DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Dayane Raquel de Souza BOMFIM¹
Antonio Emanuel Piccoli da SILVA²

RESUMO: O presente trabalho procura discutir o Direito Fundamental da convivência familiar, assegurado no artigo 227 da Constituição Federal, concedido especialmente à criança e aos adolescentes. Neste enfoque procuramos de maneira breve discutir o desenvolvimento da personalidade das crianças e adolescentes quando este direito não é totalmente respeitado.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Convivência Familiar. Artigo 227 da Constituição Federal.

1. DIREITO FUNDAMENTAL

O presente trabalho procura abordar o Direito Fundamental da Convivência Familiar assegurado especialmente as Crianças e Adolescentes no Artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Todavia, antes de enfocarmos esta norma, cabe-nos discutir o que venha a ser Direito Fundamental.

Preliminarmente, cabe-nos observar que o poder delegado aos representantes do povo que decidem os rumos da nação não são absolutos. Ele sofre diversas limitações, que estão ligadas a direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão. Tais garantias estão previstas nas declarações de direitos do homem, com a criação de direitos subjetivos.

A classificação adotada pelo Constituinte dividiu os direitos fundamentais em cinco grupos, cada um com seu próprio capítulo: direitos e

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Dayane_bomfim@unitoledo.br

² Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. antoniopiccoli@unitoledo.br

garantias individuais e coletivas; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e, por fim, direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Alguns doutrinadores, contudo, diferenciam os direitos e garantias individuais. Nos dizeres de Jorge Miranda apud Moraes (2006, p.29):

Clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Sobre este prisma, podemos afirmar que o Direito à Convivência Familiar é um Direito, e não uma Garantia Individual, pois permitem a realização das crianças na sua esfera de personalidade.

Há de se destacar ainda que este direito pertence a primeira geração dos direitos fundamentais, que são aqueles surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta, conhecida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho como a geração dos direitos de liberdade. Tal divisão em gerações é apenas um reflexo dos valores específicos que visam proteger, sendo que a dignidade da pessoa humana está acima de todas as dimensões.

Todavia, antes de toda esta classificação doutrinária, devemos observar a seguinte idéia sobre os direitos fundamentais, que nos dizeres de David Araújo (2006, p.109) são: “o adjetivo ‘fundamentais’ traduz a inerência desses direitos à condição humana, exteriorizando, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano”. Logo, podemos considerar que estes são intrínsecos a todos.

Por fazerem parte de uma categoria jurídica, os direitos fundamentais trazem em si algumas características, que são as seguintes: historicidade, autogeneratividade universalidade, limitabilidade, irrenunciabilidade, concorrência.

Nos dizeres de Luiz Alberto David Araújo(2006, p.120-125) estas características podem ser compreendidas da seguinte forma:

Os Direitos Fundamentais não “surgiram do nada”, mas foram resultado de um processo de conquistas de alforrias humanitárias, em que a proteção da dignidade humana prosseguia ganhando, a cada momento, tintas mais fortes. (...) Os Direitos Fundamentais são autogenerativos, ou seja, a sua institucionalização em uma ordem jurídica determinada não desqualifica o momento anterior, de sua “jusnaturalização”, ou os aspectos relacionados à sua natureza de valores forjados a partir de conceitos como dignidade humana, igualdade, liberdade etc. (...) Os Direitos Fundamentais são universais, ou seja, sua razão de existir faz com que sejam destinados ao ser humano enquanto gênero. Dessarte, é incompatível com a natureza dos Direitos Fundamentais sua restrição a um grupo, categoria, classe ou estamento de pessoas. (...) O conceito de ser humano que se resgata nos Direitos Fundamentais é o ser humano na e por natureza. De feito, seu traço unificador é a condição humana por si. Daí a universalidade ingênita. (...) Os Direitos Fundamentais, aliás em comunhão com os demais direitos, não são absolutos, mas limitáveis. Isso significa que, por vezes, o comando de sua aplicação concreta não pode resultar na aplicação da norma jurídica em toda sua extensão e alcance. (...) Os direitos fundamentais, porquanto desvestidos desse caráter absoluto, são limitáveis; a limitabilidade não deve ser definida no plano normativo, mas no plano fenomênico, diante da colisão de dois direitos concretamente exercidos. (...) Os direitos fundamentais, visto que intrínsecos ao ser humano, são irrenunciáveis. Com efeito, as características já traçadas dos direitos fundamentais enunciam sua inerência ao ser humano. Esta condição, por is, torna-o dignitário de direitos fundamentais. (...) Tal característica revela que os direitos fundamentais são acumuláveis pelo indivíduo. Essa afirmação tem lugar diante do fato de uma única conduta pode encontrar proteção simultânea em duas ou mais normas constitucionais que abriguem direitos fundamentais. (grifos nossos)

Relacionando tais características genéricas com o direito da convivência familiar podemos afirmar que este não surgiu do nada, porém da necessidade de assegurar uma situação que até pouco tempo atrás era irregular, posto que a família sempre foi a instituição basilar das comunidades humanas ao longo de toda a história.

