação do direito à convivência familiar, como, por exemplo, o conceito de família extensa.

Pela redação atual do Estatuto da Criança e do Adolescente, a família natural, formada pelos pais biológicos, continua sendo a base da pirâmide e objeto de extrema prioridade no que se refere à efetivação dos direitos.

Como afirmam Teixeira e Vieira (2015, p. 21):

[...] a regra geral é que a criança cresça na companhia dos pais naturais, podendo

¹⁰ Em 2002, Nelson Nery Júnior e Martha Machado publicaram na Revista de Direito Privado da editora Revista dos Tribunais (Revista de direito privado, v. 3, n. 12, p. 9-49, out./dez. 2002) artigo intitulado “O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e Direito intertemporal”. A análise apresentada ocorreu sob o texto original do Estatuto da Criança e do Adolescente. Com as modificações ocorridas no texto da lei, a análise realizada pelos autores encontra-se defasada, pois foram inseridos novos graus na ordem de preferência legal, ilustrada pela pirâmide.



apenas ser apartada do convívio com eles diante de excepcionais situações de graves violações de direitos que inviabilizem o pleno desenvolvimento do filho.

No segundo degrau da pirâmide está a família extensa. O legislador inseriu o conceito de família extensa ao lado da família natural, porém o direito à convivência familiar por meio da família extensa efetiva-se mediante exercício da guarda ou da tutela, em razão da falta de regulamentação específica.

Em análise ao texto legal, será considerada família extensa quando, concomitantemente, verifica-se que há grau de parentesco próximo, convivência e vínculo de afetividade¹¹ e de afinidade¹².

Acerca da colocação da criança e do adolescente junto à família extensa, Teixeira e Vieira (2015, p. 25) afirmam que “ela é a segunda modalidade de família para melhor efetivar o Direito à Convivência Familiar porque conseguiria, em teoria, atenuar os efeitos da separação da família natural”.

Na hipótese da família extensa não ser uma opção viável a assegurar a efetivação dos direitos fundamentais daquela criança ou adolescente, deve-se recorrer a colocação em família substituta, a qual se dá através da guarda, da tutela e da adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não define claramente quem é a família substituta, de forma que deve ser considerada como a família que não preenche concomitantemente as características da família extensa (parentesco, convívio, afetividade e afinidade).

Assim, é possível afirmar que há hipótese de a família substituta ser caracterizada como aquela com a qual a criança ou o adolescente tenha algum tipo de vínculo, seja de parentesco, de convívio, de afetividade ou de afinidade.

Segundo Teixeira e Vieira (2015, p. 26), a colocação da criança e do adolescente em família substituta vinculada¹³, “deve ser, a priori, temporária, visando garantir os direitos infantojuvenis enquanto a família natural se reorganiza”.

Diferentemente da família substituta vinculada acima descrita, merece destaque a família adotiva, que ocupa o quarto degrau da pirâmide, e somente ocorrerá quando verificada a impossibilidade de retorno da criança ou do adolescente à família de origem ou de manutenção

¹¹ Segundo Teixeira e Vieira (2015, p. 25), “a afetividade se liga ao carinho, ao cuidado, ao bem querer”.

¹² Em análise ao conceito de afinidade descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, Teixeira e Vieira (2015, p. 25) afirmam que “consistente no liame existente entre a criança e um terceiro, independentemente do vínculo de parentesco e proveniente de uma identificação de sentimentos, das similaridades no pensar e agir que unem as pessoas no dia a dia”.

¹³ Teixeira e Vieira (2015, p. 26) apresentam este termo para descrever a família substituta com quem a criança e o adolescente já possuem algum tipo de vínculo.



junto à família extensa e à família substituta vinculada.

