**DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM FACE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Leticia Remonti**

**Orientador: Miron Biazus Leal**

1. **INTRODUÇÃO**

O direito à convivência – erroneamente difundido como “direito de visita” – consiste no direito do filho relacionar-se com o pai ou com a mãe que não exerça a sua guarda, a fim de preservar a integridade da relação, especialmente por considerar-se que a tônica familiar na contemporaneidade pauta-se no afeto (DIAS, 2020).

Logo, destina-se a assegurar que o filho tenha autonomia para nutrir e gerir suas relações interpessoais no contexto familiar, pois reconhecer às crianças e aos adolescentes o direito de convívio importa em avalizar os seus sentimentos, às luzes da Doutrina da Proteção Integral, para a qual mente e corpo constituem uma unidade inconsútil.

Por isso é que os apelos feministas da década de 1960, que denunciavam a “família como lugar de opressão e alienação” (ARAÚJO, 2008, p. 3) reverberaram, modificando também os institutos que instruíam o exercício do poder familiar.

Assim, após o advento da Constituição Federal de 1988, foi outorgado aos filhos maior poder de autodeterminação, porquanto passaram a ser concebidos como pessoas, individualizadas, ainda que em estágio de desenvolvimento.

Dessa forma a convivência não é um direito potestativo a ser exercido pelo pai pai ou pela mãe, devendo antes ser instrumentalizado para assegurar o bem estar da pessoa do filho, podendo ser relativizado, ou mesmo suprimido, conforme melhor atenda ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

1. **METODOLOGIA DE PESQUISA**

A realização da pesquisa se deu através da análise comparativa de excertos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos que versam sobre o tema ora proposto.

1. **DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR SEDIMENTADO NA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

Importa principiar o presente trabalho destacando o neoconstitucionalismo como a causa motriz da ressignificação social das crianças e dos adolescentes no ordenamento jurídico contemporâneo.

Em que pese ser reconhecia à família a especial proteção do Estado desde a Constituição de 1934[[1]](#footnote-1) – reproduzida nos textos de 1937[[2]](#footnote-2), 1946[[3]](#footnote-3) e 1967[[4]](#footnote-4) –, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, atribuiu-se às famílias o *status* de base da sociedade, preservando-se, conseguintemente, a incidência da tutela estatal (art. 226/CF)[[5]](#footnote-5), de modo que os valores republicanos erigidos na Lei Maior passaram a ecoar nos espaços de convivência familiar, democratizando-a.

Versando sobre a matéria, a doutrina de SCHREIBER (2016, p. 1) preleciona que

[...] o direito civil constitucional não é o “conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil”, nem se trata tampouco de uma tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade etc.) para o campo do direito constitucional. Trata-se, muito ao contrário, de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

 Portanto, extrai-se que, dentre as múltiplas colorariedades deste novo enredo político, as crianças e os adolescentes não mais figuram como meros objetos sobre os quais incidem o poder parental, tornando-se legitimamente reconhecidos como titulares de direitos (DIAS, 2020; p. 303).

E, uma vez que sejam tratados como pessoas, são-lhes reconhecidos todos os direitos admitidos pelo ordenamento jurídico – sobretudo quando no que concerne aos direitos fundamentais.

BARROS (2015, p. 33) explana que, neste contexto, a Lei n.º 8.069/90 exerceu um papel muito importante ao tomar por critério de aplicabilidade e insurgência a peculiar situação desenvolvimentista em que se encontram as crianças e dos adolescentes[[6]](#footnote-6), dispondo-se, neste ínterim, a assegurar a proteção integral[[7]](#footnote-7) deste público – em conformidade à previsão constitucional[[8]](#footnote-8) –, cujo lastro remonta à própria dignidade da pessoa humana[[9]](#footnote-9): fundamento da República Federativa do Brasil.

 Tal repercussão, como não poderia abster-se de fazê-lo, “ensejou a modificação no conteúdo do poder familiar”, o qual não mais cinge-se de caráter autoritário e despótico, pois deve transcorrer, sumariamente, no melhor interesse dos filhos. Deste modo, passou a apresentar-se como um encargo legal, traduzindo-se pela doutrina como “poder-função” ou, então, “direito-dever” (DIAS, 2020; p. 303).

 Isso significa, em síntese, que o poder familiar não mais pode ser considerado um fim em si mesmo, de modo que a métrica de sua legitimidade não remanesce ao puro alvedrio de seus detentores[[10]](#footnote-10) – quer sejam os guardiões ou não[[11]](#footnote-11) –, devendo ser antes instrumentalizado para atender ao desenvolvimento integral da pessoa do filho, compreendidas, concomitantemente, as suas demandas físicas, mentais e sociais.

