UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

MARIA CRISTINA RENON

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O DIREITO AO AFETO.

FLORIANÓPOLIS

2009

MARIA CRISTINA RENON

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O DIREITO AO AFETO.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação da Profª. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

FLORIANÓPOLIS

2009

MARIA CRISTINA RENON

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O DIREITO AO AFETO.

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito, Estado e Sociedade.

Banca Examinadora:

_____
Presidente: Professora Doutora Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira (UFSC)

_____
Membro: Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese (UFSC)

_____
Membro: Professor Doutor André Custódio Viana (UNESC)

_____
Coordenador: Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)

Florianópolis

Abril de 2009

Ao meu filho, amor de toda uma vida.

À minha mãe, pelo exemplo de perseverança.

AGRADECIMENTOS

O maior risco ao expressar agradecimentos é não elencar todas as pessoas que, de uma forma ou outra, contribuíram na construção deste trabalho. Entretanto, esse é um risco que cabe assumir, pois pior seria silenciar e nada mencionar sobre aqueles que tornaram possível a concretização do projeto de estudo.

Inicio agradecendo a DEUS, por sua infinita bondade e constante presença na minha vida, o que me permite observar com os olhos do coração as mazelas dos processos que tramitam pela Vara da Família, envolvendo os interesses de crianças e adolescentes.

À minha mãe, Jurema, sempre presente, dando apoio e contornando as crises de desespero que me assolaram na elaboração da pesquisa.

Ao meu filho João Henrique, agradeço por existir e por ser exatamente como é, um ser que está buscando desvendar os mistérios do mundo.

Aos meus irmãos pelo aprendizado conjunto na convivência e aceitação das diferenças, que muito me auxiliam no sentido de compreender e encontrar a fraternidade na tolerância e no respeito às divergências.

À Prof. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, minha orientadora, registro especial agradecimento, por ter conduzido com ternura e segurança a travessia do processo de aprender a buscar o conhecimento. Sua leitura atenta e sua escuta foram essenciais para estabelecer os limites inerentes ao rigor acadêmico. Obrigada por acreditar em mim.

À Prof. Dra. Josiane Rose Petry Veronese que me mostrou uma visão diferenciada de crianças e adolescentes e me apresentou o Movimento Direito e Fraternidade.

À Josiane Hoffmann Eger, amiga eterna, pelo cuidado e auxílio, o que e faz sentir que nunca estou só.

À Eby Simone Busnardo pelo apoio e pelo exemplo.

À Helen Crystine Corrêa Sanches pela generosidade em me acolher na sua casa em Florianópolis, pelo carinho e pelas eternas discussões sobre os direitos de crianças e adolescentes.

À Prof. Dra. Danúsia Apparecida Silva que prontamente se dispôs a corrigir o trabalho.

À Iara Cristina Côrrea, Janaína Ghizzoni Ertal e Fernanda Xavier de Souza, incentivadoras diretas desse processo.

Aos meus alunos do Curso de Direito da Universidade do Planalto Catarinense pelo apoio e confiança, por terem em alguns momentos comigo partilhado das angústias geradas pelo processo de criação e que, ao longo desses anos de docência, me estimularam ao aprimoramento técnico e desenvolvimento do apaixonante sacerdócio ao magistério.

Aos inúmeros amigos com quem troquei idéias, quer a respeito do tema ou sobre a vida e àqueles que efetuaram empréstimos de obras referentes ao tema.

Enfim, a todos aqueles a quem quero bem, que compartilham comigo da grande jornada da vida e puderam compreender minha ausência física, mas sempre conscientes de suas presenças na minha lembrança, bem como àqueles que não compreenderam, mas que pelas circunstâncias tiveram que se conformar.

É simples, o segredo: só se vê bem com o coração. O essencial é invisível para os olhos.
Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.

(Antoine de Saint-Exupéry)

Resumo

O objetivo do trabalho é verificar se diante do princípio da dignidade da pessoa humana, instituído como fundamento do Estado Democrático de Direito, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é garantido à criança e ao adolescente a convivência com aquele que não detém a guarda, quando ocorre a cisão da união dos pais, de forma que se possibilite a promoção do vínculo afetivo entre pais e filhos. Após breve reflexão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana buscou-se analisar o direito dos filhos à convivência familiar, vislumbrando o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, apresentando o afeto como direito e dever jurídico, além de descrever que aos filhos é garantido o direito a manter contato com o genitor não guardião. Posteriormente, foi necessário analisar o instituto da família, de forma a compreender sua evolução e transformação no decorrer do tempo. Também se promoveu o estudo da autoridade e do poder familiar, no sentido de demonstrar que para o desenvolvimento pleno e sadio, crianças e adolescentes necessitam de limites, que são decorrentes do exercício da relação parental. Por fim, após apontar base teórica para ação judicial de guarda e regulamentação de visitas, promoveu-se análise de jurisprudências, como forma de observar a fundamentação lançada pelos tribunais pátrios e se, efetivamente, os julgadores embasam suas decisões no princípio da dignidade da pessoa humana e no melhor interesse de crianças e adolescentes. Ainda se procurou formular proposta para tornar concreto o direito dos filhos à convivência com os pais, independentemente do vínculo existente entre os genitores.

PALAVRAS-CHAVES: Dignidade humana, família, criança, adolescente, convivência, afetividade

Abstract

The aim of this study is to detect vhether, in face of the principle of the human being dignity, set up as a foundation of the Democratic Rule of Law, according to the Constituion of the Federal Republic of Brazil of 1988, the child and the adolescent have the companionship with those who withhold their custody granted, when the rupture of their parents occur, so that the affective bon among parents and children may be promoted. After this brief consideration on the human being dignity principle, there is also an attempt to take the right of the children to the familiar companionship into account, by conjecturing on the principle of the best interests both of children and adolescents, and presenting fondness as a forensic right and duty, besides stating that the children are granted the right to keep in touch with their non-custodial parent. Subsequently, it was also necessary to analyse the family institution in order to understand its evolution and transformation as time went by. The study of authority and of the familiar power was also considered so as to show that children and adolescents must have limits set that derive from the parental relationships, for a full and heal thy development. And finally, after indicating the theoretical basis for the custody forensic action and visit regulations, the study promoted a jurisprudence analysis as a way to examine the background that was emitted by the native courts of justice to confer if the judgers effectively set their decisions on the principle of the human being dignity and on the best interest both of the children and of the adolescents. There was also the formulation of a final proposition to make the right of the companionship between children and parents concrete, in spite of the existing bond between the parents.

Key words: human dignity, family, child, adolescent, companionship, fondness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO GARANTIA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E AO AFETO 17

1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 17

1.1.1 Origem e evolução da dignidade humana 19

1.1.2 Conceito de dignidade humana 34

1.1.3 A dignidade humana na entidade familiar 38

1.2 A Teoria da Proteção Integral da Criança e do Adolescente 45

1.3 O Direito à Convivência Familiar 59

1.4 O Afeto Familiar como Direito e Dever Jurídicos 64

1.5 O direito ao pai 68

2 A FAMÍLIA E A CONSTRUÇÃO DO AFETO 73

2.1 A Família e suas Transformações ao Longo do Tempo 84

2.2 A Família Brasileira no contexto das Constituições 99

2.3 A Concepção Contemporânea de Família 109

2.4 Autoridade e Poder na Família 117

3 O DIREITO À CONVIVÊNCIA E AO AFETO NA VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO 125

3.1 Da Guarda de Filhos 128
3.1.1 Definição 131
3.1.2 O instituto da Guarda na legislação brasileira 137
3.1.3 Modalidades de Guarda 144
3.1.3.1 Guarda fática 146
3.1.3.2 Guarda provisória ou guarda definitiva 147
3.1.3.3 Guarda consensual ou Guarda litigiosa 147
3.1.3.4 Guarda alternada 147
3.1.3.5 Nidação ou aninhamento 149
3.1.3.6 Guarda unilateral 149
3.1.3.7 Guarda compartilhada 151
3.1.3.8 Guarda e família substituta 155

3.2 Direito de Visita 156
3.2.1 Noções fundamentais 159
3.2.2 Regulamentação do exercício do direito de visita 164

3.3 Jurisprudências dos Tribunais: Análise 166

3.4 Sugestão para Assegurar o Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e ao Afeto 181

CONCLUSÃO 185

REFERÊNCIAS 191

APÊNDICE A – JURISPRUDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) 209

APÊNDICE B – JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC) 213

APÊNDICE C – JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS) 220

APÊNDICE D – JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG) 225

APÊNDICE E – JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO (TJRJ) 230

INTRODUÇÃO

A pesquisa se origina de dúvidas que vão surgindo diante dos acontecimentos do dia a dia. Principalmente, quando no exercício de atividade advocatícia, atuando na área de Família observam-se emoções que emanam das partes envolvidas no conflito, que podem transitar pela seara dos mais elevados aos mais mesquinhos sentimentos da alma humana, de forma a exigir um conhecimento além da legislação. E nos processos que tratam de conflitos familiares ressalta de forma gritante a preocupação individual de cada parte, que em muitos casos, deixam de levar em conta o interesse dos filhos menores, que não foram chamados a opinar sobre a cisão da união dos pais, mas que sofrem diretamente os reflexos desse rompimento. E também se verifica essa situação de conflito naquelas situações em que filhos são gerados em decorrência de encontros eventuais na busca do prazer físico, e que ao nascerem desconhecem sua origem e, muitas vezes, passam pela vida sem saber de quem exatamente descendem.

Assim, observa-se um descaso nas relações familiares pelo respeito comum, uma vez que aparentemente o núcleo familiar é tido como descartável, haja vista que se a relação atual não se mostrar adequada aos interesses individuais de cada componente, forma-se uma nova família. Entretanto, ainda que as pessoas não sejam obrigadas a permanecer em uma relação que não se mostre gratificante, há reflexos oriundos desses desencontros, que conforme já disposto, atingem os filhos, que sofrem, porque são prejudicados no seu direito à convivência, ao respeito, à dignidade e ao afeto.

Após atuar em processos dessa espécie e analisando a Constituição da República de 1988, onde aponta, já no início, como princípio fundamental a dignidade humana, para posteriormente, no seu artigo 227, expressar ser dever da família, da sociedade e do Estado garantir às crianças e adolescentes uma vida digna e a convivência familiar, de onde se origina o afeto, surgiu a dúvida que conduziu a pesquisa. O problema de pesquisa foi proposto da seguinte forma: o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra suficiente para promover e efetivar o direito dos filhos à convivência familiar e ao afeto?

Como hipótese ou resposta provisória se propôs que o direito do filho vai além do seu reconhecimento como tal, abrangendo direito à dignidade humana, à convivência familiar e ao afeto. Todavia, observa-se que a Constituição da República se mostra insuficiente na efetivação de tais direitos. Em que pese o texto constitucional prever como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, entre outros; observa-se a não efetivação desse direito, uma vez que se mostra generalizado o entendimento de ser objeto do livre arbítrio a convivência mútua e a existência do afeto entre pais e filhos.

Por conseguinte, ainda que o direito previsto no artigo 227 tenha garantia constitucional não se observa, em algumas situações, o seu efetivo cumprimento e o Poder Judiciário vem se mostrando tímido no acolhimento de pedidos para que o direito à convivência e ao afeto familiar seja efetivamente cumprido. O que se propaga é que não há como obrigar a convivência afetiva, uma vez que depende da vontade das partes envolvidas; entretanto, a Constituição de 1988 apresenta expressamente em seu texto que a convivência familiar é dever a ser assegurado pela família, pela sociedade e pelo Estado. E, por outro viés, aponta que é um direito de crianças e adolescentes.

Além da previsão do artigo 227, no artigo 1º da Constituição da República de 1988 está expresso como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. E essa dignidade abrange o direito do filho a conviver com o genitor não guardião, o direito ao respeito como ser humano, bem como o seu direito a receber e compartilhar do afeto paterno ou materno.

O que se deseja demonstrar é que deve existir mecanismo que garanta aos filhos a convivência com aquele que não detém a guarda, assim como é necessário promover atividades de aproximação, no plano fático, para que se crie o vínculo afetivo. O que não se mostra cabível é permitir que a irresponsabilidade na geração da prole se volte contra os filhos, eis que em tese, a criança e o adolescente são merecedores de uma proteção integral.

A previsão constitucional proibindo a discriminação entre os filhos deve ser integralmente cumprida, sejam as crianças geradas em uma relação matrimonializada ou reconhecida como estável, ou ainda, sejam elas oriundas de um encontro eventual. Não cabe receber como absoluta a alegação de que a convivência, o respeito e o afeto dependem da vontade dos pais, acrescido do entendimento de que o ser humano é dotado do livre arbítrio, e dessa forma não há como obrigar as pessoas a se amarem. Ocorre que o filho não é mero indivíduo, ele é resultado do encontro de duas pessoas, de forma que ao nascer tem o direito integral à proteção dos seus interesses.

A discussão estará centrada na busca desse mecanismo que venha a garantir efetivamente o direito dos filhos ao afeto e à convivência com os pais em sua totalidade. Acrescenta-se que o tema é revestido de relevância e atualidade, uma vez que se efetivamente garantido o direito da prole à convivência e ao afeto, poderão os filhos crescer, atingindo uma plenitude, não apenas física, mas também emocional.

A pesquisa teve como objetivo geral verificar se o princípio da dignidade da pessoa humana garante aos filhos o direito à convivência com aquele que não detém a guarda, de forma a promover o vínculo afetivo entre eles.

E como objetivos específicos:

a) Examinar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente sob o enfoque da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente;

b) Analisar a família, sua transformação ao longo do tempo e importância no desenvolvimento da convivência familiar;

c) Investigar os entendimentos jurisprudenciais que apresentam em sua fundamentação o direito do filho à convivência familiar e ao afeto, junto ao Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, para ao final propor sugestão com a finalidade de assegurar o direito dos filhos à convivência familiar e ao afeto.

O método de abordagem utilizado foi o raciocínio dedutivo, partindo-se de uma abordagem histórica, baseada em textos doutrinários, para posteriormente investigar as decisões emanadas dos tribunais. O método de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa empregada foi a pesquisa bibliográfica.

No primeiro capítulo será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana, verificando sua origem, evolução, conceituação e sua aplicação na entidade familiar. Após breve reflexão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana buscou-se analisar o direito dos filhos à convivência familiar, vislumbrando o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, apresentando o afeto como direito e dever jurídico, além de descrever que aos filhos é garantido o direito a manter contato com o genitor não guardião, exceto se esse convívio venha a causar dano à criança e ao adolescente.

No segundo capítulo será analisado o instituto da família, de forma a compreender sua evolução e transformação no decorrer do tempo, observando sua inserção no contexto das constituições brasileiras, bem como a concepção contemporânea de família. Também será exposto o estudo da autoridade e do poder familiar, no sentido de demonstrar que para o desenvolvimento pleno e sadio, crianças e adolescentes necessitam de limites, que são decorrentes do exercício da relação parental.

Por fim, após apontar base teórica para ação judicial de guarda e regulamentação de visitas, analisar-se-á jurisprudências de tribunais brasileiros, procurando observar a fundamentação lançada por esses órgãos jurisdicionais e se, efetivamente, os julgadores embasam suas decisões no princípio da dignidade da pessoa humana e no melhor interesse de crianças e adolescentes. Ainda se buscará formular proposta para tornar concreto o direito dos filhos à convivência com os pais, independentemente do vínculo existente entre os genitores.

Pretende-se com a presente pesquisa, além de examinar a premissa que originou o trabalho, registrar o inconformismo diante de conceitos prontos, buscando repensar o Direito e apontando que o ápice encontra-se centrado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

É esse inconformismo que conduz à busca de soluções que possam ser aplicadas na fase que antecede o processo judicial e também, se proposta a ação, que se procure fazer do processo um instrumento que efetivamente resolva o conflito, principalmente quando esse litígio envolve crianças e adolescentes.

CAPÍTULO I

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO GARANTIA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E AO AFETO.

1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Para falar do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e ao afeto decorrente desse convívio, é necessário analisar o princípio[1] da dignidade da pessoa humana, que adquiriu ao longo do tempo uma indiscutível relevância jurídica.

Trata-se de princípio basilar presente nas Constituições da maioria dos países ao redor do mundo com maior destaque no Ocidente, de um lado, para designar o valor supremo representado pelo ser humano em qualquer ordem jurídica e, de outro vértice, para promover todos os esforços no sentido de evitar as

---

[1] Os princípios constitucionais são considerados como verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. No caso de surgir uma aparente antinomia entre os textos normativos da Constituição, a resolução se dará pela aplicação do princípio mais relevante no contexto. Cfe. NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

experiências históricas, já vivenciadas pela humanidade, de aniquilação do ser humano[2].

PEREIRA[3] explica que a expressão "dignidade da pessoa humana" é uma criação da tradição kantiana no começo do século XIX, sem, entretanto, ser produzida diretamente por KANT, já que o referido autor na obra "Fundamentação da metafísica dos costumes" empregou a expressão "dignidade da natureza humana". Prossegue o autor aduzindo que a expressão usada por KANT mostra-se mais apropriada para indicar "o que está em questão quando se busca uma compreensão ética – ou seja, da natureza – do ser humano[4]". Certamente é da essência do ser humano, enquanto pessoa, ser dotado de dignidade.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana[5] é proclamada logo no início da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), sob o título "dos princípios fundamentais", de forma que representa a base do Estado Democrático de Direito[6], servindo de fundamento para todos os demais direitos. Em outras palavras, não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana, ou seja, tamanha é a sua primazia que se torna intocável e no caso de conflito com outro valor constitucional, deve prevalecer sempre[7].

A dignidade da pessoa é fundamento da República, isto é, a República brasileira repousa todos os seus alicerces sobre o compromisso de realização da dignidade humana, que tem como ponto de convergência o ser humano. Para que o indivíduo humano tenha a possibilidade de existir, de se realizar, é indispensável

---

[2] SANTOS, Emerson Martins dos. O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido *in vitro*, ano 96, **Revista dos Tribunais**, n. 863, set. 2007, p. 72

[3] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 95.

[4] PEREIRA, 2006, p. 96.

[5] Principal direito fundamental constitucionalmente garantido, conforme disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[6] O Estado Democrático de Direito é o que realiza a convivência humana em sociedade livre e solidária, regulada por leis justas, em que o povo é, adequadamente, representado, participando ativamente da organização social e política, permitida a convivência de ideias opostas, expressas publicamente. A principal atribuição do Estado Democrático de Direito é o estabelecimento de políticas visando a eliminação das desigualdades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que implica em perseguir um ideal de justiça social, dentro de um sistema democrático de exercício de poder. Cfe. SILVA, Maria de Fátima Alflen da. **Direitos fundamentais e o novo Direito de Família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 57.

[7] SANTOS, 2007, p. 72.

que este tenha assegurado a inviolabilidade de sua vida e de sua dignidade, sob pena de não haver razão de ser de todos os demais direitos. Assim, a Constituição da República de 1988 consagra a vida humana como valor supremo, declarando-a inviolável[8].

Cabe registrar que se a dignidade humana consta como princípio nas constituições modernas, isso se deve a uma conquista histórica, ou ainda, ao reconhecimento de que independentemente das circunstâncias ou dos regimes políticos, todo ser humano, pelo fato de ser pessoa, deve ter reconhecido pelo Estado e pela sociedade em geral o seu valor e a garantia de todos os direitos que lhe são inerentes, como por exemplo, o direito à vida, à saúde, à liberdade, à educação e também à convivência familiar.

E é nesse contexto que se mostra cabível o estudo da dignidade humana e sua aplicação na família, tendo em vista que o referido princípio revela entre suas finalidades, a de garantir a todos o direito a uma vida digna, o que implica, também, a inclusão da pessoa no ambiente familiar. E quando se menciona a dignidade da pessoa, observa-se que o primeiro grupo destinado a reconhecê-la é a própria família, visto que o indivíduo, geralmente, nasce e se desenvolve no seio da entidade familiar.

Cabe esclarecer que não se tem a pretensão de esgotar o tema, tendo em vista a sua amplitude, todavia a finalidade é traçar as diretrizes básicas para um entendimento da relevância da dignidade humana e posterior aplicação na entidade familiar, de forma que se possa promover a garantia do direito da criança e do adolescente à convivência na família natural e ao afeto.

Iniciando o estudo do princípio da dignidade da pessoa humana faz-se necessária uma breve análise sobre a sua origem e transformação.

1.1.1 Origem e transformação da dignidade humana

---

[8] CRFB/1988. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, [...].

Dignidade, tema elaborado no decorrer da história, bem como seu conceito, vem sofrendo mudanças conforme ocorreu a evolução do ser humano. No princípio se tratava de uma idéia subjetiva, resultado de reflexão filosófica e originária de um ideal cristão. Posteriormente se tornou norma positivada com objetivo claro de promover mecanismos visando a sua plena efetivação.

Assim, observa-se que a consciência da dignidade humana e dos direitos da pessoa pode ser notada desde a Antiguidade, tendo sido reconhecida, em um primeiro momento, na ordem religiosa, passando depois pela esfera da ordem natural, inserindo-se no direito natural, e sendo finalmente positivada, com o surgimento das grandes declarações[9] e a inclusão nas constituições de diversos países.

Segundo MARTINS[10], há vestígios da idéia da dignidade da pessoa humana na Antiguidade clássica, podendo ser localizada certa preocupação com o tema em relação ao estabelecimento de leis destinadas a resguardar e proteger o indivíduo, tais como o Código de Hamurabi[11] e o Código de Manu[12].

Na Grécia antiga vislumbram-se indícios da existência de reflexão filosófica sobre o homem e sua dignidade. O povo grego, tido como um povo filósofo e voltado à arte, procurava construir a ideia de um homem com validade universal e normativa[13]. É certo que não há notícia de dispositivos normativos que se refiram

---

9 SILVA, Sandra Maria da. **Direito de filiação:** O valor do exame de DNA. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 64.

10 MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana:** Princípio constitucional fundamental. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 19-20.

11 Este Código se refere às leis da Babilônia, uma das mais antigas civilizações do mundo. Data de cerca de 1780 a.C. Considerado o código jurídico mais remoto já descoberto, cujo teor estabelecia regras de vida e de propriedade, apresentando leis específicas sobre situações concretas e determinadas. O texto é composto de 282 preceitos. A importância do Código de Hamurabi reside no fato de ter sido o primeiro código escrito a reunir as leis que até então eram passadas de geração em geração através apenas da fala. Ainda que tenha sido formulado há mais de 4.000 anos, o Código de Hamurabi aponta as primeiras tentativas de garantia dos direitos humanos. Disponível em: <http:/www.direitoshumanos.usp.br/ counter/Doc_Hist/texto/hamurabi. text> Acesso em: 03 jan. 2009.

12 Legislação mais antiga da Índia. A data de promulgação do Código de Manu não é exata, havendo notícias de que teria ocorrido aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C.. Redigido em forma poética e imaginosa, as regras no Código de Manu são expostas em versos. Cada regra consta de dois versos cuja metrificação, segundo os indianos, teria sido inventada por um santo eremita chamado *Valmiki*, em torno do ano 1500 a.C. É composto de 2.685 dísticos distribuídos em 12 livros. Disponível em: <http:/www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manu.htm> Acesso em: 03 jan. 2009.

13 NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismos e anti-humanismos:** Introdução à antropologia filosófica. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1985, p. 25-26.

expressamente à dignidade da pessoa humana, mas a reflexão filosófica sobre o homem foi de grande influência para o que hoje se compreende a respeito da preservação dos indivíduos e da sociedade[14].

Para COMPARATO[15] a convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem em uma sociedade organizada. E prossegue o autor explicando que foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a lei escrita tornou-se fundamento da sociedade política e cita Eurípedes que expressou na peça "As Suplicantes": "uma vez escrita as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande".

Historicamente, os autores apontam que a garantia da dignidade da pessoa humana está ligada ao Cristianismo e se fundamenta na idéia de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, fato que, por si só, lhe confere valor intrínseco[16].

ANDRADE[17] sustenta que somente com o advento do Cristianismo a concepção de dignidade vai encontrar as condições para a sua afirmação histórica e o seu desenvolvimento, possibilitando os requisitos presentes e futuros para o seu reconhecimento, aplicabilidade concreta e promoção.

A dignidade da pessoa vinculada ao Cristianismo remonta à ideia de identidade do homem com Deus, tendo em vista que na Bíblia[18] encontra-se descrito que o indivíduo foi criado à imagem e semelhança do próprio Criador. E foi a

---

14 Pico Della Mirandola expressava em texto sobre a dignidade do homem: "Foi a filosofia que me ensinou a depender mais da minha consciência do que dos juízos dos outros; a estar sempre atento, não ao mal que de mim se diz, mas a não dizer ou a não fazer eu próprio o mal". MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem.** Trad. de Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 55.

15 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12-13.

16 SILVA, 2007, p. 64. Ver também: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana:** Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77. ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana:** Valor-fonte da ordem jurídica. São Paulo: Cautela, 2007, p. 71.

17 ANDRADE, 2007, p. 71.

18 Então Deus disse: "Façamos o homem à nossa imagem e semelhança". [...] E Deus criou o homem à sua imagem [...]. Cfe. Gênesis. Português. *In*: **Biblia Sagrada**. Trad. de Ivo Stomiolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990, p. 15. Edição Pastoral.

circunstância do ser humano ter sido concebido à imagem e semelhança de Deus, que levou o Cristianismo a considerar que a pessoa humana é dotada de um valor próprio que lhe é intrínseco, e, portanto, insuscetível de ser reduzido a mero objeto ou instrumento[19].

LAFER[20] esclarece que no Velho Testamento o homem é indicado como ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do Universo. O autor, citando ARENDT[21], observa que os hebreus "sempre sustentaram que a própria vida é sagrada, mais sagrada que tudo mais no mundo, e que o homem é o ser supremo sobre a terra".

Assim, o Cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, buscando harmonizar, através da evangelização, o pensamento de que cada pessoa humana se reveste de um valor absoluto no plano espiritual, uma vez que Jesus a todos chamou para a salvação[22]. E de qualquer forma, conforme se observa nos escritos bíblicos, a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, em que pese suas múltiplas diferenças individuais e grupais[23].

Logo, foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo.

Por certo que o desenvolvimento do pensamento cristão deixou como legado a consciência preliminar de dignidade humana, semelhante à ideia que vigora nos dias atuais. Esse pensamento de igualdade inerente a todos os homens é demonstrado pela noção de que o ser humano é concebido à imagem e semelhança de Deus e, dessa forma, ficaria clara a existência de uma dignidade da pessoa humana. Considerar a existência de semelhança entre o homem e seu Criador concede ao primeiro a aura de divindade. Durante longo período da história da

---

19 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais:** O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 130.

20 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** Um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt. 6. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 119.

21 Hannah Arendt, filósofa política alemã, analisou as grandes privações da liberdade geradas pelas tiranias totalitárias do Estado Moderno. Ficou conhecida como a "pensadora da liberdade". A reflexão da autora foi examinada em um diálogo livre por Celso Lafer na obra "A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt".

22 LAFER, 2006, p. 119.

23 COMPARATO, 2004, p. 18.

humanidade esse respeito à igualdade e à dignidade permaneceram mais no plano espiritual e subjetivo do que, propriamente, no reconhecimento prático de um dever de respeito ao homem por ser revestido de dignidade. Todavia, a subjetividade não retira a importância do pensamento cristão na formação do conceito contemporâneo de dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, por volta do ano de 1486, na Itália, é elaborado por Giovanni Pico Della Mirandola o Discurso sobre a Dignidade do Homem, apresentando o conceito de humanismo como uma espécie de promoção dos valores do homem. O texto é apontado como um reflexo do pensamento humanista renascentista.

Afirma MIRANDOLA[24] em seu discurso que o homem é "dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado". Para o autor o homem é livre e responsável diante da vida que tem e a vida que deseja ter, uma vez que esta é obra sua, assim como é o ser mais digno da criação de Deus, porque foi colocado no centro do universo e porque de tudo quanto foi criado ele possui as sementes. Assim, o homem tem quase o poder divino de se constituir de acordo com aquilo que quiser ser: pode degenerar até aos brutos e pode regenerar-se até aos anjos, dependendo inteiramente de si mesmo e da sua escolha[25].

Ressalta da obra de MIRANDOLA[26] que a dignidade humana reside, sobretudo, no fato de o homem ser uma criatura feita à imagem e semelhança de Deus, com capacidade plena para atingir a salvação.

Para ANDRADE[27], em MIRANDOLA, a noção de dignidade baseia-se em uma concepção de potencialidade, algo que exige do homem a tarefa de um frequente aprendizado, de um contínuo labor, de um aprimoramento incessante; nesse sentido acalenta o pensamento de uma maior ou menor dignidade, proporcional ao grau de compromisso do homem para com as verdades eternas. Ou ainda, a característica da dignidade do homem resume-se no fato de que, enquanto os demais seres têm uma natureza determinada, específica, que condiciona e limita a sua atividade; o

---

[24] MIRANDOLA, 2006, p. 55.
[25] MIRANDOLA, 2006, p. 57.
[26] MIRANDOLA, 2006, p. 57.
[27] ANDRADE, 2007, p. 79.

homem é a única criatura que é liberta dessa natureza determinante. Ele é que cria a sua natureza, é autor, é projeto de si mesmo[28].

Para o autor renascentista a dignidade do homem está muito distante de ser algo dado ou acabado e mecanicamente fixo, isto é, o homem se constrói por si mesmo, tendo em vista que sua perfeição encontra-se condicionada pela liberdade.

ANDRADE[29] ainda aponta que MIRANDOLA inverte as hierarquias e converte o homem na maior das maravilhas do Criador; o que há nesse homem de único, específico e fantástico, não é simplesmente sua racionalidade como diria Aristóteles, nem a imortalidade como afirmaria o Cristianismo e sim a prerrogativa de se autocriar livremente, de se fazer um microcosmo. Desse modo, o homem é o único ser que livremente pode tornar-se mais do que já é por natureza.

Cabe observar ainda que nesse período a ideia de dignidade humana encontrava-se centrada no pensamento cristão, uma vez que o homem acreditava na existência de vínculo entre Criador e criatura, isto é, Deus como o grande Criador dando vida à sua criatura, o homem. Assim, violar a dignidade da criatura seria, em última análise, violação à vontade do próprio Criador.

No final do século XVIII, com KANT inicia-se a construção do conceito de dignidade como um atributo da pessoa, concepção que vai predominar até os dias atuais influenciando o pensamento filosófico-constitucional no Ocidente. O homem é concebido como sujeito do conhecimento e, por isso, é capaz de ser responsável por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres.

KANT[30] concebe um imperativo categórico, isto é, regra que representa uma ação como objetivamente necessária, que impõe uma obrigação com respeito a certas ações, se apresentando como uma lei moralmente prática. E dessa forma apresentou o princípio supremo da doutrina da virtude: “age de acordo com uma máxima dos fins que possa ser uma lei universal a ser considerada por todos.” A partir desse princípio o autor concluiu que

> um ser humano é um fim para si mesmo, bem como para outros, e não é suficiente não estar ele autorizado a usar a si mesmo ou a outros

[28] NOGARE, 1985, p. 64.

[29] ANDRADE, 2007, p. 81.

[30] KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Trad. de Edsob Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008, p. 65.

> meramente como meios (uma vez que ele poderia, neste caso, ainda ser indiferente a eles); é em si mesmo seu dever fazer do ser humano como tal seu fim[31].

Assim, o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser considerado como uma coisa ou utilizado como forma de obtenção de qualquer objetivo.

Nesse sentido KANT[32] sustenta:

> [...] um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como o sujeito de uma razão moralmente prática, é guindado acima de qualquer preço, pois como pessoa (*homo noumenon*) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma *dignidade* (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo. (grifo no original)

O autor ainda esclarece que a humanidade na pessoa é o objeto do respeito a ser exigido de todo outro ser humano, mas que o indivíduo, por sua vez, também não pode perder[33].

Na obra "Fundamentação da metafísica dos costumes", KANT[34] expõe que tudo apresenta ou um preço ou uma dignidade, e quando uma coisa tem preço, pode perfeitamente ser substituída por algo equivalente; mas por outro vértice, a coisa que se encontra acima de todo preço e, em razão disso não permite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Logo, a dignidade da pessoa, na visão kantiana, é produto da autonomia decorrente da razão e liberdade humanas[35]. Além de fundar a dignidade no homem, o conceito de KANT mostra-se universal, estendendo a dignidade a todos os seres racionais.

Segundo MARTINS[36], percebe-se no pensamento kantiano que todas as ações que conduzam à coisificação do ser humano, como um instrumento de satisfação de outras vontades, são proibidas por absoluta afronta à dignidade da pessoa humana.

---

31 KANT, 2008, p. 239.

32 KANT, 2008, p. 276.

33 KANT, 2008, p. 277.

34 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 65.

35 COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana:** Teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24.

36 MARTINS, 2008, p. 7.

E essa coisificação ficou latente, com maior visibilidade, diante do rompimento dos limites que conduziam ao respeito da dignidade da pessoa, em decorrência dos atos infamantes, representados pela exterminação de seres humanos, praticados no decorrer da Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, COMPARATO[37] expõe que ao dar entrada em um campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão-só, despojado de todos os seus haveres: roupas, objetos pessoais, cabelos, próteses dentárias; mas era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos, tendo em vista que todas as suas forças concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão.

Com o término do conflito e a confirmação dos atos desumanos cometidos, principalmente em relação aos judeus[38], buscou-se a constitucionalização da dignidade da pessoa humana, o que ocorreu com a sua positivação na maioria das constituições ocidentais e com a Declaração Universal das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.

Analisando a história é possível observar de forma suficientemente clara que foi a experiência nazista[39] que gerou a consciência da preservação, a qualquer custo, da dignidade da pessoa humana. A identificação e o resgate da dignidade humana mostraram-se como fruto da reação às atrocidades praticadas na Segunda Guerra contra a espécie humana[40]. Ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa, a Segunda Grande Guerra simbolizou a ruptura com

---

[37] COMPARATO, 2004, p. 23.

[38] Hannah Arendt comenta que a exterminação dos judeus foi precedida por uma sequência muito gradual de medidas antijudaicas, cada uma das quais foi aceita com o argumento de que a recusa a cooperar pioraria ainda mais a situação, até que se atingiu um estágio em que nada pior poderia possivelmente ter acontecido. ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 99.

[39] Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hiltler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campo de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos, etc. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência de determinada raça – “a raça pura ariana”. Cfe. PIOVESAN, 2005, p. 42-43.

[40] NUNES, 2002, p. 48.

relação aos direitos humanos[41], significando o Pós Guerra a esperança de reconstrução desses mesmos direitos. Portanto, foi exatamente o repúdio aos atos praticados pelo totalitarismo[42] que levou a positivação do princípio da dignidade humana.

Na visão de PEREIRA[43], as inscrições constitucionais resultaram de lutas e conquistas políticas associadas à evolução do pensamento, desenvolvimento das ciências e das novas tecnologias. O autor ainda comenta que é a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos.

No que concerne à constitucionalização dos direitos de personalidade, cabe indicar as constituições que, de forma expressa, dispõem em seus textos o princípio da dignidade da pessoa humana: Constituição do México[44] (1917 – art. 3º)[45];

---

41 Direitos Humanos são os direitos do homem, isto é, são direitos que visam proteger os valores mais preciosos da pessoa humana, ou seja, direitos que visam resguardar a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana. Ou ainda como explica João Baptista Herkenhoff, são direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ direitos/textos/dh_utopia/2conceito.html> Acesso em: 20 fev. 2009.

Os direitos humanos são inerentes à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. Cfe. COMPARATO, 2004, p. 57.

42 O totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que tem por finalidade a dominação total dos indivíduos. Não se trata de um regime autocrático, que em contraposição dicotômica a um regime democrático busca restringir ou abolir as liberdades públicas e as garantias individuais, mas de um regime que não se confunde nem com a tirania, nem com o despotismo, tampouco com as diversas formas de autoritarismo, pois se esforça por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade, ou seja, a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. A eliminação da espontaneidade, através do isolamento e da desolação, somente se torna viável plenamente nas condições do campo de concentração, que se mostra, por conseqüência, a instituição paradigmática, constitutiva do cerne do regime totalitário e o laboratório no qual se experimenta o “tudo é possível” da convicção totalitária. Cfe. LAFER, 2006, p. 117.

43 PEREIRA, 2006, p. 94.

44 A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos, além de dispor que a educação é forma de contribuição para a melhor convivência humana. Cfe. COMPARATO, 2004, p. 174.

45 Artigo 3º. A educação que cabe ao Estado – Federação, Estados, Municípios –, deve ser concebida para desenvolver harmonicamente todas as faculdades do ser humano e deve fomentar a ele, ao mesmo tempo, o amor à pátria e a consciência de solidariedade internacional, na independência e na justiça: [...] I. [...] c) Deve contribuir para melhorar a convivência humana, tanto pelos fundamentos que contribui para o fortalecimento do educando, juntamente com o respeito pela dignidade da pessoa e a integridade da família, a convicção do interesse geral da sociedade, quanto pelo cuidado que dedica aos ideais de fraternidade e igualdade de direitos de todos os homens, evitando os privilégios de raça, de credo, de classe, de sexo ou de pessoas [...] (tradução livre). (*La educación que imparte el Estado – Federación, Estados, Municípios -,*

Constituição da Itália (1947 – art. 3º)[46]; Constituição da Alemanha (1949 – art. 1º, n. 1)[47]; Constituição de Portugal (1976 e revisão de 2004 – art. 1º)[48] e Constituição da Espanha (1978 - art. 10, n. 1)[49]. Também as constituições do Leste europeu, após a queda do chamado socialismo real, incluíram entre suas diretrizes a dignidade humana[50]. Ainda nas constituições do Peru (1993 – art. 1º)[51] e da Venezuela (2000 –

---

tenderá a desarrollar armónicamente todas las faculdades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la pátria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia: [...] I. [...] *c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de sectas, de grupos, de sexos o de individuos*; [...]) Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&langpair=en|pt&u=http://www.ilstu.edu/class/hit263/docs/1917const.html&prev=/translate_s%3Fhl%3DptBR%26q%3Dconstitui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bmexicana%2B1917%26tq%3DMexican%2Bconstitution%2Bin%2B1917%26sl%3Dpt%26tl%3Den> Acesso em: 13 mar. 2009.

46 Artigo 3º. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País. (tradução livre) (*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*). Disponível em: <http://www.tudook.com/abi/constituicao_italiana.html> Acesso em: 13 mar. 2009.

47 Artigo 1º. n. 1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais. (tradução livre) (*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verflichtung aller staatlichen Gewalt*). Disponível em: <http://archiv.jura.unisaarland.de/ BIJUS/grundgesetz/> Acesso em: 13 mar. 2009.

48 Artigo 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/> Acesso em: 13 mar. 2009.

49 Artigo 10. n. 1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos das demais pessoas são fundamentos da ordem política e da paz social. (tradução livre) (*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/ laconstitucion.html> Acesso em: 13 mar. 2009.

50 Mencionam o princípio da dignidade humana: Constituição da Croácia (1990 – art. 25), Constituição da Bulgária (1991 – Preâmbulo), Constituição da Romênia (1991 – art. 1º), Constituição da Rússia (1993 – art. 21), entre outras. Cfe. MARTINS, 2008, p. 35.

51 Artigo 1º. A defesa da pessoa humana e o respeito à sua dignidade são o fim supremo da sociedade e do Estado. (tradução livre) (*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son El fin supremo de la sociedad y del Estado*). Disponível em:

art. 3º)[52] há previsão referente à dignidade da pessoa humana, assim como na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[53] (CRFB/1988).

Além das constituições é importante mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, por se tratar de um dos documentos básicos das Nações Unidas e nela encontrarem-se enumerados os direitos que todos os seres humanos possuem. Como observa PIOVESAN[54], a referida Declaração apresenta-se como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos e é caracterizada pela universalidade dos direitos do homem, porque clama pela extensão universal desses direitos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos.

Por sua vez, BOBBIO[55] leciona que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, transfiguram-se na particularidade concreta dos direitos positivos (quando cada Constituição incorpora o disposto na Declaração), para ao final encontrarem a plena realização, não mais abstrata, mas concreta, como direitos positivos universais.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos consta que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um

---

<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/ Cons1993.pdf> Acesso em: 13 mar. 2009.

52 Artigo 3º. O Estado tem como fins essenciais a defesa e o desenvolvimento da pessoa e o respeito a sua dignidade, o exercício democrático da vontade popular, a construção de uma sociedade justa e amante da paz, a promoção da prosperidade e bem-estar do povo e a garantia do cumprimento dos princípios, direitos e deveres reconhecidos e consagrados com esta Constituição. (tradução livre). (*El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución*). Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/ legislacion/constitucion1999.htm> Acesso em: 13 mar. 2009.

53 Artigo 1º da Constituição da República de 1988. 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; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm> Acesso em: 13 mar. 2009.

54 PIOVESAN, 2005, p. 43.

55 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Regina Lyra. 4. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 50.

mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; bem como se mostra essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão. No texto ainda consta que é reafirmado pelos povos das Nações Unidas a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, bem como se considera a decisão de promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla[56]. Dessa forma a Declaração Universal dos Diretos Humanos se apresenta como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações.

Vislumbra-se no texto em comento a preocupação em proteger os direitos humanos fundamentais, entre os quais se destaca a dignidade humana, tendo em vista que o desrespeito a tais direitos propiciou os atos de tirania e agressões praticados na Segunda Grande Guerra[57]. Essa preocupação se observa igualmente no artigo 1 da Declaração, onde se encontra expresso que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Portanto, destaca-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um marco, e de acordo com a doutrina, conforme já registrado, foi elaborada em resposta e sob a influência da Segunda Guerra Mundial, já que esta que causou um assombro sem precedentes, tanto em razão do grande número de pessoas mortas, como pelo objetivo de sua deflagração, qual seja, a subjugação de povos considerados inferiores, e cujo ápice foi o lançamento de bombas atômicas no

---

[56] Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_intern_universal.htm> Acesso em: 03 jan. 2009.

[57] A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra, e cuja revelação só começou a ser feita, e de forma muito parcial, após o encerramento das hostilidades. Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar. Cfe. COMPARATO, 2004, p. 223.

Japão[58], ato que demonstrou a possibilidade do homem destruir a humanidade[59]. As fotos divulgadas pelos meios de comunicação do sofrimento gerado pelo lançamento das bombas em cidades japonesas, até os dias de hoje causam repulsa diante da crueldade praticada contra seres humanos, entre os quais, mulheres e crianças. Esse sentimento de aversão também se tornou fato quando do conhecimento dos crimes realizados pelo regime nazista, um genocídio[60] sistemático e deliberado, conhecido como holocausto[61].

E foi exatamente esse sentimento de animosidade, de repulsa aos atos do exército nazista, que solidificou a necessidade de se promover a proteção da dignidade humana.

Assim, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos foram retomados os ideais da Revolução Francesa e foi promovida, de forma contundente, vigorosa influência na progressiva codificação da proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. É certo que na atualidade os preâmbulos dos principais

---

58 Os Estados Unidos lançaram bombas atômicas nas cidades japonesas de Hiroshima em 06 de agosto de 1945 e em Nagazaky no dia 9 de agosto. Milhares de pessoas morreram por causa dos efeitos da radiação. O ataque fez com que o Japão se rendesse incondicionalmente, pondo fim à Segunda Guerra Mundial em 02 de setembro de 1945. Disponível em: <http://www.historiado exercito.hpg.ig.com.br/menu/bomba/Bomba. htm> Acesso em: 20 fev. 2009.

59 SILVA, 2007, p. 42.

60 Segundo a Convenção das Nações Unidas sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, datada de 1948, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/02_capitulo_02. pdf> Acesso em: 20 fev. 2009.

61 O termo Holocausto traduz, por tradição, a palavra hebraica *Shoah* (literalmente catástrofe ou hecatombe). Os nazistas se especializaram numa obstinada determinação de eliminar um povo inteiro e na conquista e "arianização" territorial. Dizimaram massivamente, além de judeus, pessoas de "raças" que consideravam inferiores. Cabe observar que o genocídio judeu se mostrou bastante singular. Primeiro, porque contra os judeus foram aplicados os métodos jamais imaginados de extermínio; segundo, porque os judeus foram destinados a desaparecer completamente como povo; terceiro; porque contra os judeus, os nazistas travaram uma guerra racial, sem qualquer outro objetivo que não fosse o de exterminá-los completamente; quarto, porque nunca se configurou uma burocracia e uma indústria voltada para a matança de seres humanos tal como a construída pelos nazistas; quinto: não havia salvação dessa matança, que ocorreu em fases distintas e foi sendo paradoxalmente incrementada na medida em que os alemães percebiam que não tinham mais qualquer chance de vencer a guerra. Em menos de quatro anos, quase 6 de cerca de 12 milhões de pessoas pertencentes a um grupo étnico-cultural simplesmente foram assassinadas em massa. Em média, 4.110 pessoas por dia, sem distinção entre homens, mulheres, jovens crianças e velhos. Disponível em: <http://www.espacoacademico. com.br/043/43cmilman.htm> Acesso em: 20 fev. 2009.

instrumentos legislativos dos Estados democráticos remetem à Declaração de 1948, mostrando uma preocupação com a garantia da dignidade humana[62].

Nas palavras de PIOVESAN[63], a Declaração Universal de 1948, ao apresentar a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo dos direitos. Prossegue a autora apontando que a condição humana é requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, uma vez que todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, isto é, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana projeta-se, portanto, por todo o sistema de proteção.

Destarte, mostra-se que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é por certo uma das grandes conquistas da cultura moderna, após a verificação da potencialidade do homem em promover a destruição de sua própria espécie. Fato que contraria todas as reflexões promovidas em relação ao ser humano desde a Antiguidade, conforme relatado.

Por fim, cabe observar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos expressou a consciência da humanidade sobre a dignidade da pessoa humana, na época atual, e demonstrou ser necessário promover sua afirmação, defesa e proteção[64].

Após todo o relato, ainda que breve, da evolução do princípio da dignidade humana, aporta-se no Brasil onde ele foi positivado pela Constituição de 1988 que o declarou como fundamento da República Federativa do Brasil, criando desse modo, uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Destaca-se que a pessoa humana ganhou significativa relevância por parte do legislador constitucional brasileiro, haja vista que a questão da dignidade foi abordada, ainda que tardiamente, em outros capítulos da Constituição de 1988, além do artigo 1º, inciso III. Nesse sentido é importante observar o disposto no artigo

---

62 Cabe observar que em 1917 a Constituição do México já fazia referência à dignidade da pessoa humana ao dispor sobre seu valor o qual deveria orientar o sistema educacional do país (Art. 3º, inciso I, letra “c”).

63 PIOVESAN, 2005, p. 46.

64 MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos:** O ser humano num mundo em transformação. Bauru, SP: EDUSC; São Paulo: Loyola; Rio de Janeiro: PUC, 2002, p. 74.

170[65], ao tratar da ordem econômica; o artigo 226, parágrafo 7º[66], ao abordar a paternidade responsável e o planejamento familiar; bem como o artigo 227[67], que no *caput* assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade e à convivência familiar entre outros. Os dispositivos constitucionais são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o manto da dignidade humana, merecendo especial proteção a criança e o adolescente pelo fato de estar em formação a sua personalidade no período de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.

Portanto, a Constituição da República de 1988, ao dispor sobre a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, reconheceu que o Estado existe em função da pessoa humana, tendo em vista que a finalidade primordial da atividade estatal é o ser humano.

Logo, a dignidade da pessoa humana é o ponto de esteio do Estado Democrático de Direito brasileiro – o fundamento básico dele, o ápice da pirâmide valorativa do ordenamento jurídico instituído pela Constituição da República de 1988[68].

Cabe ainda registrar que nos dias atuais a dignidade humana atua no sentido de assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todas as pessoas humanas que integram a entidade familiar, ainda que se observe no dia-a-dia violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, haja vista as agressões sofridas pelas crianças, adolescentes e idosos no recesso do lar, fatos estes que são constantemente noticiados pela mídia, além de originarem processos que tramitam perante o Poder Judiciário em busca de solução.

Para melhor compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana entende-se como indispensável apresentar seu conceito, em que pese a doutrina afirmar a dificuldade em propor uma única definição.

---

65 CRFB/1988. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, [...].

66 CRFB/1988. Art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, [...].

67 CRFB/1988. 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 dignidade [...].

68 MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri, SP: Manole, 2003, p. 97.

1.1.2 Conceito de dignidade humana

O conceito de dignidade humana mostra-se de difícil definição[69], uma vez que encerra concepções e significados variados, ou seja, cuida-se de conceito com contornos vagos e imprecisos. O que se percebe é que seu sentido foi sendo construído e compreendido ao longo do tempo e mediante as ações praticadas pelo próprio ser humano. O que no início se mostrava como reflexão filosófica ou pensamento religioso foi evoluindo para uma prática efetiva de proteção à dignidade da pessoa humana.

Do plano subjetivo a proteção da dignidade humana salta para um plano objetivo, com sua positivação em diversas declarações e constituições, conforme anteriormente apontado. Todavia, não se pode deixar de observar que a dignidade humana não é resultante da sua positivação na legislação, já que representa um dos conceitos *a priori*, ou seja, preexistente a toda experiência especulativa, isto é, tal valor não foi introduzido pelo Direito, mas constitui dado prévio, valor próprio da natureza da pessoa humana[70]. Ou ainda, conforme aponta SILVA[71], a dignidade é reconhecida a toda pessoa humana na medida em que ela se apresenta como um sujeito ético individual, isto é, um ser revestido de potencialidade suficiente para se determinar, por intermédio da razão, para a ação em liberdade.

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como o núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, dando-lhe sentido e mostrando-se como ponto de partida e de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, portanto, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, tendo em vista que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade[72].

---

69 Cfe. GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 96. No mesmo sentido: GAMA, 2003, p. 132; MARTINS, 2008, p. 17; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais:** Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38; ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 22.

70 GAMA, 2003, p. 133.

71 SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002, p. 192.

72 PIOVESAN, 2005, p. 49-50.

Na linguagem natural, expressa em dicionário comum, a dignidade é conceituada como modo de proceder que inspira respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; distinção; qualidade de digno; honestidade[73].

Buscando uma conceituação mais formal, SILVA[74] consigna que a palavra dignidade é derivada do latim *dignitas*, que significa virtude, honra, consideração e, em regra, se entende como a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida.

Também ABBAGNANO[75] contribui para a conceituação formal da palavra dignidade expondo que após as duas grandes guerras, a exigência da dignidade do ser humano revelou-se como pedra de toque fundamental para a aceitação dos ideais que passaram a nortear as formas de vida no mundo contemporâneo.

Na concepção de KANT[76] o ser humano considerado como pessoa coloca-se acima de qualquer preço, pois como pessoa não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou até mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, ou seja, ele possui uma dignidade, que equivale a um valor interno absoluto, através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os demais seres racionais do mundo.

Portanto, a dignidade apresenta-se como o alicerce de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem, como sendo tudo aquilo que não tem preço e que não pode ser objeto de troca; fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesma e não como objeto ou meio para se atingir outros fins, como bem explicitou KANT.

Por sua vez, HABERMAS[77] explica que a dignidade humana não é uma propriedade que se pode "possuir" por natureza, como a inteligência ou os olhos azuis. Ela marca, antes, aquela "intangibilidade" que só pode ter um significado nas

---

73 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: O minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002, p. 236.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 248.

74 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 267.

75 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 259.

76 KANT, 2008, p. 276.

77 HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** Trad. de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas.

Ainda se registra a visão constitucionalista de SILVA[78] que afirma:

> Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. "Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos exigência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

No presente trabalho o conceito adotado é de SARLET[79] que propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa, partindo da matriz kantiana e sustentando que se trata de uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, de forma que implica um complexo de direitos e deveres fundamentais que venham assegurar à pessoa proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, assim como possam assegurar-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida digna, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Dessa forma, como valor intrínseco da pessoa humana, a dignidade não pode ser violada ou sacrificada. E conforme registra ZISMAN[80] o princípio da dignidade há que ser observado a cada aplicação da lei, a cada julgamento emitido pelo Poder Judiciário, bem como em toda ação de qualquer indivíduo da sociedade. É princípio cuja aplicação propicia o reconhecimento do homem como ser digno de proteção.

---

[78] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

[79] SARLET, 2001, p. 60.