A excepcionalidade da adoção encontra amparo diante da ruptura definitiva de todos os vínculos da criança ou do adolescente com a sua família de origem. Com a sentença de adoção, o registro de nascimento original do adotado será cancelado e far-se-á novo registro, em que se consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

Ainda que aparente certa severidade, é com a adoção que novos vínculos familiares fundados na socioafetividade se estabelecem. A esse respeito Bordallo (2023, p. 153) discorre:

A família decorrente do afeto é a verdadeira forma de se constituir uma família, da qual a adoção é o grande exemplo. A relação pai e filho surgida da adoção, a filiação socioafetiva, é a verdadeira, já que não foi impingida por nenhum fato ocorrido contra a vontade das pessoas (muitas vezes o nascimento de um filho decorre de uma gravidez totalmente indesejada, o que faz com que este filho seja recebido, mas não amado). A paternidade socioafetiva será sempre fundada no amor, no afeto, sentimentos que, nem sempre, infelizmente, existem na paternidade biológica.

O quinto e o sexto andar da pirâmide relacionam-se, respectivamente, com a colocação da criança ou do adolescente em família adotiva composta por brasileiros residentes no exterior e pela família adotiva estrangeira residente no exterior.

O acolhimento familiar e institucional¹⁴ ocupa o sétimo, e último, degrau da pirâmide. Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o acolhimento institucional ou familiar é medida de proteção à criança e adolescente¹⁵. É neste patamar que o exercício do direito à convivência familiar se encontra mais distante de seu conceito e de sua efetivação.

5 AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ACOLHIMENTO

A medida de acolhimento institucional ou familiar é temporária e excepcional, deve ter duração máxima de 18 meses, sendo cabível somente quando esgotadas as possibilidades de colocação da criança e do adolescente junto à sua família extensa ou à família substitutiva vinculada e deverá perdurar pelo período de reorganização da família natural, quando a criança ou o adolescente poderá retornar ao seio familiar.

O acolhimento familiar é uma modalidade da medida de proteção de acolhimento e

¹⁴ A respeito do termo acolhimento institucional que contrapõe-se ao termo institucionalização utilizado pelo Código de Menores, Teixeira e Vieira (2015, p. 27) discorrem: “mais que uma questão terminológica, é uma mudança total da visão sobre essa medida, que deixa de ser uma forma de contenção para ser efetivamente uma medida de proteção à população infantojuvenil, exigindo que as entidades que executam os programas de acolhimento tenham uma postura ativa na reinserção familiar e na preservação de vínculos”.

¹⁵ Art. 101, incisos VII e VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.



acontece junto ao seio de uma família previamente cadastrada perante o Poder Público para executar esse serviço, mediante o exercício da guarda. Essa modalidade passou a compor os programas de proteção à criança e ao adolescente a partir da promulgação da Lei 12.010, de 2009.

Outra modalidade é o acolhimento institucional, que também faz parte dos serviços que integram os programas de proteção à criança e ao adolescente e é prestado em local com aspecto semelhante ao de uma residência, com capacidade para recebimento de até 20 crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que os programas de acolhimento familiar terão preferência sobre o acolhimento institucional. A preferência exasperada em lei decorre do direito à convivência familiar e da tentativa de promover a sua efetivação para as crianças e adolescentes que se encontram em medida de proteção de acolhimento. Contudo, o seu caráter temporário é um óbice à sua efetivação plena.

Os serviços de acolhimento institucional são maioria no país sobre a perspectiva do direito à convivência familiar, é a medida que mais se afasta de sua concretização.

Segundo Teixeira e Vieira (2015, p. 28),

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

Como já mencionado, a medida de acolhimento é medida excepcional e temporária, devendo perdurar no máximo 18 meses, quando a situação jurídica da criança ou do adolescente deverá ser definida. Na impossibilidade de reinserção na família natural, o acolhimento perdurará até a colocação da criança e do adolescente em família substitutiva adotiva.

Em que pese a disposição legal, os dados do Sistema Nacional de Acolhimento e Adoção demonstram que existe uma parcela de crianças e, majoritariamente, de adolescentes que dificilmente terão o seu direito à convivência familiar assegura de forma plena através da reintegração familiar ou da inserção em família substitutiva por adoção.