Neste vértice, muito apropriada a alteração sugerida pelo Estatuto das Famílias, PL n.º 470/2013, apresentado pelo IBDFAM, o qual substitui a terminologia – outrora “pátrio poder” e hodiernamente “poder familiar” – por “autoridade parental” (Título IV, Capítulo III).

Portanto, sobre a convivência, preleciona Maria Berenice Dias (2020; p. 389) que:

O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. [...].

Trata-se de um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver.

Ou seja: tendo-se em consideração que é o filho quem “recebe a pessoas com quem quer conviver”, o professor Paulo Lôbo (2008, p. 7) menciona que tal direito não pode lhe ser imposto.

Dessa forma, quando houver colisão entre os interesses – sendo que o filho não quer contatar ao pai ou à mãe, em confronto ao desejo destes – deve-se primar, categoricamente, pelo bem-estar da criança e do adolescente.

Não se ignora que tal comportamento possa derivar de uma possível prática alienante – terminantemente vedada pela Lei n.º 12.318/2010 –, contudo tal situação ensejará a adoção das medidas cabíveis. O presente artigo, contudo, por uma questão estritamente metodológica, dispõe-se a tratar, com exclusividade, a respeito das circunstâncias em que o conflito dimana de uma violação aos direitos dos filhos por parte daqueles que com eles objetive instituir vínculos relacionamentais.

Neste tomo, denota-se que muitas são as causas que podem ensejar a aversão do filho no que atine a uma aproximação com o pai ou com a mãe que não detenha a sua guarda, sobremodo quando se identificar a postura negligente ou violenta – seja ela mediante agressão física, verbal, psicológica, moral ou sexual.

Para além disso, pode ser que o pai ou a mãe que exerça a guarda constate uma postura inadequada por parte do outro ente parental durante os episódios de convivência e, no exercício da prestação da assistência afetiva, moral e material àquele que se encontra sob seus cuidados – aplicando-se a dicção do Estatuto da Criança e do Adolescente[[12]](#footnote-12) –, podendo solicitar ao juízo a revisão do direito à convivência, ainda que o filho, em si, não tenha percebido a violação a qual tenha sido submetido.

Em tais situações, havendo desrespeito por parte dos pais em relação aos cuidados dispensados aos filhos, os Tribunais Superiores têm entendido, pacificamente, pela possibilidade de relativizar o direito à convivência familiar, vindo-se, inclusive, a suprimi-la, conforme se faça necessário; tudo para se assegurar a preservação do melhor interesse das crianças ou dos adolescentes envolvidos.

Exemplificativamente, a jurisprudência tem entendido que a convivência pode ser limitada se a convivência estiver afetando a saúde e o psicológico do menor (AC n.º 000671-46.2017.8.07.0005 do TJ-DF), se identificar-se a situação de abandono e vulnerabilidade social (AI n.º 70077454627 do TJ-RS), caso seja necessária para assegurar a estabilização emocional dos vulneráveis (AI n.º 70078796638 do TJ-RS), pois a integridade psíquica deve prevalecer em detrimento da convivência familiar (AC n.º 1055377-40.2017.8.26.0002 do TJ-SP).

 A uniformidade dessas decisões, prolatadas por cortes distintas, atestam o posicionamento unidirecional que tem se solidificado, inclusive na Corte Superior, tendo-se em viso a decisão do STJ no bojo do AREsp 1.644.714/RJ cujo entendimento foi o de que:

O ordenamento jurídico assegura e garante a todas as crianças e adolescentes o direito de ser educado sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante. A análise judicial quanto a regulamentação de visitas tem como objetivo precípuo sempre o melhor interesse da criança, de modo que a conveniência do genitor em conviver com sua prole tem seu limite bem demarcado pelo interesse da criança.

As menções ao princípio do melhor interesse dos filhos e à proteção integral deflagram que a hermenêutica constitucional efetivamente imiscuiu-se nos demais ramos do ordenamento jurídico, consonantemente à preleção do Ministro Luís Roberto Barroso (2005) ao declarar que o “conteúdo material e axiológico”, da Lei Maior, “se irradia, com força normativa”, condicionando todas as demais normas infraconstitucionais, mesmo no que concerne à relação entre particulares.

Portanto, se a Constituição objetiva a estruturação de uma família eudemonista, concebida quanto “*locus* privilegiado e espaço de realização de todos os seus membros” (ALBUQUERQUE, 2011; p. 5), os filhos precisam ser levados em conta e seus interesses devem ser respeitados. Não se pode forçá-los a desenvolver afeto por pessoas em relação as quais não sentem reciprocidade, pois como já escrevera Rubem Alves em “Do Universo à Jabuticaba”: “[m]ais fundamental que o amor é a liberdade. A liberdade é o alimento do amor”.