[80] ZISMAN, 2005, p. 33.

Portanto, o princípio jurídico da dignidade como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade[81].

Logo, o que se percebe diante da conceituação colacionada é que onde não existir respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde o poder se apresenta ilimitado, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não obtiveram reconhecimento e o mínimo de garantia, não haverá espaço para a dignidade humana e a pessoa, por sua vez, poderá ser tida como um mero objeto de arbítrio e injustiças[82].

Destarte, o que se registra para finalizar esse tópico é que a pessoa tem dignidade exatamente por ser pessoa, de modo que o princípio da dignidade é o primeiro de todos, ou seja, seu valor transcende a qualquer outro direito. O ser humano possui em si mesmo um valor moral intransferível e inalienável, cuja atribuição se deu exatamente pelo fato de ser pessoa humana, independentemente de suas qualidades individuais.

E para finalizar, parafraseando SILVA[83], registra-se que a pessoa humana constitui-se em um bem, dotada de dignidade própria, que significa o seu valor, não podendo ser sacrificada em benefício de qualquer interesse coletivo. Dessa forma, evidencia-se como uma das finalidades do Estado promover as condições necessárias para que as pessoas tenham uma existência digna.

Na sequência será abordada a aplicação do princípio da dignidade humana na entidade familiar.

1.1.3 A dignidade humana na entidade familiar

Dois temas fundamentais entrecruzam-se: direitos humanos e vida familiar. A família representa importante aspecto dos direitos humanos, tendo em vista que é nela que devem ser reconhecidos, preliminarmente, os direitos fundamentais de toda

---

81 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, ano 91, **Revista dos Tribunais**, n. 797, março 2002, p. 15.

82 SARLET, 2001, p. 59.

83 SILVA, 2006, p. 62.

pessoa. Portanto, direitos humanos e a instituição da família apresentam estreita relação e apóiam-se em um valor fundamental: a dignidade humana.

Depois do reconhecimento da intangibilidade da vida humana, a primeira consequência direta que se pode tirar do princípio da dignidade humana é o respeito à integridade física e psíquica da pessoa[84]. E, diante disso, é no seio da entidade familiar que se deve promover, desde a concepção do indivíduo, esse respeito a sua integridade.

Por certo que todo ser humano tem dignidade somente pelo fato de ser pessoa. Assim como também é correto afirmar que a pessoa humana sozinha não seria capaz sequer de sobreviver, ou seja, caso perdesse seus pais nos primeiros meses de vida, o ser humano não resistiria se não tivesse alguém que o acolhesse. Portanto, a vida familiar é de extraordinária relevância para a formação e o desenvolvimento equilibrado e pleno da pessoa humana[85]. O que significa, no entender de DIAS[86], que a dignidade humana encontra na família o solo apropriado para florescer.

Importante anotar que o estado de família nasce de um fato, como o nascimento ou de um ato jurídico, como a adoção. Assim, a pessoa humana nasce inserida na família, a partir de onde estabelece as suas potencialidades com a finalidade de harmonizar a convivência em sociedade e atingir a sua realização pessoal[87].

Cabe mencionar a lição de NUNES[88] ao comentar a dignidade humana:

> [...] a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência. Mas acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou [...] tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade –, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade. [...] Ter-se-á, então, de incorporar no conceito de dignidade uma qualidade social como limite à

---

84 AZEVEDO, 2002, p. 21.

85 MOURA, 2002, p. 105.

86 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 58.

87 FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133.

88 NUNES, 2002, p. 49-50.

> possibilidade de garantia. Ou seja, a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra.

Assim a posição de realce concedida à dignidade humana pela Constituição de 1988 conduz à compreensão de que o pilar do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo, tanto nas relações travadas com o Estado, quanto nas relações particulares, cujo fundamento deve ser o respeito que cada um merece ter do seu semelhante, desde as relações mais corriqueiras até as mais complexas[89].

E nas relações comuns do dia-a-dia pode-se vislumbrar a existência em família, uma vez que a entidade familiar é parte do cotidiano da pessoa humana, é o lugar onde o indivíduo aprende e ensina a arte de viver e conviver com seus semelhantes.

A família, na percepção de FARIAS[90], serve como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a plena realização de cada um de seus membros, uma vez que é no núcleo familiar que ocorrerão os fatos elementares da vida do ser humano, desde o seu nascimento até sua morte, entre os quais é possível apontar as escolhas profissionais e afetivas, assim como a vivência cotidiana dos problemas e dos sucessos.

Ou ainda, como sustenta GROENINGA[91], a família mostra-se como sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, ideias e ideais, sonhos e realizações. Uma instituição que toca os sentimentos mais internos de cada ser humano. Não é somente a célula *mater* da sociedade, mas também é um paradigma para outras formas de organização e instituições e ao mesmo tempo em que é vista como relação privada se apresenta como pública. E pode ser equiparada a um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação a cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração.

---

89 DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 58.

90 FARIAS, 2007, p. 132.

91 GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise: Um novo horizonte epistemológico. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 258.

Em razão de todas as transformações a experiência na vida familiar é sumamente enriquecedora em diferentes aspectos. Todavia, se não houver um esforço contínuo de depuração dos sentimentos, de classificação dos objetivos, de atenção ao bem comum iluminada pelo conhecimento e pela convicção da obrigatoriedade, dificilmente haverá uma conquista total do bem-estar familiar e conseqüentemente uma realização plena de cada um como pessoa[92].

Observa-se que a partir da Constituição da República de 1988 a visão de família foi objeto de profundas mudanças, haja vista que o núcleo familiar passa de patriarcal para o reconhecimento do vínculo afetivo como fundamento para a existência da entidade familiar[93]. É, portanto, a busca do conceito ideal da dignidade da pessoa humana sobrepondo-se aos valores meramente patrimoniais.

Nessa linha o pensamento de MADALENO[94] estabelecendo que a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal forma que todas as disposições referentes à entidade familiar devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.

A proteção que hoje se dispensa à família encontra-se totalmente centrada no ser humano, ou seja, na valorização incontestável da dignidade da pessoa. Tal postura revela-se no *caput* do artigo 226[95]; no parágrafo 7º do artigo 226[96]; no parágrafo 6º do artigo 227[97] e, também, no artigo 230[98], todos da Constituição da República de 1988.

A análise da Constituição de 1988 demonstra o surgimento de novos valores que promoveram modificações no âmbito da família, tais como: a família se apresenta na forma de instrumento no desenvolvimento da dignidade de seus membros e se torna desvinculada da obrigatoriedade do casamento; vincula a

---

92 MOURA, 2002, p. 108.

93 FARIAS, 2007, p. 132.

94 MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

95 CRFB/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

96 CRFB/1988. Art. 226, § 7º. Fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal [...].

97 CRFB/1988. Art. 227, § 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.

98 A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar às pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

paternidade responsável ao planejamento familiar; reconhece a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem; exibe a família como provedora, ao lado da sociedade e do Estado, de direitos, dentre os quais se destaca o direito da criança e do adolescente à dignidade e à convivência familiar. E nesse último aspecto, destaca-se o reconhecimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente[99].

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 13 de julho de 1990, prevê o princípio da dignidade humana, conforme se colhe do disposto no seu artigo 15[100], o que significa afirmar a garantia da efetividade, dos direitos constitucionais, considerando a fundamentalidade desses direitos calcados nas necessidades básicas de crianças e adolescentes[101].

A entidade familiar deve ser entendida, nos dias de hoje, como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade e imposição de condutas éticas[102]. Por outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional, já que sua função primordial é promover a tutela da pessoa humana[103].

A família existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, cabendo-lhe valorizar de forma definitiva e incontroversa a pessoa humana, assim como devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade[104].

A dignidade humana torna cada pessoa merecedora de respeito e proteção concretos, voltados para as suas prementes necessidades vitais, asseguradas a sua integridade física e psíquica contra todo ato que possa violar suas condições

[99] VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 45.

[100] Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

[101] VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. da (Coord.) **Direito da Criança e do Adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 22. v. 5. (Coleção Resumos Jurídicos).

[102] Educar o filho é dever ético essencial. Educar para a vida em plenitude, incluindo a vida afetiva. É função que os pais não podem declinar, uma vez que é deles a responsabilidade primária pelo equilíbrio futuro dos filhos. Cfe. NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111-112.

[103] FARIAS, 2007, p. 132.

[104] FARIAS, 2007, p. 136.

existenciais mínimas[105]. A finalidade da família é a de proteção física e psíquica, dada pela qualidade de desamparo inerente ao ser humano. Ao nascer, diante da fragilidade de que se reveste, a pessoa humana necessita da ajuda do outro para sua sobrevivência. Os seres humanos agregam à dependência biológica a dependência psíquica, fator essencial de sua constituição. Pode-se afirmar que a família tem como finalidade propiciar o desenvolvimento no ser humano de sua capacidade de pensamento em sintonia com os sentimentos[106]. Nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas[107].

Ninguém nasce completo. Pelo contrário, o ser humano nasce incompleto e no início da vida a pessoa é dotada de fragilidade, necessitando, obrigatoriamente, do auxílio de outros. E, dessa forma, no decorrer de sua vida e com a ajuda de outras pessoas, o ser humano constrói sua identidade e personalidade, ele vai se edificando em um processo de autoconhecimento e da interação social. É a partir do relacionamento com o outro que a pessoa humana se molda e, verdadeiramente constitui-se, em todas as suas dimensões. E, por conseguinte, edifica, também, a sua dignidade de forma genuína, pois, embora esta seja concebida de forma singular, visto que compõe a humanidade de cada ser, ela só se forma plenamente sob o olhar do outro[108].

Assim a dignidade significa o reconhecimento de cada pessoa, na sua singularidade, com tudo aquilo que é próprio da sua individualidade, enquanto ser único. É sob esse prisma que se considera a dignidade dos co-partícipes da relação parental: como uma construção dual, perpassada pelo respeito mútuo. Isso porque, mesmo que os pais tenham muito a ensinar aos filhos, a contribuir para a construção da sua dignidade e personalidade, esses – mesmo sem saber ou sem querer - também ensinam muito aos pais. Essa relação igualmente se constitui em uma

---

105 FARIAS, 2007, p. 144.

106 GROENINGA, Giselle Câmara. Família: Um caleidoscópio de relações. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 136-137.

107 LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

108 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 71.

construção conjunta, isto é, uma edificação familiar e afetiva, formada mediante o diálogo com o próximo[109].

A doutrina vem destacando o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos[110], o que reforça a necessidade de garantir os direitos fundamentais do ser humano.

Constata-se, universalmente, que a dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos fundamentais. Ela pressupõe o reconhecimento dos mesmos pela ordem jurídica, em todos os seus aspectos e dimensões. Além disso, a dignidade da pessoa humana foi especialmente vertida para a criança e o adolescente, no *caput* do artigo 227 da Constituição da República de 1988. Por conseguinte, eles têm sua dignidade assegurada não apenas de forma geral no artigo 1º da Constituição, mas de forma específica no dispositivo supracitado[111].

Na família, além da valorização da pessoa humana, obteve relevo, também, a convivência, reforçada pela preponderância da afetividade[112]. Reitera-se que após a Constituição de 1988 vive-se uma nova concepção de família, cujos membros unem-se pelo afeto. Sem afetividade, não mais se concebe a existência da família. Diante disso, todos os membros da família são detentores de dignidade que deve ser preservada e protegida. Assim, qualquer desrespeito ao direito de viver em família é uma grave violação a um direito indisponível. E como ponderou MIRANDA, citado por FARIAS[113], "enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida". Efetivamente, a família de hoje, centra-se na dignidade do ser humano, e sua transformação é para permitir que a dignidade de cada um de seus membros seja destacada.

Por fim, cabe observar que o ser humano é levado a viver em vários tipos de sociedades, dos quais a família é o primeiro núcleo e uma decorrência da própria natureza social do ser humano[114]. E a partir do momento que a família é composta

---

109 TEIXEIRA, 2005, p. 74.
110 HABERMAS, 2004, p. 49-51.
111 TEIXEIRA, 2005, p. 78.
112 TEIXEIRA, 2005, p. 60.
113 MIRANDA *apud* FARIAS, 2007, p. 144.
114 MOURA, 2002, p. 140.

por pessoas, mostra-se necessário afirmar que cada um de seus membros merece a proteção e a garantia de preservação de sua dignidade, de forma a assegurar a comunhão plena de vida.

E nessa linha de pensamento, voltada para a preservação do ser humano, emerge a proteção integral da criança e do adolescente, uma vez que estes seres passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos. Este é o próximo ponto para reflexão, já que ao se falar de família, geralmente remete-se a existência de crianças e adolescentes na entidade familiar[115].

1.2 A Teoria da Proteção Integral da Criança e do Adolescente

No entender de PIOVESAN[116] com o advento da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 inaugura-se, na cultura jurídica brasileira, um novo paradigma inspirado na concepção da criança e do adolescente como verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento. Todavia, nem sempre a criança e o adolescente foram considerados como sujeitos de direitos.

De acordo com os estudos de ARIÈS[117], os homens dos séculos X e XI não se detinham diante da imagem da infância, já que esta não tinha interesse algum para a sociedade da época, tendo em vista que simplesmente representava um período de transição rapidamente superado e sem importância. Prosseguindo, o autor explica que a descoberta da infância começou por volta do século XIII[118].

O referido autor, analisando as transformações da vida social através da representação do núcleo familiar, descreve que a família medieval, ao menos na Inglaterra do século XV, conservava as crianças em casa até a idade de sete anos, e, após elas eram encaminhadas às casas de outras pessoas, onde permaneciam até aproximadamente catorze anos, para fazerem o serviço pesado, período este considerado como de aprendizagem. Explica também que a principal obrigação das

---

115 Ressalta-se, no entanto, que a família não está necessariamente vinculada ao nascimento de filhos.

116 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 296.

117 ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família.** 2. ed. Rio de Janeiro: LTC,1981, p. 18.

118 ARIÈS, 1981, p. 28.

crianças era fazer o serviço doméstico, o que levava os menores a um constante contato com os adultos e que esta prática independia de fortuna, pois todos enviavam suas crianças para casas alheias, enquanto recebiam em seu próprio lar crianças estranhas. Dessa forma, as crianças aprendiam pela prática, ou seja, através do serviço doméstico o mestre transmitia ao filho de outro homem, a bagagem de conhecimentos, a experiência prática e o valor humano que pudesse possuir[119].

Foi a partir do século XVIII que tudo o que se referia às crianças e à família tornam-se um assunto sério e digno de atenção. Nesse período não apenas o futuro das crianças, mas também a simples presença e existência passaram a ser dignas de preocupação e, dessa forma, a criança assumiu um lugar central dentro da família[120]. Cabe, todavia, observar que no período em comento não se fazia referência a direitos de crianças e adolescentes, mas de suas obrigações.

Somente no início do século XX deu-se início ao movimento para proteção dos direitos elementares das crianças, na busca de se promover uma proteção especial. Foi nesse século que as crianças e os adolescentes foram alçados à condição de sujeitos de direito, pessoa em desenvolvimento e prioridade absoluta. E para melhor compreensão dessa trajetória faz-se necessário conhecer o caminho que conduziu a esse reconhecimento.

Assim, na doutrina internacional, de acordo com GRIFFITH citado por PEREIRA[121], a origem do princípio do *best interest of the child*[122] encontra-se no Direito inglês, onde o instituto do *parens patriae*[123] se apresentava como prerrogativa do Rei em proteger aqueles que nada podiam fazer em causa própria. Ressalta-se que nesse período, por volta do século XVIII, a criança era considerada uma "coisa pertencente ao seu pai" e apresentava-se de forma predominante a preferência de custódia para

---

119 ARIÈS, 1981, p. 154-156.

120 ARIÈS, 1981, p. 105.

121 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança" no âmbito das relações familiares. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 208.

122 Melhor interesse da criança.

123 O instituto do *parens patriae* é definido como "a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica". Cfe. GRIFFITH *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 42.

o pai, sem que se levasse em consideração as conseqüências decorrentes de tal decisão.

Prossegue PEREIRA[124] explicando que, em 1763, dois julgados do Juiz Lord Mansfield, identificados como caso Rex *v*. Delaval e caso Blissets, são conhecidos no Direito costumeiro inglês como os precedentes para a primazia do interesse da criança e o que era mais apropriado para o seu desenvolvimento, mas somente em 1836, este princípio tornou-se efetivo na Inglaterra.

Nos Estados Unidos o referido princípio foi recepcionado pela jurisprudência em 1813, no caso *Commonwealth v*. *Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirma a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais[125]. Foi nessa oportunidade que se introduziu a doutrina da *Tender Years Doctrine*[126], a qual considerava que, em razão da pouca idade, a criança precisava do carinho e atenção da mãe, que seria a pessoa ideal para dispensar tais cuidados e assistência. Essa doutrina proliferou por todo o país e passando a vigorar uma "presunção de preferência materna", que somente não seria levada em conta caso ficasse demonstrado o despreparo da mãe.

A partir do século XX, a maioria dos estados americanos modificou a orientação relegando esta preferência materna e aplicando a teoria *tie breaker*, segundo a qual todos os fatores são igualmente considerados e que, portanto, deve prevalecer uma aplicação neutra do melhor interesse da criança[127]. Atualmente, a aplicação do melhor interesse permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades de crianças e adolescentes em detrimento dos interesses de seus pais, cabendo sempre a realização de uma análise do caso concreto.

No tocante à legislação, a primeira tentativa de elaboração de um documento que contivesse os direitos da criança, num único texto, surgiu através da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, formulada pela Liga das

---

124 PEREIRA, 2003, p. 209.

125 GRIFFITH citado por PEREIRA, 2003, p. 209.

126 Doutrina da menor idade.

127 A mudança na orientação é atribuída a 14ª Emenda Constitucional americana que, entre outros direitos, estabeleceu a igualdade do homem e da mulher. Cfe. SILVA, 2008, p. 44.

Nações em 1924, que determinava a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial[128].

A Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948 também estabeleceu para a infância o direito a cuidados e assistência especiais[129]. Todavia, somente em 1959 é que foi consagrada a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, tendo por base para a sua elaboração a Convenção de Genebra de 1924. No preâmbulo da Declaração consta, textualmente, a reafirmação da fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano; a necessidade de proteção e cuidados especiais às crianças, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento; assim como o enunciado de que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços. A referida Declaração estabelece dez princípios básicos, entre os quais se podem destacar: o direito da criança à proteção especial para o seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual (Princípio 2)[130]; responsabilidade dos pais em promover um ambiente de afeto e segurança moral e material, não cabendo separá-la da mãe em tenra idade, salvo circunstâncias

---

[128] Em 1923, a *International Union for Child Welfare*, organização não-governamental, formula os princípios dos Direitos da Criança. No ano seguinte, reunida em Genebra, a Liga das Nações incorpora e revela os princípios na primeira Declaração dos Direitos da Criança. São quatro pontos julgados essenciais: 1 – A criança tem o direito de se desenvolver de maneira normal, material e espiritualmente; 2 – A criança que tem fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser tratada; a criança retardada deve ser encorajada; o órfão e o abandonado devem ser abrigados e protegidos; 3 – A criança deve ser preparada para ganhar sua vida e deve ser protegida contra todo o tipo de exploração; 4 – A criança deve ser educada dentro do sentimento de que suas melhores qualidades devem ser postas a serviço de seus irmãos. Disponível em: <http://www. direitoshumanos.usp.br/counter/Biblio/txt/mluiza.html >. Acesso em: 14 jan. 2009.

[129] Declaração Universal de Direitos do Homem. Art. 25. Alínea 2. A maternidade e a infância têm direito a uma ajuda e a uma assistência especiais. Todas as crianças, quer sejam nascidas no casamento ou fora do casamento, desfrutam da mesma proteção social.

Declaração Universal de Direitos do Homem. Art. 26. Alínea 3. Os pais têm, por prioridade, o direito de escolher o gênero de educação e dar a seus filhos. Disponível em: <http://www. dhnet.org.br/direitos/deconu /textos/onu3.htm> Acesso em: 14 jan. 2009.

[130] Declaração dos Direitos da Criança. Princípio 2. A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/ pmpa/prefpoa/sms/ usu_doc/direitos_da_crianca.pdf> Acesso em: 14 jan. 2009.

excepcionais (Princípio 6)[131]; direito para brincar e divertir-se (Princípio 7, alínea 2)[132] e proteção contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração (Princípio 9)[133]. De fato, no decorrer de seus dez princípios a Declaração registra que a criança, diante da sua condição especial de pessoa em desenvolvimento deve ser detentora de prerrogativas e privilégios e apresenta como finalidade assegurar que seu desenvolvimento se dê de forma integral e saudável.

Nota-se que, especialmente, no segundo princípio está consignado o que representa a proteção diferenciada ao afirmar que a criança deve ser beneficiária, bem como dispor de oportunidades e serviços por efeito de lei e de outros meios, que lhe possibilitem desenvolver-se de maneira saudável e normal, nos planos físico e intelectual, assim como em condições de liberdade e dignidade, sendo que todos os dispositivos legais criados com esse objetivo tomaram como consideração fundamental o interesse superior da criança[134].

Essa Declaração tornou-se um guia para a atuação, tanto privada quanto pública, em favor da criança. Ao afirmar em seu Preâmbulo que a humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços, o documento passou a ser reconhecido como um marco moral para os direitos da criança, assim como a teoria da proteção integral passa a germinar a partir desse instrumento, sendo posteriormente, abarcada totalmente pelos termos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

---

[131] Declaração dos Direitos da Criança. Princípio 6. 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 de 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 aquelas 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. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/sms/usu_doc/direitos_da_crianca.pdf> Acesso em: 14 jan. 2009.

[132] Declaração dos Direitos da Criança. Princípio 7. Alínea 2. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/ sms/usu_doc/direitos_da_crianca.pdf> Acesso em: 14 jan. 2009.

[133] Declaração dos Direitos da Criança. Princípio 9. A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/sms/usu_doc/direitos_da_crianca.pdf> Acesso em: 14 jan. 2009.

[134] SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 73.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança representa, segundo NOGUEIRA[135], apenas princípios e não obrigações para os signatários. No mesmo sentido, colhe-se da lição de VERONESE[136] a sustentação de que o referido documento apenas sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente sugestões de que os Estados poderiam ou não se utilizar[137]. Na mesma linha de entendimento PEREIRA[138] elucida que o documento em apreço representa princípios para os signatários e não obrigações para estes Estados. Por fim, ZISMAN[139] arremata afirmando que a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) não tem eficácia jurídica porque não é obrigatório o seu cumprimento, uma vez que os Estados não têm o dever de obedecer ao que dispõe o referido documento, a não ser quando retomado sob forma de convenção ou pacto firmado internacionalmente. Nesse caso, os países signatários passam a ter o dever de honrar os pactos.

Em 1989 é aprovada pela ONU a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, composta por 54 artigos, divididos em três partes e precedida de um preâmbulo. A Convenção define o conceito de criança[140] e estabelece parâmetros de orientação e atuação política de seus Estados-Partes[141] para obtenção dos princípios nela estabelecidos, visando ao desenvolvimento individual e social saudável da infância, tendo em vista ser este um período básico na formação do caráter e da personalidade da pessoa humana. Em que pese não mencionar expressamente em seus dispositivos o termo "proteção integral da criança", seus artigos estabelecem

---

135 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação se constrói:** O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 168.

136 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999, p. 97.

137 Posição contrária: "[...] a Declaração Universal dos Direitos da Criança pode ser entendida como dotada de força obrigacional, tendo em vista também poder atribuir-se à mesma um caráter de *jus cogens*. Cfe. SOUZA, 2001, p. 60.

138 PEREIRA, 2008, p. 21.

139 ZISMAN, 2005, p. 164.

140 Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/ doc_crianca.php> Acesso em: 15 jan. 2009.

141 Pode-se citar: Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 2. Alínea 1. Os Estados-Partes **respeitarão** os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, [...]. Art. 6. Alínea 2. Os Estados-Partes **assegurarão** ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança. (grifou-se). Disponível em: <http://www.onu-brasil.org. br/doc_crianca.php> Acesso em: 15 jan. 2009.

efetiva proteção quanto a não discriminação (art. 2)[142], ao direito à vida (art. 6)[143], à filiação (art. 7)[144], à vida familiar (arts. 8, 20 e 21)[145], à saúde (art. 24)[146], ao lazer (art. 31)[147], entre outros. Assim, todos os dispositivos indicados demonstram a proteção integral à criança, sobretudo porque estão orientados no sentido de buscar o maior interesse da própria criança.

Destaca-se da Convenção a importância concedida à unidade familiar como suporte para o crescimento social e emocional, harmônico e saudável da criança, conferindo aos pais ou outra pessoa encarregada, a responsabilidade de proporcionar, conforme suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao pleno desenvolvimento da criança[148], sendo responsabilidade do Estado-Parte adotar medidas apropriadas a fim de auxiliar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo este direito e caso necessário

---

[142] Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 2. Alínea 2. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares. Disponível em: <http://www.onubrasil.org.br/ doc_crianca.php> Acesso em: 15 jan. 2009.

[143] Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 6. Alínea 1. Os Estados-Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/ doc_crianca.php> Acesso em: 15 jan. 2009

[144] Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 7. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/ doc_crianca.php> Acesso em 15 jan. 2009

[145] Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 8. Os Estados-Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 20. As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 21. Os Estados-Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. [...].Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php> Acesso em 15 jan. 2009.

[146] Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 24. Alínea 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org. br/doc_crianca.php> Acesso em 15 jan. 2009.

[147] Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 31. Alínea 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_ crianca.php> Acesso em 15 jan. 2009.

[148] Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 27. Alínea 2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org. br/doc_crianca.php> Acesso em 15 jan. 2009.

proporcionando assistência material e programas de apoio, especialmente no que se refere à nutrição, ao vestuário e à habitação. Por conseguinte, a Convenção fundamenta-se em três princípios básicos, a saber: 1) proteção especial da criança como ser em desenvolvimento; 2) o lugar ideal para o seu desenvolvimento é a família; 3) as Nações obrigam-se a eleger a criança como prioridade.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança constituiu, portanto, marco da consagração da teoria da proteção integral e da prioridade absoluta aos direitos da criança, sendo que sua ratificação pelo Brasil deu-se em 24 de setembro de 1990, sendo aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, transformando-a em lei interna.

Oportuno ressaltar que a Convenção trata de documento representativo do mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças e adolescentes.

Segundo dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), 192 países ratificaram a Convenção, quando de sua adoção em novembro de 1989, o que faz dela o documento de direitos humanos mais aceito na história universal. Não tomaram parte, apenas os Estados Unidos da América e a Somália, muito embora tenham sinalizado a intenção de ratificar o documento ao assiná-lo formalmente[149].

É importante reconhecer que para a efetivação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, no Brasil, faz-se necessário a observação dos seguintes fatores: não discriminação, interesse superior da criança, direitos à sobrevivência e ao desenvolvimento pleno e respeito à opinião da criança, se tiver condições de manifestá-la.

Por fim, destaca-se que a Convenção difere da Declaração Universal dos Direitos da Criança por ser coercitiva, já que convenções internacionais obrigam os Estados pactuantes, oferecendo mecanismos de fiscalização e controle, enquanto declarações são apenas orientadoras.

Cabe também mencionar a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em novembro de 1992, através do Decreto n. 678, que em seu artigo 19[150] prevê que todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a “condição de

[149] Disponível em <http://www.unicef.org.br> Acesso em 21 fev. 2009.

menoridade" requer, cabendo à família, à sociedade e ao Estado garantir essa proteção e os cuidados especiais.

No cenário nacional aponta-se a Constituição da República de 1988 como um marco em relação à teoria da proteção integral. O artigo 227 da Constituição contém a síntese dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, além de consignar que cabe assegurá-los com absoluta prioridade, bem como apontando, tal como se apresenta nas declarações internacionais, que se trata de dever da família, da sociedade e do Estado.

Na esteira do texto constitucional foi promulgada em 1990 a Lei n. 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que em seu artigo 1º estabelece como diretriz básica a teoria da proteção integral[151], corroborando com a Constituição da República de 1988 no que tange ao amparo da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo por suporte a Constituição de 1988, procura promover a proteção integral da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, em respeito ao princípio da dignidade humana, que conforme já estudado, é sustentáculo do Estado Democrático de Direito e fundamento da República Federativa do Brasil.

Para melhor compreensão do significado da proteção integral ampara-se em ELIAS[152] que, de forma sintética, consigna como o fornecimento, à criança e ao adolescente, de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. E prossegue afirmando que tal proteção refere-se à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à profissionalização, ao lazer e ao esporte.

Também CHAVES[153] define a proteção integral aduzindo tratar-se de amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e

---

150 Pacto de São José da Costa Rica. Art. 19. Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Disponível em: <http://www.pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacaopfdc/docs_convencao/convencao_americana_dir_humanos.pdf> Acesso em: 29 jan. 2009.

151 Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

152 ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

153 CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 51.

espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural[154] ou substituta[155], da qual irá fazer parte.

Para SOUZA[156] a doutrina da proteção integral é composta de um sistema que abarca duas vertentes: uma positiva e outra negativa. A vertente positiva da proteção integral remete a um sistema de concessões à criança, vista não mais como um objeto, mas como sujeito de direitos originários e fundamentais. Em relação a vertente negativa a proteção integral se apresenta como um sistema de restrições às ações e condutas dos adultos que, de forma, direta ou indireta, representem uma violação contra os direitos da criança.

O termo proteção pressupõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, uma delas protege e a outra é protegida, ou como explica PEREIRA[157], significa basicamente, um ser humano que tem necessidade de outro ser humano. Dessa forma, a proteção presume uma desigualdade, já que o protetor se apresenta como mais forte que o protegido, além de uma relativa redução da liberdade do ser sob proteção, já que ele deve ater-se às instruções indicadas pelo protetor. Quanto ao ser sujeito de direitos, representa de acordo com a autora citada, que as crianças e adolescentes, deixaram de ser tratados como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titulares de direitos juridicamente protegidos[158].

Cumpre observar que o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente representou mudança acentuada nas relações familiares com a adoção da teoria da proteção integral. Nas palavras de VERONESE[159] a nova postura encontrou sua fundamentação na convicção de que a criança e o adolescente são merecedores de

---

154 Nos termos do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

155 Pode-se entender por família substituta aquela que, não sendo a de origem, acolhe em seu seio uma criança ou adolescente, assumindo a responsabilidade que corresponde a da família natural e, portanto, obrigando-se a proteger e fornecer ambiente adequado ao pleno desenvolvimento harmônico daqueles que se encontram sob os seus cuidados. Cfe. SZNICK, Valdir. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Leud, 1993, p. 214.

156 SOUZA, 2001, p. 76.

157 PEREIRA, 2008, p. 20.

158 Nesse sentido também o pensamento de Paolo Vercelone, juiz italiano, ao comentar o artigo 3º da Lei n. 8.069/1990. *In*: CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emilio Garcia (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** Comentários jurídicos e sociais. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37.

159 VERONESE, 1999, p. 100-101.

direitos próprios e especiais que, em decorrência de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.

Assim, o princípio da proteção integral, consagrado nos artigos 4º e 6º do Estatuto não pode ser considerado uma mera recomendação ética, mas se trata de diretriz determinante nas relações das crianças e dos adolescentes com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. O princípio em referência nada mais é que um reflexo do caráter integral da teoria dos direitos da criança e da estreita relação com os direitos humanos em geral, uma vez que o princípio impõe a predominância do interesse do filho[160].

A proteção integral se destina à criança e ao adolescente[161]. São eles que devem ser integralmente protegidos, gozando de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, porque como já exposto, são seres em desenvolvimento.

Na busca de se observar a dignidade humana no contexto da teoria da proteção integral, reflete-se, em verdade, a respeito de uma dimensão muito específica do princípio da dignidade da pessoa humana, qual seja a do cuidado[162]. E esse cuidado significa, necessariamente, a garantia das condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que permita às crianças e adolescentes, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família, em cujo seio possam vivenciar o afeto, a confiança, a cumplicidade, proporcionando-lhes condições de estabilidade econômica[163].

---

[160] LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 516.

[161] A Declaração dos Direitos da Criança não faz distinção entre criança e adolescente. A Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 1º, considera criança a pessoa com menos de 18 anos de idade. O Estatuto da Criança e do Adolescente distingue a situação de criança e de adolescente utilizando-se do parâmetro da idade. Nos termos do artigo 2º da Lei n. 8.069/1990, considera-se criança a pessoa até 12 anos incompletos, e adolescente, aquela entre 12 e 18 anos de idade.

[162] Nessa pesquisa utilizou-se a definição de cuidado registrada por Leonardo Boff, a saber: "o cuidado entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo-de-ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem o cuidado, ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado, desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre". Cfe. BOFF, Leonardo. **Saber cuidar:** Ética do humano, compaixão pela terra. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p. 34.

[163] HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et all*. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O**

Na teoria da proteção integral encontra-se inserido o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que dispõe ser dever dos pais e responsáveis e, na falta destes, é função do Estado, assegurar proteção e cuidados especiais àqueles que não se encontram habilitados para assumir por si só tal obrigação. O princípio mencionado é expresso no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que está disposto no artigo 3, n. 1[164] da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710/1990.

Ao comentar o princípio do melhor interesse da criança LOBO[165] destaca que a criança e o adolescente devem ter seus interesses tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que a eles se referem, com ênfase nas relações familiares, já que se trata de pessoas em desenvolvimento.

Na visão de VENCELAU[166] o artigo 227 da Constituição de 1988 ao dispor como dever da família, da sociedade e do Estado a garantia, com absoluta prioridade, de direitos fundamentais, consignou de forma implícita o princípio do melhor interesse da criança. E prossegue destacando que se trata de princípio constitucional cuja aplicação é imperativa em todas as medidas concernentes à criança e ao adolescente, não apenas como um critério subsidiário na ausência de legislação específica, mas também como fonte normativa quando a situação concreta demonstrar a insuficiência da lei ou mesmo a presença de injustiças.

Esse tema também é comentado por TEIXEIRA[167] ao consignar que uma das maiores demonstrações do fenômeno da personalização foi o tratamento prioritário dado à criança e ao adolescente, como pessoas em desenvolvimento e alvo da proteção integral, não apenas da família, mas também da sociedade e do Estado, cujo melhor interesse deve ser preservado a qualquer custo. Vê-se, portanto, que crianças e adolescentes, além de serem dotados de dignidade, são pessoas

---

cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138.

[164] Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Art. 3º. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

[165] LOBO, 2008, p. 53.

[166] VENCELAU, 2004, p. 46.

[167] TEIXEIRA, 2005, p. 75.

humanas, são também sujeitos de direito, visto que se apresentam providos de capacidade de direito.

Isso significa que o princípio não é meramente uma recomendação ética, mas deve ser interpretado como diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. Assim, a aplicação da lei deve sempre considerar o princípio de forma a tutelar crianças e adolescentes como seres prioritários, tendo em vista tratar-se de pessoas titulares de direitos juridicamente protegidos[168].

Como observou PEREIRA[169], o princípio do melhor interesse da criança tem suas raízes na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, através da qual a família despojou-se de sua função econômica para se apresentar como um núcleo de companheirismo e afetividade.

Desta maneira, no que se refere ao teor do princípio mencionado, a doutrina aponta que o conceito de "melhor interesse", além de ser aberto e subjetivo, adere à relatividade, daí porque o entendimento do princípio do melhor interesse da criança poder sofrer variações de diversas naturezas – culturais, sociais, axiológicas, etc[170].

Logo, a família, considerada como instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus membros, deve ter como uma de suas metas a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Vale anotar a contribuição de FACHIN[171] que enumerou alguns fatores para a concretização do referido princípio, tais como: o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda e a criança; a habitualidade do pai ou titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habitualidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica; a preferência da criança, se esta tem idade suficiente para ter opinião.

Isso significa que no contexto da família, em situações que se refiram apenas a si mesmos, a criança e o adolescente não podem ser tratados como

---

168 PEREIRA, Tania da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 6, p. 36, jul./set. 2000.

169 PEREIRA, 2006, p. 126.

170 TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 371.

171 FACHIN *apud* GAMA, 2003, p. 461.

absolutamente incapazes ou como pessoas sem vontade, mas devem ser vistos e ouvidos como sujeitos de direitos reconhecidos universalmente, não somente de direitos comuns aos adultos, mas também, de direitos especiais decorrentes de sua condição de pessoas em desenvolvimento, devendo tais direitos ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado. Esta é a previsão dos tratados internacionais, da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Com isso, a proteção da criança e do adolescente invoca a aplicação de princípios que procuram priorizar as relações de afeto, solidariedade e responsabilidade.

Não se pode deixar de mencionar que as crianças e os adolescentes são seres essencialmente autônomos, mas em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento, possuem capacidade limitada de exercício da sua liberdade e do seus direitos.

Mostra-se pertinente a lição de PEREIRA[172] quando sustenta que em face da valorização da pessoa humana em seus variados ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo é promover sua realização enquanto tal. Por isso, é necessário preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade, ou seja, a criança e o adolescente por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade.

Dessa forma, o princípio do melhor interesse tem por finalidade considerar o que é melhor para a criança e para o adolescente em determinada situação concreta. O interesse dos adultos fica em segundo plano, ou seja, o interesse dos filhos menores de idade deve preponderar sobre as pretensões do pai ou da mãe.

Afirma-se, por fim, que a Doutrina da Proteção Integral, com *status* constitucional, provocou uma profunda alteração na sistemática de atendimento e proteção aos direitos de crianças e adolescentes, que passaram a ser reconhecidos como cidadãos com direitos fundamentais comuns e especiais diante da sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. E entre os direitos fundamentais a serem assegurados com a mais absoluta prioridade encontra-se o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar.

---

[172] PEREIRA, 2006, p. 127.

1.3 O Direito à Convivência Familiar

A família foi e continuará sendo o núcleo básico de qualquer sociedade. Sem família não é possível nenhum tipo de organização social ou jurídica. É na família que tudo principia. É a família que estrutura o ser humano como sujeito, e é nela que se encontra algum amparo para o desamparo estrutural[173].

O papel da família na modernidade se apresenta na qualidade de formador, ou seja, no sentido de preparar as crianças e adolescentes para suas responsabilidades futuras no tocante às normas de convívio social. Ou ainda como aponta POSTER[174], referindo-se à teoria de Talcott Parsons, a família é o agente da socialização, o mecanismo principal para incutir na nova geração os valores da geração mais antiga e, portanto, assegurar a ordem social.

Diante da importância dessa atribuição como formadora é que a convivência familiar assume uma nova dimensão e passa a ser apontada como a relação afetiva diuturna e duradoura que vincula as pessoas que compõem o grupo familiar, em razão dos laços de sangue ou não. Pressupõe a existência de um local físico, a casa, o lar, não se mostrando, entretanto, obrigatório o seu compartilhamento, tendo em vista que as próprias condições da vida moderna podem provocar separações dos membros da família, nesse espaço físico, mas sem que ocorra a perda da referência ao ambiente comum, visto como pertença de todos.

Nessa perspectiva, LOBO[175] consigna que a casa da família é o espaço privado revestido de intocabilidade, a qual se mostra imprescindível para que a convivência familiar se construa de modo estável e, acima de tudo, com identidade coletiva própria, impossibilitando a confusão entre as entidades familiares, já que cada uma carrega consigo características que lhes são essenciais.

Em termos legislativos, é importante retomar a Declaração dos Direitos da Criança, que no 6º Princípio dispõe que a criança, para o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, necessita de amor e compreensão e deve, tanto

---

173 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, psicanálise e inclusão social. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 157.

174 POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 98.

175 LOBO, 2008, p. 52.

quanto possível, crescer sob a salvaguarda e responsabilidade dos pais, numa atmosfera de afeição e segurança moral e material. Observa-se no texto, datado de 1959, que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas já se preocupava com o direito da criança à convivência familiar, ainda que não o tenha disposto expressamente. Mais tarde, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança reconhece em seu Preâmbulo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.

Cabe ainda mencionar as Diretrizes de Riad que expressa a obrigação dos governos na adoção de medidas no sentido de fomentar a união e a harmonia na família e desencorajar a separação dos filhos de seus pais, a não ser quando circunstâncias que afetem o bem-estar e o futuro dos filhos não deixem outra opção[176].

No Brasil, a Constituição da República de 1988 declara no seu artigo 227[177], entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente[178] registra esse direito fundamental, procurando ressaltar a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a idade adulta, já que são seres em formação e dependem do auxílio dos membros da família para atingir um crescimento físico e emocional pleno.

Já se comentou de uma nova cultura de garantia efetiva da convivência familiar, mas isso só será possível a partir de uma nova concepção da proteção jurídica destinada à criança e ao adolescente, pelo princípio da proteção integral, de forma que realmente estes seres em desenvolvimento, não raramente indefesos, sejam tratados como os principais sujeitos de direitos das relações familiares e

---

[176] Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil. Diretrizes de Riad. Princípio 16, datada de 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/ lex45.htm> Acesso em: 15 jan. 2009.

[177] CRFB/1988. 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.

[178] Estatuto da Criança e do Adolescente. 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.

sociais. É necessária uma atuação para além do discurso eloqüente e das soluções paliativas, de forma que efetivamente se promova a transição da criança-objeto para a criança-sujeito, credora de direitos e atuações ministeriais e judiciais corajosas e céleres[179].

Em vista disso, cabe apontar que é no interior da família que o sentimento de ser parte importante da organização familiar vai sendo gerado, bem como o fortalecimento dos laços entre seus membros, e desses com a sociedade, levando a criança e o adolescente a perceber a dimensão da sua parcela de responsabilidade e necessária contribuição para o benefício comum, ampliando-se esse sentido para sua conexão com a sociedade como um todo.

É no seio do grupo familiar que crianças e adolescentes podem desenvolver e completar o ciclo de socialização; isto é, é no recesso da família que irão assimilar novos valores sociais. Sem dúvida, o espaço familiar é, por excelência, local privilegiado para um aprendizado permanente, orientando-se para resolver seus próprios problemas e enfrentar as dificuldades do dia-a-dia[180].

Relevante se mostra destacar a existência no Brasil de um Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária[181], resultado de um trabalho coletivo que envolveu representantes de todos os poderes e esferas de governo, da sociedade civil organizada e de organismos internacionais, os quais compuseram a Comissão Intersetorial que elaborou os subsídios apresentados ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente (CONANDA) e ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

O referido Plano é composto por ações de curto, médio e longo prazos e, de acordo com sua Apresentação, constitui um marco nas políticas públicas no Brasil, ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares

---

179 BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54.

180 PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas ativas de acolhimento familiar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 311.

181 Disponível em<http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/infancia/convivencia/plano_nacional_ convivencia_familiar_comunitaria.pdf> Acesso em 22 fev. 2009.

e comunitários preconizados pelo ECA. A manutenção dos vínculos familiares e comunitários é fundamental para o desenvolvimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e encontra-se diretamente relacionada ao investimento nas políticas públicas de atenção à família.

As diretrizes traçadas no Plano em comento fundam-se em uma mudança do olhar e do fazer, não apenas das políticas públicas focalizadas na infância, na adolescência e na juventude, mas extensivos aos demais atores sociais do denominado Sistema de Garantia de Direitos, implicando a capacidade de ver crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e de maneira indissociável do seu contexto sócio-familiar e comunitário. É mais do que certo que as crianças e os adolescentes têm o direito a uma família, cujos vínculos devem ser protegidos pela sociedade e pelo Estado. E nas situações de risco e enfraquecimento desses vínculos familiares, as estratégias de atendimento deverão exaurir as possibilidades de preservação dos mesmos[182]. Além disso, no caso de ruptura desses vínculos cabe ao Estado a proteção das crianças e adolescentes, incluindo o desenvolvimento de programas, projetos e estratégias que possam levar à constituição de novos vínculos familiares e comunitários, mas sempre dando prioridade ao resgate dos vínculos originais ou, no caso de sua impossibilidade, proporcionando as políticas públicas necessárias para a formação de novos vínculos que garantam o direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Vale também mencionar que o acolhimento familiar conduz à essência do cuidado; e de acordo com PEREIRA[183], cuidar é criar laços, é cativar; é assumir compromissos e responsabilidades; é saber conviver com situações limites; é ver nas diferenças uma conquista, não uma ameaça; é trazer um olhar novo para a realidade de crianças e adolescentes que se espalham pelo Brasil.

E dessa forma, o que se busca apresentar é a existência de uma família democrática, pautada na igualdade e na solidariedade, na qual todos, pais e filhos, maiores e menores de idade, têm espaço para expressar sua opinião e, dessa

---

[182] Cfe. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, 2006, p. 16.

[183] PEREIRA, 2008, p. 334.

forma, encontrar nela sua principal função: a de ser local para o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas que a compõe[184].

Diante de todo o exposto é possível afirmar que no universo dos seres humanos não se pode pensar a vida sem refletir a respeito da família. Uma implica a outra, necessariamente, a partir do nascimento e ao longo do desenvolvimento do ser humano. Daí que, também essencialmente, o direito à vida implica o direito à família, mostrando-se este como um direito fundamental, disposto no texto constitucional e também em norma infraconstitucional.

Assim, o direito à liberdade e à igualdade, à fraternidade e à solidariedade humanas, à segurança social e à felicidade pessoal, bem como outros direitos fundamentais já proclamados, dão fundamento ao direito à família e remetem ao recinto familiar – o lar – onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto[185]. E é do afeto que se tratará a seguir, tendo em vista que é considerado como elemento constituinte da entidade familiar contemporânea.

1.4 O Afeto Familiar como Direito e Dever Jurídicos

É inegável que por detrás da consagração atual do princípio da afetividade encontra-se o princípio da dignidade humana, foco da moderna ordem jurídica. Logo, o afeto[186] representa importante elemento para a realização da dignidade humana, pois o ser humano necessita dele para estruturar sua vida, sendo primariamente obtido, no seio familiar[187]. Assim a relevância do afeto é cristalina, pois

---

[184] TEIXEIRA, 2008, p. 351.

[185] BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: Dos fundamentais aos operacionais. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 148.

[186] O termo afeto é oriundo do latim *ad* (= para) e *fectum* (= feito), significando "feito um para o outro", cfe. BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Disponível em <http://www. srbarros.com.br/artigos. php?TextID=40> Acesso em 09 fev. 2009.

[187] ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família, **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão jurídica, n. 44, Faculdade de Direito de

não há dignidade para o ser humano, se antes não houver desenvolvimento de sua personalidade, desenvolvimento este somente conquistado com o relacionamento social-familiar-afetivo entre os membros da família.

Nas palavras de LOBO[188], o afeto não é fruto da biologia, já que os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar e não de vínculo sanguíneo.

E dessa forma, o afeto é dotado de um papel muito importante no processo de transformação pelo qual a família passou no decorrer dos tempos. Por isso, que atualmente as pessoas se unem em função da presença do vínculo afetivo, e quando este se esvazia se promovem as separações.

Verifica-se, portanto, que a afetividade é a característica fundante da família atual, principalmente no Brasil, tendo em vista encontrar-se traçada na própria Constituição da República de 1988, já que se valorizou a dignidade de cada um dos membros da entidade familiar. E mais uma vez se aponta o artigo 227 da Constituição de 1988 como suprema manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade no Direito de Família.

É preciso reconhecer que o afeto[189] está presente nas relações familiares[190], tanto na relação entre homem e mulher como na relação entre pais e filhos, ou ainda entre avós e netos, todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos. NOGUEIRA[191] identifica que a presença do afeto na família patriarcal era presumido, podendo estar presente ou ausente; porém na família atual, o afeto é a razão de sua própria existência, o elemento responsável e indispensável para a sua formação, visibilidade e continuidade.

Bauru, set.-dez. 2005, p. 411.

188 LOBO, 2004, p. 513.

189 Afeto é tudo aquilo que afeta a pessoa, que faz com que ela se mova, é a energia presente no inconsciente e no consciente do ser humano, com que se investem as representações, os símbolos, as pessoas, as ideias e até as ideologias e mitos, imprimindo-lhes uma direção, um sentido, nas ações. Os afetos de amor e ódio não existem puros. O ser humano apresenta nuanças afetivas, ou seja, sentimentos compostos de uma combinação entre amor e ódio que vai aprendendo a balizar nas relações familiares para, então, dar-lhes um sentido positivo. Essa é a função da família. Cfe. GROENINGA, Giselle Câmara. Afetos, sexualidade e violência: a família desmistificada. *In:* BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 75-76.

190 O afeto existe também nas relações sociais, entre os amigos.

191 NOGUEIRA, 2001, p. 53.

Todo ser humano, explica PEREIRA[192], desde a mais tenra idade tem uma reserva afetiva, que lhe permite relacionar-se com outras pessoas. Verifica-se que principalmente a criança e o adolescente necessitam receber afeto para se tornarem seres humanos integrais e, se criado o vínculo afetivo esses seres em formação responderão afetuosamente.

A falta de afeto faz das crianças e dos adolescentes seres tristes e revoltados; além de mostrarem-se rebeldes, indisciplinados, ou simplesmente incapazes de agir com segurança e serenidade[193]. Por outro lado, se no âmbito da família existe interação entre seus membros, a criança e o adolescente que cresce nesse meio cercada de afeto, cuidado e segurança, geralmente tem a oportunidade de se tornar um adulto responsável e multiplicador de um modelo equilibrado de convivência.

Portanto, a afetividade é o elemento nuclear e definidor da união familiar, onde a finalidade mais relevante da família é a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar, num humanismo que só se constrói na solidariedade com outro, a função afetiva a unifica e a estabiliza, onde o respeito, a liberdade e a igualdade são práticas constantes[194].

Hoje a ciência jurídica não mais se omite em relação ao vínculo afetivo e, em decorrência da Constituição de 1988 reconhece que a afetividade, transcendendo aos aspectos especificamente psicológicos e sociológicos, modificou a família, que deixou de ser mera instituição para se transformar em uma entidade. As decisões dos tribunais brasileiros vêm cada vez mais se fundamentando no reconhecimento do vínculo afetivo, principalmente quando envolve interesse de crianças e adolescentes.

Assinala-se que a união de uma família, no primeiro momento, decorre de um laço natural, ligando pais e filhos até que estes tenham a plena capacidade de gerir a sua própria vida. Após os filhos atingirem a maioridade, geralmente, a família somente irá se manter pelos laços de afetividade. Define-se, então, novo paradigma

---

192 PEREIRA, 2008, p. 52.

193 DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas ativas de acolhimento familiar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 311.

194 NOGUEIRA, 2001, p. 54.

da família contemporânea, que se sustenta pelos elos afetivos em detrimento de motivações econômicas, que anteriormente, desempenhavam papel principal nas decisões emanadas do Poder Judiciário antes da Constituição de 1988.

Emergiu a afetividade como valor jurídico e, posteriormente, como princípio jurídico norteador do Direito de Família. Assim é que, hoje, tornou-se imprescindível que haja um afeto familiar para que se possa cogitar a existência de uma entidade familiar. Diante disso, LOBO[195] frisa que a afetividade é construção cultural, que ocorre na convivência, sem ostentar interesses materiais, que poderão emergir, secundariamente, caso o relacionamento se extinga. Continua a autor, registrando que a afetividade se revela em ambiente de solidariedade e responsabilidade, ou seja, onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afeto, sendo este sua causa originária e final, haverá família.

PEREIRA, por sua vez, destaca que não obstante a relevância do afeto como vínculo formador da família, por si só, ele não é o único elemento para se verificar a existência do núcleo familiar, uma vez que ele deve coexistir com outros[196], em que pese ser sua presença decisiva e justificadora para a constituição e permanência de uma família.

O afeto antecede a norma, e, dessa forma, onde falha o afeto, a lei se faz necessária. Se a lei moral e o ditame do direito são convocados para dirimir conflitos, supõe-se que faltou, aos dois lados da contenda, a capacidade de sentir como o outro. Faltou afeto[197]. Portanto, a vantagem maior do afeto é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito.

Para arrematar BARROS[198] consigna que bem antes do direito fundamental à família vem o direito ao afeto, que deve prevalecer, porque faz do indivíduo humano

---

[195] LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas:** Para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 17 nov. 2008.

[196] Além da afetividade a atual estrutura da família se mostra como veículo funcionalizador à promoção da dignidade de cada um de seus membros; respeita a autonomia da vontade que se relaciona com a liberdade de constituir e desfazer laços conjugais; resguarda a igualdade dos filhos, independente da sua origem e se são biológicos ou não. Cfe. PEREIRA, 2006, p. 182-183.

