

DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Bruna Pascoal Costa¹

SUMÁRIO

Resumo. Introdução. 1. Das acepções doutrinárias de família e a relevância jurídica do afeto. 2. Do direito à convivência familiar e comunitária. 2.1 A convivência familiar como um direito fundamental. 3. Da regulamentação do direito de convivência familiar dos avós no Brasil (lei 12.398/11). 4. Direito comparado: legislação alemã e francesa. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo faz uma análise crítica acerca da legislação vigente no que concerne ao direito de convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes. A partir do princípio da afetividade, apresenta-se uma crítica no tocante à definição legal de quem é legitimado a pleitear direito de convivência familiar e diante disto analisa a necessidade de adequação da legislação de acordo com a evolução no conceito de família.

Palavras-chave: Convivência familiar. Direito. Criança. Adolescente. Afetividade

INTRODUÇÃO

Diante de seu caráter social, o termo “família” não possui definição legal, pois se trata de um termo sociológico e que, portanto, deve acompanhar as evoluções da sociedade. Em contrapartida, a doutrina traz conceitos diversos que analisam o termo diante de várias perspectivas contemporâneas. Sob esta ótica, analisa-se a relevância jurídica do afeto que se apresenta como elemento estruturante da família.

Sabe-se que o vínculo afetivo é de suma importância para a formação cidadã de crianças e adolescentes porque os mesmos necessitam de orientação ética. Consequentemente tal orientação vem de pessoas próximas, que mantêm um vínculo social com o menor e que recorrentemente são utilizadas como exemplos a serem seguidos, pois são amados e admirados pelo menor. O afeto é nutrido diante da

¹Graduanda em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. E-mail: brunapascoalcosta@gmail.com

convivência familiar, o qual é um instituto devidamente resguardado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa o princípio do melhor interesse do menor.

A pluralidade, no tocante ao conceito de família, enseja o questionamento sobre quem pode pleitear direito de convivência familiar, tema este que será abordado no presente estudo científico.

As relações afetivas deveriam ter sido consideradas pelo legislador, que se restringiu ao parentesco ascendente, em detrimento do parentesco colateral e das relações afetivas decorrentes de outros fatos além do vínculo sanguíneo.

O presente trabalho acadêmico busca fazer uma crítica relacionando o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem relacionado ao afeto.

1. DAS ACEPÇÕES DOUTRINÁRIAS DE FAMÍLIA E A RELEVÂNCIA DO AFETO

O Direito de Família é contemplado como conjunto de regras e princípios que regulam as relações públicas e privadas no âmbito familiar. As normas do Direito de Família são cogentes e de ordem pública, não podendo o indivíduo dispor em contrário. A doutrina sustenta diversos conceitos para o termo *família*, dividindo-se em três acepções: amplíssima, ampla e nuclear. A acepção amplíssima é constituída por pessoas que possuem vínculo sanguíneo ou parentesco por afinidade ou adoção. A acepção ampla abrange os parentes em linha reta e os colaterais até o quarto grau sendo este conceito mais utilizado no tocante à herança. Por último, a acepção mais utilizada é a nuclear, em que a ideia de família é reduzida aos pais e a sua respectiva prole.

Diante de diversas formas de constituir uma família, é necessário analisar o fato gerador das mesmas, qual seja o afeto que une pessoas com o intuito de conviver e constituir uma família. É importante analisar o impacto positivo das relações afetuosas no desenvolvimento de crianças e adolescentes. Ainda que o princípio da afetividade não esteja expresso na legislação, percebe-se que a Constituição Federal apresenta quatro fundamentos essenciais ao princípio da afetividade, como de-

fende Paulo Lôbo² (LÔBO, 2010), quais sejam: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). O princípio da afetividade supera a acepção de família nuclear, pois valoriza os laços socioafetivos, ou seja, laços para além do parentesco em linha reta. Como preleciona Paulo Lôbo, a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico³. Diante do princípio supramencionado, observa-se a valorização das relações parentais e para, além disto, a valorização das relações sociais. Sabe-se que o caráter subjetivo do afeto demonstra que o mesmo não é personalíssimo e pode ser nutrido por pessoas além da figura dos genitores, estendendo-se a irmãos, tios, primos e avós, bem como aos parentes por afinidade. Maria Berenice Dias defende que o direito ao afeto está relacionado ao direito a felicidade⁴.