Esta direito não está presente somente no artigo 227 da Constituição Federal, mas também se encontra enraizado por vários outros tais como artigos 226, 228 e 229. Sabemos que o casamento foi inserido na Carta Magna com o objetivo de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. E as crianças e adolescentes são protegidas pelo nosso ordenamento jurídico dentro do conceito de família. Logo, este direito fundamental de convivência familiar visa a garantir a dignidade humana, bem como o desenvolvimento de sua personalidade.

O presente trabalho visa enfatizar este direito fundamental em relação à criança e ao adolescente, no entanto, não podemos nos esquecer que seu âmbito de abrangência é universal, ou seja, não se estende somente a estes, mas a todos os seres humanos.

Apesar de sua universalidade, vale ressaltar que ele não é ilimitado, haja vista que comporta exceções, como a colocação da criança em família substituída estrangeira fora do país. Veremos adiante que este princípio visa proteger a convivência da criança e do adolescente com sua família natural, de origem. Todavia, quando isto não é possível, a criança pode ser posta em uma não consanguínea, ou em caráter mais excepcional em uma família substituída estrangeira, conforme descrito no artigo 227, §5º da Constituição Federal combinado com o artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, este direito é irrenunciável, posto que é inconcebível pensar na criança e no adolescente sem pensar que ela precisa de um lar para que neste possam ser criados laços sociais, culturais, etc.

E, por fim, este pode ser acumulado com vários outros direitos fundamentais que têm por princípio basilar o da dignidade da pessoa humana.

Vistas as características dos direitos fundamentais, vejamos de maneira mais especificada este direito.

2. DIREITO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O Direito Fundamental da Convivência Familiar está assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art. 227. 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.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Mas o que venha a ser a definição de direito a convivência familiar? A religiosa Maria do Rosário Leite Cintra apud Machado (2003, p.155) nos leciona que:

Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz [...]. A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e o universo...Outra realidade igualmente contemplada no art. 19 [da Lei nº 8.069/90] é que o recolhimento de crianças em internatos contra o direito fundamental, aqui reconhecido, da convivência familiar e comunitária, cujos benefícios aqui salientamos.

Neste contexto, a família é o lugar onde o indivíduo começa a modelar sua personalidade, de onde é lançado para o mundo. A família é onde ele se sente

protegido, aprende a enfrentar os desafios que o mundo lhe oferece. Por isso, a família está em lugar de destaque na Constituição Federal com a devida proteção.

Há de se destacar ainda que a família não é somente compreendida como a união duradoura entre homem e mulher. O artigo 226 da Constituição Federal, em seu parágrafo 4º, é compreendida como a “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, abrangendo também outras entidades familiares, tais como as decorrentes do casamento civil, casamento religioso, e união estável entre homem e mulher.

Tal ampliação do conceito de família fez o direito fundamental da convivência familiar ser melhor executado, pois antes desta mudança não eram raras as situações em que pais viúvos eram impedidos de exercer a guarda dos seus filhos, simplesmente porque estas situações não eram consideradas como entidades familiares.

Tal dispositivo constitucional influenciou a legislação especial. Nos dizeres de Machado (2003, p.160):

Anote-se, também, que é em estrita obediência aos preceitos dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal – calcados na noção fundante de dignidade humana, e na positivação de que a convivência familiar é direito fundamental de crianças e adolescentes, porque ligado ao valor básico da personalidade infanto-juvenil – que vieram as disposições contidas nos artigos 19 e 25 da Lei nº 8.069/90. Assim é que preceitua o artigo 19 que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta...”, especificando o artigo 25 que “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”.

Vemos que o legislador se preocupou com o direito constitucional de convivência familiar, mas precisamente que este seja exercido dentro de sua família natural, haja vista que diferenciou a família substituta da biológica. Se assim não quisesse, o legislador teria simplesmente dito a expressão “família” e não “família natural”, baseando-se na máxima jurídica de que o legislador não escreve palavras em vão.