Logo, os adultos não são mais humanos do que os filhos que legaram ao mundo e, quanto pais, não podem autoproclamarem-se meritocratas de todo o seu amor. Porque amor, quando é genuíno, não se cobra.

**CONCLUSÕES**

 As pesquisas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais realizadas demonstraram que o direito à convivência familiar, para ser salutar, há de dispor-se, precipuamente, a assegurar o desenvolvimento psíquico e emocional das crianças e dos adolescentes[[13]](#footnote-13).

 Não foi à toa que a Constituição Federal dedicou-se, semanticamente, à estabilização emocional desse público ao qual, encontrando-se em condição peculiar de desenvolvimento, estendeu-se a presunção de vulnerabilidade.

Daí o porquê de haver-se recepcionado a Doutrina da Proteção Integral, conferindo-lhes maior protetividade.

 Portanto, os reflexos constitucionais incidem diretamente nas relações privadas –por ora representadas pelo contingente familiar –, especialmente quando estiverem envolvidos os direitos fundamentais condizentes à integridade física, psíquica, moral ou sexual de algum de seus integrantes.

Como não poderia deixar de ser, faz-se oportuna a máxima da Ministra Nancy Andrighi, esculpida no REsp 1.159.242 – constante no Informativo Jurisprudencial n.º 496 –, segundo a qual “amar é faculdade, cuidar é dever”.

 Ora, se a democracia se sustenta com diálogo, inclusão e respeito, pressupondo, em tudo, a liberdade, é imprescindível respeitar às crianças e aos adolescentes e sua forma de gestar seus sentimentos.

O respeito é, afinal, a forma mais sublime de cuidado.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. A Família Eudemonista do Século XXI. *In*:VIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - FAMÍLIA: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO, 2011, Belo Horizonte. **Anais** **do Congressos**. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/608/VIII%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%20%20Fam%C3%ADlia:%20entre%20o%20p%C3%BAblico%20e%20o%20privado](https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/608/VIII%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%20%20Fam%C3%ADlia%3A%20entre%20o%20p%C3%BAblico%20e%20o%20privado)>. Acesso em: 6 set. 2020.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Família, democracia e subjetividade. **Revista ONG & DEMO**, Marília, v. 9, ed. 1/2, 2008. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/article/view/55>>. Acesso em: 8 set. 2020.

BARROS, G. F. M. Capítulo II: Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. *In*: **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 33.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituiçao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 470/2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 1.159.242. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, acórdão. DJ: 24/04/2012, DJe: 10/05/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Agravo no Recurso Especial n.º 1.644.714. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Decisão monocrática. DJ: 02/03/2020, DJe: 11/03/2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 13ª. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 000671-46.2017.8.07.0005. Relatora: Des. Leila Arlanch, 7ª Câmara Cível. DJ: 24/04/19, DJe: 10/06/19.

LÔBO, Paulo. **Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei n. 11.698/2008**. Disponível em: <<https://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70077454627. Relatora: Des. Sandra Brisolara Medeiros, 7ª Câmara Cível. DJ: 25/07/18, DJe: 27/07/18.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70078796638. Relatora: Des. Lislena Schifino Robles Ribeiro, 7ª Câmara Cível. DJ: 31/10/18, DJe: 07/11/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70080389562. Relatora: Des. Sandra Brisolara Medeiros, 7ª Câmara Cível. DJ: 24/04/2019, DJe: 29/04/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1055377-40.2017.8.26.0002. Relator: Des. Costa Netto, 6ª Câmara de Direito Privado. DJ: 18/05/2020, DJe: 18/05/2020.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (org.). **Direito Civil Constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016. *E-book*.

1. **Art 144** - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. [↑](#footnote-ref-1)
2. **Art 124** - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. [↑](#footnote-ref-2)
3. **Art 163** - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. [↑](#footnote-ref-3)
4. **Art 167** - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. [↑](#footnote-ref-4)
5. **Art. 226**. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [↑](#footnote-ref-5)
6. **Art. 6º** Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. [↑](#footnote-ref-6)
7. **Art. 1º** Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. [↑](#footnote-ref-7)
8. **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. [↑](#footnote-ref-8)
9. **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; [↑](#footnote-ref-9)
10. **Art. 1.637.** Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. [↑](#footnote-ref-10)
11. **Art. 1.634**.  Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar [...]. [↑](#footnote-ref-11)
12. **Art. 33**. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [↑](#footnote-ref-12)
13. TJ-RS. Apelação Cível nº 70080389562. [↑](#footnote-ref-13)