[197] CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 84.

[198] BARROS, 2003, p. 149-150.

um ser humano. Identifica-se que o afeto é o laço não apenas interno (entre os familiares), mas também externo (entre as famílias), com a capacidade de – pondo a humanidade em cada família – compor com todas as famílias, enfim, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi: a família.

E para concluir este capítulo o tema a ser tratado é sobre o direito ao pai, já que a finalidade da pesquisa é verificar a garantia do direito à convivência com aquele que não detém a guarda do filho. E no Brasil ainda prevalece certa preferência pela concessão da guarda judicial dos filhos à mãe[199].

1.5 O Direito ao Pai

É notório que a boa relação estabelecida entre pais e filhos contribui de forma expressiva para o adequado desenvolvimento da criança, uma vez que para este ser em formação seus genitores representam um modelo a ser seguido, já que geralmente a prole tende a repetir suas condutas. Em vista dessa constatação observa-se que a ausência, o desprezo ou a mera indiferença, seja por parte da figura paterna ou da materna, trarão, na maioria das vezes, interferências danosas à formação da criança.

Dessa forma é incontroverso que a paternidade e a maternidade deverão ser exercidas de forma responsável, incluindo não apenas a realização do planejamento da concepção dos filhos, mas preocupando-se também em prover a prole do suporte afetivo e material necessário para o seu bom desenvolvimento. Portanto, para o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente cabe aos pais, não apenas o sustento das necessidades vitais, mas também é sua obrigação destinar-lhes afeto, cuidado, atenção[200].

---

[199] Cabe esclarecer que essa preferência não é regra, tendo em vista que os tribunais têm levado em consideração o melhor interesse da criança, mas por uma questão de costume, vinculado a uma ideologia patriarcal, as mães ainda são, em maior número, as guardiãs dos filhos.

Entretanto, o que vem se percebendo[201] é o crescimento da irresponsabilidade dos pais em relação a sua prole, já que muitas vezes em razão de sua própria imaturidade deixam de prover as crianças, afetiva, espiritual e materialmente. É importante ressaltar que a paternidade/maternidade responsável deve ser exercida por pai e mãe, mas que deveriam refletir, antes da decisão de gerar filhos, se existem condições plenas e efetivas para educá-los, mantê-los e, sobretudo, dispensar-lhes afeto e cuidado. Quem não pode arcar com esses encargos não dispõe de condições mínimas para ter filhos.

Cabe apontar que a figura do pai sofreu modificações ao longo do tempo, partindo de um patriarcado, onde era a própria personificação da lei e detinha o poder de vida e morte sobre sua prole, para representar nos dias atuais a figura de companheiro e partícipe, ainda que timidamente, na formação dos filhos.

COULANGES[202] explica que tanto na Grécia quanto em Roma a autoridade principal na família era atribuída à religião doméstica, que tinha no pai o seu pontífice, já que a ele cabia acender e conservar o fogo sagrado e quando ocorria sua morte, o pai passava a ser reconhecido como um ser divino, que os seus descendentes invocariam. Era, portanto, a força religiosa que colocava o homem em posição superior à mulher.

E prossegue o autor em sua lição:

> Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, pequena sociedade com o seu chefe e o seu governo. Coisa alguma, na nossa sociedade moderna, nos dá idéia deste poder paternal. Naqueles tempos, o pai não é somente o homem forte protegendo os seus e tendo também a autoridade para fazer-se por eles obedecer: o pai é, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside no pai[203].

Entretanto, as mudanças acontecidas diante da evolução natural da sociedade modificaram o papel do pai na família e de autoridade patriarcal ele passa

---

[200] Obrigação expressamente disposta no artigo 227 da Constituição da República de 1988 e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[201] Percepção empírica decorrente do exercício profissional da advocatícia na área do Direito de Família.

[202] COULANGES, Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975, p. 68-69.

[203] COULANGES, 1975, p. 70.

a ocupar, teoricamente, uma função de membro participante na organização da entidade familiar.

Observa-se, portanto, alteração não apenas da visão do pai, mas de todo um pensar e agir do homem frente à paternidade. O que se mostrava adequado outrora para definir o "pai", como provedor e autoridade, já não mais prevalece. O que vem ocorrendo é uma reavaliação e redimensionamento da relação pai-filho, que necessariamente passa por outras reflexões sobre o "ser homem"[204].

Logo, é significativa a lição de PEREIRA[205] quando sustenta que hoje se vislumbra uma crise da paternidade, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. A função básica do pai, estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição de difícil compreensão, onde o homem não assume ou reconhece para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. E o autor cita como exemplo a situação de pais solteiros ou separados, que somente convivem com os filhos em finais de semanas alternados; ou ainda os pais que mesmo casados, não têm tempo para seus filhos; os pais que, voluntariamente, deixam de pagar os alimentos e aqueles que não reconhecem o filho e não lhe concedem o sobrenome na certidão de nascimento. Essas atitudes, caracterizadoras da ausência do pai, têm gerado graves conseqüências na estruturação psíquica dos filhos, vindo a repercutir, nas relações sociais e apresentando-se como um fenômeno social, tendo em vista os indícios de que o aumento da delinqüência juvenil encontra-se vinculado a essa ausência paterna.

Merece igualmente ser retomada a lição de KANT[206] em relação ao pai, que se mostra atual:

> Assim, de um ponto de vista prático, constitui uma ideia inteiramente correta e, inclusive, necessária encarar o ato de procriação como um ato pelo qual trouxemos uma pessoa ao mundo sem seu consentimento e como nossa própria iniciativa, ação pela qual incorrem os pais numa obrigação de tornar a criança satisfeita com sua condição tanto quanto possam. Não podem

---

[204] ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea:** Uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 76.

[205] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 224-225.

[206] KANT, 2008, p. 125.

> destruir seu filho, como se ele fosse alguma coisa que eles fizeram (uma vez que um ser dotado de liberdade não é suscetível de ser um produto deste tipo) ou como se ele fosse propriedade deles, tampouco podem simplesmente abandoná-lo à própria sorte, já que não trouxeram meramente um ser mundano, mas sim um cidadão do mundo a uma condição que não pode agora lhes ser indiferente, mesmo simplesmente de acordo com conceitos do direito.

Diante do exposto brota a indagação: o que é um pai? Na visão jurídica, pai é aquele que reconhece e concede seu nome na certidão de nascimento do filho. Estabelecida a paternidade por meio do registro civil, brotam direitos e obrigações, tais como o sustento, guarda e educação da prole[207]. Todavia, com as mudanças da sociedade e da própria legislação, esse conceito jurídico também se alterou e, na atualidade a figura do pai assume um papel que vai além do registro civil, já que para o reconhecimento do exercício concreto da paternidade, privilegia-se o vínculo afetivo.

Nesse vértice PEREIRA[208] registra que, embora os ordenamentos jurídicos ocidentais em geral determinem a paternidade biológica como fonte de responsabilidade civil, a verdadeira paternidade somente se torna possível a partir de um ato de vontade ou de um desejo e, dessa forma, ela pode ou não coincidir com o elemento biológico. Ou ainda como DELINSKI[209] afirma: o fenômeno paternidade tem um significado mais profundo do que a simples revelação da verdade biológica, tendo em vista que ele se completa, se perfaz com a prática reiterada de atos de amor e cuidado do pai para com o filho, passando pela verdade biológica e indo ao encontro da verdade afetiva.

Apresenta-se, então, a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no afeto e no ato de cuidar, que na procriação.

Outro aspecto que merece registro, ainda que brevemente, é o reconhecimento da importância do pai como elemento da estrutura da família por meio da legislação. Nesse sentido foi promulgada a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, regulando a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. A referida lei tem por finalidade resguardar o direito do filho em

---

[207] PEREIRA, 2003, p. 116.
[208] PEREIRA, 2003, p. 119.
[209] DELISNKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação.** São Paulo: Dialética, 1997, p. 32.

conhecer o seu pai, ou seja, todos os registros civis de crianças, nascidas a partir da data de promulgação da lei, que não constarem o nome do genitor, o Estado determina que seja averiguada a paternidade[210].

Observa-se, portanto, que o pai, em toda a história da humanidade, é o lugar afetivo e simbólico em que o homem aprendeu tanto a respeitar a norma quanto a transformar a agressividade. Somente o restabelecimento de uma relação significativa com a figura paterna pode subtrair o indivíduo da sociedade ocidental do labirinto perverso em que foi jogado e restituir-lhe uma confiante orientação para a vida[211].

Portanto, o direito ao pai é condição básica para que alguém possa existir como sujeito e dessa forma, se apresenta bem mais que um direito fundamental, é o direito fundante do ser humano como sujeito. Isso significa que sem uma paternidade concreta não é possível existir o sujeito, ou ainda, que não há sujeito sem que alguém tenha exercido sobre ele uma função paterna[212].

Fica claro, dessa forma, que crianças e adolescentes têm amparo na legislação para o seu direito ao pai, uma vez que é no exercício da paternidade que se dá a estruturação do ser como pessoa humana. Garantir esse direito é respeitar a dignidade humana dos filhos, que são seres em desenvolvimento, assim como fazer valer a doutrina da proteção integral.

No segundo capítulo da pesquisa será apresentada uma visão, ainda que breve, da evolução da família e sua importância para o reconhecimento do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e ao afeto.

---

[210] Lei n. 8.560/1992. Art. 2º. Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

[211] RISÉ, Claudio. **A inaceitável ausência do pai**: paternidade e seus desafios na sociedade atual. Trad. de Claudia Scheeren. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2007, p. 95.

[212] PEREIRA, 2003, p. 227.

CAPÍTULO II

A FAMÍLIA E A CONSTRUÇÃO DO AFETO

No primeiro capítulo apresentou-se o princípio da dignidade humana e sua relação com a teoria da proteção integral como garantia do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e ao afeto. Também se buscou demonstrar a existência de um direito fundamental dos filhos ao pai, já que este cumpre uma função de estruturador do ser humano como sujeito. Neste capítulo que ora se inicia, a discussão encontra-se centrada na família como núcleo primário na construção de vínculos afetivos, motivo fundamental para sua existência na atualidade. E para tanto, é necessário contextualizar a concepção de família no tempo e analisar a sua importância no desenvolvimento da convivência familiar e na estruturação do sentimento afetivo.

Assim, cabe observar que não se inicia qualquer locução a respeito de família sem considerar, *a priori*, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a própria história, interligada com os rumos e desvios da evolução da humanidade, e ela mesma mutável na exata medida em que modificam as estruturas e a arquitetura dessa história através dos tempos. Sabe-se, portanto, que a família é, por assim dizer, a história, e que a história da família se confunde com a história da própria humanidade[213].

Dessa forma, na estrutura do Estado, a família é o núcleo social primário mais importante. Suas origens antecedem o próprio Estado, uma vez que é uma sociedade natural decorrente de uma profunda e transcendente exigência do ser humano. Portanto, a humanidade tem sua transformação intimamente ligada às transformações da família[214].

Como faz notar LÉVI-STRAUSS[215], não haveria sociedade sem famílias, assim como não existiriam famílias se não houvesse já uma sociedade. E para que a sociedade exista, de acordo com o autor, não basta que a união dos sexos e a procriação estabeleçam ligações biológicas entre os seus membros, mostrando-se igualmente necessário, que em determinados pontos do tecido social esses laços não se mostrem capazes de sofrer um rompimento.

Observa-se que o liame que vai impedir esse rompimento é o vínculo afetivo, já que, como se buscará demonstrar, ao transformar-se, a família passa a valorizar as relações de sentimentos entre seus membros, procurando a realização pessoal de cada participante da unidade familiar e ao mesmo tempo voltando-se para a afetividade, que se mostra o alicerce para a construção e manutenção das relações de família.

Entretanto, nem sempre foi essa a idéia sobre o termo “família”. ENGELS[216] ressalta que a palavra “família”, em sua origem, não apresenta o mesmo sentido dos

---

[213] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 1, p. 8, abr./jun., 1999.

[214] A história tem apontado que não existiu na humanidade, em nenhum momento, alguma sociedade humana onde a família não tenha desempenhado um papel fundamental no seu desenvolvimento. A família sempre esteve presente, nos mais diversos modelos de sociedade, por ser um fenômeno mundial, isto é, comum a todos os homens. Cfe. PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

[215] LÉVI-STRAUSS, Claude. Prefácio. *In*: BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da Família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986, p. 8. v. 1.

dias atuais, já que no princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao casal de cônjuges e aos seus filhos, mas apenas aos escravos. *Famulus* significa escravo doméstico e *família* era o conjunto de escravos pertencentes ao mesmo homem. Assim, segundo o autor, a expressão *família* foi inventada pelos romanos para indicar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e determinado número de escravos, com o pátrio poder romano[217] e o direito de vida e morte sobre todos eles.

Essa família seria baseada no domínio do homem[218], com expressa finalidade de procriar filhos e se mostrou como a primeira forma de família fundada sob condições não naturais, mas econômicas, resultando no triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade[219] espontânea primitiva.

Cabe explicar que em relação à apresentação de um conceito de família, POSTER[220] esclarece que a ciência social não possui uma definição adequada da família ou um conjunto lógico de categorias que possam servir de fundamento para analisá-la ou ainda, um rigoroso esquema conceitual para especificar o que há de significante nela.

Isso denota que não se mostra possível a apresentação de um conceito único[221], uma vez que a definição de família vai se modificando em razão de fatores sociopolíticos, econômicos, religiosos ou culturais, o que demonstra a existência de múltiplas facetas que precisam ser aclaradas, fazendo-se, portanto, necessário conhecer as suas várias definições para melhor compreensão do referido instituto.

---

216 ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006, p. 60.

217 Na Roma antiga, a família era organizada sob o princípio da autoridade do *pater familias*, ascendente comum vivo mais velho, e abrangia quantos a ele estavam submetidos, independente dos vínculos de consangüinidade, uma vez que exercia autoridades sobre todos os seus descendentes, esposa e mulheres casadas com seus descendentes. O *pater* era o chefe político, sacerdote e juiz em sua casa, exercia poder sobre todos os filhos, a mulher e os escravos, podendo dispor livremente deles, inclusive com o direito de vida e de morte. Cfe. NOGUEIRA, 2001, p. 25.

218 Para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade dos filhos, aquela é entregue, sem reservas, ao poder do homem: quando este a mata, não faz mais do que exercer o seu direito. Cfe. ENGELS, 2006, p. 61.

219 Espécie de propriedade familiar que abrange muitas gerações de descendentes de um mesmo pai, os quais vivem juntos, com suas mulheres, sob um mesmo teto; cultivam suas terras em comum, alimentam-se e vestem-se de um fundo comum e possuem coletivamente a sobra dos produtos. Cfe. ENGELS, 2006, p. 61.

220 POSTER, 1979, p. 9.

221 Nesse sentido o pensamento de BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 7.

Nesse viés, converge o entendimento de ZAMBERLAN[222] ao descrever que a família não abarca um único significado. E de acordo com a autora, a família não se mostra como uma expressão passível de conceituação, mas tão-somente de descrições; ou seja, é possível descrever as diversas estruturas ou modalidades assumidas pela família no decorrer do tempo, mas não defini-la ou encontrar algum elemento comum a todas as formas com que se apresenta esse agrupamento humano. Esse também é o entendimento de OSÓRIO[223] apontando que a estrutura familiar varia conforme a latitude e as distintas épocas históricas, o que deverá ficar comprovado diante da pesquisa que está sendo elaborada.

Portanto, no presente capítulo buscar-se-á um conceito de família que possa ser pensado e entendido em qualquer tempo ou espaço, já que família foi, é, e continua sendo a célula básica da sociedade; para, em um segundo momento, compreender o quanto é importante que esse grupo de pessoas ligadas pelo vínculo sanguíneo ou não[224], garanta o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e ao afeto decorrente dessa convivência. Parte-se, portanto, do pressuposto de que a família é a estrutura fundamental que molda o desenvolvimento psíquico da criança, uma vez que é, por excelência, o primeiro local de troca emocional e de elaboração dos complexos emocionais, refletidos no desenvolvimento histórico das sociedades e nos fatores organizativos do desenvolvimento psicossocial[225].

Assim, talvez o Direito não se mostre suficiente para propor o conceito que represente efetivamente a idéia de “família”. Deve-se, então, buscar ajuda em outros campos do conhecimento como na sociologia, na psicologia e na antropologia, de forma a aprofundar o tema[226].

---

222 ZAMBERLAM, 2001, p. 107.

223 OSÓRIO, Luiz Carlos. **Casais e famílias:** uma visão contemporânea. Porto Alegre: Artmed, 2002, p. 14.

224 O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida. Cfe. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2007, p. 244.

225 FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto.** Niterói, RJ: Impetus, 2005, p. 50.

226 Converge nesse sentido a lição de GAMA ao apontar que em virtude das múltiplas dimensões assumidas pelo modelo familiar e que influenciam sua própria constituição, a família não é valor objeto de preocupação apenas do Direito, mas também de uma gama de campos de conhecimento humano, todos necessários para sua ampla compreensão e estudo. Dessa forma, não há como reconhecer um modelo único de família universal, hermético, estanque e intocável. Cfe. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de Direito de Família:**

No campo sociológico, conforme denota SEGALEN[227] a família é uma instituição em contínua mutação, em permanente processo de mudança, que assume configurações diferenciadas, consoante as sociedades das quais participa e, assim, não tem a mesma representação para todos. Para a autora trata-se de um termo revestido de muitos significados, que pode designar tanto os indivíduos ligados pelo sangue e pela aliança como a instituição que rege esses laços[228].

De acordo com GROENINGA[229] a família não é somente a célula básica da sociedade, mas também um modelo de todas as outras modalidades de organização e instituições. A autora ainda sustenta que a família se iguala a um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, e que se transforma com a evolução da cultura[230].

ROUDINESCO[231] enfatiza que a família, ao repousar sobre a união mais ou menos duradoura e socialmente aprovada de um homem, de uma mulher e de seus filhos, é um fenômeno universal, presente em todos os tipos de sociedades.

A família também é apresentada como uma unidade grupal na qual se desenvolvem três tipos de relações pessoais: a aliança (casal), a filiação (pais/filhos) e a consanguinidade (irmãos); e que, a partir dos objetivos genéricos de preservar a espécie, nutrir e proteger a descendência e fornecer-lhe condições para a aquisição de suas identidades pessoais desenvolveu através dos tempos funções diversificadas de transmissão de valores éticos, estéticos, religiosos e culturais[232].

Efetivamente, a família é uma escola, o exemplo básico da vida, onde seus membros assumem o papel de educar, o risco de expor diante da razão crítica de uma nova geração o significado que encontraram para a existência, que pode ser confirmado ou refutado, assumido com reflexões e reparos, ou ainda com alegria. É na família que ocorre a transmissão da cultura e da tradição[233].

Guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: Família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

227 SEGALEN, Martine. **Sociologia da família.** Lisboa: Terramar, 1996, p. 15.

228 SEGALEN, 1996, p. 20.

229 GROENINGA, 2003, p. 97.

230 GROENINGA, 2003, p. 125.

231 ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 13.

232 OSÓRIO, 2002, p. 15.

233 COURT, Pedro Morandé. Família e sociedade contemporâneas. *In*: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades:** Uma perspectiva multidisciplinar. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 23.

As expectativas em relação à família encontram-se no imaginário coletivo, revestidas de idealizações, das quais a chamada família nuclear[234] é um dos símbolos. E a maior expectativa é de que a família produza cuidados, proteção, aprendizado dos afetos, construção de identidade e vínculos relacionais de pertencimento, com a capacidade de promover melhor qualidade de vida a seus membros e efetiva inclusão social na comunidade e sociedade em que vivem. Todavia, estas expectativas são possibilidades e não garantias[235].

No campo da psicanálise, de acordo com LACAN[236], entre todos os grupos humanos, a "família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura", não se mostrando exclusivamente como base natural, e não se constituindo apenas por um homem, mulher e filhos, mas, sim, por uma edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função de pai, de mãe, de filho, sem que haja necessidade de vínculo biológico. Tanto se mostra como uma questão de lugar, que um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que detenha a qualidade de pai biológico. Dá-se assim o demonstrativo da existência de uma família socioafetiva, que emerge da Constituição da República de 1988.

Biologicamente, a família é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, ou seja, unidas por laços de sangue. Em sentido estrito, a família representa o grupo formado pelos pais e filhos[237].

Na seara jurídica, FACHIN[238] apresenta a definição de família com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), como sendo

---

234 Denomina-se família nuclear aquela constituída por casal mais filhos. Cfe. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). Disponível em: <http://www.dieese.org.br/pof/ pof4.xml> Acesso em: 10 mar. 2009.

235 CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. O lugar da família na política social. *In:* CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). **A família contemporânea em debate.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 15.

236 LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**: ensaio de análise de uma função em psicologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 13-14.

237 BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade:** Posse de estado de filho: Paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19.

238 FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família:** Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 51.

pluralista[239], dotada de igualdade substancial[240], com direção diárquica[241] e de tipo eudemonista[242].

Na lição de PERLINGIERI[243], a família como formação social é garantida pela Constituição em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa, significando que o valor central de referência é sempre a pessoa. O autor também explica que a família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação, de forma que não contraria os valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana. E ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, a família se destina à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.

Nessa mesma linha é a definição proposta por DONIZETTI[244], ao afirmar que sob nova concepção, a família começa a envidar esforços no sentido de satisfazer suas necessidades pessoais, transformando-se em uma instituição cujo anseio é a integridade e o desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros. É no seio

---

239 A partir da Constituição de 1988 são abarcados em seu bojo diversos modelos de entidades familiares, como por exemplo, a união estável e a família monoparental; de forma que o casamento deixou de ser a única fonte legitimadora do núcleo familiar. Nesse sentido dispõe o art. 226, parágrafo 3° da CRFB/88: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

240 A Constituição de 1988 apresenta a família com base na igualdade, seja de gênero, seja em relação aos filhos ou ainda no que se refere aos direitos e deveres relativos à sociedade conjugal e união estável. Prevê o art. 226, parágrafo 5° da CRFB/88: "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

241 A direção unitária da família a cargo do marido cede espaço à direção diárquica, aberta e compartilhada de forma igualitária pelo homem e pela mulher. Essa é a previsão do art. 226, parágrafo 5° da CRFB/88.

242 Família eudemonista é aquela que privilegia o convívio e o afeto na vida em comum, de forma a atingir a felicidade, independentemente de ser matrimonializada ou não. A concepção kantiana sustenta o princípio de que a finalidade da ação humana é a felicidade (KANT, 2008, p. 30). Há um predomínio, a partir da Constituição de 1988, de um modelo familiar eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano, tendo em vista que a família passa a ser vista como lugar privilegiado para garantir a dignidade da pessoa e permitir a realização plena do ser humano (FARIAS, 2007, p. 12). Os novos contornos dados ao Direito de Família, com o advento da Constituição da República de 1988, transformaram o casamento e a família em geral, no âmbito legislativo, em instrumento de felicidade e promoção de dignidade de cada um de seus membros, fulcrada no respeito e na realização pessoal destes. Logo, o reconhecimento ao direito à felicidade individual, o princípio da dignidade humana e a afirmação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, apontam para o princípio da afetividade, que vem nos dias de hoje orientando a interpretação dos múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar. (SILVA, 2006, p. 94-95). Assim, na visão eudemonista, se concede privilégio aos vínculos de afeição entre os membros de uma família, com a cristalina valorização das funções afetivas, de forma a promover a pessoa humana como centro de preocupação do ordenamento jurídico.

243 PERLINGIERI, 2007, p. 243.

244 DONIZETTI, 2007, p. 11.

da família que todos se voltam para a busca do bem-estar, da alegria, enfim, de uma vida estruturada e, por isso, mais feliz.

Para RAMOS[245], "família" é palavra que traduz, simultaneamente, um fenômeno eminentemente histórico, uma história de vida, envolvendo laços fortes, selando destinos e interesses diversos; assim como modelos de hierarquia, relações de poder e processos de negociação interna, sendo interpretada, geralmente, com um sentido de participação, de comunidade de vida, tanto no plano da realização pessoal, quanto no âmbito material. A autora ainda comenta que o modelo de família patriarcal consagrado pelo liberalismo mostrou-se como núcleo de tensões sem solução ou mal-resolvidas, tanto no plano econômico, quanto moral, psicológico e mesmo físico, e, em lugar de um espaço de recolhimento e intimidade, conforme ideologicamente propalado, tornou-se com freqüência, um mundo de despotismo doméstico juridicamente protegido[246]. Por fim, expõe que do ponto de vista de sua estrutura formal, a tutela das relações familiares não mais se prende exclusivamente à sua origem no matrimônio ou no vínculo de sangue, conforme ocorria nas codificações antigas, passando a se valorizar, na atualidade, os laços afetivos, que se traduzem numa comunhão espiritual e de vida, a serviço da solidariedade e da dignidade humana[247].

A família também é vista como o núcleo fundamental para a vida em sociedade, de acordo com o ensinamento de NALINI[248]. Entretanto, o próprio autor explica que a conceituação se mostra polêmica e, que a família pode ser abordada como unidade doméstica, como instituição e como conjunto de valores.

De acordo com DIAS[249], no novo modelo da família deu-se a substituição da família-instituição[250] pela família-instrumento[251], que existe em função da contribuição

---

245 RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento:** de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 39.

246 RAMOS, 2000, p. 66-67.

247 RAMOS, 2000, p. 111.

248 NALINI, 2001, p. 101.

249 DIAS, 2005, p. 41.

250 Aquela que se encontrava centrada no matrimônio como única modalidade de formação da família. Cfe. DIAS, 2005, p. 41.

251 O núcleo familiar se destina a ser lugar de incentivo e crescimento pessoal, bem como de cristalização dos valores, onde as diferenças devem ser respeitadas e o entendimento do que seja a dignidade humana e respeito ao indivíduo começam sua sedimentação para a vida. Cfe. DIAS, 2005, p. 41.

para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, bem como para o crescimento e formação da própria sociedade. A autora esclarece que a sociedade se encontra diante de um novo momento em que a valorização da dignidade humana impõe a reconstrução de um sistema jurídico muito mais atento aos aspectos pessoais do que às antigas estruturas sociais que buscavam engessar o agir a padrões pré-estabelecidos de comportamento. E essas mudanças impõem uma nova visão dos vínculos familiares, sendo que o atual conceito de família prioriza o laço de afetividade que une seus membros[252].

Também se apresenta a lição de LOBO[253] sustentando que a família atualmente não é só aquela formada pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas; a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade, não podendo o Estado tratá-la como parte sua; assim como a família é concebida da mesma forma que um espaço de realização da dignidade da pessoa humana. E o autor continua explicando que a família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômico-político-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais.

Verifica-se em SILVA[254] que a família é tida como um fenômeno da natureza e da cultura, que em decorrência da trama de interesses sociais envolvidos, também evoluiu, agregou novos conceitos e, principalmente, novas formas de ser família.

Em sentido estrito, PEREIRA[255] aponta que a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos. Para o referido autor na família se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos que

---

[252] DIAS, Maria Berenice. Família Normal? **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 46, p. 220, fev./mar., 2008.

[253] LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 24, p. 138, jun./jul. 2004.

[254] SILVA, 2006, p. 83.

[255] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Direito de Família. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14. v. 5.

promovem influência na projeção social do indivíduo. É nela que se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca.

Igualmente MADALENO[256] contribui apontando com base no artigo 226 da Constituição da República de 1988, que a família é a base da sociedade e por essa razão tem especial proteção do Estado. Ressalta o autor que a convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

É importante esclarecer que a família retratada no Código Civil de 1916[257] já não existe. Aquela família patriarcal, hierarquizada, centrada no matrimônio transforma-se hoje numa comunidade fundada no afeto, cujos membros se unem por um sentimento de solidariedade. A esta família dá-se o nome de família sociológica[258].

Assim, vale registrar que em toda casa em que houver pessoas, ligadas por laços de sangue ou não, unidas em busca da concretização das aspirações de cada uma delas e da comunidade como um todo, aí se tem uma família. Também, de uma forma mais concreta, é possível assegurar que para poder denominar um grupo de pessoas de família, é necessário que esse grupo preencha pelo menos dois requisitos, sendo o primeiro, a afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, de forma que se encontra acima dos interesses econômicos; e, por segundo, a estabilidade, o que por certo exclui os relacionamentos eventuais, fugazes, sem objetivo de vida em comum[259].

---

[256] MADALENO, 2008, p. 5.

[257] A noção codificada de família, quando da elaboração, no Brasil, do Código Civil de 1916, em face de uma sociedade basicamente rural, revelava uma família que funcionava como uma unidade de produção, importando para tanto ser numerosa, uma vez que em número expressivo de membros representava uma maior força de trabalho e maiores condições de sobrevivência de todo o grupo. Esse modelo de família era chefiado por um homem, que além de exercer o papel de pai e marido, detinha toda a autoridade e poder sustentados numa estrutura patrimonial. Daí as características patriarcais e hierarquizadas do modelo centrado na chefia do marido, ocupando a mulher e os filhos uma posição de inferioridade no grupo familiar. Todo o sistema originário do Código Civil tem como base a família como grupo social de sangue com origem no casamento. Cfe. BOEIRA, 1999, p. 20.

[258] DELINSKI, 1997, p. 11.

[259] CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da morada. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 385.

Registra-se igualmente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 16, alínea 3, conceitua a família como o núcleo natural e fundamental da sociedade, dotada de direito à proteção da sociedade e do Estado[260], reconhecendo expressamente o direito da pessoa humana de fundar uma família. Direito este que vem sendo confirmado em documentos normativos internacionais, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica em 1969 e ratificada pelo Brasil no ano de 1992, que em seu artigo 17[261] apresenta definição semelhante à Declaração Universal.

Em termos legislativos a definição de família pode ser encontrada no artigo 25 da Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê: "Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes".

Por fim, cabível também o disposto na Lei n. 11.340/2006[262], em seu artigo 5º, inciso II, quando diz: "A família é compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa". Esse conceito mostra-se mais amplo, já que abrange todas as entidades familiares, sem qualquer exceção.

Pelo exposto, observa-se que os conceitos podem ser diversificados, mas um ponto convergente entre eles é considerar a família como célula básica da sociedade e que a união das pessoas que se encontram inseridas no núcleo familiar, ligadas ou não por laços consanguíneos, dá-se a partir da intimidade, do respeito mútuo, do afeto, do cuidado e do crescimento conjunto.

E assim, a família na atualidade, inclusive na seara jurídica, pode ser definida como o lugar de cuidados, uma vez que o afeto é um elemento constitutivo da pessoa humana e é na família que se desperta esse cuidado afetuoso pelos demais membros da entidade familiar.

---

[260] Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 26 fev. 2009.

[261] Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Art. 17. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. Disponível em: <http://www.pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacaopfdc/docs_convencao/convencao_americana_dir_humanos.pdf> Acesso em: 29 jan. 2009.

[262] Lei Maria da Penha. Essa lei criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Mostra-se, portanto, de forma cristalina que a família é um espaço de convivência humana ao qual cada membro pertence, constituindo uma rede de relacionamentos, que definem o rosto com o qual cada um participa dos diversos ambientes que quotidianamente frequenta e se encontra com as outras pessoas. E assim, pertencer a um conjunto de pessoas, que constitui a família por meio de vínculos profundos e complexos, realiza a própria pessoa na função que lhe cabe nesse espaço, seja como pai, mãe ou filho. Trata-se, por conseguinte, de um complexo simbólico, apresentando-se como o primeiro ponto de apoio e o primeiro alicerce da sociedade[263].

Para melhor compreender a configuração da família nos dias de hoje faz-se necessário conhecer a sua transformação ao longo do tempo[264]. Ressalta-se que a evolução apresentada é bastante breve e sintética, sem a finalidade de esgotar noções e aspectos históricos acerca da família, mas tão somente com o objetivo de pontuar as mudanças ocorridas no transcurso do tempo, de forma a compreender a complexidade da entidade familiar contemporânea.

2.1 A Família e suas Transformações ao Longo do Tempo

A família apresenta-se como um sistema complexo inserido em um contexto social e histórico. Suas estruturas sofrem influências de fatores como a economia, progresso tecnológico, globalização, entre outros, provocando mudanças de valores e comportamento nos mais diversos aspectos. Ou ainda, conforme AZEVEDO[265], a família é agrupamento informal que se cria de forma espontânea no meio social, cuja estruturação formal se dá através do direito.

LÉVI-STRAUSS[266] sustenta que considerada como instituição, a família representa a fidelidade linear que vincula as gerações; fonte das emoções mais profundas para cada indivíduo, local onde ocorre a formação do seu ser físico e da

[263] SILVA, 2006, p. 87.

[264] O conceito de família altera-se de forma contínua, renovando-se como ponto de referência do indivíduo na sociedade e, assim, qualquer análise não pode prescindir de enfocar o momento histórico e o sistema normativo em vigor. Cfe. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

[265] AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Casamento: instituição em xeque. *In:* SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Casamento:** uma escuta além do judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006, p. 31.

[266] LÉVI-STRAUSS *In*: BURGUIÈRE, 1986, p. 7.

sua personalidade moral, de forma a unir pelo afeto, pelo dever e pelo interesse os ascendentes e descendentes. Prossegue comparando as famílias a um conjunto de fios de cuja trama resulta o tecido social.

É certo, que dentre as grandes instituições[267], a família é a mais antiga, não se podendo precisar de forma exata a sua origem, mas podendo-se afirmar que, sob o aspecto sociológico, a sua formação é cultural, resultando de comportamentos, hábitos e valores próprios dos membros do grupo, em um determinado tempo e em um certo espaço[268].

Nesse sentido evoca-se a lição de COULANGES[269], que ao iniciar sua obra "A cidade antiga", comenta sobre o conhecimento a ser transmitido para futuras gerações:

> Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem auscultar sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas, e o que cada uma dessas épocas lhe legou.

O pensamento do autor comprova o quanto é importante para o ser humano o conhecimento de suas origens, ainda que, muitas vezes, seja impossível apontar com precisão a forma pela qual tudo teve início.

O levantamento bibliográfico que sustenta o presente capítulo conduziu à comprovação de que as famílias sofreram modificações no decorrer dos tempos[270], sendo que nos primórdios não há notícia de núcleo familiar expressamente constituído. As pesquisas arqueológicas já realizadas apontaram na direção de presunções perpetuadas no tempo, tendo em vista a escassez de fontes escritas e as incertezas geradas pelas fontes encontradas. Observa-se, dessa forma, que a

---

[267] A família, a propriedade e o Estado constituem as grandes instituições da sociedade e são pontos fundamentais da sua organização. Cfe. LOTUFO, Maria Alice Zaratin. O Código Civil e as entidades familiares. *In:* NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 571.

[268] LOTUFO, 2008, p. 572.

[269] COULANGES, 1975, p. 9.

[270] A evolução da família é marcada por três grandes períodos: a primeira fase, denominada "tradicional", teve como objetivo assegurar a transmissão de um patrimônio. Na segunda fase, a família dita "moderna" torna-se o receptáculo de uma lógica afetiva, cujo modelo se impõe entre o final do século XVIII e meados do século XX. E, finalmente, a terceira fase, a partir dos anos 60, impondo-se a família que passa a ser chamada de "contemporânea" ou "pós-moderna". Cfe. ROUDINESCO, 2003, p. 19.

dificuldade de comprovação dos estágios primitivos da família permite a cada pesquisador explicar a origem desse núcleo subordinado às várias controvérsias e à ausência de uma verdade absoluta.

Nesse sentido, MASSET[271] aponta que a organização social na pré-história é praticamente desconhecida, limitando-se o conhecimento a meras presunções, haja vista que utensílios e ossadas localizados podem indicar os gestos, mas não a intenção dos seus autores.

Acontece com a família o equivalente ao ocorrido com a linguagem, ou seja, quando do ingresso na história, por volta de 3000 a.C, ambas já haviam atingido o ponto máximo de organização e complexidade[272]. E embora pouco se conheça das civilizações primitivas é possível supor que fossem dotadas de meios próprios para resolução de seus conflitos.

Dessa forma, seria possível dizer que a família teve origem pelo instinto, isto é, pela necessidade de preservação e perpetuação da espécie humana. Ou ainda: "o impulso natural do instinto sexual teria dado origem à família de modo imediato[273]".

Em rápida passagem pela Babilônia, as pesquisas anunciam que a estrutura da família clássica parece ter sido uma estrutura nuclear, geralmente monogâmica, e reunida em torno do pai estava a mãe e os filhos não casados. Por outro lado, os descobrimentos arqueológicos demonstram a existência de famílias extensas, o que levou a conclusão de que poderia acontecer de o filho após o casamento permanecer na casa paterna, juntamente com o pai ainda vivo e os irmãos e irmãs celibatários, formando com eles uma família-tronco[274].

MASSET[275] aduz que na Babilônia[276] existiam três etapas a serem cumpridas pelo indivíduo: o casamento, o nascimento de um filho e a morte. Prossegue o autor

---

271 MASSET, Claude. Pré-história da família. *In*: BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986, p. 69. v. 1.

272 MASSET, 1986, p. 84.

273 FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à Família. **Revista brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 23, p. 5, abr./maio 2004.

274 GLASSNER, Jean-Jacques. **Da Suméria à Babilônia**: Famílias para gerir, famílias para reinar. *In*: BURGUIÈRE, 1986, p. 98.

275 MASSET, 1986, p. 98.

276 Antigo reino da Mesopotâmia, conhecido originalmente como Sumer e depois como Sumer e Acad, entre os rios Tigre e Eufrates, ao sul da atual Bagdá, Iraque. O nome Babil ou Bâbili significa "porta de Deus". Disponível em: <http://www.historiadomundo.com.br/babilonia/civilizacao-babilonica/> Acesso em 11 mar. 2009.

ensinando que o casamento era o ato fundador da família, um laço jurídico, um compromisso subscrito por dois grupos que assim tornavam pública as suas obrigações de forma que reforçavam essa aliança; tendo em vista que a união tinha por finalidade a procriação. Logo, o casamento constituía uma relação socialmente aprovada em que as regras de residência e as de filiação desempenhavam um papel essencial. O nascimento do filho remetia a procriação de herdeiro masculino[277].

Por fim, a morte como última etapa, era concebida como a passagem a uma nova forma de existência; entretanto, os mortos poderiam interceder junto dos deuses a favor de seus descendentes, uma vez que vigorava a crença no sentido de que, apesar de habitarem um "local sem retorno", possuíam a faculdade de intervir no mundo dos vivos[278].

Nesse período, o homem era o chefe da família e detentor da autoridade. Na sociedade babilônica o poder do homem apresentava limites, como por exemplo, não deter o poder de vida ou de morte sobre a esposa. Diferente do que ocorria na Assíria, que na eventualidade de um flagrante delito de adultério, o marido possuía sobre a sua mulher o direito de vida ou de morte[279].

Há pesquisas que levam a reconhecer a situação da mulher suméria como dotada de privilégios e liberdades, sem, entretanto ignorar a autoridade do marido. Ocorre que a mulher, nessa sociedade, era dotada de relativa autonomia e partilhava com o esposo as resoluções da família, inclusive no que dizia respeito aos negócios.

Para confirmar este fato, MASSET[280] informa que a descoberta de documento de cerca de 2200 a.C. demonstra que certo Ur-Shara e sua esposa Ama-É dividiam as tarefas e responsabilidades da gestão de uma grande propriedade, cabendo ao homem ocupar-se da criação de um considerável rebanho, enquanto a mulher exercia a exploração agrícola de 200 hectares de terra.

Quanto aos filhos observa-se que a criança de tenra idade era confiada aos cuidados da mãe até por volta de três anos, quando se dava o desmame. Nessa idade deixava de ser visto como um bebê e passava para a autoridade do pai que

[277] MASSET, 1986, p. 103.
[278] MASSET, 1986, p. 104.
[279] MASSET, 1986, p. 106.
[280] MASSET, 1986, p. 107.

tomava a seu encargo a educação do filho homem. A educação da filha mulher era voltada para o casamento e para a maternidade ou ainda, para a vida religiosa. O filho homem era tido como esperança da família, e ainda que não se tenha informações precisas sobre a educação recebida, ficaram registrados os castigos que se encontrava sujeito no caso de descumprimento das obrigações. Tem-se notícia do pai poder açoitar o filho ou ainda fechá-lo numa masmorra, em caso de mostrar-se rebelde aos ensinamentos[281].

A forma de constituição da família primitiva como unidade social ainda é objeto de especulação, quando baseada nos fatos biológicos da procriação e do período necessário à assistência da prole. Para uns a primeira forma de família deveria ter sido um grupo formado por um homem e algumas mulheres, juntamente com seus filhos (poligamia); enquanto outros sustentam que a união monogâmica foi provavelmente praticada desde os primórdios da cultura humana[282]. Entretanto, é importante esclarecer que a família se apresenta como unidade fundamental em todas as sociedades, mesmo nas primitivas.

Para WELTER[283] existem duas teorias que podem ser invocadas de forma a explicar a origem da família: a matriarcal, em que a família seria originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que todas as mulheres e homens pertenciam uns aos outros; e a patriarcal, que nega essa promiscuidade sexual, asseverando que o pai sempre foi o centro organizacional da família. Entretanto, cita o doutrinador que os pesquisadores ainda não identificaram e, dificilmente conseguirão comprovar o estado inicial da família.

PEREIRA[284], entretanto, discorda da idéia de promiscuidade originária, em que todas as mulheres pertenceriam a todos os homens. Assegura o autor que referida condição mostra-se incompatível com a idéia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, além de contraditória com o desenvolvimento da espécie.

---

281 MASSET, 1986, p. 110.

282 ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil brasileiro.** Campinas, SP: Bookseller, 2001, p. 9-10.

283 WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32-33.

284 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17. v. 5.

Outro fato observado na evolução da família é a existência do casamento em todas as sociedades, como ato privado ou como ato jurídico, ainda que não exista termo expresso para designar essa instituição, como por exemplo, na sociedade egípcia[285].

Entre os egípcios[286] o casamento era um estado de fato atestado pela coabitação. Segundo documentos encontrados a escolha do marido para uma filha era função do pai, ou pelo menos, essa escolha encontrava-se subordinada à sua concordância. Todavia, os documentos não conduzem necessariamente a regra absoluta de que as filhas aceitavam passivamente a escolha paterna. FORGEAU[287] cita um texto do Império Novo em que uma princesa síria ameaça o pai de "se deixar morrer caso ele não permita desposar o eleito do seu coração" e, diante da posição firme da filha, o rei cede e concede não apenas a autorização para as núpcias, mas também "casa, campos e rebanhos". O casamento era normalmente monogâmico, entre os egípcios, e somente o faraó poderia ter várias esposas[288].

Na Grécia[289] a família é parte da cidade, ou seja, é uma etapa necessária para a agregação do indivíduo nessa mesma cidade. Na obra "A Política",

---

285 FORGEAU, Annie. **A memória do nome e a ordem faraônica**. *In*: BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da Família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986, p. 121. v. 1.

286 A civilização egípcia antiga desenvolveu-se no nordeste africano (margens do rio Nilo) entre 3200 a.C (unificação do norte e sul) a 32 a.c (domínio romano). Como a região é formada por um deserto (Saara), o rio Nilo ganhou uma extrema importância para os egípcios. O rio era utilizado como via de transporte (através de barcos) de mercadorias e pessoas. As águas do rio Nilo também eram utilizadas para beber, pescar e fertilizar as margens, nas épocas de cheias, favorecendo a agricultura. A sociedade egípcia estava dividida em várias camadas, sendo que o faraó era a autoridade máxima, chegando a ser considerado um deus na Terra. Sacerdotes, militares e escribas (responsáveis pela escrita) também ganharam importância na sociedade. Esta era sustentada pelo trabalho e impostos pagos por camponeses, artesãos e pequenos comerciantes. Os escravos também compunham a sociedade egípcia e, geralmente, eram pessoas capturadas em guerras. Trabalhavam muito e nada recebiam por seu trabalho, apenas água e comida Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/egito/> Acesso em: 11 mar. 2009.

287 FORGEAU, 1986, p. 122.

288 AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Estatuto da família de fato.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 43.

289 A Grécia antiga começava no sul do Monte Olimpo, ao sul dos Bálcans. Ao norte do Golfo de Corinto, fica a Grécia Continental, ao sul, a Grécia Peninsular. Existe ainda a Grécia Insular, formada pelas ilhas do Mar Egeu. A Grécia continental é montanhosa, com planícies férteis isoladas. O relevo explica o surgimento de Estados locais, pois as comunicações eram difíceis. Já na Grécia peninsular, de litoral recortado por golfos e baías, navegava-se facilmente de um ponto a outro da costa. Na Grécia insular, as numerosas ilhas permitiam a navegação com terra sempre à vista, o que era fundamental numa época de técnica naval precária. Esses condicionamentos geográficos explicam a tendência grega de integração com exterior, mais do que com o interior. Disponível em: <http://www.algosobre.com.br/historia/grecia-antiga.html> Acesso em: 11 mar. 2009.

Aristóteles[290] explica que o homem, a mulher e os filhos fazem parte da família e a família faz parte da cidade.

SISSA[291] aponta que cabia à autoridade paterna desempenhar o papel jurídico na integração do indivíduo entre os cidadãos. O casamento era monogâmico sendo proibida a bigamia.

A família era organizada na Grécia e, também em Roma sob o princípio da autoridade, não sendo encontrado o afeto natural, uma vez que tal sentimento nada representava para o direito[292]. Segundo COULANGES[293] o que uniu os membros da família antiga foi a religião, tornando-se mais uma associação religiosa do que uma associação natural.

E exatamente pela religião é que a mulher assumia uma posição de inferioridade, uma vez que mesmo tomando parte nas funções religiosas, é sabido que sua religião não se originava do nascimento, mas pelo casamento. Ao se casar a mulher, além de abandonar o lar paterno, passava a invocar, desse momento em diante, os deuses do esposo, isto é, mudava de religião e passava a praticar outros ritos e a recitar outras orações. Assim, a partir do casamento a mulher não tinha mais vínculo algum com a religião doméstica de seus pais[294].

COULANGES[295] ensina que o casamento romano é semelhante ao casamento grego e, tanto um quanto outro, é composto de três atos: *traditio, deductio in domum, confarreatio.*

O primeiro ato é quando a jovem deixa o lar paterno e, como sua ligação a esse lar não acontece por direito próprio, mas vinculado ao pai da família, somente a autoridade paterna tem legitimidade para efetuar o desligamento. O ato é tido como formalidade imprescindível.

No segundo momento, a jovem é conduzida à casa do esposo. Tanto em Roma quanto na Grécia, a jovem seguia com a face coberta, levando uma coroa e com uma tocha nupcial abrindo o cortejo. Em sua volta canta-se hino religioso. O

---

290 ARISTÓTELES. **A política**. Disponível em: <www.livroparatodos.net/livros-downloads/a-politica.html> Acesso em: 18 maio 2008, p. 30.

291 SISSA, Giulia. **A família na cidade grega** (séculos V-IV a.C.). *In*: BURGUIÈRE, 1986, p. 158.

292 COULANGES, 1975, p. 33.

293 COULANGES, 1975, p. 34.

294 COULANGES, 1975, p. 35.

295 COULANGES, 1975, p. 37.

cortejo segue até em frente à casa do esposo e lá chegando apresentam à jovem fogo e água. O fogo representa a divindade doméstica e a água serve à família em todos os atos religiosos. A entrada da jovem na casa deve acontecer nos braços de seu marido, sem que ela toque a soleira da porta.

O terceiro e último ato é a condução da esposa até diante do fogo onde se encontram todos os deuses domésticos e as imagens dos antepassados, ao redor do fogo sagrado. Os dois esposos, tal como acontece na Grécia, ofertam sacrifício, pronunciam orações e juntos comem um bolo de flor de laranjeira, constituindo dessa forma a união entre marido e mulher.

Com o casamento dá-se o desligamento total da mulher em relação à família de seu pai, passando a ofertar sacrifício aos antepassados do marido, que a partir da união passam a ser de sua família. Com o casamento a mulher nasce pela segunda vez, agora na família de seu esposo.

Caso ocorresse a separação do casal, dar-se-ia igualmente por cessada a comunhão do culto, ainda que COULANGES[296] declare que "a dissolução do casamento religioso foi sempre muito difícil".

A partir do século IV, com o imperador Constantino, instala-se no direito romano a concepção cristã de família, na qual as preocupações de ordem moral passam a predominar; de forma que a autoridade suprema do *pater familias* fica minimizada e onde se institui a concepção preliminar de igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. Nessa época a igreja vai influenciar também no campo patrimonial, derrubando a ideia da independência econômica e elevando a noção de comunhão de bens entre os cônjuges[297].

Com a transição entre a família romana e a família cristã foram mantidos elementos comuns, como a unidade em torno do culto, que a partir de então passa a seguir as diretrizes do cristianismo. Ressalta-se que o cristianismo, desde esse período até os dias de hoje, entende que a família é a célula da Igreja e o lar é o primeiro templo[298].

---

[296] COULANGES, 1975, p. 39.

[297] MAIA, Renato. **Filiação paterna e seus efeitos.** São Paulo: SRS, 2008, p. 13.

[298] PARODI, Ana Cecília de Paula Soares. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos.** Campinas, SP: Russell, 2007, p. 39-40.

É oportuno registrar que a família romana representou o exemplo mais vigoroso de organização patriarcal, sendo pioneira em normatizar um instituto que era empírico em outras sociedades.

Por outro lado, cabe colacionar a lição de GOMES[299] ao explicar que para o cristianismo a família deveria fundar-se no matrimônio, reconhecido como um sacramento, de acordo com os ensinamentos de Jesus Cristo. E ressalta o autor que a Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos anos de sua existência.

Também se menciona a estratificação da sociedade hindu em castas, que existe até os dias de hoje, como de suma importância na estruturação da família, haja vista a segregação consequente desse sistema social e pelos preceitos bloqueadores do casamento entre membros de castas diferentes. Como por exemplo, a mulher ao casar integra-se completamente à família do marido, isso significa que o casamento com um homem de casta superior pressupõe a elevação de seu nível social; por outro lado, o casamento de um homem com uma mulher de casta superior lhe confere um *status* incompatível com a posição que lhe foi determinada do nascimento à morte pela ordenação da sociedade em castas[300].

Passando pela Idade Média, em especial no período que compreende os séculos X a XV, observa-se que "as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido[301]." Segundo GAMA[302], na Idade Média a família sofre ascendência do direito canônico, do direito romano e do direito germânico, sendo que a família germânica era do tipo parental, ou seja, o pátrio poder é o poder do pai e não o poder do chefe de família. Expõe o autor que à esposa era reservada uma posição moralmente elevada, contrapondo-se à situação de submissão a que a mulher se encontrava em Roma e na Grécia.

O referido autor ainda narra que o casamento civil, como instituto que conta com a participação do Estado no próprio ato da celebração, reporta-se aos agrupamentos germânicos primitivos, onde era celebrado perante a reunião de

---

299 GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 40.

300 OSÓRIO, 2002, p. 36.

301 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

302 GAMA, 2008, p. 17.

homens livres, sendo que, posteriormente, passou a se estabelecer perante os juízes, para, finalmente, ser contraído perante um juiz, representante da comunidade[303].

No sistema feudal preponderou o elemento político; bem como se apresentando a família, do ponto de vista econômico, como organismo compacto com interesses e despesas comuns, na dependência de uma vontade soberana. Nesse período ainda conserva seu tríplice caráter religioso, econômico e político, mas sem apresentar a significação rígida que possuía no direito romano. Sua coesão ainda se assenta na autoridade de um chefe, que não se mostra, entretanto, na forma absoluta. E a família continuava a ser uma unidade econômica, que satisfazia, praticamente, todas as necessidades de seus membros[304].

Com o advento da Revolução Industrial, as pessoas passam a trabalhar nas fábricas, diminuindo o caráter econômico dos lares e abrindo espaço para a casa se tornar o lugar de convívio dos membros da família em busca de um crescimento harmônico e valorizando os princípios espirituais[305]. O mundo testemunhou, a partir da referida revolução, um súbito enxugamento da família que migrou do campo para os grandes centros industriais, reduzindo a quantificação da composição familiar. Nessa época surge o pequeno grupo familiar, formado por pais e filhos centrando no seu domicílio o ninho, o abrigo reservado à exposição dos seus assuntos familiares mais íntimos[306].