O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, através da plataforma de estatísticas informa que existem 33.731 crianças acolhidas. Deste total, são adolescentes (maiores de 12 anos) 14.146. Destes, 3.567 estão em acolhimento pelo período de 2 anos ou mais. Ao considerar a faixa etária entre 06 e 18 anos, tem-se que o número de crianças e adolescentes em acolhimento a mais de 2 anos é de 4.887. Deste número, apenas 169 crianças e adolescentes encontram-se em



acolhimento familiar¹⁶.

Os números descritos demonstram que o acolhimento institucional para crianças mais velhas e adolescentes é uma realidade de difícil modificação. A falta de interesse pela adoção de crianças acima de 6 anos de idade é uma realidade no perfil de pretendentes a adoção e um fator impeditivo à concretização do direito à convivência familiar das crianças e adolescentes que se encontram em acolhimento institucional a mais de 02 anos.

Segundo dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento¹⁷, existem 35.624 pretendentes inscritos para adoção. Destes, 28.658 aceitam somente crianças de até 06 anos de idade. Do total de pretendentes inscritos, somente 312 aceitam adolescentes (maiores de 12 anos de idade).

Outro fator que contribui com a permanências de crianças e adolescentes em medida de acolhimento é a inobservância aos prazos processuais do procedimento de destituição do poder familiar. O Estatuto estabelece que o prazo máximo para conclusão do procedimento é 120 dias.

No entanto, estudo realizado pelo CNJ em 2022 informa que para crianças de até 06 anos, o processo de destituição do poder familiar tem duração entre 20 e 30 meses. Ao considerar crianças acima de 06 anos e adolescentes, a duração eleva-se para acima de 36 semanas. Do estudo, destaca-se:

Identifica-se que para as crianças da primeira infância a DPF [Destituição do Poder Familiar] ocorre em um tempo menor quando comparado com as demais faixas etárias. Nesse sentido, há uma tendência de que quanto mais velha a faixa etária, maior o tempo decorrido entre o acolhimento e a Destituição do Poder Familiar (CNJ, 2022).

Os dados do Sistema Nacional de Acolhimento e Adoção e do CNJ demonstram que existe uma parcela de crianças e, majoritariamente, adolescentes, que dificilmente retornarão ao seio de suas famílias naturais ou serão adotados, e o acolhimento institucional será a sua realidade até alcançarem a vida adulta, evidenciando-se a impossibilidade de se assegurar à todas as crianças e adolescentes o direito fundamental à convivência familiar, como lhes é assegurado constitucionalmente.

¹⁶ Dados coletados no dia 16 de novembro de 2024 através do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>.

¹⁷ Dados coletados no dia 16 de novembro de 2024 através do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>.



6 CONCLUSÃO

O direito à convivência familiar foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe para o âmbito do direito princípios consagrados internacionalmente e reconheceu a todas as pessoas humanas uma gama de direitos fundamentais, classe em que se enquadra o direito à convivência familiar.

O texto da Constituição Federal de 1988 foi influenciado pelo cenário internacional destacando-se os importantes instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

No âmbito da intercessão entre o direito da família e da criança e do adolescente, cita-se a Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças, de 1924 e a Declaração dos Direitos da Criança da Assembleia Geral da ONU, de 1959, de onde se extrai a origem da doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que seriam abraçados pelo constituinte da Carta de 1988.

No direito internacional, o direito à convivência familiar é previsto no 6º princípio da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959. Em âmbito nacional, o artigo 227 da Constituição Federal prevê expressamente, como direito fundamental da criança e do adolescente, a convivência familiar.

É também no texto constitucional promulgado em 1988 que a família é alçada a um novo patamar, deixando de ser meramente uma instituição constituída a partir do casamento, mas sendo reconhecida como base da sociedade e responsável por proporcionar a todos os seus integrantes um ambiente seguro para o seu desenvolvimento.