O afeto ainda mostra sua relevância na contemporaneidade expressamente no Código Civil de 2002. Nos casos em que se pede guarda unilateral ou compartilhada, se o juiz, diante do caso concreto, analisa que não há condições do menor permanecer com os genitores, poderá deferir a guarda para uma pessoa que apresente as condições necessárias e que possua vínculo de parentesco, afinidade ou afetividade (CC 1.584 § 5.º).

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:”
“§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

² LÔBO Paulo. Código Civil – Famílias, 71. 4º EDIÇÃO. 2010.

³ LÔBO, Paulo. Socioafetividade: O estado da arte no direito de família brasileiro, 14. 2015.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 58. 2016.

2. DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

2.1 A CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Considerado um dos direitos fundamentais assegurados às crianças e adolescentes, o direito de convivência familiar e comunitária possui fundamento legal no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 19 ao 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante de seu caráter basilar da sociedade, a família possui papel crucial no desenvolvimento e assistência do menor, sendo as relações afetuosas necessárias para que o menor obedeça a quem tem o dever legal de lhe orientar na sociedade.

Não obstante, além do vínculo sanguíneo entre pais e filhos, o artigo 19⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente assevera que excepcionalmente a criança ou adolescente poderão ser conduzidos a uma família substituta diante de casos em que a convivência mostre-se de má influência para o menor, a exemplo de pais usuários de drogas. O menor possui o direito de habitar num local livre de drogas, não se fazendo distinção quanto a sua licitude, visando a proteção integral e evitando assim que o menor torne-se um dependente em potencial tendo em vista a influência familiar.

Diante do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, será analisada qual das famílias possui condições propícias para o desenvolvimento saudável do menor, quais sejam família natural ou família substituta. Há prioridade legal para a família natural, posto que a substituta seja considerada uma exceção, como Guilherme Freire de Melo Barros assevera em sua obra *Direito da Criança e do Adolescente* (2015, pág. 44, Editora JusPodvm).

Através do artigo 227 da Constituição Federal, o direito à convivência familiar adquiriu status de direito fundamental e é classificado como um dever público do estado e dos membros da família. Diante disso, salienta Cláudio José Amaral Bahia, que o direito a uma vinculação afetiva está presente nas três dimensões de direitos humanos, ou seja, pressupõe uma limitação à intervenção estatal no âmbito familiar, pois, em consonância com os direitos fundamentais de primeira dimensão, tutela a liberdade do indivíduo em constituir família, de qualquer uma das formas previstas, bem como a liberdade do menor ser criado e educado no seio de sua família natural. Já no tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, a igualdade faz-se presente através da inclusão da família na sociedade, consagrando-a como sujeito de direitos sociais como saúde, educação, moradia, etc. Ainda, atua oferecendo respaldo aos direitos fundamentais de terceira dimensão, vez que a família constitui um importante instrumento a favor da coletividade. (BAHIA, 2008, p

2.2 DA CONVIVÊNCIA COM A FAMÍLIA AMPLIADA

Entende-se por família ampliada ou extensa aquela que abrange a família nuclear e os parentes colaterais bem como parentes por afinidade. São pessoas próximas ao menor e pelas quais o mesmo mantém convivência e nutre afeto. O Estatu-

⁵ “Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

to da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) preceitua a família ampliada no parágrafo único de seu artigo 25:

“Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. (Vide Lei nº 12.010, de 2009).

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada 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 (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)”.

A família ampliada possui preferência legal diante da família substituta valorizando assim os vínculos afetivos do menor. A doutrina questiona ainda se a família ampliada não seria uma espécie de extensão da família natural, ensejando assim questionamentos quanto ao direito de convivência do parente colateral e afim.

Os vínculos de afinidade mencionados no artigo supracitado estão relacionados ao compartilhamento de gostos e personalidades parecidos e são consagrados como pressupostos para a inserção do menor na família ampliada posto que exista a possibilidade de existência de parentes que o menor nunca conviveu.

Diante da veemente proteção que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente oferecem ao princípio da afetividade, questiona-se no presente trabalho acadêmico a possibilidade dos parentes inclusos na família ampliada pleitearem direito de convivência familiar diante dos genitores que não possuem vínculo familiar com os mesmos, mas possuem a guarda do menor sendo esta unilateral ou compartilhada.

3. DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR DOS AVÓS NO BRASIL (Lei 12.398/11)

É sabido que diante das evoluções presenciadas pela sociedade é comum que os pais deixem seus filhos com alguns parentes próximos enquanto desempenham seu trabalho, até mesmo por uma questão de confiança, pois acreditam que seus filhos serão tratados de modo condizente com a educação que receberam. Esse fator aproxima os menores da família ampliada e fortalece os vínculos afetivos e de afinidade.

Em contrapartida também são comuns casos em que diante de uma separação dos genitores, um dos mesmos precise pleitear direito de convivência familiar porque o genitor detentor da guarda impede a visita ou até mesmo desempenha alienação parental, ou seja, denigre a imagem do outro genitor para o filho. Diante desses casos, se para um dos genitores a convivência já se tornava restrita, para outros parentes a dificuldade mostrou-se superior. São comuns casos em que diante de um divórcio, os genitores proíbem a visita dos avós, transferindo seus problemas pessoais para as crianças e prejudicando a manutenção dos laços afetivos entre avós e netos. Fez-se necessária a elaboração de uma lei que assegurasse o direito de convivência familiar do avós perante os netos.

A referida lei apresentou um significativo avanço, no entanto Maria Berenice Dias⁶ preleciona que quando a Constituição (CF 227) e o ECA asseguram o direito à convivência familiar, não são estabelecidos limites. Como os vínculos parentais vão além, não se esgotando entre pais e filhos, o direito de convivência estende-se aos avós e a todos os demais parentes, inclusive aos colaterais, Além do direito de crianças e adolescentes desfrutarem da companhia de seus familiares, há também o direito dos avós de conviverem com seus netos.

O dispositivo legal claramente visou assegurar o direito dos avós e das crianças, para que os mesmos não dependam de interpretações do judiciário. A importância da convivência familiar com os avós mostra-se evidente também diante dos netos que possuem um núcleo familiar conturbado por desavenças entre os genitores, pois muitas vezes os avós saem em defesa de seus netos. Além disso, quando os avós e netos moram em residências distintas, o lar dos avós pode se mostrar como um ambiente alternativo e saudável diante dos problemas núcleo-familiares.

Alega-se também que a inovação não desafia o conceito de poder familiar, ou seja, como exposto no Blog Direito Familiar, esse direito de visitas dos avós, embora tenha sua relevância, não tem qualquer relação com o poder familiar (que é exclusivo dos pais), já que é um direito limitado apenas ao convívio com os netos, não podendo ser estendido ou até mesmo confundido com o direito de fiscalizar e de participar da criação das crianças, decorrente da autoridade parental.

4. DIREITO COMPARADO: LEGISLAÇÃO ALEMÃ E FRANCESA

O cenário internacional, também destaca a importância dos vínculos desenvolvidos dentro das relações sócio-afetivas. O código alemão, em seu - §1.685 defende que as pessoas intituladas como pessoas de referência para o menor, podem manter contato com o mesmo, perante a primazia do bem-estar do menor. Isto posto, assegurou-se a convivência familiar às pessoas de referência, ampliando assim o direito de visita aos mesmos, uma vez que muitos parentes desenvolvem com o menor vínculos afetuosos recíprocos e responsabilidades, pois auxiliaram no desenvolvimento do menor. A dissolução de um núcleo familiar, conseqüentemente é capaz de prejudicar outros relacionamentos dentro da família ampliada.

O Código Civil Francês resguarda o direito do menor em manter relações pessoais com os ascendentes, no entanto este poderá sofrer restrições caso enseje prejuízo ao superior interesse da criança. O Código estende o referido entendimento a pessoas que mantenham ou mantiveram relação estável com um dos genitores do menor, devendo o direito de visita ser fixado pelo Juiz, em concordância com o parágrafo do artigo 371-4 do Código Civil francês⁷. O referido artigo confere direito a terceiros, parentes ou não, da criança, em especial aqueles terceiros que residiram de maneira estável com os pais do menor, garantindo-lhe sua educação, manutenção, morada com estabelecimento de um vínculo afetivo duradouro.

⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁷ Art 371-4: L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

O padrasto poderá socorrer-se do referido artigo diante de uma eventual separação para manter a convivência com o enteado, posto que é identificado como o terceiro que estabeleceu vínculo de afinidade com o menor.