Para um melhor entendimento da evolução da família, ainda se buscou ARIÈS[307], que em elaborado estudo sobre as sociedades tradicionais apresenta o lugar assumido pelas crianças nas famílias. Conforme já explicado no capítulo 1, a educação das crianças era garantida pela aprendizagem junto aos adultos, configurando-se da seguinte forma: entre os sete e nove anos de idade as crianças eram mandadas a outras famílias para receberem ensinamentos e disciplina; havia, assim, um intercâmbio de crianças entre famílias, o qual perdurava por cerca de oito anos. Nesse período, não havia lugar para a escola na transmissão de

---

303 GAMA, 2008, p. 17.

304 GOMES, 2002, p. 41.

305 PARODI, 2007, p. 40.

306 MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17.

307 ARIÈS, 1981, p. 159.

aprendizagens; esta era realizada pela participação das crianças na vida dos adultos. Dessa forma, observa-se que não há propriamente ligação afetiva entre os membros de uma família, uma vez que eles não cuidavam diretamente de seus filhos.

A partir do século XV, com o início da frequência escolar, a qual se encontrava vinculada ao anseio dos pais em manter as crianças mais próximas por mais tempo, dão-se início às transformações na realidade e nos sentimentos da família, passando esta a se concentrar nas relações entre pais e filhos de forma cada vez mais sentimental. A escola deixou de ser reservada aos clérigos para se transformar no instrumento normal da iniciação social, da passagem do estado da infância ao do adulto[308].

Ressalta o autor que a afetividade era uma função que não existia como condição de constituição da família. Esta existia mais em função de padrões morais organizadores da vida em sociedade. A prioridade da família era a garantia da sobrevivência de seus membros, a participação coletiva no trabalho, a defesa da honra. Assim, nesse período a família existe enquanto unidade de produção e as trocas afetivas se faziam entre vizinhos, amigos, até mesmo com os criados, mas não necessariamente dentro da família.

Ainda, de acordo com o ensinamento de ÀRIES[309], a idade do indivíduo, inicialmente, era presumida, ou seja, as fases de desenvolvimento humano não eram bem marcadas e o período da infância estendia-se enquanto durasse o caráter de dependência da pessoa. Somente no século XIX, diante da urgência gerada pela guerra e a necessidade dos jovens se colocarem a serviço da pátria, chega-se a um marco para delimitar socialmente o final da idade infantil e o início da idade adulta. É possível, assim, perceber um princípio de construção de uma visão mais individualizada do desenvolvimento humano, deflagrado principalmente pela conjuntura política e social. Esse reconhecimento da individualidade se manifesta nos cômodos das casas, que passam a transmitir uma idéia de privacidade que se mostra paralela à construção do sentimento de intimidade familiar.

---

[308] ÀRIES, 1981, p. 159.
[309] ÁRIES, 1981, p. 11.

PERROT[310] explica que a família do século XIX, celebrada, santificada, fortalecida era uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Da família, ele era a honra, dando-lhe seu nome, assim como era o chefe e o gerente. Encarnava e representava o grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham. Mulher e filho lhe eram rigorosamente subordinados. A esposa estava destinada ao lar, aos muros de sua casa, à fidelidade absoluta. Os filhos deviam submeter suas escolhas, profissionais e amorosas, às necessidades familiares. A autora ainda aponta que essa família se mostrava por demais ambígua, pois podia-se vislumbrar a existência do ninho e do nó. O ninho representado pelo refúgio caloroso, centro de intercâmbio afetivo e sexual, barreira contra a agressão exterior, enrustida em seu território, a casa sendo protegida pelo muro espesso da vida privada que ninguém poderia violar; enquanto que o nó, pela vida secreta, fechada, exclusiva, normativa, onde a família se mostrava como palco de incessantes conflitos que tecem uma interminável intriga, fundamento da literatura romanesca do século.

Os sentimentos da família foram se transformando no decorrer do tempo, passando a existir uma preocupação mais latente dos pais em acompanhar os filhos de uma forma contínua e próxima e de não mais abandoná-los, ainda que temporariamente, aos cuidados de outra família. Tal mudança contribuiu para a aproximação da família com a criança, de forma a aumentar o sentimento de família e de infância. A partir dessa mudança a família passou a se concentrar em torno da criança.

---

[310] PERROT, Michelle. **O nó e o ninho.** Veja: Reflexões para o futuro: 1993. Disponível em: <http://www. leonildocorrea.adv.br/ninho.htm. Acesso em: 09 mar. 2009.

Marcou também, na área da família, o Código Civil francês de 1804[311], conhecido como Código de Napoleão, uma vez que o grupo familiar permanecia sob a autoridade paterna e se fundava no poder marital, bem como na incapacidade e submissão da mulher. Por outro lado legitimava a igualdade dos filhos oriundos do casamento e ressaltava a inferioridade da condição dos ilegítimos. O casamento foi secularizado, tornando-se contrato civil e o divórcio permitido. Além disso, a família perdeu sua importância, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista político, passando a primar, na sua organização jurídica, sob a forma inorgânica e as relações pessoais e patrimoniais entre seus membros, ficaram reduzidas apenas aos cônjuges e à prole[312].

Na era moderna, o grupo familiar sofreu drástica redução numérica. Um dos motivos apontados pelos pesquisadores em geral foi o ingresso da mulher no mercado de trabalho. VENOSA[313] afirma que no século XX "o papel da mulher transformou-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar".

PERROT[314], por sua vez, sustenta que a casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que os membros da entidade familiar desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas às regras e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, de acordo com a autora em referência, são seus aspectos positivos: a

---

311 No dia 21 de março de 1804, após quase quatro anos de reuniões e discussões, entrou em vigor na França um novo código civil: o Código de Napoleão. Ele sedimentou e deu forma jurídica às principais conquistas da revolução de 1789, servindo como modelo e inspiração para diversos países do mundo, entre os quais o Brasil (Código Civil de 1916). Era composto de 2.281 artigos. Pelo Código de Napoleão, o cidadão, inteirava-se que não havia mais ninguém que pudesse requerer privilégios devido ao sangue ou ao nascimento nobre. Os franceses eram iguais aos olhos da lei. O Estado separava-se da Igreja, e doravante cada um podia escolher o caminho para céu que melhor lhe aprouvesse, como abraçar a profissão que bem quisesse. Para minar a transmissão das terras pelo princípio da primogenitura adotado pelo costume aristocrático, os filhos agora tinham direitos iguais à herança paterna e o casamento somente adquiria legitimidade em frente a um juiz de paz. Napoleão, seguindo a doutrina liberal, pôs fim ao conceito religioso do enlace sagrado substituindo-o pelo contrato de casamento. Disponível em: <http://www. educaterra. terra.com.br/voltaire/mundo/2004/11/26/001.htm> Acesso em: 11 mar. 2009.

312 GOMES, 2002, p. 41.

313 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20. v. 6.

314 PERROT, 1993, n.p.

solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. E finaliza registrando tratar-se de um belo sonho.

No Brasil, as raízes do modelo de família patriarcal podem ser encontradas com a chegada dos colonizadores portugueses, que para cá trouxeram as tradições da metrópole, fundando os primeiros aglomerados humanos. O modelo da família patriarcal lusitana seguiu em linhas gerais os traços das instituições familiares européias, que se mostravam inspiradas nos princípios do direito romano, do direito germânico e do direito canônico[315].

Segundo SAMARA[316] apresentava-se no Brasil, desde o início da colonização, uma sociedade do tipo paternalista, cujas relações de caráter pessoal assumiram vital importância. A família patriarcal[317] era a base desse sistema e, por suas características quanto à composição e ao relacionamento que envolvia seus membros, estimulava a dependência da autoridade paterna e a solidariedade entre os parentes. Prossegue a autora observando que em razão da concentração, no seio da família, das funções econômico-sociais mais relevantes, o grupo familiar desempenhou papel fundamental na sociedade colonial, se apresentando também como solução para os problemas de acomodação sociocultural da população livre e pobre.

Entretanto, a mesma autora ressalta que a família patriarcal não se mostra como único modelo institucional e válido para caracterizar a família brasileira de modo geral, e aponta que a família paulista se apresentava com estrutura mais simples e com poucos integrantes. Compondo um quadro geral da família paulista, SAMARA[318] constatou que

> as extensas ou do tipo 'patriarcal' eram apenas uma das formas de organização familiar e não chegavam a representar 26% dos domicílios. Nos demais, ou seja, em 74% das casas, predominavam outras formas de composição, o que significa que famílias extensas eram representativas apenas de um segmento da população.

---

315 SOARES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 113.

316 SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira.** São Paulo: Brasiliense, 2004, p.10-11.

317 A família patriarcal caracteriza-se pela autoridade máxima conferida ao chefe da família, o qual exerce poder mais ou menos absoluto, sobre a mulher, filhos, agregados e escravos. Cfe. SOARES, 2004, p. 114.

318 SAMARA, 2004, p. 17.

Adverte-se, ainda, que essa nova visão da família, que resultou de toda a transformação ocorrida no decorrer do tempo, traduz inclusive a adoção de uma nova postura do Direito, eis que surge a valorização do afeto como fundamento de proteção das relações familiares. As modificações foram ocorrendo de forma gradativa e, em certa parte, até com dificuldades, mas é certo o fato de que a família, no século XXI, já não é mais apenas o reduto econômico. É, ao contrário, também o fundamento emocional, psicológico e afetivo dos seus integrantes[319].

Logo, é evidente que a família foi repensada ao longo do tempo, de forma que se passou a valorizar os seus membros que, em atenção ao princípio do respeito à dignidade humana, receberam tratamento igualitário voltando-se o enfoque para a afetividade[320].

Por outro lado, além das pesquisas sociológicas ou antropológicas é preciso igualmente observar o tratamento concedido pela legislação, no Brasil, à família, com ênfase na norma constitucional. E, em breve análise das Constituições brasileiras anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constata-se que a família brasileira constituía-se única e exclusivamente através do casamento; esclarecendo, no entanto, que nas duas primeiras constituições o tema passou despercebido, conforme se verá a seguir.

2.2 A Família Brasileira no contexto das Constituições

A Constituição é a ordem jurídica de um país e as constituições brasileiras buscaram ao longo do tempo revelar as mudanças sociais que aconteciam na sociedade, assim como as ideologias que, geralmente, transparecem quando da elaboração de uma norma jurídica[321].

E para uma melhor compreensão do processo evolutivo da legislação constitucional em relação à família, é importante conhecer cada uma das constituições brasileiras e analisar possíveis referências ao tema.

---

[319] DONIZETTI, 2007, p. 23.

[320] LOTUFO, 2008, p. 572.

[321] GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada:** Família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15.

A primeira Constituição do Brasil outorgada em 25 de março de 1824[322] pelo Imperador D. Pedro I, foi elaborada com influência dos modelos constitucionais francês e inglês, que se caracterizavam pelo individualismo, por não considerarem o homem como membro integrante de uma sociedade. Na referida Carta Constitucional nenhuma referência se fez à família em particular. Em seu capítulo III (artigos 105 a 115)[323] tratou apenas da família imperial e seu aspecto de dotação.

OLIVEIRA[324] aponta que mediante simples leitura da Constituição imperial observa-se claramente que estava direcionado para o elemento político, fato que por si só dispensa a justificativa da ausência de um tópico específico sobre a família no sentido comum. O autor ainda comenta que a análise da Carta Constitucional imperial frente ao período em que foi promulgada conduz a presunção de que o tema referente à família não combinava com a tutela constitucional, prevalecendo o entendimento de que tal assunto ainda era restrito ao direito comum[325].

A segunda Constituição do Brasil e primeira da República (1891), sob a influência do ideário republicano, tratou apenas de reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir a família, bem como determinando que sua celebração fosse gratuita. Disciplinava a Constituição de 1891, no artigo 72, parágrafo 4º[326], que a República só reconhecia o casamento civil; além disso, no parágrafo 7º[327] do referido artigo, deixava claro que nenhum culto e nenhuma Igreja gozariam de subvenção oficial, nem teriam relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados. Dessa forma o casamento religioso não produzia efeitos civis.

---

322 A Constituição de 1824 foi a de maior duração dentre todas as constituições brasileiras, vigorando por sessenta e cinco (65) anos.

323 Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Capítulo III. Da Família Imperial e sua Dotação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituicao24.htm> Acesso em: 10 fev. 2009.

324 OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28.

325 OLIVEIRA, 2006, p. 30.

326 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Art. 72. [...] § 4º. A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

327 Art. 72. § 7º. Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 10 fev. 2009.

Segundo PEREIRA[328], o artigo 72 foi inserido na Constituição em razão da separação Igreja/Estado. Em decorrência dessa separação a Igreja Católica, até então a religião oficial do Brasil, deixou de sê-lo e com isso, tornou-se necessário mencionar o casamento civil como o vínculo constituinte da família brasileira. Até então era dispensável a menção expressa, tendo em vista que as famílias eram constituídas pelo vínculo do casamento religioso, que tinha automaticamente efeitos civis. Nessa Constituição não se configurava proteção à família.

O posicionamento constitucional no tocante ao casamento civil já havia sido antecedido de igual procedimento no direito comum, por meio do Decreto 181, datado de 24 de janeiro de 1890, que instaurou o casamento civil e o preceituou como o único reconhecido pelo Estado e que devia preceder a celebração religiosa[329].

Prevalece ainda, no texto constitucional de 1891 o espírito da família patriarcal, assim como o direito à cidadania[330] ainda continua sendo concedido exclusivamente à pessoa do sexo masculino, mantendo-se a exclusão da mulher em relação a esse direito.

De acordo com BULOS[331] o positivismo impregnou várias partes do texto dessa primeira Constituição republicana e em virtude disso, houve intensa liberdade de culto a todas as pessoas, haja vista a inexistência de qualquer religião oficial do Estado.

A terceira Constituição do Brasil, segunda da República[332], impregnada de influências sociais, estendeu ao Estado a obrigação de socorrer as famílias de prole

---

328 PEREIRA, 2003, p. 9.

329 OLIVEIRA, 2006, p. 35.

330 Entende-se como direito à cidadania o direito de votar e ser votado. Esse direito era concedido exclusivamente aos homens, conforme se colhe do artigo 70 e seus parágrafos 1º e 2º da Constituição Republicana de 1891, estabelecendo que seriam considerados eleitores os cidadãos brasileiros (sexo masculino) maiores de 21 anos, alfabetizados e que não se encontrassem na situação de mendigos; praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade individual. Os cidadãos que não podem se alistar são inelegíveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituicao91.htm> Acesso em: 10 fev. 2009.

331 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 375.

332 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituicao34.htm> Acesso em: 10 fev. 2009.

numerosa[333], recomendou exame de sanidade física e mental para os nubentes[334] e ordenou a gratuidade do reconhecimento dos filhos naturais[335].

Logo, com a ruptura da concepção liberal de Estado, a Constituição de 1934 demonstrou grande preocupação e compromisso com a questão social, traduzida pelas disparidades existentes entre os setores produtivos. Entre seus dispositivos garantiu o acesso das mulheres à cidadania, cujo direito de votar era obrigatório, exceto se não exercessem função pública remunerada e também reconheceu do ponto de vista jurídico, o casamento religioso, além de considerar indissolúvel o liame matrimonial[336]. Dedicou um capítulo à família (artigos 144 a 147), embora somente reconhecendo a família oriunda do casamento, ao dispor que a família ficava sob a proteção do Estado e que sua base estava no ato jurídico do casamento indissolúvel.

Conforme PEREIRA[337], foi a partir dessa Constituição que, seguindo uma tendência internacional e com as modificações sociais, as constituições brasileiras passaram a dedicar capítulo à família e dar-lhe um tratamento diferenciado, ressaltando a sua importância, ainda que permanecesse centrada no casamento.

Além de capítulo específico sobre o tema, no artigo 113, n. 34 assegura a todos os brasileiros o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. No artigo 134 dispõe que a vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do *de cujus*. E ainda no artigo 138 prevê que incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, amparar a maternidade e a infância; assim como, proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual.

Logo, na Carta Política de 1934 percebe-se que não houve interesse em propor um conceito substancial do que seria uma família, ficando limitada a

[333] Constituição de 1934. Art. 138. Incumbe a União, aos Estados e Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] d) socorrer as famílias de prole numerosa;

[334] Constituição de 1934. Art. 145. A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

[335] Constituição de 1934. Art. 147. O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, [...].

[336] BULOS, 2008, p. 376.

[337] PEREIRA, 2003, p. 9.

especificar o ato pelo qual ela seria constituída e que o ato jurídico do casamento era indissolúvel, o que, significava não admitir o divórcio a vínculo.

Em 10 de novembro de 1937 foi decretada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil[338], que popularmente ficou conhecida como "Constituição polaca". Isso se deve a Getúlio Vargas, que embalado na posição universal de descrença da democracia, inspirou-se na Carta ditatorial da Polônia, de 1935[339].

Na Constituição de 1937 o tema "família" foi tratado nos artigos 124 a 127, não apresentando profunda alteração em relação à anterior. Permanecia a disposição de que a família seria constituída pelo casamento indissolúvel e estaria sob a proteção do Estado.

Segundo GAMA[340] é válido observar que o casamento continuava sendo o único instrumento expressamente reconhecido no contexto constitucional como viabilizador da família jurídico-constitucional, sendo claramente excluídas outras possibilidades, inclusive a família monoparental. Sustenta o autor que a preocupação com a instituição matrimonial se revela evidente no bojo de tais textos constitucionais como forma de preservação de um modelo político, econômico e social em que a paz e o patrimônio familiar encontravam-se acima de qualquer outro valor.

Dispunha ainda, Constituição de 1937 em seu artigo 124, que as famílias numerosas teriam compensações na proposição dos seus encargos. No artigo 125 previa que a educação dos filhos se apresentava como primeiro dever e direito natural dos pais, bem como o Estado não seria estranho a esse dever, colaborando, de forma principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. O artigo 126 estabeleceu que aos filhos naturais fosse assegurada pela lei a igualdade com os filhos legítimos, além de facilitar o reconhecimento. E o artigo 127 determinou que a infância e a juventude seriam objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, a quem caberia tomar todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. Dispôs

---

338 Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituicao37.htm> Acesso em: 10 fev. 2009.

339 BULOS, 2008, p. 376.

340 GAMA, 2008, p. 33.

ainda que o abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importaria em falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e concedia ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Observa-se, nesse caso, que o Estado autoritário transforma-se em tutor da infância e da juventude, em substituição aos pais, caso ocorra abandono. Também ficou expresso no texto constitucional que aos pais miseráveis assistia o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para mantença e educação da sua prole.

OLIVEIRA[341] sustenta que na Constituição de 1937 também não se verificou um interesse em apresentar um conceito do que constituía a família para o Direito Constitucional; somente se efetivaram alguns arranjos que praticamente em nada alteraram a situação da Constituição anterior acerca do tema.

Em 18 de setembro de 1946[342] foi promulgada a quinta Constituição brasileira e quarta da era republicana. Essa Carta Política decorreu da redemocratização e reconstitucionalização do Brasil, precedida da queda de Getúlio Vargas. Surge em ambiente propício ao pensamento democrático, tendo em vista o fim da Segunda Guerra Mundial, que impulsionou um ponto de partida para uma nova história da humanidade.

A Constituição de 1946, em seus artigos 163 a 165, trata do tema família e permanece apresentando com direito à proteção especial do Estado, aquela que seria constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel. Prossegue determinando que haverá equivalência entre o casamento civil e o religioso se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

Por força do artigo 164 torna obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Assim como define que a lei instituirá o amparo a famílias de prole numerosa. E no artigo 165 dispõe que a vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.

---

[341] OLIVEIRA, 2006, p. 53.

[342] Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituicao46.htm> Acesso em: 10 fev. 2009.

Embora tenha sido considerada a Constituição mais democrática até então, também não trouxe inovações, com exceção da garantia da possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento celebrado em cerimônia religiosa[343].

A Constituição de 1946 confirma o dogma da indissolubilidade do casamento, permanecendo expressa a tradição do matrimônio como ato preponderante na constituição da sociedade conjugal ou familiar.

Segundo OLIVEIRA[344], em virtude da Segunda Guerra Mundial, grandes transformações sociais aconteceram em todo o mundo e, por certo, que a família não ficou imune a essa nova realidade, especialmente no que se refere à adoção do divórcio pleno e à evolução do conceito de família, que não mais ficava restrito exclusivamente àquela constituída pelo casamento civil.

Por certo que essa Constituição pecou na efetividade, não correspondendo inteiramente às exigências e às aspirações de seu tempo, embora tenha desempenhado o importante papel de restaurar, dentro dos limites permitidos à época, o regime democrático[345].

Em 24 de janeiro de 1967 foi formalmente promulgada a Constituição do Brasil pelo Congresso Nacional[346]. A Constituição de 1967 assistiu a redução do espaço dedicado à família na Constituição anterior a apenas um artigo e quatro parágrafos e, por tal forma concisa, limitou-se a manter os direitos já conferidos anteriormente.

O *caput* do artigo 167 apenas inova no sentido de prever que a família constituída pelo casamento terá direito à proteção dos Poderes Públicos. Nas constituições anteriores a proteção ficava a cargo do Estado. O casamento continua sendo indissolúvel, assim como na forma civil e sua celebração permanece gratuita. Renova a disposição de que o casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

---

343 PEREIRA, 2006, p. 164.

344 OLIVEIRA, 2006, p. 62.

345 BULOS, 2008, p. 378.

346 Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 10 fev. 2009.

Descreve também que a lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Em plena vigência do regime militar implantado em 1964 foi publicada em 17 de outubro de 1969 a Emenda Constitucional n. 1, com data para entrar em vigência em 30 de outubro de 1969.

Como expresso em constituições anteriores, a Emenda Constitucional n. 1 permaneceu considerando a família constituída pelo casamento indissolúvel e com direito à proteção dos Poderes Públicos. Em seu parágrafo 4º assegurou que lei especial disporia sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, apenas acrescentando "e sobre a educação dos excepcionais". Em sua totalidade o texto constitucional limitou-se a repetir o que constava na Constituição de 1967.

Em 1977, como demonstração do início das significativas mudanças na área da família, foi introduzida a Emenda Constitucional n. 9, que dispôs sobre a dissolução do vínculo do casamento nos casos previstos em lei, desde que existente prévia separação judicial por mais de três (3) anos. Em 26 de dezembro de 1977 é proclamada a Lei n. 6.515, que inseriu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

GAMA[347] evidencia, que mesmo após essa inovação, a família constitucional continuava sendo apenas a família matrimonializada, com proposital omissão a respeito de outros modelos de família existentes no mundo dos fatos.

Por conseguinte, a instituição do divórcio e a aceitação de novos paradigmas como a independência da mulher, uma nova consciência sobre a sexualidade, o crescimento de movimentos reivindicatórios, as parcerias civis, a abertura política, foram alguns vetores que culminaram no processo constituinte, com ampla discussão de todos os setores nacionais, e na construção da base da pirâmide onde se apóiam todos os ordenamentos[348].

E, diante desse quadro de transformações sociais é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, apresentada ao povo brasileiro como "Constituição Cidadã", além de se mostrar como documento inovador no campo das relações humanas, de forma que promoveu a recriação da família. Trata-se da representação de uma mudança

[347] GAMA, 2008, p. 34.
[348] GIORGIS, 2007, p. 16.

radical, com nova conceituação de entidade familiar para efeitos da proteção do Estado, além do reconhecimento de situações que de fato aconteciam na sociedade, mas que não encontravam amparo na norma jurídica escrita.

Na Constituição de 1988 o capítulo VII, do título VIII, é composto de cinco artigos[349], que apresentam disposições sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso. O novo texto constitucional não mais traz previsão de casamento indissolúvel, mas aponta que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio após o cumprimento dos requisitos legais. Registra que os direitos e deveres decorrentes da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. E não poderia ser diferente, a partir do momento que se reconhece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[350].

Com a Constituição de 1988 viu-se abrir no cenário jurídico nacional a ampliação das formas de constituição de família e, apesar, segundo PEREIRA[351], "de certa timidez no texto quando se diz entidade familiar ao invés de família", é certo que o artigo 226[352] mostrou-se como um marco, apresentando novos preceitos para as famílias, além de princípios norteadores e determinantes para a compreensão e legitimação de todas as formas de família.

Assim, no âmbito do Direito de Família, a Constituição de 1988 vem romper de forma definitiva com a concepção clássica e reconhece como família não

---

[349] Artigos 226 a 230.

[350] CRFB/1988. Art. 5º.

[351] PEREIRA, 2003, p. 11.

[352] CRFB/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

somente o casamento, mas também a união estável[353] e a entidade monoparental[354], todas merecedoras de proteção por parte do Estado. Cabe, no entanto, registrar que mesmo com a alteração substancial do Direito de Família em razão do advento da Constituição da República de 1988, o sistema de sociedade matrimonializada se mantém.

Consagra-se, portanto, uma nova concepção de família em decorrência da previsão constitucional, que vai ser denominada eudemonista ou família nuclear, uma família que pode nascer do casamento, mas não somente dele, uma família que existe para que os seus integrantes nela encontrem sua realização pessoal, sua felicidade, e, por fim, uma família que, quando não conseguir atingir os seus objetivos almejados, pode ser dissolvida sem traumas[355].

O legislador constituinte também se preocupou em promover a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou ainda por adoção, todos passando a ter os mesmos direitos e qualificações, proibidas expressamente quaisquer discriminações relativas a filiação[356].

Não mais se permite utilizar das nomenclaturas com viés preconceituoso, tais como filhos ilegítimos, naturais, espúrios, bastardos ou incestuosos. Essa etapa de mudança veio a ser completada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que declarou em seu artigo 27[357], o estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo o reconhecimento do filho havido fora do

---

[353] CRFB/1988. Art. 226. § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[354] CRFB/1988. Art. 226. § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[355] SARTORI, Fernando Carlos de Andrade. A culpa como causa da separação e seus efeitos. *In:* NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 603.

[356] CRFB/1988. Art. 227. § 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.

[357] Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

casamento ser feito através de procedimentos voluntário[358], administrativo[359] ou judicial[360].

Observa-se, portanto, que a Constituição da República de 1988 apresenta a democratização do organismo familiar, diante da elevação de todos os integrantes da família à condição de sujeitos de direito, também a valorização do afeto nas relações familiares e a priorização dos interesses de crianças e adolescentes, a partir da adoção da teoria da proteção integral. Desse modo, as relações familiares passaram a ser conduzidas em razão da dignidade de cada membro da família.

A constitucionalização das relações de família foi determinante para ressaltar os novos contornos do Direito de Família, tendo como conseqüência o declínio de características presentes na família brasileira até então. Dessa forma, a felicidade individual dos membros da família, especialmente o bem-estar da criança e do adolescente, passou a se sobrepor à supremacia da valorização econômica, patrimonialista e da manutenção dos laços conjugais, como vinha acontecendo até então.

Assim, fica bastante claro que o século XX se apresentou como o cenário de grandes transformações na estrutura da família, alterando uma concepção de domínio do homem sobre a mulher e sua prole. Cabe, no entanto, observar que essa evolução não atingiu a todas as sociedades, e provavelmente as diferenças permanecerão nas próximas décadas.

2.3 A Concepção Contemporânea de Família

A família contemporânea no Ocidente passou por profundas transformações a partir da década de 1960, dando origem a novos modelos familiares levados pela

---

358 Procedimento voluntário corresponde ao reconhecimento mediante informação no registro de nascimento perante o oficial do registro civil; por testamento; por escritura pública ou documento particular, a ser arquivado em cartório; ou manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. O reconhecimento voluntário é ato livre, pessoal, irrevogável e de eficácia *erga omnes*. Cfe. LÔBO, 2008, p. 229.

359 Procedimento administrativo se refere a indicação do suposto pai pela mãe ao oficial do Registro Civil, conforme preceitua a Lei n. 8.560/1992, em seu art. 2º.

360 Procedimento judicial equivale ao ajuizamento de ação de investigação de paternidade ou maternidade, conforme art. 1.606 do Código Civil de 2002.

inserção da mulher no mercado de trabalho, que irá conduzir a uma diminuição da prole; assim como o aumento do número de divórcios, o surgimento de famílias reconstituídas e a luta pelo reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

PEIXOTO[361], ao comentar sobre as transformações, aponta o pluralismo familiar[362] como resultado de uma mudança profunda das relações de gênero e da emergência de um novo equilíbrio entre autonomia individual e pertencimento familiar.

A Constituição da República de 1988 elenca, claramente, como entidades familiares, o casamento, a união estável e a família monoparental. No entanto, a interpretação constitucional acerca do pluralismo familiar leva a crer que existem outras entidades familiares, além daquelas expressamente indicadas no dispositivo constitucional, até mesmo porque não há indicação de que o rol da previsão constitucional seja taxativo.

Assim, o conceito de família é plural e abrange as entidades familiares especificadas no artigo 226 da Constituição da República, bem como todas aquelas que possuam um vínculo afetivo e busquem objetivos de vida comuns. Observa-se, portanto, que atualmente quando se menciona a família, igualmente se refere a vínculo afetivo entre os seus membros.

SINGLY[363], no entanto, chama a atenção para o surgimento de um dever de amar, que se anuncia como o paradoxo da família contemporânea, eis que a força da regulação afetiva é tal que a sua conformação parece ser obrigatória. E ainda observa que o conviver fraternalmente não é uma relação simples para administrar afetivamente, uma vez que as tensões geradas no seio da família talvez possam ser relacionadas com a "concorrência de uns e outros em relação à afeição parental[364]".

Assim, o afeto que liga os membros de uma mesma família não significa necessariamente que os conduza a uma convivência fraterna e sem conflitos. É preciso considerar que, mesmo no grupo familiar, existem diferenças que devem ser

---

361 PEIXOTO, Clarice Ehlers. As transformações familiares e o olhar do sociólogo. *In:* SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea.** Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 12.

362 Corresponde aos vários e distintos tipos de família. Sobre o tema ver LÔBO, 2008, p. 56-57.

363 SINGLY, 2007, p. 120.

364 SINGLY, 2007, p. 118.

respeitadas; respeito este que se apresenta como forma de concretizar esse afeto que é, hoje, a razão da existência da família contemporânea.

Em razão das transformações já comentadas, observam-se alterações fundamentais dentro do próprio lar, como por exemplo, na tradicional divisão de tarefas, uma vez que a mulher inserida no mercado de trabalho presencia seu tempo de dedicação aos filhos e aos afazeres domésticos diminuídos. A nova conjuntura leva o homem a mudar seu espaço no interior da família, pressionando-o a assumir e dividir tarefas até então tipicamente femininas. Logo, a mulher torna-se mais autônoma e competitiva e o homem aprende a ser mais cuidadoso em relação à sua prole. Essa mudança de postura possibilita uma maior aproximação entre os membros da família, derrubando de vez a idéia antiga de um chefe (o marido) e seus subordinados (a mulher e os filhos).

Como afirmado anteriormente, foi a partir do século XX que o homem, até então tido como referência máxima para a sua esposa e filhos, perde prestígio, uma vez que no anseio de alcançar a felicidade, a mulher passa a ser protagonista da sua própria história e busca, para tanto, decidir sobre seu trabalho, suas relações amorosas, educação dos filhos, sobre a sua própria vida[365]. Essa mudança de atitude da mulher a conduz em busca da igualdade de direitos e obrigações, o que vai influenciar diretamente na formação da organização familiar. A independência econômica alcançada pela mulher permite-lhe sair da sombra do patriarca e almejar a situação de quem, ao lado do parceiro de vida, organiza e administra a estrutura familiar[366].

Já não se forma uma família por obrigação ou mero interesse na preservação do patrimônio, mas com fundamento em vínculos afetivos, que são verdadeiros elos ligando as pessoas envolvidas nessa relação, e voltadas para a afirmação da dignidade daqueles que compõem a entidade familiar.

Com razão, pois, FARIAS[367] ao assinalar que o desenho da família na contemporaneidade é de núcleo fecundo para o desenvolvimento dos aspectos mais

---

[365] DONIZETTI, 2007, p. 8.

[366] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *In:* BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 50.

[367] FARIAS, 2007, p. 14.

positivos do ser humano, como a solidariedade, a ajuda recíproca, a troca enriquecedora e os laços afetivos. Trata-se de um verdadeiro LAR: um lugar de afeto e respeito.

E seguindo essa linha de pensamento, fica notório que não é possível pensar na vida humana sem ligá-la à família, uma vez que os direitos fundamentais de liberdade, de igualdade, de solidariedade, de saúde, de educação e o próprio direito à vida, entre outros valores humanos básicos, se relacionam com o direito à família e conduzem ao lar, onde são concretizados os direitos familiais. Todavia, conforme explica BARROS[368], os direitos familiais só se realizam em plenitude se estiverem envolvidos e sustentados pelo afeto.

As Constituições brasileiras anteriores à de 1988, conforme já visto, bem como a legislação infraconstitucional, apenas reconheciam a família decorrente do casamento, como instituição de produção e reprodução dos valores sociais, éticos, econômicos, culturais e religiosos. Com o advento da Constituição de 1988 e, posteriormente, o Código Civil de 2002, a família foi alçada sob o enfoque da tutela individualizada dos seus membros, ou seja, a visão constitucional apresenta o homem como centro da tutela estatal, valorizando cada componente do núcleo familiar de forma individual e não apenas a instituição familiar[369].

Registra-se, portanto, que a família contemporânea já não corresponde àquela formatada pelo Código Civil de 1916[370], que era constituída por pai e mãe, unidos por um casamento regulado pelo Estado, a quem se concedia a legitimidade dos filhos oriundos dessa união. Atualmente, com a promulgação da Constituição de 1988, observa-se grande número de famílias formadas sem o casamento institucionalizado, que são originárias de uniões estáveis[371], ao lado das famílias monoparentais[372], denotando a abertura de possibilidade às pessoas, para além de um único modelo. Ressalta-se, inclusive, a possibilidade da existência de entidade

---

[368] BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família**: Principais e operacionais. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br> Acesso em 12 maio 2008, n.p.

[369] Como instituição, a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. Cfe. VENOSA, 2003, p. 22.

[370] O Código Civil de 1916 apresentava um Direito de Família aristocrático, ou seja, aquele que tinha por objetivo tutelar a família "legítima", detentora de patrimônio e da paz doméstica, como valores absolutos, sem qualquer conteúdo ético e humanista nas relações travadas entre os participantes de tal organismo familiar. Cfe. GAMA, 2008, p. 30.

[371] Nos termos do art. 226, § 3° da CRFB/88, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

familiar formada por pessoas do mesmo sexo, as chamadas uniões homoafetivas que, apesar de não terem amparo expresso na legislação[373], já encontram eco ao pedido de reconhecimento da união pelo Poder Judiciário.

Segundo FACHIN[374], nos dias de hoje, a nova família busca construir uma história em comum, não mais a união formal, eventualmente sequer se cogita do casal. O que existe é uma comunhão afetiva, cuja ausência implica a falência do projeto de vida. Na atualidade, já não se identifica o pai como marido. Papéis e funções são diversos, e a procura de outro desenho jurídico familiar passa pela superação da herança colonial e do tradicional modo de ver os sujeitos das relações familiares como entes abstratos.

De mesma sorte, as expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais, outrora amplamente utilizadas, atualmente não mais servem, tendo em vista que se revestem de um ranço discriminatório. E por certo que diante da Constituição da República de 1988, na qual a dignidade da pessoa humana coloca-se como fundamento, não cabe qualquer forma de discriminação, principalmente, no campo das relações familiais[375].

Logo, sendo a dignidade da pessoa humana colocada no ápice do ordenamento jurídico, há de encontrar na família a base apropriada para o seu desenvolvimento. Assim como se mostra inerente à essência da pessoa, é possível afirmar que o ser humano é digno enquanto pessoa, simplesmente por existir. Ou seja, na atualidade observa-se a existência de uma família formada a partir dos laços de afeto, que se mostram perfeitamente inseridos no direito à dignidade.

É de fácil constatação, por todo o exposto, que a Constituição da República de 1988 impôs uma nova feição à família, já que hoje ela se mostra como a base de

---

372 A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, de acordo com o art. 226, § 4° da CRFB/88.

373 Há interpretações no sentido de que o inciso II, do art. 5º da Lei Maria da Penha, pela primeira vez na legislação, ampara de forma clara as uniões homoafetivas como entidade familiar. Nesse sentido ver RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1.170, 14 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8911>. Acesso em: 10 maio 2008.

374 FACHIN, Rosana Amaral Girardi *apud* GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. **Revista brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 9, p. 158, abr./jun., 2001.

375 DIAS, 2005, p. 37.

toda a sociedade e devendo, em contrapartida, ser protegida pelo Estado nos seus diversos aspectos, visando ao alcance da integração de seus componentes, bem como das relações intersubjetivas travadas no seio familiar. Esse novo arcabouço, no qual se encontra inserida a família talhada nos contornos constitucionais, passa a ser compreendido como o espaço singular do afeto e do amor, não mais fundada exclusivamente no pressuposto do casamento[376].

PERLINGIERI[377] explica a existência do afeto na família:

> O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.

Portanto, o afeto familiar envolve pais e filhos, mostrando-se como elemento essencial na própria existência da família. Dessa forma, quando se fala em família, mesmo considerando os conceitos diversificados que se apresentam, existe um ponto comum, centrado na união das pessoas que fazem parte desse núcleo familiar, com ou sem laços consangüíneos, que é o respeito mútuo, o cuidado e o afeto. De acordo com a lição de NOGUEIRA[378], na família atual, o afeto é a razão de sua própria existência, o elemento responsável e indispensável para a sua formação, visibilidade e continuidade.

Nessa esteira, ensina PEREIRA[379] que para a existência de uma entidade familiar, é necessário "um afeto especial, ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental". E continua apontando que na era da despatrimonialização do Direito Civil, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil,

> toda a ordem jurídica focou-se na pessoa, em detrimento do patrimônio, que comandava todas as relações jurídicas interprivadas. Sem dúvida, a família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o lócus onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as

---

[376] DONIZETTI, 2007, p. 12.
[377] PERLINGIERI, 2007, p. 244.
[378] NOGUEIRA, 2001, p. 53.
[379] PEREIRA, 2006, p. 180.

> primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais[380].

Certamente, nos dias atuais, o modelo de família que prevalece, conforme já apontado, é o denominado "eudemonista[381]", ou seja, aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua realização individual, seu próprio bem-estar[382]. Soma-se a esse bem-estar a existência de vínculo afetivo entre todos os componentes da entidade familiar.

Para explicar essa família eudemonista cabe a lição de DIAS[383], que sustenta ser a afetividade e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. Afirma a autora que a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade experimentam "o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador".

Complementa WELTER[384] que para uma família existir basta a comunidade formada pelo pai e/ou a mãe e um filho biológico ou sociológico, não se mostrando relevante que os pais sejam portadores do *status* de casados ou conviventes, isto é, a família não decorre somente do casamento, da união estável ou dos laços sanguíneos, mas também da comunidade de afeto entre pai e/ou mãe e filho.

E por fim, sustenta HIRONAKA[385] que a nova família da contemporaneidade não é melhor nem pior do que os modelos familiares que a antecederam, apenas se apresenta de forma diferenciada, conforme já comentado. Nessa família, os aspectos de positividade são bem-vindos e são capazes, talvez, de dar ênfase à aparência que se refere mais às trocas, às verdades, à cooperação, à fraternidade, à complexidade e, principalmente, ao afeto entre seus membros.

---

380 PEREIRA, 2006, p. 182.

381 Busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. Cfe. DIAS, 2005, p. 48.

382 HIRONAKA, 1999, p. 8.

383 DIAS, 2005, p. 48.

384 WELTER, 2003, p. 64.

385 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *In:* BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 65.

Indubitavelmente, a família idealizada constitucionalmente é multifacetária e aberta, de forma a acolher todo e qualquer modelo de família forjado pelos indivíduos no cotidiano. Inserem-se nessa afirmativa as famílias monoparentais, as famílias formadas por netos e avós, por tios e sobrinhos, por irmãos e também aquelas que são fundadas em relacionamentos homoafetivos. Destaca-se que a família no século XXI é o instrumento canalizador de todos os afetos; o ambiente ideal para a realização espiritual e física do ser humano, e não mais uma instituição voltada apenas para a procriação e para a defesa de aspectos patrimoniais[386].

Como pode ser observado ao longo das reflexões apresentadas, a noção de afeto como um elemento concreto a ser considerado nas relações de família, foi ingressando de forma gradativa no âmbito jurídico, assim como a ideia de liberdade, igualdade, solidariedade, fraternidade e cuidado. Isso é devido às inúmeras transformações pelas quais a família passou, especialmente quanto ao deslocamento do centro de preocupações, isto é, da instituição familiar para os seus componentes[387].

E dessa forma, a nova família se estrutura nas relações de autenticidade, afeto, cuidado, solidariedade, diálogo e igualdade, não cabendo mais confundi-la com o modelo tradicional, que, conforme já visto, perdurou por um longo tempo próximo de uma visão patrimonialista, fundada na relação matrimonial e com a finalidade de gerar filhos, como forma de manter essa mesma tradição.

Portanto, a família justifica-se graças à sua principal característica, a valorização do afeto. Esta seria a principal força que explica sua permanência na história da humanidade[388].

Enfim, a família, em qualquer das formas que assuma, representa hoje o berço da cidadania e somente se torna concreta com o exercício da afetividade. Todavia, em que pese o afeto ter, na atualidade, relevância jurídica destacada nas relações de família, há que se observar a necessidade da autoridade dos pais como

---

[386] DONIZETTI, 2007, p. 13.

[387] BARROS, Fabricio Silveira. O interesse superior da criança como paradigma da filiação socioafetiva. *In:* BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). **O Direito de Família descobrindo novos caminhos.** São Leopoldo, RS: Edição da autora, 2001, p. 223.

[388] SAWAIA, Bader B. Família e afetividade: A configuração de uma práxis ético-política, perigos e oportunidades. *In:* ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia Faller (Org.). **Família:** Redes, laços e políticas públicas. 3. ed. São Paulo: Cortez: Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2007, p. 43.

forma de promover uma adequada convivência no seio familiar. É esse o tema para a próxima reflexão.

2.4 Autoridade e Poder na Família

Conforme já exposto no item 2.1, no modelo romano de família prevalecia o princípio da autoridade do *pater familias*, o qual exercia incontestável dominação sobre as pessoas que a ele se encontravam subordinadas, e como senhor absoluto do lar, todos os membros da comunidade familiar deviam-lhe obediência. Dessa forma, a mulher e os filhos não eram considerados sujeitos de direitos, isto é, a condição pessoal de cada um deles era definida não pelo regramento jurídico geral, mas, sim, pelo que estabelecesse o *pater familias*. Aliás, vale abrir parênteses para ressaltar que o período de sujeição da mulher perdurou por séculos, assim como o poder do pai sobre sua prole.

Destaca MADALENO[389] que dentro dessa estrutura patriarcal, todos os seus componentes se encontravam subordinados à autoridade do chefe da família, e, os filhos estavam sujeitos ao despótico poder paterno, que se acentuava sobre toda a movimentação familiar, dele emanando todas as regras de conduta, de permissão e de restrição de ação, desde os simples hábitos domésticos, como na indicação dos horários de saída e de regresso ao lar, passando pela correção física das faltas e infrações da prole.

Nesse sentido, SAMARA[390] coloca a realidade paulista no Século XIX:

> Assim, como entre os romanos, no Brasil o poder paterno era a pedra angular da família e emanava do matrimônio. A autoridade do chefe da família (detentor do pátrio poder) sobre a mulher, os filhos e demais dependentes aparece como legítima na literatura e nos documentos, desde o período colonial [...] As funções de provedor e protetor garantiam a dominação masculina em um tipo de sociedade onde o poder de decisão estava nas mãos dos homens. [...] Dessa forma, a divisão de poderes no casamento concedia ao pai a autoridade legítima que era também extensiva à mãe, na falta do mesmo [...].

[389] MADALENO, 2007, p. 117.
[390] SAMARA, 2004, p. 18.

Todavia, na medida em que a mulher e os filhos foram adquirindo os seus próprios direitos e a sua independência pessoal, a autoridade paterna perdeu o seu caráter cruel, cedendo seu lugar para uma direção compartilhada da família[391].

Logo, com as transformações da sociedade e a evolução da própria legislação, como forma de atendimento ao anseio dessa mesma coletividade, a situação da mulher e dos filhos sofreu severas modificações, e hoje, busca-se a igualdade de direitos e deveres, com amparo em norma constitucional[392].

Entretanto, ser igual não significa necessariamente esquecer a autoridade e o poder, uma vez que na família é necessária a colocação de limites para o pleno desenvolvimento de seus membros.

Como o tema da pesquisa é a família relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à convivência familiar e ao afeto, entende-se ser importante a exposição sobre a autoridade e o poder dos pais na relação familiar.

Não se trata meramente do poder familiar, mas de um poder mais emocional, vinculado à responsabilidade dos pais em relação aos filhos gerados. É notório que a partir do advento da Constituição da República de 1988, no Brasil, os pais deixam de exercer um verdadeiro poder sobre os filhos, para assumirem um dever natural e legal de proteção de sua prole, acompanhando seus filhos durante o natural processo de amadurecimento e formação de sua personalidade[393].

Por outro lado, vale colacionar a lição de SILVA[394] que justifica o emprego da expressão “autoridade” em lugar de “poder”. Para o referido autor a palavra “poder” pressupõe a existência de um titular, o titular do poder, que irá exercê-lo sem qualquer mediação de interposta pessoa. Enquanto que a autoridade é exercida em relação às pessoas. O poder não pressupõe necessariamente uma relação intersubjetiva, enquanto que para o exercício da autoridade tal relação é necessária e inafastável.

---

391 MADALENO, 2007, p. 118.

392 CRFB/1988. Art. 5°. Todos são iguais perante a lei [...]

CRFB/1988. Art. 227. § 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.

393 MADALENO, 2008, p. 506.

394 SILVA, Marcos Alves. **Do pátrio poder à autoridade parental:** Repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

Importante a lição de SENNETT[395] sobre o tema:

> Sem laços de lealdade, domínio e fraternidade, nenhuma sociedade e nenhuma de suas instituições poderiam funcionar por muito tempo. Os laços afetivos, portanto, têm conseqüências políticas. [...] O vínculo de autoridade constrói-se a partir de imagens de força e fraqueza; é a expressão emocional do poder. [...] Nenhuma criança poderia evoluir sem o sentimento de confiança e amparo que provém da crença na autoridade de seus pais [...].

Vislumbra-se nessa autoridade e no poder emocional a própria paternidade e maternidade responsáveis prevista na Constituição de 1988.

E nesse sentido observa-se que a necessidade de autoridade é fundamental, uma vez que as crianças e os adolescentes necessitam de diretrizes que as orientem e as tranquilizem. Assim, ao realizar o ato de ser autoridade, os pais manifestam uma parcela essencial de si mesmos, uma vez que este ato se apresenta como um modo de expressarem o seu interesse por outrem[396]. O que equivale a afirmar que a autoridade parental distingue-se do mero dever de sustento que os pais têm em relação a sua prole, mas visa atender o interesse prioritário de crianças e adolescentes relacionado aos direitos referentes à vida, à saúde, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, bem como à alimentação; em conformidade com o disposto no artigo 4º da Lei n. 8.069/1990.

Por conseguinte, cumpre destacar que os filhos não são objeto da autoridade parental, mas constituem um dos sujeitos da relação derivada dessa autoridade. Cabe, no entanto, ressaltar que não são sujeitos passivos, mas destinatários do exercício desse direito, tendo em vista que a autoridade parental, não equivale a poder, mas um direito-dever.

No mesmo vértice, salienta-se a posição de COMEL[397] ao registrar que hoje, no direito contemporâneo, consagra-se legislação especial de proteção às crianças e adolescentes, conforme já apresentado, reconhecidos como sujeitos de direitos e obrigações. Não há, pois, como falar em poder sobre eles, e sim em deveres com relação a eles, ainda que reconhecida uma autoridade para o referido fim.

---

395 SENNETT, Richard. **Autoridade.** Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 13-14.

396 SENNETT, 2001, p. 27.

397 COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60-61.

É sabido que faz parte da natureza humana o desejo de ser amado e protegido e, quando se menciona a autoridade e poder na família, o sentido é exatamente de atender essa necessidade. No exercício de sua autoridade e poder os pais voltam-se para sua prole e transmitem valores, saberes, cultura. A dificuldade, no entanto, está exatamente em diferenciar a autoridade do autoritarismo, em razão de toda uma tradição de hierarquia absoluta e patriarcal que vigorou por longo tempo nas relações familiares.

RIZZARDO[398] explica que na família de hoje não mais se cogita de hierarquia absoluta entre pais e filhos, uma vez que a relação do genitor com a prole passou a ter uma nova conotação, completamente diferente de outrora, quando era absoluto o poder do primeiro. Chegou-se a um momento histórico de igualdade praticamente total entre os membros da família, onde a autoridade dos pais mostra-se como consequência do diálogo e entendimento e não de atos ditatoriais ou de comando cego, que tende ao autoritarismo.

Dessa forma, o sentimento de família engloba todas as emoções inerentes à pessoa, tais como a identidade, a aceitação, a rejeição, o afeto, o carinho, o medo; ou seja, trata-se de um conjunto de interação, organizado de forma instável, em função das necessidades dos próprios membros da entidade familiar, que apresenta uma história e um código que lhe são próprios, isto é, que lhes outorgam singularidade[399].

Ao apontar as modificações da família no decorrer dos tempos, a doutrina sustenta que se antes a família era uma organização baseada na hierarquia; hoje, a relação entre seus membros se estabelece de forma democrática, numa verdadeira comunhão de vida[400]. Ressalta-se também que anteriormente havia uma família autoritária, hoje ela se mostra como uma comunidade de afeto. Entretanto, o papel da família permanece complexo, uma vez que entre suas obrigações, prevalece a função de inserir a criança no mundo, promovendo a sua socialização e dando-lhe afeto, assim como estimulando a sua educação e buscando torná-la um indivíduo.

---

398 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 599.

399 ZAMBERLAM, 2001, p. 36.

400 ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. *In:* WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 333.

Essa obrigação para ser devidamente cumprida necessita de certa dose de autoridade, exatamente a autoridade que se reveste da afetividade. Ou seja, no âmbito de uma família solidária e fraterna, o autoritarismo cedeu espaço à afetividade e diante dessa transformação, a autoridade somente poderá ser conjugada com sentimentos de afeto e cuidado.

A autoridade parental encontra fundamento na primeira parte do artigo 229 da Constituição da República de 1988 que instituiu o dever imposto aos pais de assistir, criar e educar os filhos menores de idade. E também, conforme anteriormente explicitado, no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil de 2002.

No que se refere ao instituto do poder familiar, GOMES[401] aponta que ele resulta de uma necessidade cultural, isto é, o ser humano durante o período da infância, precisa de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses e, as pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. Todavia, ressalta com propriedade o autor, que o poder atribuído aos pais deve ser exercido no interesse dos filhos.

COMEL[402], por sua vez, explicita que o poder familiar, é antes de tudo, uma função, isto é, significa o encargo de atender ao filho, assegurando-lhe o acolhimento de todos os direitos que lhe são reconhecidos como pessoa, em face de sua condição peculiar, como um ser em desenvolvimento.

Para MADALENO[403] a origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem de proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência a partir de seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se quando atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil ou por meio de emancipação pelos genitores. Prossegue o autor apontando que se trata, ao mesmo tempo, de dever e interesse natural dos genitores promoverem as melhores condições de desenvolvimento para os seus filhos, tanto no que se refere à educação e à formação, como no pertinente aos cuidados físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos, uma vez que todos esses

---

[401] GOMES, 2002, p. 389.
[402] COMEL, 2003, p. 66.
[403] MADALENO, 2008, p. 507.

elementos contribuem na boa estruturação intelectual e psíquica dessa pessoa que se encontra sob a proteção de seus pais.

Na família contemporânea, pais e filhos são diferentes, revestidos de características próprias e não são e nem poderiam ser, exatamente iguais. Há diferenças essenciais entre eles que devem ser respeitadas. Entretanto, as diversidades que fazem parte da família não impedem a relação de solidariedade e fraternidade entre seus membros, caracterizada pelo vínculo de afeto que deve revestir essa relação.