Devemos destacar que a criança e o adolescente por estarem em processo de desenvolvimento, e sendo sujeitos de direitos, tem máxima atenção na conformação deste direito fundamental.

Desta forma, somente em casos excepcionalíssimos o juiz deve destituir o pátrio poder e colocar a criança e o adolescente em família substituta, através da guarda, tutela ou adoção, nos termos do artigo 28 da Lei nº 8.069/90. cabe ao intérprete (operador do direito, magistrado) exercer o seu poder discricionário da melhor maneira possível, pois o legislador já valorou manifestamente as matérias a serem decididas.

Baseando-se nestas exceções Emilia Garcia Mendez e Alessandro Baratta criando no ordenamento jurídico uma estrutura em forma de pirâmide, sendo que na base está a família natural e no topo o abrigo da criança em instituição de acolhimento.

De acordo com Mendez e Baratta apud Machado (2003, p.163):

Porque a criança tem direito de crescer na convivência com seus pais naturais, a suspensão ou a destituição do pátrio poder ganhou contornos de excepcionalidade ainda mais severa do que aquela que já se sustentava tradicionalmente: apenas as violações severas dos deveres do pátrio poder, que inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança é que autorizam sua retirada da casa da família natural. (...) O constituinte e o legislador já optaram por um dos pólos dessas polêmicas teóricas, cristalizando a opção em normas jurídicas: na base daquela pirâmide valorativa está a convivência com a família natural.

Sendo fundamental o convívio da criança e do adolescente com sua família natural, compete ao Estado alguns deveres no sentido de que este direito seja devidamente exercido. E, por isso, foram criados alguns dispositivos legais, tal como o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder, devendo a criança ou o adolescente ser mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”.

Como competência do Estado, o Conselho Tutelar, as entidades governamentais e não-governamentais devem realizar programas no sentido de fazer valer este direito fundamental.

Todavia, quando não se torna possível a convivência com a família natural, em um segundo degrau está a família substituta. Esta tem-se uma

preferência pela família biológica ampliada, como tios, avós, de maneira que se mantenham os vínculos hereditários, conforme dispõe o artigo 28, §2º do ECA. Isto deve ser feito de maneira excepcional, pois implica inobservância deste direito fundamental.

Vemos que com isto o legislador procurou não criar situações artificiais de relações familiares.

Num terceiro degrau desta pirâmide está a colocação da criança em família não substituta, com a qual não guarda nenhuma relação de parentesco ou consangüinidade.

E no quarto degrau desta pirâmide está o disposto no artigo 227, §5º da Constituição Federal, que é a colocação da criança em família substituta estrangeira, residente fora do país. Sendo esta de maior caráter excepcional, pois rompem-se os vínculos sociais, culturais e lingüísticos com o nosso país.

E, por fim, no ápice desta pirâmide está a institucionalização da criança e do adolescente, conforme dispõe os artigo 227, §3º, VI da Constituição Federal e artigo 101, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos dizeres de Machado (2003, p.170):

Com isso não quero dizer que seja ilegítimo ou injurídico o interesse daqueles que não têm prole de alcançar mediante adoção; apenas que este interesse dos adultos está subordinado no ordenamento do interesse da criança. Por outras palavras, esse interesse dos pais adotivos apenas é tutelado pelo ordenamento quando ele não confronta com o direito fundamental de convivência familiar da criança; vem tutelado, apenas, quando com este se harmoniza.

Logo, podemos afirmar que, como dito, não há nenhum direito fundamental ilimitado.

3. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou, primeiramente, definir o que venha a ser um direito fundamental, e qual a sua importância e características. Depois, procurou demonstrar que o direito a convivência familiar se enquadra nesta situação.

É importante lembrarmos que o direito fundamental de convivência familiar é extensível a todos os indivíduos, no entanto, a Constituição Federal o garante principalmente as crianças e aos adolescentes, posto que este é necessário para sua formação social, como forma de modular sua personalidade.

Há de se destacar que todas as normas infraconstitucionais criadas para proteção da criança e do adolescentes são reflexos deste Direito, e visam primordialmente a convivência com a família natural, sendo a retirada do seu convívio permitida somente em casos excepcionais previstos em lei.

Além disto, todas estas leis são conexas entre si, não se admitindo contradições entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Barueri: Editora Manole, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.