Entende-se que a convivência presencial com os avós é presumidamente benéfica aos netos e que a convivência com os terceiros poderia ser relativizada através da convivência virtual, ou seja, através da comunicação virtual entre o menor e os terceiros, quais sejam tios, padrastos, madrastas, primos, etc. com os quais o menor tenha residido de forma estável e com base em laços de afeição, além do fato de ter-se que provar que a manutenção dessa relação seria benéfica para o menor⁸.

Quando o superior interesse do menor prevalecer, em casos excepcionais em que um dos pais fora privado do exercício da autoridade parental, ou se a medida for precisa para a proteção do menor, a criança poderá ser confiada a um terceiro, preferencialmente um parente diante de uma decisão judicial. Em caso de morte do genitor que detinha a guarda da criança após a separação, o juiz ainda poderá confiar a criança a terceiro em detrimento do genitor sobrevivente, sendo exceção diante da regra que aduz que em caso de morte de um dos pais ou privação do exercício da autoridade parental, as responsabilidades provenientes do poder familiar serão de total obrigação do genitor sobrevivente. O juiz poderá ainda, determinar uma investigação social sobre as condições de vida desse adulto, antes de possibilitar a guarda ou direito de visita à terceiro.

A lei francesa ainda aduz que diante de casos em que a criança seja confiada a terceiro, não se extingue a autoridade parental dos genitores, no entanto o terceiro deverá arcar com a totalidade do ônus de vigilância e educação do menor, podendo o juiz, quando confiou a criança a título provisório a um terceiro, decidir pela abertura de uma tutela⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁸ HAYA, Silvia Tamayo. El estatuto jurídico de los padrastos. Nuevas perspectivas jurídicas. Colección Scientia Iuridica. Editorial Reus S.A, Madrid, 2009, págs 106 e 107

⁹ Art 373-4: Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

Le juge aux affaires familiales, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

Ante o exposto é inegável a importância da convivência familiar para o desenvolvimento saudável do menor, diante de suas necessidades afetivas, sendo este um instituto resguardado veementemente pela Carta Magna brasileira, dentre suas legislações específicas como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Através das acepções do termo família depreende-se que muito se evoluiu diante dos preconceitos perpetrados na sociedade brasileira, sendo estes superados continuamente, posto que o conceito de família diante de seu caráter sociológico acompanha as mudanças contemporâneas. Por meio das transformações, a legislação tenta acompanhar as necessidades da sociedade, tendo como exemplo o exposto no corpo do presente trabalho acadêmico.

A finalidade da presente pesquisa acadêmica fora criticar a abrangência do dispositivo que perpetrou o direito de convivência familiar aos avós e seu caráter restritivo em detrimento dos outros parentes. Outra crítica abordada fora ainda quanto ao direito de convivência familiar no tocante a quem é capaz para pleitear através da via judicial o direito de visita. Buscou-se através da comparação com outros ordenamentos jurídicos uma análise quanto à evolução das normas brasileiras. Os ordenamentos jurídicos citados veementemente priorizam o princípio da afetividade e consideram o afeto como fator essencial à formação social do menor.

Muito se progrediu, mas faz-se necessária ainda uma ampliação no conceito de quem possui o direito de pleitear convivência familiar e terá seu direito resguardado pela lei. Por vezes, os parentes colaterais e afins demonstram responsabilidades e afeto pelo menor, superiores aos aplicados pelos genitores. O afeto deve ser observado como um fator essencial ao direito de convivência familiar, que deve ser estendido a quem coopera para a formação do menor e voluntariamente concorre para o seu desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002) LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.

FRANÇA. Código Civil Francês (1804)

LÔBO Paulo. **Código Civil – Famílias**, 71. 4º EDIÇÃO. 2010.

LÔBO, Paulo. **Socioafetividade: O estado da arte no direito de família brasileiro**, 14. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manuel de Direito das Famílias**. 58. 2016.

BLOG DIREITO FAMILIAR, Arethusa Baroni, Flávia Kirilos Beckert Cabral, Laura Roncaglio de Carvalho, <https://direitofamiliar.com.br/direito-de-visitas-dos-avos-aos-netos/> ; 10/05/2018..

HAYA, Silvia Tamayo. El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas. Colección Scientia Iuridica. Editorial Reus S.A, Madrid, 2009, págs 106 e 107