Por certo que os pais não podem exercer a autoridade e o poder sobre a prole de forma desmedida e absoluta, até mesmo porque crianças e adolescentes têm proteção da sociedade e do Estado, no caso de a família falhar em sua obrigação de proteção, conforme previsto no artigo 227 da Constituição da República de 1988.

Hoje a autoridade familiar somente tem sua existência justificada, quando é dividida igualmente entre os pais e se traduz em serviço em favor da sociedade conjugal e do melhor interesse dos filhos.

Nessa mesma linha de entendimento tem-se a contribuição de PERLINGIERI[404]:

> O pátrio poder dos genitores assume mais uma função educativa que propriamente gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos. Ao atribuir o Pátrio Poder a ambos os genitores, o ordenamento exalta a filiação com a relativa responsabilidade em relação à manutenção, a instrução, a educação. [...] O exercício do Pátrio Poder[405] se concentra exclusivamente no interesse do menor.

Para FACHIN[406] o exercício da autoridade parental refere-se à relação existente entre pais e filhos e revela um conjunto de circunstâncias que vão informar as características dos exercícios de direitos e deveres nessa relação. Segundo o entendimento do autor não se trata propriamente de um “poder”, nem tampouco de uma função[407], eis que não existe relação de subordinação. E esclarece que se

---

404 PERLINGIERI, 2007, p. 258.

405 Reconhecido na legislação brasileira como poder familiar. Vide Código Civil de 2002, artigos 1.630 a 1638.

406 FACHIN, 1999, p. 222.

407 Divergindo do entendimento de COMEL, que se encontra disposto na página 108 desta pesquisa.

ocorrer abuso de poder, por determinação legal, poderá se dar a suspensão do exercício da autoridade parental.

Desse modo, fica bastante claro, que mesmo se fazendo necessária a autoridade parental, esta é revestida de limites, uma vez que seu exercício se volta para atender os interesses da prole. Interesses estes que não podem ser desvinculados do direito dos filhos à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

Na lição de LOBO[408] o poder familiar é uma consequência da parentalidade e os pais são os defensores legais e protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado. Ressalta o autor que não se trata de um poder discricionário, tendo em vista que o Estado se reserva ao controle sobre ele.

Cabe também conferir o ensinamento de BIANCA[409] sobre o poder familiar:

> Os principais direitos do filho são os de sustento, assistência moral e educação e instrução segundo as próprias capacidades, inclinações e aspirações. Esses são direitos fundamentais de solidariedade que respondem ao interesse essencial desse ser humano a receber ajuda e orientação necessárias para sua formação.

Registra-se que a noção de educação é a mais ampla possível, incluindo a escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional, cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho, como pessoa em desenvolvimento[410]. Dessa forma, a educação inclui todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade.

Cabe ainda observar que diante das diretrizes constitucionais e estatutárias, o relacionamento entre os genitores e seus filhos passou a ter como objetivo maior tutelar a personalidade destes e, portanto, o exercício dos seus direitos fundamentais, para que possam, neste contexto, edificar a dignidade, enquanto sujeitos de direitos. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. É nesse viés que consiste o ato de

---

408 LOBO, 2008, p. 271.
409 BIANCA, Massimo *apud* LOBO, 2008, p. 275.
410 LOBO, 2008, p. 276.

educar a prole, decorrente dos princípios da paternidade e maternidade responsáveis e da teoria da proteção integral, ambos fundamentados no texto constitucional, ao argumento de serem os filhos pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta[411].

Portanto, a autoridade e o poder na família mostram-se relativos e têm finalidade certa, uma vez que ao ser exercido pelos pais, deve atender a dignidade dos filhos, assim como efetivar os direitos da prole.

Por fim, constata-se que os laços parentais vêm assumindo cada vez mais importância, por terem se tornado fonte de aprendizado, que alimenta o afeto e molda a dignidade de pais e filhos.

No próximo capítulo, após breve análise teórica sobre a guarda dos filhos e o direito de visitas do não guardião, far-se-á a análise de algumas decisões emanadas dos tribunais pátrios que tratam da convivência familiar e tem por fundamento o vínculo afetivo.

[411] TEIXEIRA, 2005, p. 130.

CAPÍTULO III

O DIREITO À CONVIVÊNCIA E AO AFETO NA VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Após apresentar breve reflexão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua vinculação com a entidade familiar, bem como verificar as transformações sofridas pela família no decorrer do tempo, de forma a constatar que a organização familiar atual é tida como um lugar de afeto e respeito; cabe ainda examinar a situação de crianças e adolescentes na aplicação de seu direito à convivência, quando ocorre a separação dos pais, mediante o estudo da jurisprudência; para ao final promover sugestão sobre o tema, visando fortalecer a convivência entre pais e filhos.

Não se pode deixar de recordar que é tempo de uma nova era para a família, que deixou de ser, em sua essência, um núcleo econômico e de reprodução, passando a ser o espaço do cuidado, do companheirismo e do afeto, os novos elementos da organização jurídica da entidade familiar. De mesma forma, é tempo de olhar a família sob a perspectiva da nova tábua de valores definida pela Constituição da República de 1988, que apresenta no seu ápice o princípio da dignidade da pessoa humana e aponta, de acordo com SILVA[412], três traços característicos. Em primeiro lugar, a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; em segundo, a despatrimonialização das relações entre os cônjuges e entre pais e filhos; e, em terceiro, a desvinculação entre proteção conferida aos filhos e a espécie de relação existente entre os genitores.

[412] SILVA, 2006, p. 82.

Como já registrado nos capítulos anteriores, a família de hoje é garantida pela Constituição da República de 1988, em função da realização das exigências humanas, como um lugar onde se desenvolve a pessoa humana. Logo, o valor central de referência é sempre a pessoa[413].

Nesse capítulo pretende-se abordar a situação de crianças e adolescentes em casos de rompimento, seja a ruptura ocasionada pela separação, divórcio ou dissolução de união estável, ou ainda de não-existência de vínculo de convivência entre os pais. Partindo do direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar, paira a dúvida de como promover efetivamente esse direito, já que com a separação dos pais, geralmente os filhos permanecem sob os cuidados de um deles, preferencialmente, a mãe. Por conseguinte, há dois fatores a serem considerados: primeiramente, o reconhecimento do direito dos filhos de conviver com ambos os pais; e em segundo momento, a primazia da concessão de guarda à mãe, valorizando a função materna, em detrimento da presença do pai de forma contumaz e participativa.

Em consulta aos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[414] é possível observar que no ano de 2007 ocorreram 93.991 separações judiciais[415], sendo 67.917 na modalidade consensual[416], 26.052, na forma litigiosa[417] e 22 sem declaração. No que se refere aos divórcios[418], apresenta-se o total de 155.472, e desse resultado verifica-se que 107.047 são na forma direta[419], 48.387 do

---

413 PERLINGIERI, 2007, p. 244.

414 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf> Acesso em: 13 mar. 2009.

415 Trata-se de modo de extinção dos deveres do casamento, fulminando a obrigação de coabitação, de fidelidade recíproca e respeito comum, além de pôr fim ao regime de bens existente. Entretanto, a separação não põe fim à mútua assistência entre os cônjuges (além de não extinguir o dever de sustento, guarda e educação dos filhos). Cfe. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 302.

416 Por vontade de ambas as partes. De acordo com o art. 1.574 do Código Civil de 2002: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção”.

417 Por iniciativa de apenas um dos cônjuges. Nos termos do art. 1.572 do Código Civil brasileiro: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

418 O divórcio é medida jurídica que dissolve integralmente o casamento, atacando, a um só tempo, a sociedade conjugal (deveres recíprocos e regime de bens) e o vínculo nupcial formado (extinguindo a relação jurídica estabelecida). Cfe. FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 356.

419 O divórcio direto decorre de uma situação concreta, qual seja a separação de fato há mais de dois anos. Nada mais é do que o reconhecimento da ruptura do casamento pela cessação do

tipo indireto[420] e 38 sem declaração. O relatório do IBGE informa que tanto as separações quanto os divórcios tiveram crescimento no seu volume total, entretanto, quando os resultados são analisados através das taxas de gerais medidas[421] calculadas para a população com 20 anos ou mais de idade, observa-se que as separações mantiveram-se estáveis, em relação ao ano de 2006. Também do mesmo relatório extrai-se, de forma aproximada, que para cada quatro casamentos realizados no ano de 2007, ocorreu uma dissolução.

Em relação à guarda de filhos, o referido relatório aponta que nas estatísticas sobre divórcios, ainda há hegemonia das mulheres na guarda dos filhos menores de idade. No ano de 2007, em 89,1% dos divórcios, a responsabilidade pela guarda de crianças e adolescentes foi concedida às mães.

De acordo com os dados colhidos pelo IBGE prepondera no Brasil a concessão da guarda unilateral, com predomínio da figura materna como guardiã. E diante dessa constatação levanta-se a pergunta: vem sendo atendido o melhor interesse da criança em todas as situações? E mais, estaria preservado o direito dos filhos à convivência familiar com a garantia da visitação paterna?

São indagações cujas respostas poderão ser encontradas nas decisões que emanam dos tribunais, cuja análise se promove mais a frente.

Vale ainda informar que de acordo com o projeto apresentado, a pesquisa dos entendimentos jurisprudenciais que apontam em sua fundamentação o direito do filho à convivência familiar e ao afeto, foi realizada junto ao Superior Tribunal de

---

afeto, demonstrado pela continuidade de uma situação fática durante um determinado lapso temporal. Cfe. FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 366.

420 Também denominado de divórcio por conversão, decorre da prévia separação por mais de um ano. Esta separação pode ter sido obtida em juízo (por procedimento consensual ou litigioso) ou por escritura pública. Cfe. FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 362.

421 A taxa geral de separação é obtida pela divisão do número de separações concedidas pela população e multiplicando-se o resultado por 1.000. O mesmo procedimento é adotado para o cálculo da taxa geral de divórcio. Cfe. Dados do IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf> Acesso em: 13 mar. 2009.

Justiça[422] e os tribunais de justiça dos estados de Santa Catarina[423], Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro[424].

As ações que envolvem o tema em discussão são alusivas a guarda de crianças e adolescentes, bem como o direito de visitas, institutos aplicáveis no caso de os pais encontrarem-se separados e que devem ter como referência em sua utilização o atendimento ao princípio do melhor interesse da prole.

Assim, para melhor compreensão das decisões emanadas dos tribunais pátrios mostra-se relevante conhecer, ainda que de forma abreviada, o significado e conteúdo de cada um dos institutos nominados, o que se passará a expor.

3.1 Da Guarda de Filhos

Iniciando, cabe ressaltar que o tema em análise sofreu grandes e importantes mudanças no decorrer da história do Direito brasileiro, especialmente a partir da Constituição da República de 1988. Conforme já relatado em capítulos anteriores, a Constituição de 1988 foi um marco para o Direito de Família, a partir do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, da previsão de igualdade entre homem e mulher, o que vem a possibilitar ao pai todos os privilégios tradicionalmente concedidos à mãe, e da previsão da teoria de proteção integral em face de crianças e adolescentes, de forma que cabe prioritariamente atender aos interesses dos filhos menores de idade.

Igualmente é necessário explicar que o presente trabalho focaliza a guarda resultante das relações entre pais e filhos, cuja inserção se dá no Direito de Família, não tratando da guarda decorrente da colocação de criança em lar substituto, conforme disposto no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

422 Por se tratar de tribunal de 3° grau. Criado pela Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

423 Tendo em vista ser um tribunal mais tradicional, com relativa resistência a temas novos.

424 Os tribunais do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro vêm apresentando decisões mais abertas e com menor resistência a temas que envolvem a afetividade, inclusive com decisões fundamentadas no afeto familiar.

Vale ainda observar que o enfoque da tutela da guarda ocorre a partir do rompimento da convivência dos pais, uma vez que enquanto os genitores vivem juntos, os cuidados com a prole são exercidos em igualdade de condições. Porém, quando perturbada a convivência mútua dos pais, dá-se a cisão da guarda comum, passando os filhos a conviverem, geralmente, com um só genitor, que com eles manterá uma relação mais estreita. Ao genitor que não exercerá a guarda, o direito assegura a manutenção das relações paterno-filiais através do sistema de visitas e fiscalização, como limitações à guarda do outro[425].

Dessa forma, refletir sobre a guarda dos filhos significa pensar a família frente à possibilidade do rompimento no relacionamento contínuo dos genitores da criança e do adolescente.

Diante da ruptura da convivência dos pais há que se observar que deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, ao considerar como critério importante para a definição da guarda apurar a felicidade e o bem-estar dos filhos e não os de se voltar para os interesses particulares dos pais, ou para compensar alguma mágoa ou revolta decorrente da separação dos genitores e lhes outorgar a guarda como troféu entregue ao ascendente menos culpado pela separação, em notória censura àquele que, aos olhos da decisão judicial, pareceu ser o mais culpado, ou quiçá o único culpado pela derrocada da união[426].

Por outro lado, não se pode deixar de registrar que a separação é dos pais, levados pela cessação do afeto mútuo; todavia, não cabe estender à prole os reflexos da ruptura da união. A lei, por meio de procedimentos próprios, promove a legalização da separação dos pais, porém não há amparo para o rompimento dos laços afetivos com os filhos. Vigora no universo familiar o princípio da paternidade/maternidade responsável, abarcando a responsabilidade individual e social das pessoas, do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa, no caso a criança ou o adolescente, deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor. Registra-se que esse tipo de responsabilidade se mostra de cunho

---

425 GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

426 MADALENO, 2008, p. 352.

vitalício, vinculando a pessoa do pai ao filho, eis que este representa a sua descendência[427].

Conforme DIAS[428] a dissolução dos vínculos afetivos não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da vida comum dos genitores não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação[429]. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta nos filhos.

LEITE[430] corrobora com essa visão expondo que a separação ou o divórcio separam marido e mulher, mas não anula os laços que vinculam os pais a seus filhos, de modo que o rompimento do casal não tem o poder de provocar a ruptura dos laços jurídicos da filiação, que persistem imutáveis, independentemente dos acontecimentos.

Ainda em relação aos filhos se verifica o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que conforme já registrado no Capítulo I, manifesta-se em diversos momentos no que se refere a situações jurídicas que os envolvam, como por exemplo, na determinação da guarda ou do direito de visitação, além de conferir orientações relativas à educação e formação da personalidade em geral, tendo em vista tratar-se de pessoas em desenvolvimento.

A legislação brasileira[431] ao regulamentar a teoria da proteção integral de crianças e adolescentes identifica entre os direitos fundamentais dos filhos, o desenvolvimento sadio e harmonioso, além da garantia à convivência familiar e ao afeto.

---

427 GAMA, 2008, p. 78.

428 DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!** Disponível em: <http://www. mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=14058isPop.up=true> Acesso em: 10 mar. 2009.

429 No mesmo sentido o entendimento de TEIXEIRA, 2005, p. 105.

430 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais:** A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 194. Converge nesse sentido o pensamento de MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: Reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência. *In:* DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no Direito de Família e das sucessões.** São Paulo: Método, 2005, p. 109. v. 3.

431 Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Logo, é notória a relevância do valor jurídico do afeto nas relações familiares e, independentemente da solução que possa ser adotada para a composição do conflito, o direito dos filhos na mantença do vínculo afetivo com o pai ou a mãe, deve ser privilegiado, mesmo diante da ruptura da união dos pais.

Quando ocorre o rompimento da união dos genitores é necessário verificar qual a situação dos filhos e, nesse momento, passa a ser delineado o instituto da guarda. Enquanto convivendo como um casal, os pais exercem o poder familiar e compartilham a responsabilidade e os cuidados em relação aos filhos. A partir do momento em que se rompe o vínculo afetivo homem-mulher, tradicionalmente, os filhos passam à responsabilidade e aos cuidados de um dos pais, garantido ao não guardião o direito de visitação.

Para melhor compreensão do tema é preciso averiguar o significado do instituto da guarda de crianças e adolescentes.

3.1.1 Definição

O termo "guarda", de acordo com a doutrina, tem conotação desfavorável uma vez que remete ao perfil histórico do *pater famílias*, com o tratamento dispensado às crianças e adolescentes como sendo objetos de domínio do pai e, posteriormente, da mãe. Segundo GAMA[432], a carga semântica da palavra em comento apresenta a noção de ato de vigilância, de sentinela, que mais se associa ao conceito de coisa guardada, o que não se revela condizente com a consideração atual de que entre pais e filhos deve existir uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e desenvolvimento da personalidade dessas pessoas em formação. Porém, em que pese a impropriedade da palavra, é importante apresentar sua definição[433] para promover um melhor entendimento do que esse instituto representa.

---

[432] GAMA, 2008, p. 200. O mesmo entendimento se descortina em: DIAS, 2005, p. 396; OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 35; PENA JR., 2008, p. 255; TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, famìlia e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309.

[433] Para a doutrina em geral torna-se difícil apresentar um conceito unívoco de guarda, que se apresenta como instituto dos mais delicados de todo o Direito de Família. Cfe. GRISARD FILHO, 2009, p. 57.

"Guarda" deriva do termo alemão *warten* (guarda, espera), sendo empregada em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração. De forma mais específica, guarda de filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias apontadas na legislação civil. E guarda, nesse sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais[434].

De acordo com a lição de SZNICK[435], a guarda se constitui em um direito-dever: direito dos filhos é dever dos pais, já que se trata do poder de manter os filhos no lar, orientando em tudo o que se refere à vida em sociedade. Esse dever dos pais é instituído no interesse dos filhos, na proteção dos mesmos, que se mostram inexperientes por natureza e, portanto, necessitando de orientação, educação e afeto.

Para STRENGER[436] a guarda de filhos menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição. O autor explica que a guarda não só é um poder pela semelhança que mantém com o poder familiar, como é um dever, visto que decorre de impositivos legais, inclusive com natureza de ordem pública.

OLIVEIRA[437] registra que a guarda é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal ou judicial, de cuidado pessoal e educação de uma criança ou de um adolescente. A guarda para os genitores é um direito e um dever, de forma que cabe aos pais velar para que os filhos menores de idade recebam os cuidados necessários para o adequado desenvolvimento físico, moral, intelectual e social.

FACHIN[438], por sua vez, define a guarda como o exercício do dever de vigilância que normalmente integra a autoridade parental. Também para o referido

---

434 SILVA, 2001, p. 387-388.
435 SZNICK, 1993, p. 227-228.
436 STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos.** 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, p. 22.
437 OLIVEIRA, 2002, p. 53-54.
438 FACHIN. 1999, p. 187.

autor a guarda caminha em direção à proteção, sob a égide da prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente.

Na mesma linha de pensamento LAURIA[439] aponta que a guarda consiste num complexo de direitos e deveres que uma pessoa ou um casal exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente indispensável ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas, marcada pela necessária convivência sob o mesmo teto, implicando, inclusive, na identidade de domicílio entre a criança ou o adolescente e o respectivo titular.

Já na visão de RAMOS[440], a guarda examinada sob a perspectiva do poder familiar, é tanto um dever quanto um direito dos pais: dever, pois incumbe aos pais criar e educar os filhos, sob pena de deixarem a prole em abandono; direito no sentido dos genitores participarem do crescimento dos filhos, orientá-los e educá-los, exigindo-lhes obediência, podendo retê-los no lar, conservando-os junto a si, sendo indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, uma vez que seu titular se torna civilmente responsável pelos atos do filho.

Ainda, cabe a lição de GRISARD FILHO[441] ao afirmar que o instituto da guarda não se define por si mesmo, senão através dos elementos que o asseguram. A guarda encontra-se vinculada ao poder familiar por disposição legal[442], permanecendo ainda nos dias de hoje, com forte assento na ideia de posse[443] e surgindo como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, além de se mostrar como pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, que estão elencadas no artigo 1.634 do Código Civil de 2002[444].

---

439 LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança.** 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 62.

440 RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55.

441 GRISARD FILHO, 2009, p. 58.

442 Código Civil de 2002, no artigo 1.634, inciso II e artigos 21 e 22 do ECA.

443 Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 33, § 1°. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Também a lição de CARBONERA[445] é colacionada ao dispor que a guarda poderia ser compreendida como um instituto jurídico através do qual se atribui a um indivíduo, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com a finalidade de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial

Por certo que o conceito de guarda passa, invariavelmente, pelo fato de que o instituto em comento se constitui em um dos deveres que integram o conteúdo do poder familiar, que, por sua vez, compreende os deveres de ordem jurídica que se impõem aos pais com relação aos seus filhos e a administração de eventual patrimônio que eles possuam[446].

Destarte, a guarda é o direito concedido aos pais de conduzir a vida dos filhos, determinando-lhes a formação moral, sempre em busca de seu melhor interesse, com o poder de retirá-los de quem ilegalmente os detenha. É, ao mesmo tempo, um dever, um *munus* público de vigiar, orientar e cuidar, a que o guardião encontra-se obrigado a cumprir. Caso descumpra esse dever, comete delito e se sujeita a sofrer sanções penais[447], além de resultar, inclusive, na perda do poder familiar[448].

Logo, o instituto da guarda destina-se à proteção e ao bem-estar dos filhos na fase da infância e da adolescência, e pode decorrer do exercício do poder familiar ou de decisão judicial[449]. E fica claro que diante da situação do rompimento do convívio convencional sob o mesmo teto entre pais e filhos, seja pela separação, pelo divórcio, dissolução de união estável ou ainda daqueles que sequer tiveram a

---

[444] Código Civil. Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

[445] CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 47.

[446] SPENGLER, Fabiana Marion: SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em Direito e Processo de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 77.

[447] Cfe. artigos 244 a 247 do Código Penal brasileiro.

[448] QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada:** De acordo com a Lei n. 11.698/08. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

[449] PENA JR., 2008, p. 255.

oportunidade de estabelecer tal convívio, como por exemplo, filhos de pais solteiros, a ideia de regulamentação da guarda é proporcionar-lhes um ambiente que diminua ao máximo ou que não potencialize os efeitos da grave mudança[450]. Não se perdendo de vista que, em se tratando de guarda de filhos, o que deve prevalecer sempre é o interesse das crianças e adolescentes.

Cabe ainda registrar a lição de RIZZARDO[451] sustentando que a guarda de filhos menores de idade é um dos aspectos mais delicados da separação dos pais, uma vez que os efeitos do rompimento da união destilam sérios prejuízos na criação e formação da prole. Na situação de ruptura da convivência dos pais, os filhos não mais ficam concomitantemente na tutela de ambos, mas de apenas um deles, quando se dá a concessão de guarda unilateral. Ressalta o autor que, juridicamente, o pai ou a mãe não perde o poder familiar, que perdura, embora não acompanhado, do exercício da guarda. Na realidade, geralmente, quem exerce efetivamente o poder familiar é aquele que detém a guarda do filho.

Por conseguinte, diante do término da união dos pais, tradicionalmente, impõe-se a definição da guarda dos filhos a um deles ou a ambos, desde que exista consenso entre o casal. Caso não entrem em acordo, a guarda também pode ser deferida por meio de uma sentença judicial, que irá atribuir a um dos pais ou a ambos os cuidados da prole, sendo que esta modalidade se apresenta como a menos desejável, diante do inconveniente da interferência do Estado na esfera familiar.

A discussão judicial vai envolver uma equipe interdisciplinar, tendo em vista que proposta a ação de guarda, o magistrado irá determinar que se faça um estudo social, para melhor amparar sua decisão. Este estudo é elaborado por assistente social e psicólogo, mediante entrevista com as partes envolvidas no conflito e, se for o caso, com visitas aos locais de convivência das crianças e adolescentes[452].

Após a elaboração do estudo social, cabe ao magistrado tomar a decisão, mediante a devida análise do laudo relativo ao estudo psicossocial e as provas

---

450 GARCIA, Marco Túlio Murano. Reflexões sobre a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil: Guarda compartilhada e outras questões. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 50, p. 111, out./nov. 2008.

451 RIZZARDO, 2004, p. 264-265.

452 Ver Apêndice: TJRS (Agravo de Instrumento n. 70021489620); TJMG (Apelação Cível n. 000.253.098-8/00, Apelação Cível n. 000.329.184-6/00).

produzidas nos autos, mas considerando sempre o que representa o melhor interesse da criança e do adolescente. Portanto, é justamente pela importância dada à infância e à adolescência sadias, que o interesse concreto dessas pessoas em formação é critério de decisão do magistrado. Dessa forma, o juiz, ao examinar a situação fática que foi levada ao seu conhecimento, determina, a partir de elementos objetivos, o que é, verdadeiramente, interesse de determinada criança ou adolescente em situação concreta específica.

A doutrina[453] aponta que se mostra necessário ter em mente que o interesse ao qual o magistrado se encontra vinculado é aquele capaz de proporcionar à criança ou ao adolescente o completo desenvolvimento de sua personalidade de forma madura e racional, predominando o interesse moral sobre o material.

CARBONERA[454] consigna que o prioritário respeito ao interesse dos filhos vem como uma forma de colocar em situação de maior equivalência sujeitos que entre si apresentam diferenças substanciais. É a busca da igualdade na relação paterno-filial, especialmente diante de uma ruptura que tem lugar na relação homem-mulher e cujos efeitos são sentidos diretamente pelos filhos, que, geralmente, não são consultados acerca do fim da união.

Por fim, ressalta-se que a guarda pode ser revista a qualquer tempo, se for verificado que o deferimento anteriormente efetuado já não assegura plenamente a proteção da criança e do adolescente.

3.1.2 O instituto da Guarda na legislação brasileira

Em que pese a intenção de apontar a evolução da legislação brasileira em relação ao tema da guarda, é preciso registrar que a preocupação com crianças e adolescentes de forma mais explícita, conforme já noticiado, remonta a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 25, item 2 prevê que a infância, juntamente com a maternidade, têm direito a cuidados e assistência especiais, bem como garante às crianças e adolescentes proteção social, tenham ou não nascido de união matrimonializada.

---

[453] Cfe. SPENGLER; SPENGLER NETO, 2004, p. 81. No mesmo sentido ver: LEITE, 2003, p. 199.
[454] CARBONERA, 2000, p. 125.

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em seu Princípio 2, vem estabelecer expressamente que:

> A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Por conseguinte, a decisão referente às questões de guarda dos filhos terá que considerar, de forma prioritária, o maior interesse da criança e do adolescente. Esse princípio encontra-se consolidado em razão de fazer parte dos sistemas jurídicos mais avançados, integrando inclusive a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

No Brasil, em 24 de janeiro de 1890 é publicado o Decreto n. 181, que apresenta diretrizes referentes ao casamento civil, bem como mostrando a preocupação do legislador em indicar procedimentos que se relacionavam com a dissolução da união matrimonializada. Assim, no artigo 90 da referida lei constava que os filhos comuns e menores seriam entregues ao cônjuge inocente e seria fixado o montante com que o culpado deveria concorrer para a educação da prole[455].

O artigo 95[456] da referida lei prevê que diante da declaração de nulidade ou anulabilidade do casamento, sem culpa dos cônjuges, e havendo prole, caberia à mãe o direito à posse das filhas, enquanto menores e dos filhos, até completarem a idade de seis (6) anos. No caso da existência de culpa de um dos cônjuges, ao inocente caberá a guarda dos filhos e, no caso da mãe se mostrar culpada, poderá conservar consigo os filhos de tenra idade, sem distinção de sexo[457].

---

[455] Decreto n. 181/1890. Art. 90. A sentença do divorcio litigioso mandará entregar os filhos communs e menores ao conjuge innocente e fixará a quota com que o culpado deverá concorrer para educação delles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, si esta for innocente e pobre. (grafia original). Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao /ListaPublicacoes.action?id=65368> Acesso em: 13 mar. 2009.

[456] Decreto n. 181/1890. Art. 95. Declarado nullo ou annullado o casamento sem culpa de algum dos contrahentes, e havendo filhos communs, a mãe terá o direito á posse das filhas, emquanto forem menores, e a dos filhos até completarem a idade de 6 annos. (grafia original).

[457] Decreto n. 181/1890. Art. 96. Si, porém, tiver havido culpa de um dos contrahentes, só ao outro competirá a posse dos filhos, salvo si o culpado for a mãe, que, ainda neste caso, poderá conserval-os comsigo até a idade de 3 annos, sem distincção de sexo. (grafia original)

Nessa época observa-se que a característica predominante era de verificação de culpa na separação do casal e ao culpado caberia a sanção do afastamento dos filhos. Prevalecia o interesse dos pais em detrimento ao bem estar da prole. Além disso, manifesta é a preferência pela mãe como guardiã, o que remonta a ideia de que esta seria a pessoa ideal para dispensar cuidados e assistência aos filhos menores de idade. Não há preocupação com o convívio dos filhos em relação ao não guardião, eis que no decreto em referência nada consta sobre o tema.

Entretanto, no artigo 98 do Decreto n. 181/1890[458], estava expresso que os pais poderiam acordar entre si sobre a posse dos filhos, "como lhes parecer melhor, em benefício destes". Talvez, aqui se apresente, na legislação brasileira, o embrião do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Em 1° de janeiro de 1916 é sancionada a Lei n. 3.071, que instituiu o Código Civil, dispondo em seu artigo 321[459] ser da alçada do magistrado fixar a quantia para criação e educação dos filhos, a cargo do cônjuge culpado ou a ambos, se um e outro o forem. Permanece a discussão da culpa na separação do casal, principalmente, porque no artigo 326[460] da referida lei, encontra-se expresso que havendo a separação judicial, cabe ao cônjuge inocente a guarda dos filhos menores. Também prevê a norma legal que diante da possibilidade de culpa mútua, a mãe terá o direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis (6) anos, enquanto que os filhos maiores passarão à guarda do pai. No caso do rompimento ocorrer de forma amigável, vale a vontade dos pais em relação à guarda da prole[461].

---

[458] Decreto n. 181/1890. Art. 98. Fica sempre salvo aos paes concordarem particularmente sobre a posse dos filhos, como lhes parecer melhor, em beneficio destes. (grafia original).

[459] Código Civil de 1916. Art. 321. O juiz fixará também a quota com que, para criação e educação dos filhos, deve concorrer o conjugue culpado, ou ambos, se um e outro o forem. (grafia original).

[460] Código Civil de 1916. Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente. (grafia original).

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 mar. 2009.

[461] Código Civil de 1916. Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos. (grafia original).

Na legislação em comento continua prevalecendo a vontade dos pais, sem considerar de forma específica o interesse dos filhos. Também não se vislumbra preocupação do legislador na conservação dos vínculos afetivos com o genitor não guardião, uma vez que não tem determinação expressa a respeito da regulamentação de visitas.

Cabe ressaltar que no Código Civil de 1916, o casamento não se dissolvia, e no caso do rompimento da união, a concessão da guarda ao cônjuge inocente denota de forma nítida o caráter repressor e punitivo da legislação frente ao cônjuge dito culpado. Nesse período os filhos eram considerados como uma espécie de prêmio ou recompensa àquele que não tinha dado causa à separação[462].

O Decreto-Lei n. 3.200[463] é promulgado em 10 de abril de 1941, cujo teor dispõe sobre a organização e proteção da família. No seu artigo 16[464] constava que, o pátrio poder seria exercido por quem primeiro reconheceu o filho. Não fazia menção de forma específica sobre a guarda propriamente ou sobre a regulamentação de visitas do não guardião.

Em 21 de janeiro de 1943 o Decreto-Lei n. 5.213[465] é publicado com a finalidade de modificar o artigo 16 do Decreto-Lei n. 3.200 e acrescenta que se o reconhecimento do filho se der por ambos os pais, enquanto estiver na condição de menor de idade, ficará sob o poder do pai, salvo se o juiz decidir de forma diferente, no interesse da criança ou do adolescente.

O Decreto-Lei n. 9.701, de 3 de setembro de 1946[466], vem dispor sobre a guarda de filhos menores no desquite judicial e decreta em seu artigo 1°, que a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa idônea da

---

462 DIAS, 2005, p. 395.

463 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm> Acesso em: 10 mar. 2009.

464 Decreto-Lei n. 3.200/1941. Art. 16. O pátrio poder será exercido por quem primeiro reconheceu o filho, salvo destituição nos casos previstos em lei.

465 Decreto-Lei n. 5.213/1943. Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=8242> Acesso em: 21 mar. 2009.

466 Decreto-Lei n. 9.701/1946. Art. 1º No desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=105234> Acesso em: 21 mar. 2009.

família do cônjuge inocente, ficando assegurado ao cônjuge culpado o direito de visita aos filhos.

Posteriormente, a Lei n. 5.582[467], de 16 de junho de 1970 altera novamente o já citado artigo 16 do Decreto-Lei n. 3.200, com o acréscimo de dois parágrafos. O *caput* do referido artigo permanece tal qual descrito no decreto de 1943. No parágrafo primeiro dispõe que verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. E no parágrafo segundo, que na presença de motivos graves, com a devida comprovação, poderá o magistrado, a qualquer tempo, decidir de forma diversa, levando em conta o interesse do menor de idade.

Em 27 de agosto de 1962 entra em vigor a Lei n. 4.121[468], denominada de Estatuto da Mulher Casada, que representou um passo marcante no ordenamento jurídico pátrio no que se refere à situação jurídica da mulher casada. O teor dessa lei vai alterar o artigo 326 do Código Civil de 1916, privilegiando a guarda dos filhos menores em favor da mãe, não mais estipulando idade ou sexo, como ocorria na Lei n. 3.071.

---

[467] Lei n. 5.582/1970. Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor. § 1º. Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua guarda a pessoa notòriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. § 2º. Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interêsse do menor. (grafia no original). Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=119907> Acesso em: 10 mar. 2009.

[468] Lei n. 4.121/1962. Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º. Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para êles. § 2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notòriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita. (grafia no original). Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ ListaPublicacoes.action?id=113977> Acesso em: 10 mar. 2009.

Com o advento da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977[469], que instituiu o divórcio no Brasil e regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, fica resguardado o direito de visitas do não guardião, em que pese permanecer a preferência pela concessão de guarda em favor da mãe. O artigo 15 da lei mencionada estipula o dever do não guardião de fiscalizar a manutenção e educação da prole. Porém, a Lei do Divórcio também se centrava na discussão de apontar culpado pela separação e ainda privilegiava o cônjuge inocente, permanecendo a ideia de que a prole seria um troféu em favor daquele que não havia dado causa à separação (art. 10). Cabe ainda registrar que no artigo 13[470] da referida lei encontra-se estabelecida a possibilidade do julgador de regular a guarda, de acordo com o interesse dos filhos menores.

Porém, cabe observar que os critérios adotados pela Lei n. 6.515/1977 em relação à guarda dos filhos se mostraram gerais e abstratos. O legislador partiu do princípio de que seria mais adequado atender os interesses dos filhos menores e não a autoridade paterna, limitando a livre avença dos pais em uma separação consensual, de forma que o magistrado pode recusar a sua homologação se comprovado que a convenção não preservava suficientemente os interesses da prole[471].

A Constituição da República de 1988, de acordo com o anteriormente exposto, é um marco para o Direito de Família e abarca transformações importantes, principalmente no que se relaciona com crianças e adolescentes ao abranger a teoria da proteção integral. Passa a ser princípio constitucional resguardar os

---

469 Lei n. 6.515/1977. Art. 9º. No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 10. Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. § 1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. § 2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 10 mar. 2009.

470 Lei n. 6.515/1977. Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

471 Lei n. 6.515/1977. Art. 34, § 2º. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 21 mar. 2009.

interesses de crianças e adolescentes, de forma prioritária, ou seja, acima da pretensão dos pais, há que se observar o que é melhor para os filhos. Foi a Constituição de 1988 que, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5° da CRFB/88), baniu discriminações, gerando reflexos de grande significado quanto ao exercício do poder familiar e da guarda de filhos[472].

Na esteira da Constituição de 1988, em 13 de julho de 1990 é promulgada a Lei n. 8.069 e que de acordo com o seu artigo 1° dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Há que se observar que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra-se implícito na Constituição da República de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e também no Código Civil de 2002. Todavia, as legislações nominadas não definem expressamente o que seja "superior interesse da criança", ficando ao arbítrio do magistrado investigar por meio de procedimento judicial próprio, se vem sendo respeitado o interesse dos filhos acima do interesse dos pais, por mais legítimos que estes se apresentem. Porém, vale registrar que atender ao interesse dos filhos implica, eventualmente, em desatender ao que parece ser o interesse dos pais.

Com a entrada em vigor da Lei n. 10.406 (Código Civil de 2002) verifica-se em seus artigos 1.583 a 1.589 a previsão expressa sobre o instituto da guarda dos filhos, além de registrar a alteração de que não havendo acordo entre os pais quanto à guarda de sua prole, ela será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Ainda que, por tradição, alguns tribunais pátrios concedam, preferencialmente, a guarda à mãe, verifica-se que a legislação não mais prevê o privilégio materno, igualando homens e mulheres no cuidado e responsabilidade com a prole.

---

472 DIAS, 2005, p. 395.

Por fim, em termos legislativos, surge no cenário nacional a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008[473], que vem alterar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O artigo 1.583 define que a guarda de filhos será unilateral ou compartilhada e define em seu parágrafo 1°, cada uma delas. No parágrafo 2° elenca os fatores a serem propiciados pelo guardião, destacando-se a previsão de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar.

Consigna-se, por fim, que as leis sobre a guarda de filhos demonstram uma reação da sociedade ao "êxito" ou "fracasso" de uma família em propiciar à sua prole um ambiente adequado às suas necessidades. O grau de intervenção estatal no campo privado do relacionamento entre pais e filhos vai desde um mínimo, correspondente a automática atribuição de uma criança a seus pais biológicos pela certidão de nascimento; até um máximo, equivalente a remoção de uma criança ou adolescente, por ordem judicial, da guarda de seus pais em razão de negligência ou descaso, ou ainda por se saber que são inaptos para essa função. A finalidade dessa intervenção encontra-se centrada no atendimento ao melhor interesse de crianças e adolescentes[474].

Por conseguinte, após identificar a evolução legislativa no Brasil em relação ao instituto da guarda de filhos cabe averiguar quais são as suas modalidades, conforme apontadas pela doutrina.

3.1.3 Modalidades de Guarda

---

[473] Código Civil de 2002. Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1° Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5°) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2° A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação.

§ 3° A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2009.

[474] GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. **No interesse da criança?** Trad. de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 3.

Ao se promover a avaliação da adoção de qualquer modalidade de guarda de filhos, é imperioso ter sempre como diretriz o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que eles ocupam, conforme amplamente exposto, a posição jurídica de sujeitos de direitos e não de meros objetos.

DIAS[475], de forma clara e precisa, sustenta que com o rompimento da convivência dos pais, há a fragmentação de um dos componentes da autoridade parental. Segundo a autora, ambos os pais continuam detentores do poder familiar, mas, geralmente, o filho resta sob a guarda de fato de um deles, assegurado ao outro o direito de visita. Passando o filho a residir na companhia de um dos genitores, a este fica deferida a "guarda" expressão que significa verdadeira "coisificação" do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito.

É notório que enquanto a família permanece unida, as relações parentais são mais facilmente exercitadas pelo fato da criança e do adolescente encontrarem-se na companhia de ambos os pais. Com a separação do casal, seja de fato ou jurídica, surge uma situação que conduz a uma nova modalidade de exercício da autoridade parental e, que se concentra, geralmente, na pessoa de um dos genitores, reduzindo o outro a um mero coadjuvante[476].

Quanto à figura subsidiária de um dos genitores, na situação de separação do casal, é necessário indicar que a Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, afirma o direito de convivência entre pais e filhos separados e ratifica a responsabilidade de ambos na criação da prole.

Nesse sentido, dispõe o artigo 9°[477] do referido documento que é função do Estado zelar para que crianças e adolescentes não sejam separadas dos pais contra

---

[475] DIAS, 2005, p. 396.

[476] ARAI, Rubens Hideo. Guarda compartilhada e ação de assunção de obrigação parental. *In:* NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2008, p. 632.

[477] Convenção sobre os Direitos da Criança. Art. 9°. 1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. [...] 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

a vontade dos mesmos, exceto quando, após procedimento judicial próprio, se demonstrar que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. E explica que essa necessidade pode se exibir se a criança sofrer maus tratos ou descuido por parte dos pais. Também fica expresso no documento o direito da criança e do adolescente separados de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, o qual deve ser prioritariamente respeitado, a menos que isso contrarie o melhor interesse dos filhos menores.

Vale ainda explicar que mesmo após a separação do casal, a criança ou o adolescente continua sendo filho daquele pai e daquela mãe, com direito a pertencer àquela família que o concebeu e que, por essa razão, tem a obrigação de acolhê-lo.

Conforme amplamente exposto é preceito constitucional fundamental o convívio entre filhos e pais, ainda que a família originária se encontre separada e, mesmo não existindo mais a condição de marido e mulher, persiste a situação de pai e mãe, o que conduz a assertiva de que esta circunstância não poderá ser alterada, mesmo com a família dividida. Esta condição encontra amparo na própria legislação, uma vez que a lei que traça as diretrizes concernentes ao divórcio (Lei n. 6.515/1977)[478] estabelece que este não modificará os direitos e obrigações dos pais para com os filhos.

Portanto, é inquestionável que a guarda compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si e de reger sua conduta. Na guarda está implícito o dever de vigilância que, lenta e constantemente, atua de forma decisiva no desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente e na sua formação integral[479]. Não se pode deixar de mencionar, mais uma vez, que a guarda representa a convivência efetiva e diuturna dos pais com seus filhos, de forma que estes possam ser assistidos material, moral, psíquica e afetivamente.

Logo, diante da separação ou da inexistência de convivência dos pais, a guarda dos filhos pode ser fixada de diferentes formas, as quais passarão a ser analisadas a seguir; esclarecendo, porém que a legislação refere-se ao instituto da

---

[478] Lei n. 6.515/1977. Art. 27. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres.

[479] GRISARD FILHO, 2009, p. 67.

guarda de forma genérica, sem apresentar qualquer distinção. A distinção é promovida pela doutrina, conforme a origem da guarda e seus afins.

3.1.3.1 Guarda fática

A legislação vem apontando ao longo do tempo que em matéria de guarda o acordo entre os pais é a melhor solução para o desenvolvimento saudável e harmonioso dos filhos. Assim, muitas vezes, ocorrendo a separação do casal de pais, estes acordam sobre a guarda dos filhos de maneira expressa ou tácita, porém sem a homologação judicial. Trata-se de um acerto de guarda fático entre os pais, uma vez que não existe reconhecimento jurídico pela ausência de homologação judicial[480].

É a modalidade de guarda estabelecida por decisão própria de uma pessoa que toma a criança ou o adolescente a seu cargo, sem qualquer atribuição legal ou judicial, não tendo sobre os mesmos nenhum direito de autoridade expresso, porém com as obrigações inerentes ao instituto de proteção, como assistência e educação[481].

3.1.3.2 Guarda provisória ou guarda definitiva

Classificar como guarda provisória ou definitiva depende do momento de seu deferimento. A guarda será provisória quando apresentar o caráter cautelar, podendo ser concedida no início da lide (liminar) ou no curso do processo (incidental). De acordo com LEVY[482] a guarda provisória é temporária, já que se destina a atender uma situação fática emergencial, como por exemplo, na pendência dos processos de separação, divórcio ou dissolução de união estável.

---

[480] SPENGLER; SPENGLER NETO, 2004, p. 89.

[481] GRISARD FILHO, 2009, p. 86.

[482] LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos:** Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, p. 49. No mesmo sentido: GRISARD FILHO, 2009, p. 86.

A guarda definitiva é aquela firmada entre as partes amigavelmente ou deferida judicialmente ao genitor litigante. É denominada definitiva em sentido estrito, tendo em vista se estabelecer ao final do processo de guarda ou quando tiver por finalidade consolidar uma situação de fato já existente[483]. Em sentido amplo, a guarda nunca é definitiva, pois pode ser modificada a qualquer tempo em razão do princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes.

3.1.3.3 Guarda consensual ou Guarda litigiosa

Sob o prisma da existência ou não de contenciosidade dos genitores, a guarda dos filhos pode ser consensual ou litigiosa. Na primeira modalidade, os pais acordam a forma pela qual a guarda e a visitação serão exercidas; enquanto que na segunda, não há acordo entre os genitores, cabendo ao juiz a tarefa de decidir por meio de sentença[484].

3.1.3.4 Guarda alternada

A guarda alternada é assim denominada devido à alternância do período em que o filho permanece com cada um dos pais. Caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos genitores conservar a guarda do filho de modo intercalado, seguindo um período de tempo predeterminado, que pode ser: anual, semestral, mensal ou até mesmo uma divisão organizada do dia. Nessa modalidade ocorre a atribuição da guarda física e jurídica a cada um dos pais, de forma que, durante o lapso de tempo em que o guardião permanecer com o filho, terá de forma exclusiva a totalidade dos poderes e deveres que integram o poder familiar[485]. Enquanto um dos pais exerce a guarda dos filhos, ao outro se resguarda o direito de visita. Quando findo o período convencionado, os papéis invertem-se, sendo que esta troca de guardião independe de medida judicial.

---

[483] ARAI, 2008, p. 635.

[484] ARAI, 2008, p. 635.

[485] PAIXÃO, Edivane; OLTRAMARI, Fernanda. Guarda compartilhada de filhos. **Revista brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 32, p. 52, out./nov. 2005.

Essa é uma modalidade de guarda que se contrapõe fortemente à continuidade do lar[486], que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança e do adolescente. Trata-se de um arranjo muito mais voltado para os interesses dos pais que no benefício dos filhos.

Por conseguinte, a guarda alternada não é recomendável[487], pois tutela apenas os interesses dos pais, já que implica em exercício unilateral do poder familiar por período determinado, promovendo uma verdadeira divisão dos filhos, que passam a conviver, por tempo pré-estabelecido unicamente com o pai e o outro período unicamente com a mãe, em que pese ser resguardado o direito de visita daquele que não está no exercício da função. Assim, essa modalidade de guarda mostra-se de todo inconveniente na consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade de crianças e adolescentes, pois o elevado número de mudanças pode provocar uma enorme instabilidade emocional e psíquica[488].

3.1.3.5 Nidação ou aninhamento

Ainda pode-se destacar a nidação ou o aninhamento, que é o modelo onde as crianças ou adolescentes permanecem sempre morando na mesma casa e com as mesmas rotinas, sendo que os pais, por períodos alternados, se mudam para o local com a finalidade de atender e conviver com os filhos. Nessa modalidade ocorre o revezamento dos pais, o que pode representar alto custo para a sua manutenção, uma vez que, em tese, são três residências: uma onde os filhos recepcionam o guardião alternadamente, ou seja, de tempos em tempos; outra para o pai e outra

---

[486] GRISARD FILHO, 2009, p. 91.

[487] Cfe. LEVY, 2008, p. 60. Para a autora a guarda alternada é o reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança.

[488] Essa modalidade de guarda pode trazer prejuízos à criança e ao adolescente em determinadas fases de sua vida. Quando são crianças em fase pré-escolar pode comprometer suas necessidades de experiências contínuas que lhe transmitam segurança e confiança para garantir seu adequado desenvolvimento. Quando estão em idade educacional pode desorganizar a rotina pessoal e escolar. Na adolescência poderá representar uma restrição à sua liberdade de escolha. Assim, a guarda alternada poderá gerar uma instabilidade nas crianças e adolescentes envolvidos, tendo em vista as freqüentes mudanças de ambiente. Caso haja discórdia entre os pais, a alternância temporal da guarda pode levar a atitudes contrárias à saúde psíquica dos filhos, que vão desde chantagens banais, como não deixar que o filho leve os brinquedos para a casa do outro genitor, até a perda de referenciais causada pelos constantes mandos e desmandos na criança ou adolescente. Cfe. ARAI, 2008, p. 634.

para a mãe[489]. A doutrina não traz grandes disposições quanto a este meio de exercício, devido ao fato de não ter efetividade. Parece uma situação irreal, por isso pouco usada e muito criticada[490].

3.1.3.6 Guarda unilateral

A guarda unilateral pode decorrer da separação de fato, judicial, divórcio ou dissolução de união estável dos pais; bem como pode advir do abandono de um ou de ambos os genitores, do óbito de um deles e também, por consequência da paternidade não revelada. Nessa modalidade de guarda, separados os pais, impõe-se a guarda a um deles, geralmente selecionado pelo prisma do melhor interesse dos filhos[491].

Conforme já relatado, em tempos passados a outorga da guarda se dava, preferencialmente, em favor da mãe, fundada no entendimento de que esta seria dotada de sentimento afetivo inato, já que abrigava o filho desde a concepção. Atualmente, registra-se a evolução nos costumes de maneira que o pai igualmente tem sido agraciado com a concessão da guarda dos filhos, tendo em vista prevalecer em todas as situações o melhor interesse de crianças e adolescentes.

Sobre o tema LAURIA[492] assinala que de acordo com os novos paradigmas e sua repercussão na jurisprudência, a preferência pela mãe na atribuição da guarda dos filhos de pais separados encontra-se em processo de superação pelo princípio do melhor interesse da prole. Nos dias atuais, em que a mulher conquistou importantes espaços na sociedade, sobretudo no mercado de trabalho, e partindo do pressuposto de que o exercício de tarefas domésticas pelo homem não mais é visto como reprovável e acrescido do interesse deste em promover os cuidados relativos a prole; possibilitou-se que a guarda dos filhos passasse a ser concedida ao pai.

Essa evolução da sociedade conduz a afirmativa de que tanto o pai quanto a mãe concorrem em absoluta igualdade de condições para o exercício da guarda dos

---

489 GRISARD FILHO, 2009, p. 91.

490 PAIXÃO; OLTRAMARI, 2005, p. 52.

491 MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 81.

492 LAURIA, 2003, p. 72-73.

filhos, devendo, conforme já exposto, prevalecer em todas as situações, o que se mostrar melhor para o desenvolvimento pleno dos filhos.

Essa mudança de pensamento na atribuição de guarda de filho é deveras importante, tendo em vista, que conforme explicita LEITE[493], muitos pais desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita, previamente estabelecidos, acabam perdendo o interesse e "abandonando" a prole, deixando-a integralmente sob os cuidados da mãe[494]. Prossegue o autor indicando que grande parte dos estudos jurídicos e psicológicos comprova que a visita efetivamente realizada nos primeiros meses que sucedem o rompimento da relação do casal de pais, tende a se espaçar e desaparecer, com manifesta desvantagem para os filhos, que vão perdendo o elo familiar que os une, diante da ausência de convivência diária ou mais efetiva.

Nesse vértice a lição de RIVAS citada por RAMOS[495] ao explanar que, na realidade, não existem mães e pais ideais, apenas mães e pais presentes ou ausentes e, certamente, sempre é melhor que estejam presentes.

Por fim, ressalta-se que a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança ou adolescente com o pai não guardião, pois a este é fixado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é adequado, e também vale registrar, que em muitas situações, o guardião impõe regras que contrariam a vontade do não guardião. E nesse confronto, o maior prejuízo ocorre em relação aos filhos, que para evitar o conflito acabam se afastando de um dos pais.

3.1.3.7 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada adentrou no ordenamento brasileiro a partir da Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, que altera os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, de forma a instituir e disciplinar essa modalidade de guarda. Até então

---

[493] LEITE, 2003, p. 260.

[494] O mesmo entendimento é compartilhado por Leila Maria Torroca de Brito, que citando pesquisas de diversos autores nacionais e estrangeiros, verificou que muitos pais acabam por desaparecer da vida de seus filhos por não suportarem os desentendimentos intermináveis com a mãe das crianças ou adolescentes e por não concordarem com o papel de coadjuvante a que são relegados. Cfe. RAMOS, 2005, p. 56-57.

[495] RAMOS, 2005, p. 57.

era aplicada a legislação, exclusivamente, com a concessão de guarda unilateral, onde um dos pais exercia a função de guardião, enquanto que o outro tinha resguardado o direito de visita.

Para a doutrina em geral a importância da guarda compartilhada reside no fato de se permitir às crianças e adolescentes desfrutarem de uma convivência que se assemelha com a situação anteriormente vivenciada de normalidade conjugal entre seus pais. Teria, em tese, a função de facilitar a harmonia familiar, mesmo após o rompimento da união dos genitores, tornando dessa forma menos traumática para os filhos essa ruptura, além de favorecer certa colaboração parental e a preservação dos sentimentos não excludentes, que decorrem geralmente da atribuição unilateral da guarda. Segundo STRENGER[496] ao estabelecerem a custódia conjunta os pais dividem a responsabilidade e decisões sobre a vida em geral dos filhos. É estabelecido, portanto, um termo de cooperação quanto a efetiva função paternal nas fases de desenvolvimento dos filhos, conservando-se os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocas.