Perante a criança e o adolescente, a família recebe o dever de protegê-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e de assegurar-lhes seus direitos fundamentais: 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.

Nesse cenário, o direito à convivência familiar é o direito fundamental da criança e do adolescente caracterizado pelo direito a ser criado e educado no seio de sua família, de desenvolver-se em um ambiente seguro, saudável, com afeto e meios adequados de sobrevivência.

Para tanto, pressupõe o desenvolvimento integral da criança e do adolescente em um ambiente familiar livre de violência de qualquer natureza. É papel da família, da sociedade e do Estado assegurar esse direito fundamental.

Ainda que o texto constitucional verse acerca do direito fundamental à convivência



familiar, foi com o Estatuto da Criança e do Adolescente e as modificações inseridas pela Lei 12.090, de 2009 e pela Lei 13.509, de 2017, que o conceito e a efetivação deste direito começou a ser delineado.

Tratado em um capítulo específico, o direito à convivência familiar recebeu uma ordem de preferência para a sua efetivação, que pode ser analisada através da imagem de uma pirâmide, em que a base reflete o cenário ideal de efetivação deste direito enquanto o topo afasta-se.

No atual estado Democrático de Direito, a base da pirâmide sempre será ocupada pela família natural, composta pelos pais e os filhos biológicos. Em seguida, encontra-se a família extensa, que é aquela com a qual a criança e o adolescente mantêm vínculo de parentesco, convívio, afeto e afinidade, concomitantemente. No terceiro degrau da pirâmide, encontra-se a família substituta vinculada, que é aquela caracteriza por já ter algum vínculo com a criança e o adolescente.

A família adotiva ocupa o quarto degrau da pirâmide e somente será uma opção quando há a impossibilidade de reinserção na família natural e não há a possibilidade de manutenção da criança e do adolescente na família extensa ou na família substituta vinculada.

O quinto e o sexto andar da pirâmide são ocupados, respectivamente, pela família adotiva composta por brasileiros residentes no exterior e pela família adotiva estrangeira residente no exterior.

A medida de acolhimento ocupa o topo da pirâmide e é o âmbito que mais se afasta da efetivação do direito à convivência familiar.

Ainda que a legislação preveja que o acolhimento deve ser temporário, com duração máxima de 18 anos, a realidade demonstra que a letra da lei não pode ser cumprida.

Crianças e, majoritariamente, adolescentes, que não possuem perspectiva e possibilidade de serem reintegrados à família natural e não possuem o perfil desejado pelos pretendentes à adoção estão fadados a enfrentarem a realidade de permanecerem no acolhimento institucional até completarem a maioridade. E dados do CNJ demonstram que o processo de destituição do poder familiar dessas crianças e adolescentes tem período de duração acima de 36 meses.

A realidade dessas crianças e adolescentes demonstra que o direito à convivência familiar, consagrado constitucionalmente, carece de efetivação e não pode lhes ser assegurado.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e**



práticos. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2023. E-book. ISBN 9786553624351. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624351/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2023. E-book. ISBN 9786553624351. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624351/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

CNJ. [Conselho Nacional de Justiça]. **Destituição do poder familiar e adoção de crianças**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/eixo3-primeira-infancia-relatorio-final.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553628250. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628250/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez. 2004. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/633>. Acesso em: 15 fev. 2024.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2023. E-book. ISBN 9786553624351. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624351/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

Regras gerais sobre a colocação em família substituta. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo



Andrade (coor.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621286/>. Acesso em: 21 fev. 2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. **Adoção de crianças e de adolescentes:** um diálogo entre os direitos fundamentais e a realidade dos acolhimentos institucionais do Estado de Mato Grosso do Sul. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/003075707>. Acesso em: 15 fev. 2024.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. **Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil:** um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. ISBN 9788553613106. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