Em termos de conceituação, o autor nominado, sustenta que se trata de um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, tal como faziam na constância da união. Ou ainda, na guarda compartilhada, pai e mãe, dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo, e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho menor de idade, na situação de se encontrarem separados.

Conforme disposto no § 1°, do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, na redação da Lei n. 11.698/2008, a guarda compartilhada consiste na responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto[497], no que se refere ao poder familiar dos filhos comuns.

GRISARD FILHO[498] adverte que a legislação não limitou a possibilidade de compartilhamento da guarda às hipóteses de separação, divórcio ou dissolução de

---

[496] STRENGER, 2006, p. 67.

[497] A abrangência não se limita apenas aos pais que foram cônjuges ou conviventes, mas também àqueles que nunca tiveram qualquer relacionamento no âmbito do Direito de Família, como dois namorados ou, ainda, duas pessoas que de um encontro sexual eventual redundou na gravidez e nascimento do filho comum. Cfe. GAMA, 2008, p. 253.

[498] GRISARD FILHO, 2009, p. 198.

união estável, se mostrando mais abrangente, de forma que favorece todos os pais que nunca mantiveram um relacionamento familiar, a exemplo dos que assim se tornam por conta de uma única e episódica relação sexual de que resultou o nascimento de filho comum, mas desejam participar ativamente da vida desse filho.

Ao contrário dos outros modelos de guarda, a guarda compartilhada permite que os filhos continuem a ter seu relacionamento familiar, convivendo de forma frequente com os pais, evitando-se, assim, eventuais abalos no seu desenvolvimento físico e emocional, que geralmente são ocasionados pela ausência de um dos genitores.

Esse modelo de guarda deferida a ambos os pais separados foi, gradativamente, encontrando adeptos centrados em traduzir o significado do melhor interesse de crianças e adolescentes, buscando a melhor solução para a necessária reorganização da família, direcionada a promover o relacionamento entre os filhos e cada um dos genitores separados. E, inclusive, antes mesmo da promulgação da Lei n. 11.698/2008, os tribunais[499] já aplicavam a referida modalidade de guarda, resguardado os requisitos necessários para sua execução e observando os princípios da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse de crianças e adolescentes.

COMEL[500] assinala que, em tese, seria o modelo ideal, a manifestação mais autêntica do poder familiar, exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, reflexo da harmonia reinante entre eles. Representa os dois pais, juntos, sempre presentes e atuantes na vida do filho, somando esforços e assumindo de maneira simultânea todas as responsabilidades com a relação à prole.

Também LEITE[501] se mostra favorável a essa modalidade de guarda explicando que a guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões em comum, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Essa participação de ambos os genitores na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança ou adolescente e aos próprios pais, já que ela

---

[499] Ver no Apêndice: TJSC (Agravo de Instrumento n. 2001.012993-0); TJMG (Apelação Cível n. 1.0024.03.887697-5/001, Apelação Cível n. 1.0231.05.040613-2/001, Apelação Cível n. 1.0702.05.229179-7/001); TJRJ (Agravo de Instrumento n. 2007.002.02406).

[500] COMEL, 2003, p. 175.

[501] LEITE, 2003, p. 282.

tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores.

Cabe também apresentar o pensamento de RAMOS[502] que registra ser a guarda compartilhada decorrente do direito constitucional à convivência familiar, direito fundamental assegurado no artigo 227 da Constituição da República de 1988, que consiste na garantia de crianças e adolescentes serem criados e educados no âmbito da própria família. A partir da definição de família como o lugar natural onde a pessoa em desenvolvimento se sente protegida e aprende os conceitos básicos para a vida, não se pode concebê-la sob um aspecto meramente unilateral quando ocorre a separação dos pais. Mais uma vez se reforça, com fundamento na lição da autora citada, que tanto o pai quanto a mãe, querendo e podendo, devem se fazer presentes no processo de formação do filho, e estão em igualdade de condições para exercerem essa obrigação, notadamente frente aos comandos constitucionais de igualdade dispostos no artigo 5°, inciso I e artigo 226, parágrafo 5° da Constituição da República de 1988.

No sentido de registrar a importância da convivência harmoniosa entre pais e filhos, em que pese a separação dos primeiros, vale conferir o entendimento de LAURIA[503] ao expor que no decorrer da infância e da adolescência, o ser humano se encontra em uma fase peculiar da sua existência e as experiências que vai vivenciar ao longo desta etapa da vida terão repercussão na formação da sua estrutura psíquica. Dentre os fatos mais importantes deste momento tão peculiar estão aqueles que se referem ao relacionamento das crianças e adolescentes com seu pai e sua mãe e que terão ligação direta com o exercício das respectivas funções materna e paterna. Logo, conforme o autor, o relacionamento dos filhos com ambos os pais é de fundamental importância para o seu desenvolvimento de forma integral.

Ressalta-se, ainda, que a jurisprudência e a doutrina vêm se posicionando no sentido de que a guarda compartilhada somente é possível quando existe entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e nem

[502] RAMOS, 2005, p. 78-79.
[503] LAURIA, 2003, p. 57-58.

conflito[504]. Esse modelo de guarda exige dos pais um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não os próprios interesses. Deve ser tido como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora tenha consolidado a perda de sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de inteira realização parental empenhados em priorizarem a fundamental felicidade da prole[505]. Não havendo relação dessa forma, a indicação continua sendo a guarda unilateral, porque atenderá melhor ao interesse do filho, uma vez que, em parte, estará livre de uma zona de conflitos entre os pais.

A guarda compartilhada vem, dessa forma, promover um corte no instituto da guarda única, com finalidade de proporcionar aos pais e filhos uma convivência estreita e íntima, fundada no cuidado e no afeto. Apresenta-se como uma maneira de possibilitar a presença de ambos os pais na tomada de decisões acerca do futuro dos filhos, respeitando os princípios consagrados na Constituição da República de 1988. Assim, a guarda compartilhada tem por objetivo dar continuidade ao exercício recíproco da autoridade parental, e não para servir como fomento aos nefastos mecanismos já presentes de patológica hostilidade, onde imperam as graves desavenças do casal, motivo da ruptura e de seu insepulto desafeto[506].

Cabe, por fim registrar, que o instituto da guarda compartilha, muito embora seja a opção ideal ou utópica, de acordo com as pesquisas efetuadas, nem sempre poderá ser adotada ou aplicada nos casos concretos, tendo em vista que se encontra na dependência, fundamentalmente, da atitude e da disposição dos pais.

3.1.3.8 Guarda e família substituta

---

[504] Converge nesse sentido ARAI, 2008, p. 644.

Também o TJRS, na Apelação Cível n. 7001335063, explica que para promoção da guarda compartilhada é indispensável que entre os genitores exista uma relação madura e responsável, com foco exclusivo no papel parental, de forma a superar os conflitos conjugais.

[505] MADALENO, 2004, p. 92.

[506] MADALENO, 2004, p. 93.

Essa espécie de guarda é aquela disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 33[507]. Assim, se não se mostrar possível a permanência da criança e do adolescente na família natural, poderá ocorrer sua colocação em família substituta que possa suprir todas as suas necessidades afetivas e financeiras.

De acordo com LAURIA[508], quando se menciona a guarda com fulcro no Direito da Criança e do Adolescente, a referência é medida de proteção a ser empregada em todos os casos em que seja necessário afastar a criança ou adolescente de violações aos direitos consagrados pelo Estatuto. Nessa situação presume-se que a criança não se encontra sob os cuidados de seus pais, seja qual for o motivo, o que fica perfeitamente reforçado pela redação da parte final do *caput* do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo a qual o detentor da guarda terá "o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais".

Portanto, a guarda estatutária destina-se a regularizar a posse de fato da criança ou adolescente, de forma que o detentor da guarda assume o dever de assistência material, moral, educacional e afetiva. Em princípio, para a concessão da guarda deverá se levar em consideração o parentesco, mas sempre resguardando o grau de afetividade e afinidade entre os interessados. Nos termos do artigo 35[509] do ECA, a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. Não se aprofunda o estudo dessa modalidade de guarda, por não ser objeto da presente pesquisa.

Na sequência será analisado o direito de visita dos filhos e dos pais que não detém o instituto da guarda.

---

[507] Lei n. 8.069/1990. 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.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

[508] LAURIA, 2003, p. 65.

[509] Lei n. 8.069/1990. Art. 35. Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

3.2 Direito de Visita

O direito de visita, como se sabe, é uma decorrência do poder familiar e, por via de consequência, do direito da guarda. Logo, guarda e direito de visita são institutos afins, que se encontram vinculados, não se mostrando adequado tratar de um, sem considerar o outro.

Segundo Boschi[510] a locução "direito de visita" se apresenta inadequada para simbolizar seu verdadeiro conteúdo e alcance, podendo em alguns casos conduzir a equívocos. O referido autor ainda registra que de acordo com a situação concreta em que se encontram os protagonistas da relação de visita, esta pode ser vista mais como um dever jurídico do que propriamente como um direito. E acrescenta que a visita pode assumir um significado maior, cuja melhor expressão seria "conviver", que representa viver em comum com outra pessoa[511]. Logo, a convivência denota familiaridade, o que encerra, de acordo com o autor indicado, a finalidade do direito de visita, que é exatamente manter o convívio rompido entre o visitante e o visitado.

É tido como sagrado o direito de visita diante do princípio da dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista que aos filhos é garantido o convívio com ambos os pais, ainda que estes tenham optado pelo rompimento da união ou jamais tenham convivido sob o mesmo teto. Pode alcançar, além do contato pessoal em finais de semana alternados, como é praxe, a permanência com o não guardião de parte das férias escolares e festividades, tais como Natal, Ano Novo, aniversário daquele que não detém a guarda, entre outros.

Geralmente, as visitas decorrem da necessidade ditada pelos vínculos afetivos que unem pais e filhos e o critério para sua fixação é o próprio interesse da prole, uma vez que também nesse instituto deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Ou ainda, o direito de visita se constitui no meio através do qual se permite a continuidade de um contato próximo entre pai e filho[512].

---

[510] BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.
[511] BOSCHI, 2006, p. 4-5.
[512] CARBONERA, 2001, p. 85.

GOMES[513] explica que o direito de visita consiste em ver os filhos e com eles estar, conforme acordaram os pais ou foi prescrito pelo juiz. Aponta ainda que no caso de separação litigiosa, a sentença fixa o direito de visita, no interesse dos filhos e dos pais, determinando os dias, o local e a duração. E fulmina asseverando que o bem dos filhos é a condição essencial para qualquer deliberação em matéria de separação judicial, de forma que vem se admitindo a supressão do direito de visita se o exigir o interesse da prole. Ressalta, no entanto, que medida tão drástica somente se justifica por motivos muitos graves, como por exemplo, se os filhos correm perigo com a visita do não guardião.

Por sua vez, GRISARD FILHO[514] aduz que o direito de visita é o desdobramento da guarda quando ocorre a separação dos pais e funda-se em elementares princípios de direito natural, ou seja, na necessidade de cultivar o afeto e de firmar os vínculos familiares. Diante de uma desunião, a finalidade desse instituto é a manutenção de uma natural e adequada vinculação do filho com o pai ou a mãe com quem não convive, para fomentar e consolidar os laços de cuidado e afeto, promovendo o quanto possível, contato semelhante ao que existiria no seio da família unida.

Para LEVY [515]no lugar de "direito de visita" mais adequado seria a utilização do termo "direito ao convívio", pois o instituto se apresenta como o meio de cumprimento ao mandamento constitucional do direito à convivência paterno-filial, na circunstância da guarda material ser exercida por somente um dos genitores, como nas hipóteses de reconhecimento unilateral de paternidade ou na dissolução do relacionamento conjugal dos genitores. A autora também explica que se trata de deveres e direitos recíprocos, pois ao direito-dever do pai de conviver com o filho corresponde o direito-dever do filho de ter convívio com seu pai.

Na justificativa do Projeto de Lei n. 2.285/2007[516] – Estatuto das Famílias, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, o termo "direito de visita" é substituído por "direito à convivência" a ser exercido pelo pai não guardião em relação ao filho e

---

[513] GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 261.

[514] GRISARD FILHO, 2009, p. 111-112.

[515] LEVY, 2008, p. 88.

[516] Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf> Acesso em: 16 mar. 2009.

deste em relação àquele. Os pais se separam entre si, mas não dos filhos, que devem ter direito assegurado de contato e convivência com ambos. No artigo 101[517] do Projeto de Lei citado consta que quando a guarda é exercida exclusivamente por um dos genitores é indispensável assegurar o direito de convivência com o não guardião.

Cabe ainda registrar que seja o foco no direito dos pais ou no dos filhos, as normas legais visam, fundamentalmente, garantir o direito de convivência familiar, entendido tal direito como o básico para o desenvolvimento da criança e do adolescente[518]. Para garantia do direito de contato entre pais/mães e filhos que não vivem juntos, o mecanismo legal é o da regulamentação de visitas.

No sentido de se conhecer a transformação do direito de visita no Brasil apresenta-se na sequência a legislação sobre o tema[519].

3.2.1 Noções fundamentais

Em termos legislativos, o primeiro texto no Brasil a tratar do direito de visitas foi o Decreto-Lei n. 9.701[520], de 3 de setembro de 1946, que dispunha sobre a guarda dos filhos menores no desquite judicial. Composto de dois artigos, no artigo 1° previa:

> Art. 1º. No desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será **assegurado o direito de visita aos filhos**. (grifou-se)

---

517 Projeto de Lei n. 2.285/2007. **Estatuto das Famílias**. Art. 101. Quando a guarda é exercida exclusivamente por um dos genitores é indispensável assegurar o direito de convivência com o não-guardião. Parágrafo único. O direito à convivência familiar pode ser judicialmente suspenso ou limitado quando assim impuser o melhor interesse da criança.

518 BRUNO, Denise Duarte. Direito de visita: Direito de convivência. *In:* GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 313.

519 Em relação à jurisprudência aponta-se: 8 de julho de 1857, a Corte de Cassação francesa reconheceu o direito de visita aos avós, tornando-se o marco referencial desse direito. Cfe. BOSCHI, 2006, p. 7.

No Brasil, a decisão datada de 10 de abril de 1924, fixando o juízo do desquite (atual separação judicial) como o único competente para regulamentar as visitas dos pais aos filhos. Cfe. BOSCHI, 2006, p. 09-10.

520 Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

Posteriormente, a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispunha sobre a situação jurídica da mulher casada, deu nova redação ao artigo 326[521] do Código Civil de 1916, incluindo o direito de visita.

Com o advento da Lei do Divórcio, em 1977, o direito de visita do não guardião, passou a ser disposto no artigo 15[522]. Atualmente, o direito de visita encontra-se previsto no Código Civil de 2002, no artigo 1.589[523].

A breve análise da legislação vigente demonstra que o tema ainda suscita dúvidas, reclamando uma normatização mais efetiva, com a finalidade de resolver os vários problemas decorrentes do rompimento da união dos pais e a regulamentação das visitas. Verifica-se que Lei n. 11.698/2008 que instituiu e disciplina a guarda compartilhada é uma tentativa do legislador para dirimir os conflitos gerados pela divergência em relação à guarda e visita aos filhos de pais separados.

Define-se o direito de visita como um expediente jurídico moldado para preencher os efeitos da ruptura da convivência familiar, antes integralmente exercido por ambos os pais. Representa um desdobramento do instituto da guarda, definido com a separação dos genitores[524].

Para CARBONERA[525] o direito de visita pode ser considerado um expediente jurídico de caráter compensatório, cujo objetivo é atender tanto ao interesse do filho que está na companhia do genitor, quanto ao genitor, em ter o filho consigo. Entretanto, seu sentido amplo extrapola a proximidade física ou o contato esporádico. Consigna a autora que se trata de uma modalidade de exercício indireto

---

521 Lei n. 4.121/1962. Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para êles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notòriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita. Disponível em: <http:/ /www.senado.gov.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

522 Lei n. 6.515/1977. Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Disponível em: <http:// www.senado.gov.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

523 Lei n. 10.406/2002. Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

524 MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85.

525 CARBONERA, 2001, p. 85-86.

da autoridade parental, que permite ao genitor não guardião acompanhar e estar atento a todos os aspectos relacionados ao desenvolvimento do filho como pessoa. Dessa forma, a ausência do contato diário provoca na vida do filho um vazio, que pode ser minorado com a demonstração de cuidados que perpassem pela instrução e pelo lazer, pela repreensão e pelo elogio, dando-lhe condições de ter uma educação a mais completa possível.

Conforme Boschi[526] a visita é o direito que as pessoas unidas por laços de afetividade têm de manter a convivência, quando esta for rompida; ou ainda, um direito-dever dos pais que não têm a guarda da prole, de manter a convivência e os laços afetivos com seu filho, no interesse deste. Logo, no entendimento desse autor o direito de visita encontra-se centrado nos laços de afeto que unem pais e filhos, mas que poderão sofrer dilaceramento, caso não se mantenha a convivência entre eles.

Por conseguinte, falar em visita acarreta reconhecer a soberania constitucional de crianças e adolescentes serem visitadas, porquanto, conforme já exposto, é direito basilar na organização social dos filhos serem criados por seus pais, como direito fundamental. E, na situação de estarem os genitores separados pelas contingências das relações afetivas que se desfazem pelos mais variados motivos, jamais podem os pais permitir restem seus filhos privados da sua presença, ainda que em menor quantidade, mas compensando ao oportunizarem maior qualidade[527].

Já se expôs que a convivência de crianças e adolescentes com a sua família é um direito consagrado pelo artigo 227 da Constituição da República de 1988, com absoluta prioridade, além de ser considerado como direito fundamental dos filhos, matéria prima indispensável para a construção da personalidade desses seres em desenvolvimento.

O regime de visitas pode ser classificado em três modalidades distintas. O primeiro modelo é da visitação livre[528], desprovido de regras, onde não são estipulados nem dias, nem horários para os encontros entre o não guardião e seus

[526] BOSCHI, 2006, p. 35.
[527] MADALENO, 2004, p. 85.
[528] LAURIA, 2003, p. 84.

filhos. Esse modelo pressupõe uma convivência harmônica entre os pais e melhor se adapta, no caso de filhos adolescentes, que como é sabido, têm compromissos inerentes a sua faixa etária, além de se encontrarem em progressiva independência em relação aos pais. A crítica que se faz a esse modelo é que existindo conflito entre os pais poderia gerar o afastamento gradativo do não guardião, além de ser impossível a caracterização do seu descumprimento diante da ausência de regras expressas.

De acordo com BRUNO[529], esse modelo pode apresentar problemas, tais como: sensação de desamparo para os filhos, produto da instabilidade que pode vir a permear a relação com o não guardião; comportamentos agressivos, inseguros ou queixosos dos filhos quando no início ou fim da visita e por fim, pouco ou nenhum contato com o não guardião, diante da inexistência de previsão de um esquema de visitas.

A segunda modalidade se refere a visitação extremamente regulada[530], onde as regras são previamente fixadas e seu cumprimento é bastante rígido, não admitindo qualquer flexibilização. Esse modelo é passível de crítica diante da possibilidade de transtornos gerados pela rigidez, podendo também ocasionar o afastamento daquele que não detém a guarda.

Por fim, se apresenta a visitação mínima, que consiste em visitas em finais de semanas alternados. Observa-se que este modelo é o mais utilizado quando da concessão da guarda unilateral, mas também não atende totalmente o ideal de se manter incólume os laços afetivos entre pais e filhos.

LEVY[531] aponta que não há uma posição unânime sobre qual o sistema mais adequado a ser adotado. Para alguns, a falta de dias preestabelecidos acaba por gerar falta de rotina na vida dos filhos, podendo ocasionar insegurança. Outros defendem a livre visitação como meio de não barrar ou limitar o contato paterno-filial.

Na verdade, o ideal é que o contato entre pais e filhos seja regular e flexível e que ambos procurem manter os laços afetivos e uma razoável cumplicidade entre si.

---

[529] BRUNO, 2003, p. 314.
[530] LAURIA, 2003, p. 85.
[531] LEVY, 2008, p. 90.

Observa-se que o afeto é ponto essencial fundamentar o direito de visita, já que na lição de BOSCHI[532] não se mostram suficientes apenas os laços familiares consangüíneos, uma vez que não é incomum o desamor entre pessoas de uma mesma família, nem é motivo de espanto, hodiernamente, dizer que determinados pais não nutrem qualquer amor pelos seus filhos. Assim, é notório que para uma completa funcionalização do instituto se mostra essencial a participação do elemento afetivo.

E para ratificar esse pensamento colaciona-se a lição de BADINTER[533] que sustenta ser o amor materno adquirido ao longo dos dias passados ao lado do filho e, portanto, não pode ser considerado inato. Prossegue a autora registrando ser possível que a ausência do ser amado estimule os sentimentos, mas ainda assim é necessário que estes tenham existido previamente, e que a separação não se prolongue demasiadamente. Todos sabem, afirma a autora, que o amor não se exprime a todo o momento, e que pode perdurar em estado latente, todavia, não cuidado, ele pode debilitar ao ponto de desaparecer.

Assim, com base no ensinamento da autora citada, se não ocorrer uma preocupação dos pais em promover o convívio diuturno com seus filhos, não se mostra suficiente o vínculo sanguíneo como sustentação da relação dos genitores com a prole. E, dessa forma, a ausência de afeto pode gerar o afastamento, o que vai contrariar o princípio da dignidade humana e o melhor interesse de crianças e adolescentes.

Mais uma vez se recorre a BOSCHI[534] para compreender o conteúdo do direito de visita. E nesse sentido o autor aponta que a visita é um meio para se manter uma convivência preexistente, fundada em laços afetivos profundos e positivos que se romperam, visando conservar intactas as relações pessoais e os sentimentos, de forma a atender o interesse das partes envolvidas e, principalmente dos filhos, enquanto pessoas em desenvolvimento. O que se procura através do exercício do direito de visita, de acordo com o autor, é evitar o distanciamento de pessoas que

---

[532] BOSCHI, 2006, p. 33.

[533] BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado:** O mito do amor materno. Trad. de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 14-15.

[534] BOSCHI, 2006, p. 85.

compartilham sentimentos e emoções recíprocas, procurando minimizar os traumas que a perda da convivência poderia causar.

E nesse sentido é que se observa a jurisprudência, onde os tribunais têm procurado tornar a regulamentação da visita entre os pais e seus filhos mais ampla e genérica, no ideal de estreitar as relações entre o não guardião e sua prole.

3.2.2 Regulamentação do exercício do direito de visita

A regulamentação do exercício do direito de visita pode ocorrer na forma consensual, quando os pais decidem de comum acordo os dias e horários para o encontro entre o não guardião e seus filhos. Ou, diante de um conflito, ser levado ao conhecimento do Poder Judiciário, que irá promover a fixação, geralmente em finais de semanas alternados, com a possibilidade de pernoite.

Cabe, ainda, analisar a relação jurídica que se estabelece pelo regime de visitas, onde se identificam três centros de interesses bem definidos, a saber: o do detentor da guarda, o do não guardião ao exercer as visitas e, por último, da criança. A relação é trilateral, destacando o papel da criança e do adolescente, que por conta do princípio do melhor interesse, ocupa a posição prioritária. Assim, a criança e o adolescente têm o direito à promoção do respeito às regras do regime de visitas. Ou como sustenta LAURIA[535], o filho tem o direito de estar com o visitador durante o período de visitas e na forma estabelecida e de estar com o guardião, fora do período de visitas. E a partir dessa premissa estabelece-se, de acordo com o autor, uma conclusão preliminar: a violação das regras de visitação ofende, sempre, o direito da criança, que ocupa a posição de destaque e de prioridade na relação parental.

Por conseguinte, a possibilidade de convivência, mesmo que descontínua, deve ser estabelecida de forma a atender ao interesse e bem estar do filho; e se necessário, fixar horários que não comprometam a escola ou outros aspectos de sua instrução, sendo, inclusive, possível o aumento das horas destinadas ao contato entre a criança ou o adolescente e o não guardião[536].

[535] LAURIA, 2003, p. 93.
[536] CARBONERA, 2001, p. 86.

Por outro lado, se o contato estiver se mostrando prejudicial, a visita poderá ser restringida quanto à sua intensidade, ou ainda supervisionada por pessoa capacitada e indicada pelo magistrado. Também poderá ser suprimida, mesmo que temporariamente.

Cabe ainda registrar que esse direito, garantido tanto ao filho quanto ao genitor não guardião, não pode ser obstado por aquele que detém a guarda, qualquer que seja o pretexto[537].

Adverte-se que a proximidade física, proporcionada pela concretização do direito de visita, produz outro efeito, além do contato e da manutenção da convivência, isto é, permite ao não guardião que melhor exerça seu direito de fiscalização quanto aos atos do outro genitor[538].

LEITE[539], por sua vez, ao comentar o dever de fiscalização do não guardião, informa que o direito de visita aparece como um substitutivo permanente da autoridade parental que o genitor não guardião passa a exercer após o rompimento, de modo indireto, a que agrega as noções de acessoriedade e relatividade, que somente se manifestam quando o guardião deixa de desempenhar corretamente a função que lhe foi conferida, quando da atribuição da guarda.

Todavia, é importante ter bem claro que o direito de vigilância não pode ser utilizado pelo não guardião como um instrumento para atacar ou incomodar o genitor que detém a guarda, ou ainda para satisfazer seus próprios interesses. O que preside seu emprego é a busca do melhor interesse e o bem estar do filho[540].

Com efeito, é exatamente o interesse do filho o elemento que irá nortear todas as veredas da relação paterno-filial, após o rompimento da união dos pais, e que se faz sentir no exercício do direito de visita, a partir do momento que o genitor não guardião passa a ter como foco principal o desenvolvimento pleno e sadio de sua prole.

---

537 Nesse sentido o disposto no **Recurso Especial n. 701.872**: “No campo das visitas, o guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado no acordo”. (Ver Apêndice A).

538 CARBONERA, 2001, p. 87.

539 LEITE, 2003, p. 226.

540 CARBONERA, 2001, p. 89.

Assim, não é demais ressaltar que o filho tem direito aos pais, ao que corresponde o dever destes de se fazerem sempre presentes, na medida do possível; considerando inclusive que os interesses de crianças e adolescentes sejam preservados, a fim de estabelecer dentro de si mesmos a segurança emocional e psicológica necessária ao pleno desenvolvimento.

Portanto, para finalizar ressalta-se, mais uma vez, que o objetivo da visita é fortalecer os laços de amizade entre pais e filhos, enfraquecidos pela separação dos genitores.

Após a abordagem teórica, como forma de sistematizar o conhecimento referente ao tema da guarda e do direito de visita, segue a análise das decisões emanadas dos tribunais previamente selecionados.

3.3 Jurisprudências dos Tribunais: Análise

A análise das jurisprudências tem como motivação observar se os tribunais encontram-se efetivamente apontando como fundamento de suas decisões o princípio da dignidade humana e sua aplicação no âmbito da entidade familiar, de forma que se possa garantir concretamente o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e ao afeto. Após a reflexão apresentada nos dois primeiros capítulos, observa-se que o referido princípio abarca a afetividade e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar, de modo que se procura verificar se os entendimentos jurisprudenciais, quando se trata de ação de guarda e regulamentação de visita, vêm apontando como fundamentação essa preocupação em garantir o disposto no artigo 227 da Constituição da República de 1988.

Cabe informar que não se tem a pretensão de abarcar todas as jurisprudências e, tampouco, esgotar o tema. Também não se pretende dispor um cansativo elenco de decisões que, lado a lado, acabem repetindo o que é ou deveria ser fundamentação comum: o melhor interesse da criança e do adolescente.

A opção foi coletar algumas decisões na pesquisa efetuada pela internet junto aos Tribunais indicados e apresentar suas ementas no Apêndice. Dessas decisões coletadas, registrar breve comentário no limite do tema em estudo.

Assim, a análise é feita por amostragem de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunais de Justiça de Santa Catarina (TJSC), Rio Grande do Sul (TJRS), Rio de Janeiro (TJRJ) e Minas Gerais (TJMG). O período analisado é do ano de 2002 a 2007.

No STJ localizou-se 13 acórdãos referentes à guarda de crianças e adolescentes e visitação, no período indicado. A quantidade de ações que tratam da guarda de filhos e regulamentação de visitas que aportam no STJ é mínima, causando relativa surpresa diante do grande número de decisões localizadas nos Tribunais de segundo grau[541].

Passando efetivamente a análise das decisões, apresenta-se o Recurso Especial n. 464.914[542], cujo julgamento aconteceu em 04.02.2003, do qual se colhe que o princípio orientador das decisões sobre a guarda de filhos é o da preservação do interesse da criança, que há de ser criada no ambiente que melhor assegure o seu bem estar físico e espiritual, seja com a mãe, com o pai, ou mesmo com terceiro. No caso em discussão, a criança, nascida em 1994, estava sob os cuidados do pai e avó paterna desde o ano de 1995, os quais lhe proporcionavam boas condições materiais e afetivas. A mãe entra com pedido de modificação de guarda quando a criança contava com cinco anos. A 4ª Turma decidiu manter a criança sob a guarda do pai, asseverando inclusive que o direito de visita da mãe estava resguardado.

Observa-se, portanto, que fica resguardado efetivamente o melhor interesse da criança, eis que vivendo com o pai e avó paterna desde o princípio de sua vida, qualquer modificação poderia trazer sérias alterações ao seu pleno

---

[541] O número reduzido de processos em relação ao tema no STJ pode ser atribuído ao descumprimento dos requisitos necessários para o juízo de admissibilidade. Nos termos do artigo 102 da CRFB/1988, compete ao STJ julgar em Recurso Especial as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

[542] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 469.914**, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 04 fev. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 16 mar. 2009.

desenvolvimento. Por outro lado, a garantia do convívio com a mãe, de acordo com a decisão em estudo, encontrava-se assegurada, uma vez que o direito de visita era resguardado.

Também foi motivo de conflito a disputa pela guarda de uma criança entre a mãe e os avós paternos[543], de acordo com consignado no Recurso Especial n. 439.376. Estes imputam à genitora da menina fatos, tais como desinteresse e negligência quanto à criação e educação da filha, que não são comprovados no decorrer da lide, e, dessa forma, incabível qualquer alteração em relação a guarda. Para o STJ a mãe possui naturalmente preferência na guarda do filho, em relação aos avós e, apenas em situações excepcionais, é que se promoverá o afastamento entre ambos.

Explica o Relator que o direito natural da mãe deve ser reconhecido e preservado, dado que ao filho cabe, no decorrer de sua vida, achar-se naturalmente ao lado da genitora, não podendo ele prescindir da presença da progenitora. Assim, a preferência natural é da mãe sobre os avós.

O Recurso Especial n. 837.324[544], por sua vez, tem como tema a guarda provisória de criança que foi entregue pelos pais biológicos aos pais afetivos, sem observar a lista de adoção. A fundamentação do acórdão está centrada no artigo 227 da Constituição da República de 1988 e nos artigos 3° ao 6° do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com o Relator, na época do julgamento, a criança em discussão estava perto de completar dois anos de idade e havia convivido quase que a totalidade da sua vida com a família para a qual havia sido entregue pelos pais biológicos. Afirma o Relator que à luz da Constituição da República a criança goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sob proteção integral e prioritária do Estado e da sociedade. Tem direito de se desenvolver física, mental, moral e socialmente em condições de liberdade e de dignidade. E prossegue apontando que diante das diretrizes previstas na Constituição de 1988 e no ECA, é necessário observar prioritariamente o interesse da criança e como pessoa em

[543] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 439.376**, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 27 maio 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

[544] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 837.324**, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18 out. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

desenvolvimento, ela tem direito a um convívio familiar em ambiente que lhe proporcione atenção, carinho, afeto, cuidado, alimentação e lazer. Só assim terá dignidade e condições de crescer física, mental e socialmente. Não se mostra lícito, justo nem razoável provocar rupturas em seu relacionamento familiar e afetivo. Tanto mais na faixa etária da criança, que é de dois anos, tendo em vista que o ser humano forma personalidade nos primeiros três anos de vida. Os vínculos afetivos desenvolvidos nessa fase representam a base sobre a qual a personalidade do menino estará alicerçada.

Logo, não cabe apego a formalidade diante do melhor interesse da criança, que se encontra plenamente adaptada no lar que a recebeu, quando da sua entrega pelos pais biológicos.

Outra situação interessante é a retratada no Recurso Especial n. 910.626[545], onde a delicada questão trazida a debate emana de litígio acerca da guarda de um adolescente instalado entre os tios maternos e o pai do mesmo, que na época do julgamento estava com 13 anos de idade.

Em agosto de 2001, quando faleceu a mãe do menino, este tinha 6 anos de idade e foi, à época, abrigado na residência dos tios maternos. A Relatora ressalta que no processo não se trata do direito dos tios ao sobrinho, tampouco do direito do pai ao filho, mas, sim, e, sobretudo, do direito do menino a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado. Prossegue a Ministra registrando que não se analisou os vínculos biológicos e de afeto, que na hipótese se fazem presentes em ambas as partes, mas cabe considerar como vértice norteador, o superior interesse do adolescente, para que atinja a idade madura com suas potencialidades plenamente desenvolvidas e espiritualmente liberto de quaisquer influências ou manipulações que possa ter sofrido ao longo da infância.

De acordo com a Relatora o relacionamento do adolescente com o pai foi bruscamente interrompido, assim como o foi com a mãe. Com esta, em razão do óbito, o filho não poderá, pelo menos não nesta vida, restabelecer o tão necessário contato de amor diário. Todavia, com o pai ainda há tempo para que as amarras se

[545] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 910.626**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06 set. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

desfaçam e sejam descortinadas, aos poucos, as verdadeiras facetas de uma relação paterno-filial a ser construída.

Finalizando, cabe refletir sobre o Recurso Especial de n. 916.350[546], porque retrata de forma cristalina o que vem se discutindo no presente estudo. O relatório dá conta de que o conflito encontra-se centrado na regulamentação da guarda de criança, cujos pais se separaram e a filha ficou sob os cuidados maternos. A ação foi proposta pelo pai, quando a mãe decidiu mudar-se de Natal/RN para Brasília/DF, alegando o genitor abandono da filha. Em decisão interlocutória a guarda foi concedida ao pai. Em sentença o pedido foi julgado improcedente, revogando a guarda provisória anteriormente concedida em favor do pai e determinando a pronta entrega da criança à mãe. Consta mandado de busca e apreensão em favor da mãe, com impetração de mandado de segurança pelo pai e mandado de busca e apreensão em seu favor, com a conseqüente entrega da criança ao pai. O Tribunal de Justiça negou o pedido do pai sob o argumento de que a criança manifestava o desejo de retornar aos cuidados da mãe e diante do parecer favorável do estudo social à concessão da guarda para a genitora. Em razões do Recurso Especial o pai sustenta que a criança encontra-se sob os cuidados dos avós paternos, que lhe dispensam assistência educacional e afetiva, além de aduzir que a mãe não reúne condições para cuidar da filha. A Ministra Nancy Andrighi, na condição de relatora, expõe de forma clara que o processo envolve interesse de criança, o que impõe a predominância da proteção integral do infante como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos originariamente na Constituição da República de 1988.

Dessa forma, as decisões que poderão afetar a criança em sua subjetividade, deverão, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor de idade. Ainda de acordo com a Relatora, em cada processo no qual se litiga pela guarda de criança e adolescente, não cabe ficar atrelado à temática do direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e, sobretudo, ao direito dessa criança a uma estrutura familiar que lhe confira

---

546 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 916.350**. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11 mar. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 21 mar. 2009.

segurança e todos os elementos necessários a um crescimento digno, saudável e equilibrado.

Colhe-se ainda do acórdão em comento, que “melhores condições” para o exercício da guarda de criança e adolescente, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor de idade, mas acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável. Ao final, por unanimidade de votos, o Recurso Especial não foi conhecido, permanecendo a guarda com a mãe.

Chama a atenção neste acórdão a fundamentação lançada pela Ministra Nancy Andrighi, no sentido de apontar a primazia do melhor interesse da criança, além de advertir sobre o significado efetivo das melhores condições para o exercício da guarda de menor de idade.

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de resguardar crianças e adolescentes, como pessoas humanas em crescimento, procurando analisar quais são efetivamente as melhores condições para atendimento de seus direitos, de forma a promover o pleno desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, com todo o cuidado, afeto e zelo.

O levantamento efetuado junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC)[547] apontou que existem aproximadamente 250 decisões referentes a guarda de criança e adolescente e regulamentação de visita, no período de 2002 a 2007.

Em que pese o Tribunal de Justiça catarinense ser considerado tradicional em suas decisões, no que se refere à regulamentação de guarda e de visitas de crianças ou adolescentes, observa-se que os julgados têm como fundamento primordial o melhor interesse dos filhos menores de idade.

Ressalta com clareza das decisões que se mostra inequívoco o direito do não guardião em manter contato com o filho por meio de visitas. Aliás, de acordo com o Tribunal catarinense se apresenta como genuíno direito da criança e do

---

[547] O levantamento de jurisprudências foi efetuado por meio da internet, acessando a página do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> A escolha das decisões para análise teve como diretriz a fundamentação que se mostrasse similar ao tema tratado na presente pesquisa.

adolescente, travar contato, ao longo de seu desenvolvimento humano, com os dois genitores. A exceção, com a privação - ainda que temporária – da proximidade com um dos pais[548], supõe, portanto, a existência de provas ou sérios indícios de que o convívio produza o efeito inverso, violentando em lugar de amar, prejudicando em lugar de dignificar, desregrando em lugar de orientar[549].

Quanto à concessão de guarda preferencialmente à mãe, colhe-se que esse direcionamento ao longo do tempo vem se flexibilizando, o que pode demonstrar o reconhecimento do direito do pai em assumir a função de guardião, desde que preservados os melhores interesses de crianças e adolescentes.

Em 2002, a Segunda Câmara Cível[550] do egrégio Tribunal catarinense decidiu, por decisão unânime, manter o filho sob os cuidados e responsabilidade do pai, ainda que apontando uma manifesta preferência da jurisprudência de que seja a guarda, quando criança de tenra idade, atribuída à mãe. Sustenta o Relator que essa preferência não se apresenta absoluta, especialmente quando se depara com uma situação consolidada em que o filho já se encontra sob a guarda do pai há algum tempo e, não há prova nos autos de qualquer comportamento que venha a impedir a continuidade da situação.

No mesmo ano, a mesma Câmara Cível entendeu que, salvo situações excepcionais, a guarda de criança de tenra idade deve ser concedida preferencialmente à mãe, a quem, segundo o Relator, a natureza melhor dotou de condições para os cuidados de que necessita a prole, cabendo ao pai o direito de visitas[551].

Da mesma decisão colhe-se o entendimento da incompatibilidade de guarda alternada com o melhor interesse dos filhos, já que este é o princípio maior a reger os institutos da guarda e da regulamentação de visitas. De acordo com o exposto na

---

548 Quando ocorre a cisão da união dos genitores e concedida guarda unilateral da prole a um deles, ao não guardião deve ser resguardado o direito de visita.

549 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.017252-2**, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 25 set. 2007. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

550 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1999.008796-4**, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. 26 set. 2002. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

551 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2002.013071-6**, Rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 28 nov. 2002. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

decisão, a guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável, pois as repetidas quebras na continuidade das relações afetivas, o elevado número de separações e reaproximações provocam nas crianças e adolescentes instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, e, por vezes retrocessos irrecuperáveis. O modelo alternado se mostra como uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos. Dessa forma, atendendo ao interesse dos filhos menores de idade, que não podem estar sujeitos a mudanças constantes em seu ambiente familiar, incabível se mostra a aplicação da guarda alternada.

Outra decisão que merece ser comentada é o Agravo de Instrumento de n. 2003.003468-4[552], que ao decidir provisoriamente sobre a guarda do filho apresenta no corpo do acórdão voto do Des. Xavier Vieira nos termos que seguem:

> O ser humano tem necessidades psicológicas básicas, dentre elas destacando-se o afeto e a segurança. Especialmente na infância, o amor é tão necessário ao psiquismo como o oxigênio para a existência orgânica. Quando o amor se torna uma incerteza, a criança é presa de uma ansiedade muda, extremamente dolorosa. E uma infância sofrida na negação do amor, desembocará numa adolescência amarga em que a própria existência será abominada. Sem segurança afeita, [...] surge uma dívida não resgatada, um dever não cumprido. [...] E não será disputando, possessivamente o filho, nem o instrumentalizando para ferir o outro, que os pais levarão o filho à felicidade. (JC - 47/158)

Os julgadores decidiram que a criança permanecesse com a mãe, até decisão final no processo de separação, apontando que não havia motivos para promover a separação entre ela e o filho de cinco anos. Além dessa alegação, o acórdão indica que o pedido de guarda feito pelo pai da criança se deu em favor dos avós paternos. Sustenta a decisão que na situação dos autos ninguém melhor que a própria mãe para dispensar o carinho, os cuidados, a paciência e a entrega totais que uma criança necessita nos primeiros anos de sua vida.

Quanto ao direito de visitas, o Tribunal de Justiça catarinense revela posicionamento no sentido de que o objetivo do referido instituto, dentre outros, é

---

552 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2003.003468-4**, Rel. Des. Orli Rodrigues, j. 27 maio 2003. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

fortalecer os laços de amizade entre pais e filhos, enfraquecidos pela separação dos genitores, cabendo ao magistrado interferir na regulamentação ou na guarda da prole, quando houver comprovação de proteção insuficiente ou de motivos graves em prejuízo das crianças e adolescentes.

Logo, as visitas visam estreitar os laços afetivos da criança ou do adolescente com aquele que não detém sua guarda. Nesse contexto, é imperioso que se observe, sempre, a forma que melhor assegurar o interesse da criança, atentando-se para a sua faixa etária, em função do seu desenvolvimento físico, mental, emocional e, também, social.

Por fim, cabe destacar que as decisões emanadas do TJSC, referente a guarda e visitas de filhos, conforme já exposto, encontram-se fundamentadas no princípio da dignidade humana e na proteção integral de crianças e adolescentes, no entanto, não se localizou no período analisado, de forma expressiva, acórdãos que mencionassem o princípio da afetividade ou que se referissem a guarda compartilhada.

Diferentemente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)[553], como se passará a observar.

Como ocorre no Tribunal de Justiça catarinense, o TJRS também ampara suas decisões referentes à guarda e visitas de filhos, no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. E nesse sentido sustenta que os filhos menores de idade devem ser respeitados naquilo que se mostra adequado aos seus sentimentos e segurança, não podendo ser retirados do ambiente que lhes é mais favorável e com o qual já se encontram acostumados[554]. Assim, incabível se apresenta a alteração da guarda, quando inexistentes motivos que a justifiquem.

Foram localizadas decisões que concederam a guarda provisória do filho à mãe, diante da constatação de clima hostil entre os genitores e, considerando que se tratava de criança com cinco meses de idade, mostrando-se, portanto,

[553] O levantamento de jurisprudências foi efetuado por meio da internet, acessando a página do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Na escolha das decisões para análise se observou a fundamentação que se mostrasse similar ao tema tratado na presente pesquisa,

[554] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70004865259**, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. 17 out. 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

indispensável a presença materna para o seu desenvolvimento saudável. Todavia, determinou-se a realização do estudo social de forma urgente[555].

Cabe também aduzir que o Tribunal gaúcho indica aplicação da guarda compartilhada, bem antes da promulgação da Lei n. 11.698/2008, todavia, considera a harmonia entre o casal de pais, como requisito essencial, acrescido do demonstrativo de que essa modalidade atende de melhor forma o interesse dos filhos[556]. De acordo com as decisões emanadas do referido Tribunal para a concessão de guarda compartilha é indispensável que entre os genitores exista uma relação madura e responsável, com foco exclusivo no papel parental e na superação dos conflitos conjugais[557].

O mesmo Tribunal ainda sustenta a importância do estudo social nas ações de guarda, isto é, para a definição do guardião é imprescindível a sua realização, com possível avaliação psicológica ou psiquiátrica, a fim de se determinar qual dos pais possui melhores condições para cuidar do filho[558].

No que se refere às visitas do genitor não guardião o TJRS aponta que sua regulamentação materializa o direito dos filhos de conviver com aquele que não detém a guarda, de forma a assegurar o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos[559]. Na fixação do horário deve ser resguardado sempre o melhor interesse de crianças e adolescentes, que se encontra acima da conveniência dos pais. Dependendo da idade da criança é possível promover uma adaptação gradativa, que poderá ir se ampliando conforme ela for crescendo, levando sempre em conta o melhor interesse.

---

555 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70007377708**, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 26 nov. 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

556 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70007422330**, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 30 dez. 2003. No mesmo sentido: **Apelação Civel 70005127527**; **Apelação Cível 70013325063** e **Agravo de Instrumento n. 70014577217***.* Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

557 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70013325063**, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21 dez. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

558 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70021489620**, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 05 dez. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

559 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70021793195**, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 12 dez. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

Colhe-se de uma das decisões analisadas a preocupação no sentido de priorizar os vínculos afetivos, de forma a investir no fortalecimento do apego, do cuidado e repensar as políticas públicas, tendo em vista que efetivamente se busca a construção de um País melhor, mais justo, fraterno e menos violento. No mesmo acórdão aponta-se que a falta de recursos econômicos, por si só, não significa autorizar o afastamento dos filhos dos pais, e tampouco fomentar o abrigamento de crianças e adolescentes[560].

Observa-se, portanto, que nas decisões emanadas do TJRS predomina a ideia de que o principal interesse a ser protegido é o da criança e do adolescente, que a alteração da guarda somente se mostrará cabível diante da ocorrência de fato novo que demonstre situação de risco para o filho menor, bem como, quando restar evidenciado nos autos elevado grau de conflito entre os pais, que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, incabível se apresentará a concessão de guarda compartilhada.

Passando ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) percebe-se uma acentuada preocupação com o bem estar de crianças e adolescentes, consignando as decisões que a guarda de filho deve ser deferida com vistas ao bem estar da prole, devendo as razões que embasam a regulamentação ou alteração se apresentarem condicionadas ao atendimento do interesse moral e material dos filhos menores de idade[561].

No tocante a regulamentação de visitas[562] o Tribunal mineiro decidiu que é essencial para o filho, no intuito de se evitar traumas que possam prejudicar o seu desenvolvimento emocional, o contato com ambos os pais, devendo, portanto, ser preservada a realização de visitas daquele que é despojado da guarda. Todavia, qualquer decisão deve atender aos interesses de crianças e adolescentes, não sendo demais apontar que os anseios dos infantes devem prevalecer.

---

560 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 7001434807**, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 19 abr. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

561 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0598.04.001049-1/001**, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, j. 08 nov. 2005. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

562 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.00.291436-4/00**, Rel. Des. Silas Vieira, j. 17 fev. 2003. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

No ano de 2004 o TJMG, de forma similar ao TJRS, deliberou sobre a guarda compartilhada no sentido de ser imprescindível a existência entre os pais de uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos. Colhe do acórdão que a guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto a disposição de cada genitor por determinado lapso temporal, mas se mostra como uma forma harmônica ajustada pelos pais, permitindo à criança ou ao adolescente desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia[563].

Localizou-se decisão[564] que fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana resolveu que não se pode desprezar a manifestação de vontade de filha com dezessete anos de idade, repudiando a imposição de tolerar as visitas do pai ausente desde sua tenra infância, sob pena de invasão de sua privacidade, intimidade e, se apresentando, ainda como agressão à sua dignidade, enquanto pessoa humana. De acordo com o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça mineiro, a regulamentação do direito de visitas deve atender principalmente ao interesse e à vontade da criança e do adolescente. No caso específico, não se mostra saudável nem benigno forçar a filha a conviver com o pai que a renegou por longos anos, uma vez que o afeto, o carinho, o respeito e o amor não podem ser impostos, mas devem ser conquistados.

Após analisar as decisões provenientes do TJMG é possível afirmar que, também para este Tribunal prevalece o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, de forma que a alegação de melhores condições econômico-financeiras não se mostra suficiente para promoção da alteração de guarda[565]. Tal qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o TJMG aponta que para decidir a respeito da concessão ou da modificação da guarda de filho, deve o magistrado observar os estudos técnicos, bem como certos requisitos, como a idade, o vínculo

---

563 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.03.887697-5/001**, Rel. Des. Hyparco Immesi, j. 09 dez. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

564 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.04.538932-7/001**, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 10 ago. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

565 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0120.03.900004-3/001**, Rel. Des. Fernando Bráulio, j. 11 nov. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

com os irmãos, a opinião da criança ou do adolescente e a adaptação com o meio social que lhe é ofertado, e mais o comportamento dos pais, priorizando sempre o interesse e o bem estar daqueles se encontram na fase da infância ou da adolescência[566].

Nos pedidos de regulamentação de visitas, a decisão deve, igualmente, ser norteada pela busca do bem estar dos filhos, assim ocorre o reconhecimento de que a visitação do pai que se encontra privado da guarda, além de ser um direito assegurado por lei é um dever deste com relação a sua prole[567].

Para este Tribunal tanto a presença do pai[568] quanto a da mãe[569] é imprescindível para o bom desenvolvimento social, emocional e educacional dos filhos, uma vez que tanto um quanto o outro, funcionam como referência de autoridade, orientação e afeto.

Por último, cabe ressaltar que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais utiliza, de forma expressiva, o afeto como fundamento para suas decisões. Fato que pode ser observado pela amostra de ementas dispostas no Apêndice.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)[570] segue a mesma linha de entendimento dos demais Tribunais que aqui foram apresentados, no que se refere a guarda de filhos e direito de visitas, ou seja, as decisões são formuladas na perspectiva de resguardar os relevantes interesses das crianças e dos adolescentes direcionados a cumprir, com independência, seus verdadeiros objetivos na vida[571].

---

566 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0183.03.046194-5/002**, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 02 jun. 2005. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

567 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0074.07.034290-7/001**, Rel. Des. Heloisa Combat, j. 02 out. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

568 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0074.04.021908-6/001,** Rel. Des. Mauricio Barros, j. 11 jul. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

569 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.03.055825-8/001**, Rel. Des. Mauricio Barros, j. 14 ago. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

570 Foi difícil analisar o material coletado, uma vez que as ações de guarda e regulamentação de visitas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na sua maioria, não disponibilizam o inteiro teor do acórdão. Assim, o trabalho foi desenvolvido em relação às ementas sobre o tema.

571 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2002.001.12356**, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 10 set. 2002. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

Logo, a guarda deve ser concedida sempre em consonância com o interesse dos filhos que ainda não atingiram a maioridade civil.

Colhe-se dos autos da Apelação Cível n. 2007.001.30223[572] o parecer da Promotora de Justiça ao consignar que altruísmo, controle de vontades e discernimento daquele que gera um filho são essenciais para a paz familiar, independentemente de ter havido separação judicial, uma vez que somente se dá a dissolução do casamento e não da filiação, sendo que, embora o Poder Judiciário tenha o dever de solucionar qualquer conflito, devem as partes procurarem se ajustar a situação concreta, mesmo que seja exclusivamente no interesse do filho, deixando de lado seus próprios interesses.

Por outro vértice, observa-se que há tendência em privilegiar a mãe na concessão da guarda dos filhos. Nesse sentido aponta a Apelação Cível n. 2002.001.20304[573], ao aduzir que somente em situações excepcionais, em que a mãe não cumpre o seu papel biológico de protetora e provedora de vida do filho, torna-se razoável retirar-se este da sua companhia, mas sempre levando em consideração o interesse da própria criança ou adolescente.

Ainda, registra-se que diante do falecimento da mãe e baseado em estudos psicológicos e sociais, a guarda foi concedida ao pai, apontado como guardião natural. Ressalta-se que no caso concreto, a criança, com oito anos de idade, nasceu na Espanha e foi criada, durante certo período, pela avó materna no Brasil. O pai espanhol, residente na Espanha. O laudo psicossocial complementar ressaltou a existência de laços afetivos ligando a criança ao pai e também a avó e, dessa forma, desaconselhando fosse a menina exposta a uma situação de escolha. A guarda ficou com o pai e restou assegurado o direito de visita à avó materna[574]. Pela ementa não é possível verificar qual o período em que a criança permaneceu sob os

---

572 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2007.001.30223**, Rel. Des. Caetano E. da Fonseca Costa, j. 05 dez. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

573 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2002.001.20304**, Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 27 mar. 2003. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009. No mesmo sentido: **Agravo de Instrumento n. 2002.002.21574**, **Apelação Cível n. 2003.001.27199**.

574 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2006.001.39489**, Rel. Des. Fabricio Bandeira Filho, j. 13 set. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

cuidados da avó materna e tampouco de que forma era mantidos os laços afetivos com pai e avós paternos, se estes residiam na Espanha e a criança no Brasil.

Em relação à guarda compartilhada o TJRJ consignou que a família vem sofrendo profundas mudanças em todo o mundo, deixando de ser um simples núcleo econômico e de reprodução para transformar-se num espaço de amor e companheirismo. No momento em que ocorre a separação do casal, desde que haja harmonia, a guarda compartilhada é uma opção madura para uma saudável convivência entre filhos e pais separados, já que não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas também a outros atributos da autoridade parental. De acordo com a ementa, o simples fato dos pais residirem em bairros distantes, por si só, não tem o condão de afastar a intenção dos mesmos de exercerem, de forma conjunta e igualitária, o poder familiar, participando com a mesma intensidade das grandes decisões referentes aos filhos, e dessa maneira, consagrando o direito das crianças de serem criadas pelo casal de pais, ainda que na situação fática de separados como marido e mulher[575].

Por fim, cabe ressaltar, de acordo com o entendimento do TJRJ, que nos conflitos de família ocorre sempre exacerbada emoção entre as partes, e quando se refere à guarda de filhos ou regulamentação de visitas, o ponto nodal a ser enfatizado é única e exclusivamente o bem estar e superior interesse dos filhos menores de idade.

Após promover a análise por amostragem das jurisprudências relativas ao tema de guarda e visita de crianças e adolescentes, foi possível observar que a teoria da proteção integral é a fundamentação primordial nas decisões emanadas do Poder Judiciário. Além de privilegiar a referida teoria, nota-se que a dignidade da pessoa humana é considerada, mesmo que não se aponte esse princípio fundamental de forma expressa e, também, o princípio da afetividade, já que se entende a guarda de filhos como instituto que visa a proteção dos interesses desses, enquanto menores, devendo ficar, quando unilateral, com aquele que apresentar as melhores condições de promover o desenvolvimento pleno de sua prole.

---

575 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.02406,** Rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 08 maio 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

Quanto ao direito de visitas daquele que não é o guardião, é de se reconhecer, com vista a suprir as necessidades afetivas e contribuir para o desenvolvimento psicossocial dos filhos menores de idade.

Na visão dos tribunais a dignidade de crianças e adolescentes associada ao melhor interesse são os pilares que sustentam a concessão da guarda e a regulamentação de visitas. Com base no TJMG acrescenta-se a esses dois princípios, a afetividade, uma vez que a família é o lugar onde o cuidado e o afeto se desenvolvem, de forma a promover o pleno desenvolvimento de todos os seus membros.

3.4 Sugestão para Assegurar o Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e ao Afeto

Inicialmente, aponta-se que não são os fatos físicos da geração e parto que fazem nascer um vínculo entre a criança e os pais; os laços da relação pai-filho se efetivam quando os filhos são pelos pais alimentados, cuidados, abraçados e protegidos. Daí se depreende que procriação e paternidade são fatos diferentes; a procriação se mostra geralmente como um dado e a paternidade um construído[576].

A lei é impotente para o fim de impor a uma família determinado gênero de vida, estabelecendo as relações entre os pais e entre estes e seus filhos. O objeto da lei é o de resolver conflitos, mais do que impedi-los[577].

Pontes de Miranda[578] já apontava que se deve fugir da ingerência no âmbito da família, nas suas relações íntimas, mas isso cessa desde que esteja em exame o bem estar de crianças e adolescentes. Que é o caso em estudo.

Partindo desse pressuposto, e após analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse de crianças e adolescentes, a transformação da família e uma nova face da entidade familiar, agora centrada nos laços de afetividade, é que se indaga se efetivamente vem sendo atendido o melhor interesse

---

576 VILLELA, João Baptista citado por DELINSKI, 1997, p. 39.

577 STRENGER, 2006, p. 59.

578 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**: Parentesco. Campinas, SP: Bookseller, 2001, p. 191. v. 3.

da criança e dos adolescentes em todas as situações? E mais, estaria preservado o direito dos filhos à convivência familiar com a garantia da visitação daquele que não detém a guarda?

Pela atividade advocatícia exercida, onde a atuação na Vara da Família prepondera, observa-se que nem sempre é possível garantir o direito da prole à convivência familiar, seja porque o guardião impede o contato, pelos motivos mais egoístas; seja porque o não guardião se omite e considera mais fácil não assumir sua função como responsável pelo desenvolvimento dos filhos.

A proposta é chamar o Poder Judiciário como canal para promover de forma efetiva a garantia prevista no artigo 227 da Constituição da República, tendo em vista tratar-se de um dever da família, da sociedade e do Estado. A família com o rompimento da união do casal de pais ou até mesmo pela inexistência de convivência duradoura não cumpre com sua obrigação; a sociedade, também nem sempre promove mecanismos necessários para a efetivação desse direito de crianças e adolescentes. Resta, portanto, o Estado, que representado no Poder Judiciário, é procurado para apresentar solução ao conflito instaurado no âmbito familiar.

A sugestão apresentada é para que se implemente grupos de mediação nas Varas da Família das Comarcas do interior, composto por profissionais das áreas do direito, serviço social e psicologia. É certo que nem todos os conflitos serão resolvidos pela mediação, mas também é notório que muitas vezes pai e mãe não têm a plena consciência do mal que estão fazendo aos filhos, quando da discussão sobre guarda e regulamentação de visitas.

Sugere-se que antes do processo referente à guarda de criança e adolescente no Direito de Família e regulamentação de visitas ser encaminhado para audiência, possam as partes envolvidas serem ouvidas por profissionais habilitados e instruídas a respeito dos reflexos dos atos praticados. E mais, que lhes possibilite tomar conhecimento do quanto se considera o interesse de crianças e adolescentes para a tomada de decisão nesses processos.

Essa equipe de profissionais habilitados poderá também atender ao não guardião, quando noticiado o descumprimento da regulamentação de visitas. Antes

de se buscar fixação de multa, já que a regulamentação de visitas corresponde à obrigação de fazer e, caso não cumprido, é passível de execução[579]; possa se promover um atendimento personalizado, procurando apontar as necessidades da prole e os eventuais reflexos decorrentes do afastamento do não guardião, não apenas no campo emocional dos filhos, mas também da possibilidade de ser executado judicialmente.

É óbvio que não se pretende a implantação de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, o cuidado, a afetividade lhe seriam inerentes. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referência paterna/materna[580].

O que restou claro é que pela perspectiva do princípio da dignidade humana e da teoria da proteção integral, onde se deve considerar o melhor interesse e bem estar de crianças e adolescentes, estes têm direito à convivência familiar, aí incluído o contato com o não guardião, com ressalva de que tal convívio não provoque nos íntimos dessas pessoas em formação perturbações de ordem emocional, que possam vir a obstar o seu pleno e sadio desenvolvimento.

Portanto, sob a ótica constitucional e infraconstitucional não são os pais que têm direito ao filho, mas sim, e, sobretudo, é a criança e o adolescente que têm direito a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado, independentemente dos genitores conviverem sob o mesmo teto.

---

579 O Recurso Especial n. 701.872 dispõe: "[...] A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente. [...]".

580 PEREIRA, 2006, p. 88.

CONCLUSÃO

Não se pretende, ao concluir a pesquisa, retomar cada item trabalhado ou argumentos apontados, mas apenas assinalar os principais pontos de reflexão, que resumem o posicionamento sobre o problema de onde se originou a pesquisa.

A reflexão começou pela análise, ainda que abreviada, do princípio da dignidade da pessoa humana, onde por meio da pesquisa, se verificou que desde o princípio da história, o homem se preocupou com uma vida digna. No início, apenas como utopia, para, posteriormente, se tornar norma positivada.

Também se observou que a dignidade humana tem ligação com o Cristianismo, já que esse tema encontra-se vinculado à criação do próprio homem, como concebido à imagem e semelhança de Deus. Mas esse fundamento cristão não se mostrou suficiente para impedir as atrocidades praticadas no decorrer das duas Grandes Guerras, sendo que o segundo grande conflito conduziu a

constitucionalização da dignidade da pessoa humana, representado pela positivação na maioria das constituições ocidentais e com a Declaração Universal das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948.

Na sequência ficou claro que não se pode desvincular direitos humanos e vida familiar, uma vez que na família ocorre o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana. Ao nascer a pessoa se apresenta como ser fragilizado, que necessita de cuidados e, portanto, é de relevância o papel da família para a formação e o desenvolvimento equilibrado e pleno da pessoa humana.

Após a Constituição da República de 1988 se deu a reinvenção da família, com maior preocupação na realização pessoal de seus membros, adotando como valor fundamental a igualdade e voltada para uma formação pluralista, já que se deixa de valorizar exclusivamente a família matrimonializada, para se reconhecer igualmente a união estável e a monoparentalidade, quiçá as uniões homoafetivas. E foi a mesma Constituição que elevou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Assim, falar e pensar em família não se mostra viável sem mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como ponto de convergência o ser humano. E esse mesmo ser humano é aquele que irá formar a entidade familiar, a partir do surgimento de vínculos afetivos com outra pessoa.

Portanto, a família se mostra como o cenário do espaço comunitário por excelência para a realização de uma existência digna. Pensar família é pensar dignidade humana.

Desde a Constituição de 1988 a família representa um papel funcional, ou seja, se apresenta como um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana.

No decorrer da pesquisa observou-se que a finalidade do princípio basilar descrito na Constituição da República de 1988 é garantir a todos o direito a uma vida digna, incluindo as pessoas que compõem a família, eis que este é o primeiro grupo destinado a reconhecê-la.

A família representa convivência, e desse conviver ressalta a preponderância da afetividade. Logo, sem afeto não há família.

Registra-se que a família não teve sua origem embasada no afeto, conforme ficou demonstrado, mas hoje o núcleo familiar tem por fundamento os vínculos afetivos, uma vez que a pessoa humana, membro dessa entidade familiar, se reveste de dignidade e dentro do princípio constitucional fundamental está inserido, sem dúvida alguma, o direito ao afeto, que se presume existir no seio familiar.

A preocupação se concentrou na observância das diretrizes constitucionais relativas a crianças e adolescentes, que de acordo com o artigo 227 do normativo constitucional têm direito a vida digna, convivência familiar e afeto. No cotidiano das lides forenses é possível observar que nem sempre se cumpre a previsão constitucional, uma vez que os reflexos nefastos de uma cisão na união dos pais repercute veementemente na vida dos filhos, principalmente quando são menores de idade e dependem exclusivamente de seus genitores, seja na parte material, seja no suporte emocional.

Ao longo do trabalho procurou se demonstrar, que independentemente da vontade ou do livre arbítrio dos pais, os filhos são detentores de direitos fundamentais, cabendo à família, à sociedade e ao Estado garantir tais direitos. Se uma das partes falhar nessa garantia, cabe à outra promovê-la.

Dessa forma, se a família não se mostra estruturada suficientemente para promover a garantia constitucional de convivência entre o pai não guardião e sua prole, cabe igualmente à sociedade e ao Estado a promoção da efetivação dessa garantia.

Observa-se que, geralmente, com a desestruturação da entidade familiar ou até mesmo quando os filhos são gerados sem uma convivência diuturna de seus genitores, apresenta-se uma resistência, por vezes não muito clara, na permissão de contato do não guardião com a prole. Aquele que detém a guarda se julga dono da prole e com prerrogativas para promover o impedimento de contato entre os filhos e o não guardião. São criados obstáculos de forma a não permitir as visitas, já que a imagem do guardião relativa ao dever de cuidar e proteger a prole encontra-se centrada no sentimento de posse, esquecendo que os filhos são considerados como

sujeitos de direitos e não mais como objetos ou coisas, que venham a gerar o sentimento de propriedade.

Verificou-se, igualmente, que são diversas modalidades de guarda, mas que a aplicação encontra-se restrita a guarda unilateral ou guarda compartilhada. A primeira representa a figura de um guardião, que toma para si a responsabilidade e cuidado com a prole, resguardado o direito do não guardião a manter contato de forma regular, visando minorar os reflexos negativos da separação dos genitores, o denominado direito de visita. Na segunda modalidade, ambos os pais assumem as obrigações inerentes aos cuidados com os filhos e tomam as decisões de forma compartilhada.

O ponto crucial para a concessão da guarda compartilhada é a existência de harmonia entre os pais, o que, na situação fática nem sempre irá ocorrer. De forma concreta, na maioria das vezes, a separação dos pais é acompanhada por conflitos individuais de perda e sentimentos de fracasso, o que pode representar impedimento para compartilhar a guarda dos filhos. Enquanto não resolvido os conflitos individuais, dificilmente os pais terão maturidade suficiente para coordenar as atividades da prole na modalidade compartilhada. Assim, não basta uma determinação legal apontando a guarda compartilhada como medida a ser aplicada, há que se sopesar a situação concreta e observar o melhor interesse de crianças e adolescentes.

E aqui se encontra a chave para a resolução dos litígios que envolvem as crianças e os adolescentes, uma vez que os interesses desses seres em formação deverão sempre ser analisados e a decisão deve ser pautada pela representação de uma proteção integral, considerando de forma constante o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na tomada de decisão, também ficou bastante claro, não pode o magistrado decidir isoladamente, uma vez que o direito se mostra insuficiente para conhecer dos problemas internos gerados pela cisão da união dos pais e, para tanto, necessita do auxílio de outras áreas, como o serviço social e a psicologia.

E assim, em busca de uma solução para o problema apontado no início da pesquisa é que se apresentou sugestão de uma equipe multidisciplinar, que possa

atender os conflitos que sobressaem dos processos que tramitam nas Varas de Família, relacionados a guarda e regulamentação de visitas.

Por disposição constitucional, crianças e adolescentes têm o direito à convivência familiar e, por consequência, ao afeto. Não cumprido esse direito e não garantido pela família e pela sociedade, cabível buscar a tutela jurisdicional e o Estado-juiz não pode simplesmente efetuar um julgamento frio, sem levar em consideração os nuances que envolvem o litígio. É certo que tais peculiaridades não poderão ser atendidas exclusivamente pelo direito e, por isso, essa equipe multidisciplinar destinada a prestar atendimento que antecede a audiência vinculada ao processo judicial. O trabalho a ser devolvido estaria centrado na conscientização dos pais em relação aos cuidados da prole, no sentido de apontar que o rompimento da união do casal ou a inexistência de uma vida comum, não equivale a ruptura dos laços parentais que os vinculam a prole.

Entende-se como de suma importância oportunizar aos pais o conhecimento dos reflexos que seus atos poderão causar na vida futura dos filhos. E isso certamente não se mostra possível na sala de audiência, uma vez que o magistrado tem por função resolver aquele conflito que lhe é apresentado em um lapso de tempo razoável e com fundamento na legislação. Ainda que tente a composição, o tempo limitado e seu conhecimento voltado para área jurídica, não lhe permite ir muito além, impedindo que realmente conheça das razões que levaram a interposição da ação. E assim, os processos se repetem. Finaliza uma ação e logo tem outra sendo proposta, envolvendo aqueles pais e seus filhos. Ora, se discutem os alimentos, ora a guarda, ora as visitas, mas, o problema em si não é atacado, gerando uma discussão interminável.

Assim, partindo do pressuposto da previsão constitucional e diante da incapacidade da família em promover essa garantia à convivência familiar e ao afeto, quando envolvida diretamente pelo conflito, bem como a sociedade, que não assume essa obrigação; resta ao Estado garantir esse direito às crianças e adolescentes, por meio do Poder Judiciário, já que o conflito lhe será noticiado em busca de uma solução. Não cabe ao Poder Judiciário se restringir em resolver o

processo, mas por disposição constitucional, é possível promover a solução do conflito.

Diante de todo o material pesquisado concluiu-se que a hipótese proposta no projeto de pesquisa foi confirmada, uma vez o texto constitucional se mostra insuficiente para garantir efetivamente o direito de crianças e adolescentes à vida digna, com base na convivência familiar e no afeto. Por serem considerados conceitos abstratos, entendem os envolvidos que essa garantia encontra-se condicionada ao livre arbítrio e que não se mostra possível interferir na vontade dos pais em conviver com os filhos. Todavia, sugere-se mecanismo que venha a promover oportunidade para mudar o que está posto, já que se entende que a geração de um filho representa responsabilidade, na qual está inserido o dever de garantir a convivência familiar e o afeto que a prole tem direito. Portanto, o olhar que se direcionou ao resultado da pesquisa é muito reflexivo, do que propriamente conclusivo. Exatamente porque o tema abordado, em que pese toda uma sucessão de normas jurídicas apontando garantias que possa assegurar os direitos de crianças e adolescentes a uma vida digna, à convivência familiar e ao afeto, localiza-se em uma seara abstrata, conforme já exposto, que está na dependência de vontade dos demais personagens que se encontram no cenário familiar. Enquanto pai e mãe não se convencerem de seu dever em garantir à prole esse convívio embasado em vínculo afetivo; enquanto não se derem conta que seus filhos são sujeitos de direito e não meros objetos e que a ruptura na união dos pais não pode, nem deve interferir nos laços de parentalidade em relação à prole, os processos disseminando conflitos, por vezes, mesquinhos, continuarão a adentrar nas Varas de Família. E do Poder Judiciário emanarão decisões que porão fim àquele processo, mas que serão insuficientes, geralmente, na resolução do conflito.

Por isso se insiste que é necessário avocar o Poder Judiciário, quando se trata de conflitos familiares, não só como órgão emissor de sentenças, mas também como um conciliador efetivo, com a finalidade de promover a mediação entre os litigantes, na busca de solução eficaz para a situação litigiosa.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. de Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia Faller (Org.). **Família:** Redes, laços e políticas públicas. 3. ed. São Paulo: Cortez: Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2007.

ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha**: promulgada em 23 de maio de 1949. Disponível em: <http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/> Acesso em: 13 mar. 2009

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana:** Valor-fonte da ordem jurídica. São Paulo: Cautela, 2007.

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão jurídica, n. 44, Faculdade de Direito de Bauru, p. 403-416, set.-dez. 2005.

ARAI, Rubens Hideo. Guarda compartilhada e ação de assunção de obrigação parental. *In:* NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2008.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família.** 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARISTÓTELES. **A política**. Disponível em: <www.livroparatodos.net/livros-downloads/a-politica.html> Acesso em: 18 maio 2008.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Estatuto da família de fato.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 797, p. 11-26, março. 2002.
AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Casamento: instituição em xeque. *In:* SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Casamento:** uma escuta além do judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado:** O mito do amor materno. Trad. de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARROS, Fabricio Silveira. O interesse superior da criança como paradigma da filiação socioafetiva. *In:* BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). **O Direito de Família descobrindo novos caminhos.** São Leopoldo, RS: Edição da autora, 2001.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: Dos fundamentais aos operacionais. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **Direitos humanos da família**: Principais e operacionais. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br> Acesso em: 12 maio 2008, n.p.

_____. **A ideologia do afeto**. Disponível em <http://www. srbarros.com.br> Acesso em 09 fev. 2009.

BASTOS, Eliane Ferreira; DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BÍBLIA. Português. **Biblia Sagrada**. Tradução de Ivo Stomiolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990, Edição Pastoral.

BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. 4. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade:** Posse de estado de filho: Paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar:** Ética do humano, compaixão pela terra. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**: promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2009.
BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 4 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 25 abr. 2008.

BRASIL. **Decreto n. 181**, de 4 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 13 mar. 2009.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 mar. 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.200**, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 mar. 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.213**, de 21 de janeiro de 1943. Modifica o artigo 16 da lei sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 21 mar. 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 9.701**, de 03 de setembro de 1946. Dispõe sobre a guarda de filhos menores no desquite judicial. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 21 mar. 2009.

BRASIL. **Lei n. 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 10 mar. 2009.

BRASIL. **Lei n. 5.582**, de 16 de junho de 1970. Altera o artigo 16 do Decreto-Lei n. 3.00, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 10 mar. 2009.
BRASIL. **Lei n. 6.515**, de 6 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 10 mar. 2009.

BRASIL. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 08 maio 2008.

BRASIL. **Decreto n. 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 14 jan. 2009.

BRASIL. **Lei n. 8.560**, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 08 maio 2008.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 08 de maio de 2008.

BRASIL. **Lei n. 11.340**, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 08 maio 2008.

BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/convivencia/plano_nacional_convivencia_familiar_comunitaria.pdf> Acesso em: 22 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 469.914**, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 04 fev. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em 16 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 439.376**, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 27 maio 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 701.872**. Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12 dez. 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 910.626**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06 set. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 837.324**, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18 out. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 16 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 916.350**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11 mar. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso em: 21 mar. 2009.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Org.). **O Direito de Família descobrindo novos caminhos.** São Leopoldo, RS: Edição da autora, 2001.

BRUNO, Denise Duarte. Direito de visita: Direito de convivência. *In:* GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da Família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). **A família contemporânea em debate.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da morada. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHAVES, Antonio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <http:/www.direitoshumanos.usp.br/ counter/Doc_Hist/texto/hamurabi.text> Acesso em: 03 jan. 2009.

CÓDIGO DE MANU. Disponível em: <http:/www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manu. htm> Acesso em: 03 jan. 2009.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacaopfdc/docs_ convencao/convencao _americana_dir_humanos.pdf> Acesso em: 29 jan. 2009.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php> Acesso em: 15 jan. 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana:** Teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COULANGES, Denis Fustel de. **A cidade antiga.** Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

COURT, Pedro Morandé. Família e sociedade contemporâneas. *In*: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades:** Uma perspectiva multidisciplinar. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emilio Garcia (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** Comentários jurídicos e sociais. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas ativas de acolhimento familiar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DECLARAÇÃO DE GENEBRA SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, de 26 de setembro de 1924. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/ Biblio/txt/ mluiza.html>. Acesso em: 14 jan. 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/sms/usu_doc/direitos_ da_crianca.pdf> Acesso em: 14 jan. 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/onu3.htm> Acesso em: 14 jan. 2009.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no Direito de Família e das sucessões.** São Paulo: Método, 2005.

DELISNKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação.** São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. Família Normal? **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 46, p. 220-221, fev./mar. 2008.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda!** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br> Acesso em: 10 mar. 2009.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). Disponível em: <http://www.dieese.org.br> Acesso em: 10 mar. 2009.

DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL. **Diretrizes de Riad**, datada de 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm> Acesso em: 15 jan. 2009.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006.

ESPANHA. Constituição (1978). **Constituição Espanhola**: promulgada em 27 de dezembro de 1978. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/laconstitucion.html> Acesso em: 13 mar. 2009.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil brasileiro.** Campinas, SP: Bookseller, 2001.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. *In:* WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família:** Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amaral Girardi *apud* GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. **Revista Brasileira de Direito de Família***,* Porto Alegre, n. 9, p. 138-162, abr./jun., 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à Família. **Revista Brasileira de Direito de Família***,* Porto Alegre, n. 23, p. 5-21, abr./maio 2004

_____. **Escritos de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: O minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

FORGEAU, Annie. A memória do nome e a ordem faraônica. *In*: BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da Família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986. v. 1.
FRAGA, Thelma. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto.** Niterói, RJ: Impetus, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais:** O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Princípios constitucionais de Direito de Família:** Guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: Família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Marco Túlio Murano. Reflexões sobre a nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil: Guarda compartilhada e outras questões. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 50, p. 107-114, out./nov. 2008.

GÊNESIS. Português. *In*: **Biblia Sagrada**. Trad. de Ivo Stomiolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990. Edição Pastoral.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada:** Família, sucessões e bioética. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GLASSNER, Jean-Jacques. Da Suméria à Babilônia: Famílias para gerir, famílias para reinar. *In*: BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da Família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986. v. 1.

GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. **No interesse da criança?** Trad. de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Direito de Família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada:** Um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: Da culpa à responsabilidade. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. Família: Um caleidoscópio de relações. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. Direito e Psicanálise: Um novo horizonte epistemológico. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Afetos, sexualidade e violência: a família desmistificada. *In:* BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana.** Trad. de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et all*. O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 1, p. 7-17, abr./jun. 1999.

_____. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu *status* e seu enquadramento na pós-modernidade. *In:* BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. **A família além dos mitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Estatísticas do Registro Civil 2007.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf> Acesso em: 13 mar. 2009.

ITALIA. Constituição (1947). **Constituição Italiana**: promulgada em 27 de dezembro de 1947. Disponível em: <http://www.tudook.com/abi/constituicao_italiana.html> Acesso em: 13 mar. 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução de Edsob Bini. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** Um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt. 6. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança.** 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais:** A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Prefácio. *In*: BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da Família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986. v. 1.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos:** Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. A repersonalização das relações de família. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

_____. **Entidades familiares constitucionalizadas:** Para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 17 nov. 2008.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin. O Código Civil e as entidades familiares. *In:* NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri, SP: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Direito de Família em pauta.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____**. Curso de Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAIA, Renato. **Filiação paterna e seus efeitos.** São Paulo: SRS, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana:** Princípio constitucional fundamental. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

MASSET, Claude. Pré-história da família. *In*: BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da Família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986. v. 1.

MEXICO. Constituição (1917). **Constituição do México:** proclamada em 5 de fevereiro de 1917. Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR &langpair=en| pt&u=http://www.ilstu.edu/class/hit263/docs/1917const.html&prev=/translate_s%3Fhl %3DptBR%26q%3Dconstitui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bmexicana %2B1917%26tq%3DMexican%2Bconstitution%2Bin%2B1917%26sl%3Dpt%26tl %3Den> Acesso em: 13 mar. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.00.291436-4/00**, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, j. 08 nov. 2005. Disponível em: <http://www.tjmg. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0120.03.900004-3/001,** Rel. Des. Fernando Bráulio, j. 11 nov. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.03.887697-5/001**, Rel. Des. Hyparco Immesi. j. 09 dez. 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0183.03.046194-5/002**, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 02 jun. 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0598.04.001049-1/001**, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, j. 08 nov. 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0074.04.021908-6/001**, Rel. Des. Mauricio Barros, j. 11 jul. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.04.538932-7/001**, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 10 ago. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.03.055825-8/001,** Rel. Des. Mauricio Barros, j. 14 ago. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0074.07.034290-7/001,** Rel. Des. Heloisa Combat, j. 02 out. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem.** Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: Reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência. *In:* DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no Direito de Família e das sucessões.** São Paulo: Método, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana:** Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos:** O ser humano num mundo em transformação. Bauru, SP: EDUSC; São Paulo: Loyola; Rio de Janeiro: PUC, 2002.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2008.

NOGARE, Pedro Dalle. **Humanismos e anti-humanismos:** Introdução à antropologia filosófica. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1985.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação se constrói:** O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OSÓRIO, Luiz Carlos. **Casais e famílias:** uma visão contemporânea. Porto Alegre: Artmed, 2002.

PAIXÃO, Edivane; OLTRAMARI, Fernanda. Guarda compartilhada de filhos. **Revista brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 32, p. 50-71, out./nov. 2005.

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos.** Campinas, SP: Russell, 2007.

PEIXOTO, Clarice Ehlers. As transformações familiares e o olhar do sociólogo. *In:* SINGLY, François de. **Sociologia da Família Contemporânea.** Rio de Janeiro: FGV, 2007.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias:** Doutrina e jurisprudencia. São Paulo: Saraiva, 2008.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Direito de Família. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família:** Uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, psicanálise e inclusão social. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. Pai, por que me abandonaste? *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 6, p. 31-49, jul./set. 2000.

_____. O princípio do "melhor interesse da criança" no âmbito das relações familiares. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise:** Rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. **Direito da criança e do adolescente:** Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Abrigo e alternativas ativas de acolhimento familiar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho.** Veja: Reflexões para o futuro: 1993. Disponível em: <http:// www.leonildocorrea.adv.br/ninho.htm. Acesso em: 09 mar. 2009.

PERU. Constituição (1993). **Constituição Política do Peru**: promulgada em 9 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/ Constitu/Cons1993.pdf> Acesso em: 13 mar. 2009

PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e subjetividades:** Uma perspectiva multidisciplinar. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, n. 833, p. 41-55, março. 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**: Parentesco. Campinas, SP: Bookseller, 2001. v. 3.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: promulgada em 25 de abril de 1976. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/ Portal/PT/Portugal/ Sistema_Politico/Constituicao/06Revisao/> Acesso em: 13 mar. 2009.

POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada:** De acordo com a Lei n. 11.698/08. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo; SARAIVA, Rodrigo Viana. A Lei Maria da Penha e o reconhecimento legal da evolução do conceito de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1.170, 14 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/ doutrina/texto.asp ?id=8911>. Acesso em: 10 maio 2008.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento:** De relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2002.001.12356**, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 10 set. 2002. Disponível em: <http://www.tj. rj.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2002.001.20304**, Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 27 mar. 2003. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2002.002.21574**, Rel. Des. José Geraldo Antonio, j. 28 maio 2003. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2003.001.27199**, Rel. Des. Ferdinaldo do Nascimento, j. 19 out. 2004. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2006.001.39489**, Rel. Des. Fabricio Bandeira Filho, j. 13 set. 2006. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.02406,** Rel. Des. Paulo Mauricio Pereira, j. 08 maio 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2007.001.30223**, Rel. Des. Caetano E. da Fonseca Costa, j. 05 dez. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70007377708**, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 26 nov. 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70007422330**, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 30 dez. 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70013325063**, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21 dez. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs. gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70021489620**, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 05 dez. 2007. Disponível em: <http://www. tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70005127527**, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. 18 dez. 2003. Disponível em: <http://www.tj. rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70014577217**, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 10 maio 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70013325063,** Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21 dez. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 7001434807**, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 19 abr. 2006. Disponível em: <http://www. tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70021793195**, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 12 dez. 2007. Disponível em: <http://www. tj.rs.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

RISÉ, Claudio. **A inaceitável ausência do pai**: paternidade e seus desafios na sociedade atual. Trad. de Claudia Scheeren. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira.** São Paulo: Brasiliense, 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1999.008796-4**, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. 26 set. 2002. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2002.013071-6**, Rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 28 nov. 2002. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2003.003468-4**, Rel. Des. Orli Rodrigues, j. 27 maio 2003. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.017252-2**, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 25 set. 2007. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> Acesso em: 29 jan. 2009.

SANTOS, Emerson Martins dos. O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido *in vitro*. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 96, n. 863, p. 55-95, set. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais:** na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARTORI, Fernando Carlos de Andrade. A culpa como causa da separação e seus efeitos. *In:* NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo.** São Paulo: Atlas, 2008.

SAWAIA, Bader B. Família e afetividade: A configuração de uma práxis ético-política, perigos e oportunidades. *In:* ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia Faller (Org.). **Família:** Redes, laços e políticas públicas. 3. ed. São Paulo: Cortez: Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2007.

SEGALEN, Martine. **Sociologia da Família.** Lisboa: Terramar, 1996.

SENNETT, Richard, **Autoridade.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Marcos Alves. **Do pátrio poder à autoridade parental:** Repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. **Direitos fundamentais e o novo Direito de Família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Sandra Maria da. **Direito de filiação:** O valor do exame de DNA. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea.** Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SISSA, Giulia. A família na cidade grega (séculos V-IV a.C.). *In*: BURGUIÈRE, Andre, *et al*. **História da Família**: mundos longínquos. Lisboa: Terramar, 1986. v. 1.

SOARES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2004

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Casamento:** uma escuta além do judiciário. Florianópolis: Voxlegem, 2006.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion: SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em Direito e Processo de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos.** 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

SZNICK, Valdir. **Adoção**. 2. ed. São Paulo: Leud, 1993.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et all*. O cuidado com o menor de idade na observância de sua vontade. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENEZUELA. Constituição (2000). **Constituição da República Bolivariana de Venezuela**: promulgada em 24 de março de 2000. Disponível em: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm> Acesso em: 13 mar. 2009

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. da (Coord.) **Direito da Criança e do Adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006. v. 5. (Coleção Resumos Jurídicos).

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea:** uma perspectiva interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo; IOB Thomson, 2005.

APÊNDICE A – JURISPRUDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

TEMA: GUARDA DE MENOR E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS		
N°	RECURSO	EMENTA
1	Recurso Especial 108.943	GUARDA DE FILHO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. LEGITIMIDADE DE PARTE. Não se acha impedida a mãe, que detém a guarda do filho, de promover a regulamentação de visitas em caso de divergência com o pai sobre as circunstâncias de seu exercício. Art. 15 da Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Recurso especial não conhecido. **Julgamento: 16 maio 2002.**
2	Recurso Especial 469.914	GUARDA DE FILHO. **Prevalência do interesse da criança**. Criança com oito anos idade, que vive desde os primeiros meses de vida sob a guarda do pai e na companhia da avó paterna, que lhe oferecem boas condições materiais e afetivas, com estudo social favorável à conservação dessa situação. Ação de guarda definitiva promovida pelo pai julgada procedente na sentença e na apelação, com reforma em grau de embargos infringentes. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer o acórdão proferido na apelação. **Julgamento: 04 fev. 2003.** (grifou-se)
3	Recurso Especial 439.376	GUARDA DE MENOR. DISPUTA ENTRE AVÓS PATERNOS E A MÃE. IMPUTAÇÕES FEITAS À GENITORA QUE NÃO SE COMPROVARAM. INTERESSES SUPERIORES DA CRIANÇA. ATENDIMENTO. **A mãe possui naturalmente preferência na guarda do filho, em relação aos avós**. Qualificação suficiente da genitora para prover à criação e educação da criança. **Apenas em hipóteses**

		excepcionais, aqui não ocorrentes, é que se deve afastá-la da companhia da menor. Recurso especial não conhecido. **Julgamento: 27 maio 2003.** (grifou-se)
4	Recurso Especial 518.562	Guarda de menor. Busca e apreensão. Direito dos pais verdadeiros. Interesse do menor. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 6°, comanda que o intérprete deve levar em consideração "os fins sociais a que ela se destina, 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". É bem o caso destes autos. Aos pais, com ampla liberdade de visitação, está dada a oportunidade de promoverem a transferência da guarda sem maiores transtornos ou prejuízos para o filho, de maneira espontânea, **criando laços afetivos, estimulando a convivência com o irmão natural e mostrando compreensão, tolerância, conquistando sem ruptura brusca o coração do filho gerado, e, com isso, ampliando os afetos e tornando natural o retorno ao seio da família natural**. A qualquer tempo isso pode ser feito, posto que mantida a guarda, nesse momento, com a tia, sem perda do poder familiar, que não está aqui envolvido. 2. Recurso especial não conhecido. **Julgamento: 15 set. 2005.** (grifou-se)
5	Agravo Regimental n. 10.531	Agravo regimental. Medida cautelar. Recurso especial. Efeito suspensivo. Menor. Guarda. Precedentes. 1. Na linha da orientação jurisprudencial firmada na Terceira Turma, **o menor deve ser protegido de mudanças sucessivas e temporárias de lar, excessivamente prejudiciais a sua estabilidade emocional**. 2. Na hipótese concreta, em sentença anterior proferida nos autos de ação de guarda de menor proposta pelo ora requerido, agravado, e de ação de regulamentação de visita proposta pela ora requerente, agravante, a guarda foi deferida em favor do genitor diante das circunstâncias fático-probatórias, ausente na presente cautelar, tirada em nova demanda, o *fumus boni iuris* para efeito de inverter a guarda em favor da genitora em tutela antecipada. 3. Agravo regimental desprovido. **Julgamento: 11 out. 2005.** (grifou-se)
6	Recurso Especial 701.872	RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ACORDO HOMOLOGADO. DESCUMPRIMENTO. EXECUÇÃO. CABIMENTO. 1 - **No campo das visitas, o guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado no acordo**. 2 - A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, **dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente**. 3 - Recurso especial conhecido e provido a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento. **Julgamento: 12 dez. 2005.** (grifou-se)
7	Recurso Especial 625.653	GUARDA DE MENOR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 198, II. INAPLICABILIDADE AO RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA SUBSTITUTA. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. O prazo de dez dias previsto no inciso II do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente não se aplica ao recurso especial. "Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso **a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor**" (REsp n. 158.920/SP, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24/05/1999). Recurso especial conhecido e provido. **Julgamento: 07 mar. 2006.** (grifou-se)
8	Recurso Especial 686.709	CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA JUDICIAL. PREVALECE O INTERESSE DA MENOR. **Nas decisões sobre a guarda de menores, deve ser preservado o interesse da criança**, e sua manutenção em ambiente capaz de assegurar seu bem estar, físico e moral, sob a guarda dos pais ou de terceiros. **Julgamento: 28 jun. 2006.** (grifou-se)
9	Recurso Especial 761.202	DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REVISÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE

		VISITAS. FILHO MENOR RESIDENTE NO BRASIL. PAI RESIDENTE NO EXTERIOR. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR SOBRE QUALQUER OUTRO INTERESSE TUTELADO. I – A exigência da ida da criança ao exterior, anualmente, durante as férias escolares de meio e fim de ano, pelo período de quatro meses, torna-se inviável de ser cumprida, por sua dificuldade e dispendiosidade dos deslocamentos, principalmente levando-se em conta a tenra idade da criança, que, na época, contava com dois anos e meio e, atualmente, está com seis anos. Ademais, é de se ter presente a informação de que o genitor ingressou com uma ação pleiteando a guarda da criança na justiça espanhola, o que significa a possibilidade de não retornar ao Brasil, se permitida a sua saída, não se tratando, portanto, de mera suposição, mas, sim, de risco iminente e comprovado. Assim, é mais conveniente que o pai, professor com doutorado, experiência internacional em ministrar cursos e palestras pelo mundo todo, a visite no território brasileiro, a qualquer tempo, dada a facilidade em exercer o direito de visitas no Brasil. II - **Na regulamentação de visitas, deverão ser preservados os interesses do menor, que sobrelevam a qualquer direito dos pais, juridicamente tutelado**. Recurso especial não conhecido. **Julgamento: 28 jun. 2006.** (grifou-se)
10	Recurso Especial 776.977	DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO/SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E/OU APLICAÇÃO DE MEDIDAS PERTINENTES AOS PAIS, GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E CONTRIBUIÇÃO PARA GARANTIR A CRIAÇÃO E O SUSTENTO DE MENOR. Situação de risco pessoal e social. Suspensão do poder familiar do pai sobre o filho. Aplicação de medidas de proteção à criança. Visitas paternas condicionadas à tratamento psiquiátrico do genitor. **É certo que, pela perspectiva de proteção integral conferida pelo ECA, a criança tem o direito à convivência familiar, aí incluído o genitor, desde que tal convívio não provoque em seu íntimo perturbações de ordem emocional, que obstem o seu pleno e normal desenvolvimento**. O litígio não alcança o pretenso desenlace pela via especial, ante a inviabilidade de se reexaminar o traçado fático-probatório posto no acórdão recorrido, que concluiu pela manutenção da decisão de suspensão do poder familiar do genitor e das visitas ao filho enquanto não cumprida a medida prevista no art. 129, inc. III, do ECA (encaminhamento do pai a tratamento psiquiátrico), por indicação de profissionais habilitados. Há de se ponderar a respeito do necessário abrandamento dos ânimos acirrados pela disputa entre um casal em separação, para que não fiquem gravados no filho, ao assistir o esfacelamento da relação conjugal, os sentimentos de incerteza, angústia e dor emocional, no lugar da necessária segurança, conforto e harmonia, fundamentais ao crescimento sadio do pequeno ente familiar. Recurso especial não conhecido. **Julgamento: 19 set. 2006.** (grifou-se)
11	Recurso Especial 910.626	DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR AJUIZADA PELOS TIOS EM FACE DO PAI. MÃE FALECIDA. **A proteção integral, conferida pelo ECA, à criança e ao adolescente como pessoa em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição Federal e nas leis, máxime no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inc. III, da CF/88, deve pautar de forma indelével as decisões que poderão afetar o menor em sua subjetividade. Sob a ótica dos Direitos da Criança e do Adolescente, não são os pais ou os tios que têm direito ao filho/ sobrinho, mas sim, e, sobretudo, é o menor que tem direito a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado**. A idealização da natureza humana, tal como pensada por filósofos e espiritualistas, está longe de ser alcançada e, para tanto, o Judiciário vem sendo procurado para amenizar as mazelas da alma e do coração, **cabendo ao Juiz o papel de serenador de espíritos**. **Devem as partes pensar**

		de forma comum no bem-estar do menor, sem intenções egoísticas, para que ele possa, efetivamente, usufruir harmonicamente da família que possui, tanto a materna, quanto a paterna. Se o acórdão recorrido não atesta nenhuma excepcionalidade ou situação peculiar a permitir o deferimento da guarda aos parentes maternos do menor, considerado o falecimento da mãe, e revelando a conduta do pai plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, deve a relação paterno-filial ser preservada. Ausência de prequestionamento e dissídio não configurado impedem a abertura do debate no recurso especial. É vedado o reexame de provas e fatos do processo em sede de recurso especial, os quais devem ser considerados assim como descritos no acórdão recorrido. Recurso especial não conhecido. **Julgamento: 06 set. 2007.** (grifou-se)
12	Recurso Especial 837.324	CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. COMÉRCIO DE MENOR. INEXISTENTE. FAMÍLIA AFETIVA. INTERESSE SUPERIOR DO MENOR. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO. Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos. A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º). **Julgamento: 18 out. 2007.**
13	Recurso Especial 916.350	DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELO PAI EM FACE DA MÃE. MELHORES CONDIÇÕES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. **Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal – CF**. **Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor. Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado**. Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família – tanto materna, quanto paterna. Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02. **Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável.** Contrapõe-se à proibição de se reexaminar provas em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem, que repousa na adequação dos fatos analisados à lei aplicada. Recurso especial não conhecido. **Julgamento: 11 mar. 2008.** (grifou-se)

APÊNDICE B – JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC)

TEMA: GUARDA DE MENOR E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS		
N° RECURSO		EMENTA
1	Agravo de Instrumento n. 2002.005880-2	AGRAVO DE INSTRUMENTO - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - FILHA MENOR IMPÚBERE - DIREITO INEQUÍVOCO DO PAI - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA INFANTE - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO DESPROVIDO. Mostrando-se de acordo com os interesses do menor e sendo inequívoco o direito do pai em visitar o filho, não há razão para modificar o horário e forma de visita estabelecidos, ainda que em caráter liminar. **Julgamento: 03 set. 2002**.
2	Apelação Cível n. 1999.008796-4	CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO - GUARDA DE MENOR - SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO INFANTE - CONVIVÊNCIA HARMÔNICA DO FILHO COM O PAI E A FAMÍLIA DESTE - AFIRMAÇÃO FEITA PELA PRÓPRIA MÃE - GUARDA DEFERIDA EM FAVOR DO PAI - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. A presunção de que o menor deva ficar preferencialmente com a mãe pode ser derruída por prova em contrário. **A demonstração de que o menor conviveu com a família paterna desde o nascimento, criando laços de afetividade não existentes com a família materna, derrui a presunção de que deva ele ficar sob os cuidados da mãe**, mormente se esta reconhece a existência de adaptação do menor no seio daquela família. **Julgamento: 26 set. 2002**. (grifou-se)
3	Agravo de Instrumento n. 2002.004596-9,	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITA. CRIANÇA COM 10

		MESES DE IDADE. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DAS VISITAS PARA QUE O GENITOR VISITE SEU FILHO DIARIAMENTE, DAS 14 ÀS 18 HORAS, DURANTE UMA HORA POR DIA. RECURSO PROVIDO. **Mesmo sem estar com a guarda efetiva do filho, o pai tem direito de com ele conviver diariamente. Nesta perspectiva, a guarda tem o fim específico de satisfazer o direito dos filhos de conviverem com seus pais, mesmo que estejam separados e vivendo em lares diferentes.** Assim, as restrições que porventura sejam estabelecidas visam assegurar o bem-estar do filho, e não daquele que possui a sua guarda. **Julgamento: 22 out. 2002.** (grifou-se)
4	Agravo de Instrumento n. 2002.013071-6	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA C/C PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO - FILHA MENOR (2 ANOS DE IDADE) - CONCESSÃO PARCIAL DA LIMINAR PARA DETERMINAR A GUARDA ALTERNADA - IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO - ACUSAÇÕES FEITAS À MÃE INFUNDADAS E CARENTES DE TODO E QUALQUER SUBSTRATO PROBATÓRIO - INTERESSE DA CRIANÇA DEVE SOBREPOR-SE A QUALQUER OUTRO - RECURSO PROVIDO. **A guarda de filha menor - com apenas dois anos de idade - deve ser concedida preferencialmente à mãe, a quem a natureza melhor dotou de condições para os cuidados de que necessita a prole**, se nada emerge dos autos em desabono à sua conduta. **Destaque-se que a guarda compartilhada não é aconselhável na hipótese, haja vista que esta constante alternância de ambiente familiar gerará para criança certa instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento. Julgamento: 8 nov. 2002.**
5	Agravo de Instrumento n. 2001.012993-0	AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO DO ART. 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONHECIMENTO DO RECURSO. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] RAZÕES DO RECURSO. EXPRESSÕES INJURIOSAS. ART. 15 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ- FÉ. INEXISTÊNCIA. [...]. GUARDA DE FILHO. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA. "Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois **a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais**." (Rel. Des. José Volpato de Souza). **Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevêm a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar**. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições. **Julgamento: 5 mar. 2003**. (grifou-se)
6	Agravo de Instrumento n. 2003.003468-4,	AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERE A GUARDA DE MENOR AOS AVÓS PATERNOS - CONDUTA IRREPARÁVEL DA MÃE - REFORMA DO DECISUM - GUARDA DA CRIANÇA MANTIDA EM FAVOR DA GENITORA - RECURSO PROVIDO. "Ninguém melhor que a própria mãe para dispensar o carinho, os cuidados, a paciência e a entrega totais que uma criança necessita nos primeiros anos de sua vida psíquica." (JC - 41/151). **Julgamento: 27 maio 2003.**
7	Agravo de Instrumento n. 03.028647-0	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE - GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR CONCEDIDA AO GENITOR - REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - SUA FIXAÇÃO À MÃE DO INFANTE EM TODOS OS FINAIS DE

		SEMANA - HORÁRIO PREJUDICIAL AO CONVÍVIO DO PAI COM O FILHO - INADMISSIBILIDADE - **INTERESSE DO MENOR QUE SE SOBREPÕE A QUALQUER OUTRO** - ADEQUAÇÃO DAS VISITAS EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO. "O Estatuto da Criança e do Adolescente proclama que o bem-estar do menor deve sobrepujar a quaisquer outros interesses juridicamente tutelados. **O que se impõe é que o interesse da criança seja preservado, pois quanto menor for a criança, mais necessitará de um ambiente estável e seguro, a fim de estabelecer dentro de si a segurança emocional e psicológica necessária ao seu desenvolvimento**. A recomendação geral é de se evitar grandes alterações" Des. Mazoni Ferreira). "**O objetivo da visita, dentre outros, é fortalecer os laços de amizade entre pais e filhos, enfraquecidos pela separação dos genitores**, cabendo ao juiz interferir na regulamentação ou na guarda dos filhos, quando houver comprovação de proteção insuficiente ou de motivos graves em prejuízo dos menores." (Des. Francisco Borges). **Julgamento: 30 mar. 2004**. (grifou-se)
8	Agravo de Instrumento n. 2003.030311-1	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE GUARDA - DETERMINAÇÃO PELO MAGISTRADO SINGULAR DE VISITA DA MÃE BIOLÓGICA - MENOR JÁ ADAPATADA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA-AÇÃO DE ADOÇÃO CORRENTE - DESCUMPRIMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - NECESSIDADE DA OUVIDA DA ADOLESCENTE - DECISÃO CASSADA - RECURSO PROVIDO. **A ação de** regulamentação **de** visitas **visa estreitar os laços afetivos do menor com aquele que não detém sua guarda**. **Neste contexto, é imperioso que se observe, sempre, a forma que melhor assegurar o interesse da criança, atentando-se para a sua faixa etária, em função do seu desenvolvimento físico, mental, emocional e, também, social**. Podendo a criança ou o adolescente exprimir sua vontade, deve, o juiz colhê-la e sopesar em sua decisão tal manifestação, tudo visando a adaptação da adolescente e seu bem estar. **Julgamento: 11 maio 2004.** (grifou-se)
9	Apelação Cível n. 2003.009802-0	APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA - POSTULAÇÃO EFETUADA PELA AVÓ MATERNA - MENOR CRIADO PELA POSTULANTE DESDE O PRIMEIRO ANO DE VIDA - GENITORA QUE ABANDONA O LAR E É USUÁRIA DE DROGAS - RELEVÂNCIA DO BEM ESTAR DO INFANTE - RECURSO PROVIDO. Nas ações de guarda, deve-se pautar de extrema cautela, evitando ao menor a instabilidade e a insegurança em relação à sua família, assegurando, deste modo, seu bem estar físico e psicológico. **Assim se a genitora abandona o lar por mais de 04 (quatro) anos, deixando o infante aos cuidados da avó materna, a esta deve ser deferida a** guarda do menor**, possibilitando-lhe, desta forma realização de todos os atos para o bem estar da criança**. **Julgamento: 01 jun. 2004.** (grifou-se)
10	Apelação Cível n. 2003.012077-7	APELAÇÃO CÍVEL - REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - POSSIBILIDADE DE CONVÍVIO MAIOR DO INFANTE COM A GENITORA - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **A convivência dos filhos com os pais durante a separação do casal, atenua os seus efeitos. Entretanto, faz-se imprescindível a preservação dos interesses e do bem estar do menor, diante de tal situação**. Em função disso, mesmo que a mãe possua a guarda da menor deve-lhe ser propiciada sua companhia em fins de semana alternados, possibilitando o fortalecimento dos laços afetivos entre a genitora e a criança. **Julgamento: 08 jun. 2004**. (grifou-se)
11	Agravo de Instrumento n. 2004.003047-9	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE - MENOR - ALTERAÇÃO DE GUARDA PROVISÓRIA - NECESSIDADE DE RESGUARDAR OS INTERESSES E BEM ESTAR DA CRIANÇA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. A resolução das questões envolvendo menores deve assegurar os interesses destes, considerando às condições e

		comportamento dos pretendentes à guarda, pelo que, **o encargo deve ser deferido ao genitor que aparentemente atenda da melhor forma as necessidades do infante. Julgamento: 15 jun. 2004.** (grifou-se)
12	Agravo de Instrumento n. 2004.000890-2	DIREITO DE FAMÍLIA - GUARDA CONCEDIDA LIMINARMENTE À GENITORA - RESTABELECIMENTO PRETENDIDO PELO GENITOR CUJA GUARDA DETINHA - CONDIÇÕES FAVORÁVEIS À MÃE EM COGNIÇÃO SUMÁRIA EM RAZÃO DA TENRA IDADE DO MENOR - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. "**O interesse juridicamente protegido e o absolutamente determinante, será sempre o do incapaz, credor de uma prestação de companhia: a este deve ceder, por inteiro, o dos pais que, devedores dessa prestação, freqüentemente se reveste de feição apenas apetitiva: satisfazer sua própria necessidade de afeto**" (Yussef Said Cahali). **Julgamento: 20 ago. 2004**. (grifou-se)
13	Agravo de Instrumento n. 2004.003404-0	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - DECISÃO *A QUO* QUE SUSPENDEU AS VISITAS PATERNAS AO FILHO MENOR - SUSPEITA DE ABUSOS SEXUAIS PELO GENITOR - AUSÊNCIA DE PROVAS - NECESSIDADE DE AVALIAÇÕES PSCICOLÓGICAS E SOCIAS ANTES DA IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS DRÁSTICAS - DIREITO DE VISITA ASSEGURADO DE FORMA ASSISTIDA - RESGUARDO DA SEGURANÇA DO MENOR - RECURSO PROVIDO. "Não tem razão de ser a suspensão do direito de visitas se a segurança da menor pode ser garantida com medida menos drástica. A restrição de direitos deve ser feita de forma mínima, apenas para garantir o fim maior a que se propõe."(AI n. 03.018183-0, da Capital, Rel.: Des. *Orli Rodrigues*). **Julgamento: 02 ago. 2005**.
14	Apelação Cível n. 2004.020255-5	CIVIL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO FORMULADO PELO PAI. AUSÊNCIA DE RISCO À CRIANÇA E LAUDO PSICOLÓGICO ALVITRANDO MAIOR CONVIVÊNCIA COM AMBOS OS PAIS. PROCEDÊNCIA. **A regulamentação de visita deve amoldar-se às peculiaridades do caso concreto, visando, sempre, ao bem-estar da criança**. Inexistindo provas desabonadoras do comportamento do pai e não demonstrados prejuízos ao infante, mas, ao contrário, benefícios, autorizada é a ampliação do direito de visita. **Julgamento: 25 ago. 2005**. (grifou-se)
15	Agravo de Instrumento n. 2005.020736-2	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS PROPOSTO PELA AUTORA/AGRAVADA - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE CONDUTA DESABONADORA POR PARTE DO GENITOR/AGRAVANTE - SUPREMACIA DO INTERESSE DOS MENORES SOBRE O DOS PAIS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. "**A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é um direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Trata-se de um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, onde o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz**. **É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito**" (Maria Berenice Dias, *in* Manual de Direito das Famílias, Livraria do Advogado, 2005, p. 398 e 399). Salvo nas hipóteses de prejudicialidade ao infante, o direito de visitas do genitor não pode ser obstado ou restringido, porquanto o interesse dos filhos menores se sobrepõem ao dos pais. **Julgamento: 20 out. 2005**. (grifou-se)
16	Agravo de Instrumento n. 2005.040360-3	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE - GUARDA PROVISÓRIA INDEFERIDA - DESFECHO PENDENTE DE AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO - BEM MAIOR A SER TUTELADO - INTERESSE DO INFANTE - APLICAÇÃO DOS ARTS. 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 227 DA

		CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. **O deferimento da guarda provisória de menor deve reger-se pelo interesse maior a ser tutelado, qual seja, a preservação do bem-estar da criança** e pautado pela cautela de aguardar o desfecho de ação de destituição de poder familiar, com o fim de evitar decisões que culminem por gerar insegurança e instabilidade ao infante. Totalmente desaconselhável a autorização judicial que permite a saída de menor da instituição onde se encontra abrigado para o convívio, em finais de semana, com casal pretendente à adoção que não encabeça a lista de espera, haja vista a possibilidade do estreitamento de laços afetivos, o que poderia criar uma ilusão de relação parental que não se consolidará. **Julgamento: 02 mar. 2006**. (grifou-se)
17	Agravo de Instrumento n. 2006.039459-6	DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - MODIFICAÇÃO LIMINAR DA GUARDA DO MENOR PARA O PAI - INCONFORMISMO - NEGLIGÊNCIA INCOMPROVADA - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO AO MENOR - PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - GUARDA MANTIDA COM A MÃE - ALEGAÇÕES ACOLHIDAS - *DECISUM* REFORMADO - RECURSO PROVIDO. Face os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, a alteração liminar da guarda do menor pressupõe a ausência de condições da genitora para promover a proteção e amparo de seu filho, evitando-se privá-lo do insubstituível convívio e afeto maternos. **Julgamento: 22 mar. 2007**.
18	Agravo de Instrumento n. 2006.046403-7	AGRAVO DE INSTRUMENTO - BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - FAMÍLIA COM "GUARDA DE FATO" - REMANEJAMENTO AO ABRIGO - VÍNCULO AFETIVO - MITIGAÇÃO DA NORMA - BEM MAIOR A SER TUTELADO - INTERESSE DO INFANTE - ARTIGO 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. **Em ações envolvendo a guarda de criança deve o Poder Judiciário priorizar os interesses do menor, em detrimento de qualquer outro, para o fim de resguardar seu bem-estar, evitando a prolação de decisões que gerem insegurança e instabilidade ao infante**. Em respeito ao princípio da proteção integral do menor que rege todos os atos que permeiam os interesses existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta-se aconselhável o deferimento da guarda provisória à família que acolhe a criança desde tenra idade, mesmo que para isso haja a sobreposição da norma, porquanto a interpretação, em casos tais, deve ser feita em prol do bem-estar do menor. **Julgamento: 08 maio 2007**. (grifou-se)
19	Agravo de Instrumento n. 2007.006833-3	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REQUERIMENTO DO PAI - CUSTÓDIA FÁTICA COM OS AVÓS MATERNOS - DEFERIMENTO DO PEDIDO EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO NÃO COMPROVADA - PROVAS UNILATERAIS IMPRESTÁVEIS COMO MEIO PROBATÓRIO - ESTUDO SOCIAL NÃO REALIZADO - MANUTENÇÃO DA GUARDA QUE SE IMPÕE - REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. **Em ações envolvendo a guarda de criança e adolescente deve o Poder Judiciário priorizar os interesses do menor em detrimento de qualquer outro para o fim de resguardar seu bem-estar**. Assim, satisfatoriamente comprovado que a criança está sendo bem assistida pelos avós, estando ausente prova das reais condições do pai que quer reaver a custódia do seu filho, especialmente o estudo social detalhado, faz-se dispensável a modificação da guarda em caráter liminar, principalmente para evitar traumas por uma alteração má sucedida. **Julgamento: 29 ago. 2007.** (grifou-se)
20	Agravo de Instrumento n. 2007.005745-7	INDEFERIU A GUARDA PROVISÓRIA DO FILHO EM SEU FAVOR. MENOR MANTIDO NA COMPANHIA DO PAI. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESABONEM A CONDUTA DO GENITOR. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA. RECURSO

		DESPROVIDO. **Na definição da guarda de menor**, **tem-se por escopo principal atender as suas necessidades, de ordem afetiva, social, cultural e econômica**. Assim, evidenciado nos autos, até a presente fase procedimental, que a permanência da criança com o genitor não traz prejuízos a sua formação, pois em momento algum restou provada a inadequação do tratamento dispensado ao menor pelo agravado, além de o estudo social realizado não apresentar qualquer elemento que desabone a sua conduta, não é aconselhável que se modifique a guarda deferida na decisão agravada, razão pela qual o recurso deve ser desprovido. **Julgamento: 12 set. 2007**. (grifou-se)
21	Apelação Cível n. 2005.034052-1	APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. INFANTE QUE CONVIVE COM OS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ANUÊNCIA DA GENITORA QUE NÃO POSSUE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA ARCAR COM O SUSTENTO DA FILHA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. SENTENÇA FUNDAMENTADA EM PEDIDO DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". REGULARIZAÇÃO DA GUARDA DE FATO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 33, § 1° DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - **Interpretando-se teleologicamente o artigo 227 da Carta Magna e o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que não se deve retirar a criança que vive num ambiente familiar saudável e estável para coloca-la em abrigo ou outra entidade de proteção ao menor**. A medida é aplicável, apenas, em casos excepcionais elencados no artigo 98 do ECA. Ademais, retirar abruptamente a infante da família substitutiva com quem convive desde o seu nascimento e que lhe dá toda assistência material, atenção e carinho, seria no mínimo temerário, devendo prevalecer os interesses e o bem estar da criança. II - Não configura litigância de má-fé por alteração da verdade dos fatos quando é o próprio Togado *a quo* se equivoca ao analisar as provas dos autos. **Julgamento: 25 set. 2007.** (grifou-se)
22	Agravo de Instrumento n. 2007.008015-7	DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - DIREITO DE VISITAS - DECISÃO QUE POSTERGOU A REGULAMENTAÇÃO À REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL - INCONFORMISMO DO PAI- IMPOSSIBILIDADE DE VER O FILHO - DESENTENDIMENTO COM A MÃE DO MENOR - AUSÊNCIA DE CONDUTAS DESABONADORAS DO AGRAVANTE - PREJUÍZO AO MENOR - ALEGAÇÕES ACOLHIDAS – REGULAMENTAÇÃO NECESSÁRIA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. **Impossibilitado o pai de visitar o filho pela resistência materna e não havendo indícios de que aquele possa ter conduta desabonadora, indispensável é a regulamentação provisória do direito de visitas, mormente porque os interesses da criança devem ser resguardados com primazia**. **Julgamento: 25 set. 2007.** (grifou-se)
23	Agravo de Instrumento n. 2007.017252-2	REGIME DE VISITAÇÃO. INTERESSE DA CRIANÇA. 1. **No universo dos direitos da infância e da juventude, sob o influxo da doutrina da proteção integral, verdadeiro *lugar-comum* é a afirmação de que, em matéria de adoção, tutela, guarda ou estabelecimento de regime de visitação, o bem-estar da criança ou adolescente é o princípio cardeal a nortear as decisões jurisdicionais, manietadas a tal axioma.** 2. **Em linha de princípio, presume-se que o contato materno-filial dignifique o desenvolvimento da criança, contribuindo para o resultado final de uma personalidade completa, formada em meio ao afeto e no contexto dialético dos valores e visões de mundo ensinados por ambos os pais**. Nesse cenário a privação, ainda que temporária, do contato com a mãe supõe a existência de provas ou sérios indícios de que o convívio produza o efeito inverso, violentando em lugar de amar, prejudicando em lugar de dignificar, desregrando em lugar de orientar, caracterizando, em todo caso, dano ou risco de prejudicalidade ao infante. 3. Caso em que, ausentes provas de dano ou risco de dano físico ou psicológico à criança, nada justifica a alteração do regime de visitação determinado,

		que prestigia o direito do filho de conviver livremente com a mãe em finais de semana, incluídas pernoites na residência desta, sem a constante vigília do genitor e fora do domicílio deste último. 4. Recurso parcialmente provido, adequando-se, no interesse do infante, a só freqüência do direito de visitação. **Julgamento: 25 set. 2007**. (grifou-se)
24	Agravo de Instrumento 2007.017385-4	AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ACUSAÇÕES ENTRE OS GENITORES. CONVÍVIO DO INFANTE COM O PAI ESTABELECIDO DE FORMA ARRAZOADA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. I - **A ação de regulamentação de visitas objetiva estreitar os laços afetivos do menor com aquele que não detém sua guarda. Neste contexto, é imperioso que se observe, sempre, a forma que melhor assegurar o interesse da criança, atentando-se para a sua faixa etária e também para o seu desenvolvimento físico, mental, emocional e social**. II - **Ao pai incumbe uma série de deveres intrínsecos do poder familiar regulados por Lei, os quais, para sua efetiva satisfação, torna absolutamente necessária a manutenção do contato com seu filho, pois é por meio desta aproximação que o genitor poderá se inteirar das necessidades da criança, e, assim, assegurar-lhe as melhores condições para o seu desenvolvimento**. **Julgamento: 31 out. 2007**. (grifou-se)
25	Apelação Cível n. 2006.028586-4	DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITA PATERNA - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO - ACOMPANHAMENTO DAS VISITAS PELA MÃE - DESNECESSIDADE - ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL À VISITA PATERNA - DIREITOS DO MENOR RESGUARDADOS - REGIME DE VISITAS ADEQUADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. **Deve ser mantido o regime de visitas que assegura os direitos do menor e ressalva o interesse paterno de participar da vida do filho, proporcionando o fortalecimento da relação paterno-filial**. **Julgamento: 14 nov. 2007**. (grifou-se)

APÊNDICE C - JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS)

TEMA: GUARDA DE MENOR E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS		
N° RECURSO		**EMENTA**
1	Agravo de Instrumento n. 70004865259	A criança merece ser respeitada naquilo que pertine com os seus sentimentos e segurança, **não podendo ser retirada do ambiente que lhe é mais favorável** e com o qual já se encontra acostumada e que já fazia parte de seu dia a dia. Inclusive com as pessoas a cercaram, desde os seus primeiros dias de vida. Agravo Provido. **Julgamento: 17 out. 2002.** (grifou-se)
2	Apelação Cível n. 70005233119	FILHO MENOR. 1) ALTERAÇÃO DA GUARDA. Não havendo qualquer motivo que justifique a alteração da guarda pretendida pelo pai, vez que não demonstrada qualquer negligência da genitora para com o filho, mantém-se a improcedência da ação. 2) SUSPENSÃO DE VISITAS. IMPROCEDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA. Julgada parcialmente procedente a ação de suspensão de visitas apenas para alterar a visitação anteriormente acordada, mantendo-se tanto o direito de visitas como o pernoite no lar paterno. A autora decaiu na maior parte do pedido, devendo suportar as custas da ação por ela intentada por inteiro e honorários advocatícios, por aplicação do art. 21, Parágrafo Único, do CPC. Apelação e recurso adesivo parcialmente providos. **Julgamento: 21 nov. 2002**.
3	Apelação Cível n. 70002484376	GUARDA. MENOR. APELADA ACOMETIDA POR DEPRESSÃO BI-POLAR. SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER A GUARDA. NOEMAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEL. SENTENÇA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Embora tenha a genitora da menor, a quem fora concebida a guarda, que se submeter a tratamento para o controle de depressão, não resta impossibilitada de exercer os atributos decorrentes da concessão da guarda de sua filha. O fato de ter o genitor da menor plenas capacidades de exercer a incumbência não implica concessão da guarda ao apelante.

		Julgamento: 12 dez. 2002.
4	Apelação Cível n. 70005760533	AÇÃO DE GUARDA. REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. Não resta dúvida que, desde tenra idade, a responsabilidade pela criação e educação da menor sempre foi da recorrida que, vivendo maritalmente com o apelante, veio a recebê-la em sua residência, na condição de sobrinha do recorrente. **A prova coligida aos autos dá conta de que, inobstante não haja relação consangüínea entre a apelada e a menina, o vínculo afetivo que as une é consistente, vindo a menor inclusive a tratá-la como mãe.** De outra banda, os elementos probantes dão conta de que o recorrente além de ser pessoa agressiva, não tem condições de se responsabilizar pela menor. Deferimento da guarda da infante à recorrida que somente veio a chancelar uma situação fática existente entre elas. APELO IMPROVIDO. **Julgamento: 19 set. 2003.**
5	Agravo de Instrumento n. 70007377708	AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. TENRA IDADE. Uma vez constatado o clima de hostilidade existente entre o casal, e apresentando a mãe razoáveis condições, deve ela permanecer com a guarda da criança. Além disto, **não se pode olvidar que a menina conta hoje cinco meses de idade, sendo indispensável a presença materna para o seu desenvolvimento saudável**. Deram provimento ao agravo de instrumento, determinando a realização de estudo social, com urgência. **Julgamento: 6 nov. 2003**. (grifou-se)
6	Apelação Cível n. 70005127527	APELAÇÃO CÍVEL. **GUARDA COMPARTILHADA**. **Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores**, cumpre ser definitivada em relação à genitora, que reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, **devendo,** no primeiro grau, **ser estabelecido o direito de visita**. Apelo provido. **Julgamento: 18 dez. 2003**. (grifou-se)
7	Agravo de Instrumento n. 70007422330	AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS. **Descabe o deferimento da guarda compartilhada, se evidente o grau de animosidade entre os genitores**. Mantém-se a pensão provisória de doze salários mínimos, se o filho menor desfrutava de excelente padrão de vida mantido pelo genitor. Agravo de instrumento desprovido. **Julgamento: 30 dez. 2003**. (grifou-se)
8	Agravo de Instrumento n. 70007972896	AÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. Alteração de guarda anteriormente acordada entre os genitores. **Necessidade de comprovação da incidência de fortes elementos que exponham o menor à situação de risco**. A guarda do menor sempre esteve ao encargo da mãe. **Aos menores é importante a rotina diária e em clima de segurança**. Genitora que reside com a avó não pode ser considerada sem residência fixa. As visitas do genitor ao menor devem permanecer conforme o acordado verbalmente entre as partes. A instrução do feito oportunizará sejam trazidos elementos probatórios mais consistentes. **Julgamento: 20 maio 2004**. (grifou-se)
9	Apelação Cível n. 70008951832	GUARDA. ESTRUTURA FAMILIAR PATERNA QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DA MENOR. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE VONTADE DE PERMANECER SOB A GUARDA DO PAI. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS MATERNAS. **Considerando que a estrutura familiar propiciada pelo pai atende às necessidades de desenvolvimento e segurança emocional da criança** e que esta, com 10 anos de idade, manifesta expressamente o desejo de com ele permanecer, há de ser confirmada a guarda provisória anteriormente deferida ao genitor, ressalvando o direito de visitas da mãe. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. **Julgamento: 25 ago. 2004**. (grifou-se)
10	Agravo de Instrumento n. 70009428400	REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PROPOSTA PELO PAI. INTERESSE EM ACOMPANHAR O CRESCIMENTO DE MENOR DE TENRA IDADE. **Embora louvável o interesse do pai em participar da vida do filho, mostra-se mais adequada a visitação apenas aos finais de semana, quando se trata de menor de seis meses de idade, e sendo constantes os atritos entre os genitores**. **As visitas em fins de semana preservam os laços afetivos entre pai e filho**.

		Agravo provido em parte para suprimir as visitas às quartas-feiras, por maioria. **Julgamento: 22 set. 2004.** (grifou-se)
11	Apelação Cível n. 70008982175	APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA DE MENOR. A **alteração de guarda exige comprovação de fatos que coloquem o menor em situação de risco ou grave ameaça**. Há de se evitar alteração de guarda desnecessária. **A alteração da rotina na vida do menor poderá gerar-lhe insegurança e sofrimento**. Situações a serem evitadas, quando possível. **Prevalência do melhor interesse do menor**. Isso não representa a sua vontade, em razão da **necessidade de estabelecimento de limites para sua formação**. Cautela na análise dos elementos probatórios. Apelante não logrou comprovar suas alegações. Mantida a guarda materna. RECURSO DESPROVIDO. **Julgamento: 23 set. 2004**. (grifou-se)
12	Agravo de Instrumento Nº 70010279222	GUARDA. DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO LIMINAR DE ALTERAÇÃO DE GUARDA FORMULADO PELO PAI MANTENDO A MENOR EM COMPANHIA DOS AVÓS MATERNOS. CRIANÇA QUE RECENTEMENTE PERDEU A MÃE. Cotejando a **fragilidade dos laços que a criança mantém com o pai e necessidade de atravessar o luto pela recente perda da mãe cercada de segurança afetiva**, correta a decisão que indeferiu pedido de liminar de alteração de guarda formulado pelo pai, **permitindo que a criança permaneça na companhia dos avós maternos, por quem nutre grande afeto e a quem considera sua verdadeira família**. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. **Julgamento: 22 dez. 2004**. (grifou-se)
13	Agravo de Instrumento n. 70011776044	ECA. GUARDA PROVISÓRIA. MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. Evidenciado que a prole está sendo bem tratada no lar paterno, e que a mãe não vinha prestando aos filhos os cuidados mínimos de que necessitam para se desenvolverem de forma saudável e feliz, impõe-se a transferência da guarda provisória ao genitor, **em atenção ao princípio do melhor interesse das crianças**. Negado provimento. **Julgamento: 14 set. 2005**. (grifou-se)
14	Agravo de Instrumento n. 70012780458	REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. INTERESSE DA MENOR EM CONVIVER COM AMBOS OS GENITORES. **Considerando que o direito de visita deve ser exercido a bem da criança, é do interesse da menor desfrutar de finais de semana alternados, ora com o pai, ora com a mãe, desenvolvendo atividades culturais e de lazer com ambos**. Deram Provimento. Unânime. **Julgamento: 19 out. 2005.** (grifou-se)
15	Apelação Cível n. 70011465523	REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS À AVÓ E TIOS PATERNOS. DIREITO DA CRIANÇA À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. **Tendo em vista o direito da criança à convivência familiar, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, revela-se possível e até recomendável a estipulação de visitas em favor de avó e tio paternos, mormente quando evidenciado que a convivência traz benefícios para a criança**, e inexiste um relacionamento pacífico entre a guardiã e os e os demais familiares da infante, o que ocorre na espécie. Negado provimento ao apelo, com recomendações. Aplicada, de ofício, medida de proteção (art. 101, V, do ECA). **Julgamento: 16 nov. 2005**. (grifou-se)
16	Apelação Cível n. 70013325063	GUARDA DE FILHOS ATRIBUÍDA À GENITORA. ALIMENTOS. NECESSIDADES PRESUMIDAS DOS FILHOS. 1. Ao pleitear a guarda compartilhada o apelante reconhece que a genitora tem condições de ter os filhos sob sua guarda. 2. **Havendo discordância entre os genitores, como é patente no presente caso, a pretensão de guarda compartilhada se afigura inviável porque contrária ao interesse das crianças**. **É que, para tanto, indispensável que entre os genitores haja uma relação madura e responsável, com foco exclusivo no papel parental e superação dos conflitos conjugais, o que, à toda evidência, não ocorre aqui**. 3. Os alimentos foram fixados parcimoniosamente e 1 salário mínimo para os três filhos, tendo em mira as necessidades presumidas dos menores e a capacidade laborativa do apelante. Negaram provimento. Unânime. **Julgamento: 21 dez. 2005.** (grifou-se)
17	Apelação Cível n.	REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ADEQUAÇÃO. INTERESSE DA

	70013760590	CRIANÇA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. 1. **O melhor interesse da criança deve ser assegurado e isso se obtém facilitando o convívio do infante com ambos os genitores**. 2. Se ambos possuem condições de manter a guarda do infante e moram em cidades distantes, revela-se conveniente que a visitação em finais de semana alternados seja mais prolongada. Recurso desprovido. **Julgamento: 15 mar. 2006.** (grifou-se)
18	Agravo de Instrumento n. 70014348072	PEDIDO DE DESABRIGAMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DOS GENITORES. 1. É inaceitável que crianças permaneçam institucionalizadas há mais de nove meses, privadas da convivência familiar e que sequer tenha sido proposta ação de suspensão ou destituição do poder familiar. 2. Por mais precárias que sejam as condições de vida da família, essa situação de abrigamento deve ser provisória e breve. 3. **Essa demora impõe que seja oportunizado aos infantes receberem mais carinho dos genitores e avô, o que somente será possível com a ampliação do sistema de visitação, que deverá ser semanal e nas dependências do abrigo, com supervisão técnica**. 4. É pertinente o brado da Procuradoria de Justiça: Falta de recursos econômicos, por si só, não está mais a autorizar o afastamento dos filhos dos pais, como reza o art. 23 do ECA. **É preciso priorizar os vínculos afetivos, investir no fortalecimento do apego, pensar e repensar as políticas públicas, se efetivamente queremos um país melhor, mais justo, fraterno e menos violento!**. Recurso provido. **Julgamento: 19 abr. 2006.** (grifou-se)
19	Agravo de Instrumento n. 70014577217	GUARDA COMPARTILHADA. 1. **Pequenas são as chances de bom êxito no estabelecimento de guarda compartilhada e, no caso dos autos, praticamente certo é o seu insucesso, uma vez que do relato da petição do recorrente se percebe as dificuldades em superar a ruptura da relação de casamento, em geral recoberta de mágoas e ressentimentos**. 2. Esta circunstância faz fracassar a convivência pós-separação livre de conflitos e prejudica o projeto de guarda compartilhada que exige um nível de relacionamento ausente entre os litigantes. 3. **O desejo paterno de convivência com os filhos e a consideração aos melhores interesses das crianças autorizam que seja ampliada a escala de visitas, com inclusão de um dia a mais por semana**. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO PARA AMPLIAR O REGIME DE VISITAÇÃO, VENCIDA A PRESIDENTE QUE DAVA PROVIMENTO PARA INSTITUIR A GUARDA COMPARTILHADA. **Julgamento: 10 maio 2006**. (grifou-se)
20	Apelação Cível n. 70016276735	REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. **Evidenciada o elevadíssimo grau de beligerância existente entre os pais que não conseguem superar suas dificuldades sem envolver os filhos, bem como a existência de graves acusações perpetradas contra o genitor que se encontra afastado da prole há bastante tempo, revela-se mais adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Tal forma de visitação também se recomenda por haver a possibilidade de se estar diante de quadro de síndrome da alienação parental**. Apelo provido em parte. **Julgamento: 18 out. 2006**. (grifou-se)
21	Agravo de Instrumento n. 70021098801	SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA DE MENOR. ALTERAÇÃO. DISPUTA ENTRE GENITORA E GENITOR. 1. **As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois, em regra, são prejudiciais às crianças, que têm modificada a sua rotina de vida e os seus referenciais, gerando-lhes transtornos de ordem emocional**. 2. **O principal interesse a ser protegido é o do infante e não o da genitora dele**. 3. Sem ocorrência de fato novo superveniente capaz de evidenciar que o infante esteja em situação de risco, descabe promover a alteração da guarda, mormente quando há estudo social indicando ter o varão, neste momento, melhores condições de responsabilizar-se pelo filho. Recurso desprovido. **Julgamento: 21 nov. 2007**. (grifou-se)
22	Agravo de Instrumento n. 70021017629	GUARDA DE MENOR. **Consideramos que a guarda paterna pode, no caso, melhor contribuir para o desenvolvimento do filho**

		comum, bem como o fato do menino já estar há algum tempo sob a guarda do pai, é adequado que assim permaneça, até mesmo para evitar-se trocas constantes da guarda. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO. **Julgamento: 29 nov. 2007**. (grifou-se)
23	Agravo de Instrumento n. 70021489620	ALTERAÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE OS PAIS. 1. **As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois, em regra, são prejudiciais à criança, que tem modificada a sua rotina de vida e os seus referenciais, gerando-lhe transtornos de ordem emocional**. 2. **O principal interesse a ser protegido é o do menor.** 3. **Para a definição da guarda, é imprescindível a realização de estudo social minucioso, com possível avaliação psicológica ou psiquiátrica, a fim de se determinar qual dos pais possui melhores condições de, nesse momento, após a violência sofrida pelo menor, exercer a guarda**. 4. Não ficando comprovada situação de risco, descabe proceder alteração liminar da guarda. Recurso desprovido. **Julgamento: 05 dez. 2007**. (grifou-se)
24	Agravo de Instrumento n. 70021793195	SEPARAÇÃO JUDICIAL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. FILHA MENOR EM TENRA IDADE. INTERESSE DA CRIANÇA. CONVENIÊNCIA DOS GENITORES. 1. **A regulamentação de visitas materializa o direito da filha de conviver com o genitor não guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem afetar as rotinas de vida da infante**. 2. **Deve ser resguardado sempre o melhor interesse da criança, que está acima da conveniência dos genitores**. 3. **Considerando a faixa etária da criança** e os seus hábitos vinculados à genitora, **mostra-se necessária uma gradual adaptação à rotina de visitas, mostrando-se conveniente um regime semanal e mais reduzido durante três meses, com ampliação posterior para a forma que foi estabelecida**. 4. O pai poderá buscar a filha e deverá devolvê-la nos horários fixados, não sendo razoável estabelecer a visitação na casa materna em razão do mau relacionamento existente entre os separandos. Recurso provido em parte. **Julgamento: 05 dez. 2007**. (grifou-se)
25	Agravo de Instrumento n. 70022515803	REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ADEQUAÇÃO. **Descabida a pretensão de reduzir em 03 horas as já reduzidas visitas fixadas** pelo primeiro grau. Não se vislumbra qualquer prejuízo à infante em permanecer com o pai pelo tempo fixado. **Julgamento: 10 dez. 2007**. (grifou-se)

APÊNDICE D - JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG)

TEMA: GUARDA DE MENOR E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS		
N° RECURSO		EMENTA
1	Apelação Cível n. 000.264.707-1/00	GUARDA - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - DIREITO ASSEGURADO - INTERESSE DO MENOR - NULIDADE DA SENTENÇA - INOCORRÊNCIA - TERMO DE GUARDA - REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DO MENOR. **O direito de visitação, decorrente da guarda atribuída a outro**, é assegurado à mãe biológica, principalmente e já estipulado em acordo anteriormente homologado, não sendo *ultra petita* a decisão que, em ação de destituição de guarda de fato, regulamenta novo horário. **A expedição do termo de guarda visa a regularizar a situação do menor, podendo ser revogado se, porventura, se mostrar prejudicial aos interesses da criança. O que deve prevalecer, nessas questões, é o interesse do menor**. Recurso parcialmente provido. **Julgamento: 23 abr. 2002**. (grifou-se)
2	Apelação Cível n. 000.261.585-4/00	DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA PROPOSTA PELO GENITOR DO MENOR. ESTUDO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A situação fática posta nos autos **requer especial atenção, de forma a garantir amplo desenvolvimento moral, social e educacional da criança, cujos interesses devem prevalecer sobre quaisquer outros**. 2. Inexistindo elementos a ensejar o deferimento da guarda do menor ao genitor deste, o pedido é de ser julgado improcedente. 3. Desprovimento do recurso. **Julgamento: 09 maio 2002**. (grifou-se)
3	Apelação Cível n. 000.253.098-8/00	FAMÍLIA. VISITAS DO PAI. REGULAMENTAÇÃO. **Em pedido de regulamentação de visitas, a decisão deve ser norteada pela busca do bem-estar do menor**. A decisão fundamentada na orientação contida em estudo realizado por Psicólogo Judicial, que preserva o desenvolvimento do menor e a convivência com o pai, atende ao disposto no art. 19 da Lei nº 8.069/90. Rejeita- se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. **Julgamento: 26 set. 2002**. (grifou-se)

4	Agravo de Instrumento n. 1.0000.00.291436-4/00	REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - TUTELA ANTECIPADA - DIREITO DO GENITOR - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DAS CRIANÇAS. **A normalização dos contatos com ambas as famílias é essencial para se evitar traumas que possam prejudicar o desenvolvimento emocional da criança**, **devendo-se preservar a realização de visitas do pai despojado da guarda**, entretanto, em atenção **aos interesses das crianças, não sendo demais relembrar que os anseios das mesmas devem prevalecer**. **Julgamento: 17 fev. 2003**. (grifou-se)
5	Apelação Cível n. 1.0000.00.329.184-6/00	REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - AMPLIAÇÃO DA PERMANÊNCIA EM COMPANHIA DO PAI. Se o estudo social e psicológico demonstra que a filha menor não apresenta qualquer dificuldade de relacionamento com os pais, **não há motivo para negar-se o pedido de ampliação da sua permanência com o pai, que tem direito à visita e companhia de filha menor**. **Julgamento: 12 ago. 2003**. (grifou-se)
6	Apelação Cível n. 1.0000.00.344568-1/000	UNIÃO ESTÁVEL. MENOR SOB A GUARDA EXCLUSIVA DA MÃE. PEDIDO DO VARÃO EM TORNO DA GUARDA COMPARTILHADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. RECURSO. É de ser mantida sentença que em **ação de guarda compartilhada**, proposta pelo varão, **indefere o pedido inicial**, **por falta de possibilidade jurídica do pedido**, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. Sentença mantida. **Julgamento: 04 dez. 2003**. (grifou-se)
7	Apelação Cível n. 1.0120.03.900004-3/001	MENOR ÓRFÃ DE MÃE COM DEZ ANOS DE IDADE. RETIRADA DO CONVÍVIO DE MAIS SEIS ANOS COM AVÓS MATERNOS. TRANSFERÊNCIA, CONTRA A SUA VONTADE, PARA A GUARDA DO PAI BIOLÓGICO E DOS AVÓS PATERNOS. ALEGAÇÃO DE MELHORES CONDIÇÕES ECONÔMICO- FINANCEIRAS DESTES. INCONVENIÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR ESTES. APELAÇÃO PROVIDA. É **inconveniente a transferência** de menor órfã de mãe, **com dez anos de idade, contra a sua vontade**, **mediante a sua retirada do convívio de mais seis anos com avós maternos, para a sua entrega à** guarda **do pai biológico** e dos avós paternos, que não lhe tem dado assistência, **sob a alegação de melhores condições econômico-financeiras destes**, justificando-se o provimento da apelação interposta da sentença pela qual foi julgado procedente o pedido formulado por estes, para que ela seja mantida em companhia daqueles. **Julgamento: 11 nov. 2004.** (grifou-se)
8	Apelação Cível n. 1.0024.03.887697-5/001	SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL - GUARDA COMPARTILHADA - INTERESSE DOS MENORES - AJUSTE ENTRE O CASAL - POSSIBILIDADE - **Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da** GUARDA**, e sim o interesse do menor**. **A denominada** GUARDA **compartilhada não consiste em transformar o** FILHO **em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (**FILHO**) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia**. Não traz ela (GUARDA compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. **É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos**. **Julgamento: 09 dez. 2004**. (grifou-se)
9	Apelação Cível n. 1.0056.01.000745-0/001	DIREITO À VISITA. PAI QUE NÃO DETÉM A GUARDA DE FILHO MENOR. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO ALTERNATIVO DE AMPLIAÇÃO DAS VISITAS. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE E DA VONTADE DA CRIANÇA. **Sendo recomendável que se mantenha o filho menor sob a guarda da mãe**, **é de se reconhecer o direito do pai à visita do filho, em regime associado à realidade vivida pelos envolvidos, a fim de suprir-lhe as necessidades afetivas e contribuir para o seu desenvolvimento psicossocial, mormente se esta realidade não**

		viabiliza o compartilhamento da guarda. Julgamento: 01 mar. 2005. (grifou-se)
10	Apelação Cível n. 1.0183.03.046194-5/002	FAMÍLIA - MODIFICAÇÃO DE GUARDA - FILHO MENOR - CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO. - Para decidir a respeito da concessão ou da modificação da GUARDA de FILHO, **deve o magistrado observar os estudos técnicos e ainda certos requisitos, como a idade, o vinculo com os irmãos, a opinião do menor e a adaptação com o meio social que lhe é oferecido, como o comportamento dos pais, sobrelevando, principalmente, o interesse e o bem estar do menor**. **Julgamento: 02 jun. 2005**. (grifou-se)
11	Apelação Cível n. 1.0024.02.790751-8/001	AÇÃO DE GUARDA. FILHOS MENORES. PAIS SEPARADOS. GUARDA DE FATO NÃO EXERCIDA PELOS GENITORES. PEDIDO PATERNO. INTERESSE E BEM ESTAR DAS CRIANÇAS. PRETENSÃO NEGADA. RECURSO PROVIDO. 1. **A guarda dos filhos menores compete, em princípio, aos pais na condição de titulares do poder familiar. Todavia, se estão separados, a guarda é deferida a quem apresentar melhores condições para satisfação dos interesses dos filhos**. 2. Se os pais não exercem a guarda de fato mas a mãe tem condições para exercer o encargo, não se justifica o atendimento da pretensão paterna no sentido de ter a guarda dos filhos. 3. Revela-se insustentável, pois, a sentença que deferiu a guarda para o genitor. 4. Apelação cível conhecida e provida, fazendo-se determinações. **Julgamento: 20 set. 2005.** (grifou-se)
12	Agravo de Instrumento n. 1.0105.04.121758-6/001	GUARDA DE MENOR - ALTERAÇÃO *IN LIMINE* - REFORMA DA DECISÃO. Se a mãe concordou, no acordo celebrado na ação de separação judicial, que os filhos ficariam sob a guarda do pai e, menos de um mês depois, vem a juízo pleitear a guarda definitiva, **sem, contudo, comprovar modificação da situação existente quando da separação, o pedido não deve ser deferido liminarmente**. **Julgamento: 18 out. 2005**. (grifou-se)
13	Apelação Cível n. 1.0598.04.001049-1/001	DIREITO DE FAMÍLIA - FILHA MENOR QUE MORA EM COMPANHIA DO PAI - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA - RETORNO AO CONVÍVIO MATERNO - SENTENÇA REFORMADA. "**A guarda de filho deve ser deferida com vistas ao seu bem-estar, devendo as razões de sua fixação e/ou alteração ser aquelas que dêem atendimento ao seu interesse moral e material**. Se demonstrado, mediante estudo social, que a menor se acha bem em companhia do pai, melhor é, no entanto, que permaneça com ele, deferindo-lhe a guarda. Ademais, trata-se de criança de tenra idade. Deve-se sempre que possível, evitar, no que concerne ao menor, a troca de ambiente, salvo para beneficiá-lo." (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.342132-0/001, COMARCA DE BELO HORIZONTE, RELATOR DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI). Recurso provido. **Julgamento: 08 nov. 2005**. (grifou-se)
14	Apelação Cível n. 1.0024.03.940231-8/001	GUARDA DO FILHO - REVERSÃO - POSSIBILIDADE. - Sendo a guarda um instituto que visa à proteção dos interesses do menor, deve ficar com aquele que tiver melhor condição de propiciar o seu bom desenvolvimento. **Assim, na ação de reversão de guarda, comprovando o pai que reúne condições para criar e educar a filha, o pedido deve ser julgado procedente**. **Julgamento: 24 jan. 2006**. (grifou-se)
15	Apelação Cível n. 1.0074.04.021908-6/001	AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA - PEDIDO DO AVÔ PATERNO - AUSÊNCIA DE MOTIVO PARA A TRANSFERÊNCIA DA GUARDA CONFERIDA AO GENITOR - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA MANTIDA. 1- **É primordial garantir ao menor as melhores condições possíveis para um bom desenvolvimento moral, social e educacional, deferindo-se a transferência da guarda somente em decorrência de situações graves ou para suprir falta eventual dos pais**. Inteligência do art. 33 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 2- Para que se retire do genitor a guarda deve existir prova contundente que desaconselhe a permanência do menor no ambiente familiar paterno, tendo em vista que **a presença do pai é imprescindível para o bom desenvolvimento social, emocional e educacional dos filhos,**

		funcionando como referência de autoridade, orientação e afeto. **Julgamento: 11 jul. 2006.** (grifou-se)
16	Apelação Cível n. 1.0024.04.538932-7/001	DIREITO DE VISITAS - FILHA ADOLESCENTE - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE CONTRÁRIA À REGULAMENTAÇÃO - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. **A regulamentação do direito de visitas deve atender não somente ao interesse dos pais, mas, principalmente, ao interesse e à vontade do menor de idade**. Contando a filha adolescente já com dezessete anos de idade, **não pode ser desprezada sua manifestação no sentido de repudiar a imposição de tolerar as visitas do pai ausente desde sua tenra infância, sob pena de invasão de sua privacidade, intimidade e, ainda, agressão à sua dignidade humana**. Não se mostra saudável nem benigno forçar a filha a conviver com o pai que a renegou por longos anos, visto que o **AFETO**, **o carinho, o respeito e o amor não podem ser impostos, mas devem ser conquistados**. **Julgamento: 10 ago. 2006**. (grifou-se)
17	Apelação Cível n. 1.0701.05.109339-4/001	AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA - GUARDA COMPARTILHADA - MENORES QUE RESIDEM COM O PAI - PREVALECIMENTO DO INTERESSE DOS MENORES - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. - A alteração da GUARDA só deve ocorrer em hipóteses excepcionais e **sempre há de se ter atenção para com os eventuais traumas psicológicos, afetivos e sociais provenientes de alterações súbitas**, sem contar no difícil processo de adaptação ao novo ambiente a que a criança estará submetida. **Julgamento: 12 abr. 2007**. (grifou-se)
18	Agravo de Instrumento n. 1.0145.06.340679-0/001	REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - PRINCÍPIO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. **Em observância ao principio do melhor interesse da criança, é fundamental o convívio com o genitor a fim de possibilitar à menor desenvolver-se de maneira sadia**. Preliminar rejeitada. Dá-se parcial provimento ao recurso. **Julgamento: 02 ago. 2007**.
19	Apelação Cível n. 1.0231.05.040613-2/001	AÇÃO DE GUARDA - CRITÉRIOS - INTERESSE DO MENOR - GUARDA COMPARTILHADA. - **A guarda dos filhos deve ser concedida ao genitor que revelar melhores condições de atender aos interesses dos menores**. - Nada havendo que contra-indique a guarda compartilhada e que a criança resida com a mãe, deve ser mantida a sentença. **Julgamento: 07 ago. 2007**. (grifou-se)
20	Apelação Cível n. 1.0569.05.001330-3/001	AÇÃO DE GUARDA DO MENOR DE IDADE PARA AS TIAS - CONCORDÂNCIA DO GENITOR - MANUTENÇÃO DO PODER FAMILIAR - DISTINÇÃO DESSES DOIS INSTITUTOS - JUSTIÇA GRATUITA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO. - **O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor**, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*. - O Direito autoriza a mudança da guarda, inclusive para pessoas que não sejam os pais biológicos do menor, ou não mantêm laços de sangue com a criança, principalmente quando o genitor concorda com tal pedido. Tal fato se torna nítido pela **interpretação gramatical do princípio constitucional do Melhor Interresse da Criança, que surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar**. - O poder familiar se distingue da guarda, pois mesmo a guarda sendo atribuída a uma das partes, o poder familiar resta inalterado, uma vez que este decorre da filiação. A guarda não é requisito para titularidade do poder familiar que apenas se suspende ou perde por decisão judicial, nos casos previstos no Código Civil de forma taxativa. **Julgamento: 09 ago. 2007**. (grifou-se)
21	Apelação Cível n. 1.0024.03.055825-8/001	CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL - GUARDA DE MENOR - ATRIBUIÇÃO DE GUARDA AO PAI - AUSÊNCIA DE MOTIVO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO DA GUARDA PELA MÃE. ALTERAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DE

		VISITAS - INADMISSIBILIDADE. PARTILHA - RESTITUIÇÃO DE VALOR - AUSÊNCIA DE PROVA. 1- **É primordial garantir ao menor as melhores condições possíveis para um bom desenvolvimento moral, social e educacional**, somente devendo ser transferida a guarda da mãe para o pai quando houver prova contundente que desaconselhe a permanência da criança no ambiente familiar materno, tendo em vista que **a presença da mãe é imprescindível para o desenvolvimento dos filhos, funcionando como referência de autoridade, orientação e afeto**. 2- Não é admissível a alteração da regulamentação de visitas, apenas por vontade do genitor, tendo em vista que está preservado o interesse do menor, bem como por estar garantida a convivência de ambos os genitores com a criança. 3- O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. Inteligência do art. 333, inciso I, do CPC. Assim, alegando o autor, mas não provando as suas alegações, deve ser mantida a partilha como determinada na sentença. **Julgamento: 14 ago. 2007**. (grifou-se)
22	Apelação Cível n. 1.0702.05.229179-7/001	AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. MENOR. CONDUTA IRREGULAR. MÃE. PROVA. **A guarda compartilhada de menor é mantida quando não se demonstra qualquer conduta irregular da mãe, de modo a considerá-la inidônea para manter o filho em sua companhia**. Não se conhece de recurso adesivo e nega-se provimento à apelação. **Julgamento: 06 set. 2007**. (grifou-se)
23	Agravo de Instrumento n. 1.0074.07.034290-7/001	REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. - **A visitação do pai que se encontra privado da** guarda **além de ser um direito assegurado por lei é um dever deste com relação ao seu** filho**. - Prevalência do interesse do menor**. - Recurso a que se dá parcial provimento. **Julgamento: 02 out. 2007**. (grifou-se)
24	Agravo de Instrumento n. 1.0153.07.065292-7/002	FAMÍLIA. GUARDA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. RECURSO PROVIDO. Em todos os litígios em que se disputa **a** guarda de crianças, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse da criança. **Não há dúvida de que o melhor para a criança é retornar a convivência com o pai, com quem tem forte laço de afeto e amor. Não cabe à mãe, seja por estar em litígio com o recorrente, ou seja por capricho, ou seja por interesse pessoal, impedir ou dificultar o desenvolvimento do laço afetivo entre pai e filho. O pai possui o direito natural, pessoal e irrenunciável de estar com seu filho, mormente, quando não há prova de que tal convivência cause danos ou prejuízos ao desenvolvimento físico, emocional e psicológico da criança. O forte elo de amor e afeto, que decorre naturalmente do vínculo entre pai e filho, é a certeza de que a convivência constante entre eles só fará bem à criança, que, além de já receber o carinho, o afeto e o amor da mãe, também, poderá receber esses nobres, importantes e valiosos sentimentos do pai. Julgamento: 11 out. 2007.** (grifou-se)
25	Apelação Cível n. 1.0707.06.122128-9/001	GUARDA DO MENOR DE IDADE - ALTERAÇÃO - AVÔ - SITUAÇÃO DE FATO - REGULARIZAÇÃO - RESPONSÁVEL AFETIVAMENTE, MORALMENTE E FINANCEIRAMENTE PELA CRIANÇA - FINS PREVIDENCIÁRIOS - CONSEQÜÊNCIA LÓGICA. O Direito autoriza a mudança da guarda, inclusive para pessoa que não seja os pais biológicos do menor, ou não mantém laços de sangue com a criança, principalmente quando os genitores concordam com tal pedido. Tal fato se torna nítido pela **interpretação gramatical do princípio constitucional do Melhor Interesse da Criança, que surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar**. Deve ser alterada a guarda da menor se restou comprovado nos autos que o avô é quem exerce de fato a guarda da criança, apoiando-a afetivamente, moralmente e financeiramente. **Julgamento: 06 dez. 2007**. (grifou-se)

APÊNDICE E - JURISPRUDÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO (TJRJ)

TEMA: GUARDA DE MENOR E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS		
N° RECURSO		EMENTA
1	Apelação Cível n. 2002.001.12356	POSSE E GUARDA DE MENORES. Considerando os relevantes interesses dos menores, que devem prevalecer sobre os dos pais, no propósito de ficarem em companhia do genitor, na cidade do Rio de Janeiro, local onde nasceram, bem adaptaram ao seio familiar e social e sempre viveram até a data da separação de fato do casal, não há razão para se impor a reforma da r. decisão monocrática Destarte não se pode olvidar que o r. decreto monocrático não significa perda de pátrio poder, **mas compartilhamento regulamentado de posse e guarda, na perspectiva de resguardar os relevantes interesses dos menores direcionados a cumprir, com independência, seus verdadeiros objetivos na vida**. Desprovimento do Recurso. **Julgamento: 10 set. 2002**. (grifou-se)
2	Agravo de Instrumento n. 2002.002.06277	GUARDA DA FILHA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO COM A SUSPENSÃO DA VISITAÇÃO. POSTERIOR MODIFICAÇÃO DO HORÁRIO E DA FORMA DE VISITAÇÃO DA FILHA. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. **As condições estabelecidas para a visitação dos filhos não são inalteráveis, podendo o Juiz, a qualquer tempo, desde que as circunstâncias o recomendem e justifiquem, modificá-las**. Pode o magistrado, no interesse do menor, dispor de forma diferente do que as partes requereram, sem que isto constitua julgamento *extra* ou *ultra petita*. O Juiz tem prudente arbítrio na aplicação das regras legais relativas à guarda dos filhos. Recurso ao qual se nega provimento. **Julgamento: 29 out. 2002**. (grifou-se)
3	Apelação Cível n. 2002.001.20304	GUARDA DE FILHO. DISPUTA DE PAI E MÃE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR, SEM PREJUÍZO DO DEVER DE GUARDA E EDUCAÇÃO ATRIBUÍDO AOS GENITORES - **Somente em situações excepcionais, em que a mãe não cumpre o seu papel biológico de protetora e provedora de vida do filho, torna-se razoável retirar-se este da sua companhia, mas sempre no interesse do próprio menor**, consoante consagra o direito positivo

		pátrio, no art. 3º, da Lei nº 8.069/90. Alegação de maus-tratos não demonstrada, apontando as conclusões dos autos para o correto cumprimento da ré de seus deveres de mãe, inclusive nos aspectos emocional e efetivo. Improvimento da apelação. **Julgamento: 27 mar. 2003**. (grifou-se)
4	Apelação Cível n. 2002.001.26015	DIREITO CIVIL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. **O direito de visitas daquele que não tem a guarda da menor só deve sofrer restrições ante à prova inequívoca de risco para ele. Se aquele que não tem a guarda vem tendo, a menor em sua companhia no meio da semana, sem transtornos para a guardiã ou para a menor, tal regra deve ser mantida**. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. Por força do § 1º do artigo 515 do CPC, toda a matéria discutida no processo é submetida à apreciação e ao julgamento do Tribunal de Justiça. **Se a prova pericial é no sentido de inexistir risco a que a menor pernoite com o pai, não se pode restringir o direito ao pernoite no meio de semana, salvante se para preservar a saúde da própria criança, o seu direito ao repouso, às suas atividades curriculares e extracurriculares. Não existindo fato autorizativo da imposição de restrição ao direito de visitas, ele deve ser assegurado da forma mais ampla possível, mas sempre respeitando-se os interesses da própria menor**. Descabe, em sede de regulamentação de visitas, a imposição de multa pelo descumprimento total ou parcial da regulamentação, na medida em que, se houver o descumprimento, a parte prejudicada terá que se valer de ação própria. Tendo sido parcial a procedência, cuidando-se de regulamentação de visitas, o razoável é que se reconheça a sucumbência recíproca, cabendo à cada parte suportar os honorários de seu patrono e metade das custas processuais. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença parcialmente reformada. **Julgamento: 30 abr. 2003**. (grifou-se)
5	Agravo de Instrumento n. 2002.002.21574	AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA DE FILHO MENOR EM PODER DA MÃE - TRANSFERÊNCIA PLEITEADA PELO PAI - CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - PROVA TÉCNICA QUE NÃO CONFIRMA O FATO ALEGADO NA INICIAL - MANUTENÇÃO DA TUTELA SEM AMPARO NA PROVA DOS AUTOS - DIREITO DA MÃE QUE SE HARMONIZA COM O INTERESSE DO MENOR. Se o fato alegado na inicial não foi confirmado pela prova técnica posterior, a decisão, que com base nele concedeu a tutela antecipada, não pode ser mantida, por falta de amparo na prova dos autos. **É direito da mãe conservar a guarda do filho, até que se prove algum fato que afaste presunção de se harmonizar aquele com o interesse do menor que conta três anos de idade**. Provimento do recurso. **Julgamento: 28 maio 2003**. (grifou-se)
6	Apelação Cível n. 2001.001.24845	POSSE E GUARDA DE MENOR. **É o princípio do melhor interesse do menor que deve prevalecer nas questões que o envolvem (art.227, da Carta Constitucional)**. O fato de a genitora apresentar distúrbio psicológico não a impede de ter a guarda do filho, pois resta evidenciado por laudos médicos e estudo social que está submetendo-se a tratamento estando em perfeitas condições de criar o seu filho. Improcedente a alegação de maus tratos, diante da inexistência de suporte probatório. Deferida a guarda, a mãe poderá residir em outra cidade com o filho, ainda que isto acarrete algum transtorno para o genitor exercer o direito à visitação, tendo em vista que este constitui direito- dever dos pais, **cabendo na análise do caso concreto, o que melhor aprouver para a criança e não o que for mais cômodo para o genitor**. **Julgamento: 28 out. 2003**. (grifou-se)
7	Apelação Cível n. 2004.001.10565	AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA DE POSSE E GUARDA DE FILHA. SOBRELEVÂNCIA DO BEM ESTAR DA PROLE. **Na guarda e proteção de menores há de se levar em conta o seu bem estar material, a sua formação moral, intelectual e social**. Situação que, segundo estudo de Assistente Social, preserva tais valores, ausência de elementos informativos capazes de recomendar alternativa diversa da constante na decisão monocrática. Confirmação do julgado. **Julgamento: 05 out. 2004**. (grifou-se)
8	Apelação Cível n.	FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE

	2003.001.27199	CLÁUSULA. SENTENÇA PROCEDENTE. APELAÇÃO. Modificação da guarda da menor, passando a mesma para a mãe. Na época em que foi acordada a guarda, a genitora encontrava-se desempregada e pagava aluguel. Hoje, sua situação se modificou, estando a mesma empregada e residindo em um imóvel cedido pelo seu pai, possuindo, assim, condições de arcar com suas despesas e da filha. **A menor** Rafaela, como foi dito nos autos, **é uma menina bem cuidada, ativa e falante, que possui afeição por ambos os genitores**, **no entanto,** como muito bem ressaltado pela ilustre Promotora de 1º grau, a menor Rafaela **estará, muito em breve, ingressando na fase de puberdade, período em que a figura materna afigura-se essencial**. A pensão alimentícia fixada pela douta Julgadora a quo no patamar de 1/2 salário mínimo no caso de trabalho sem vínculo empregatício, a referida verba deve ser mantida, tendo em vista que para sua fixação foi levado em consideração o binômio necessidade/possibilidade. Recurso conhecido e improvido. **Julgamento: 19 out. 2004**. (grifou-se)
9	Apelação Cível n. 2004.001.12077	POSSE E GUARDA DE MENOR IMPUBERE DISPUTADA PELOS PAIS. Nos termos do art. 6º da Lei 8.069/90 (ECA), na interpretação da lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige e a condição peculiar da criança. De acordo com o art. 1584 do C. Civil, a guarda dos filhos será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. **É tranquilo o entendimento jurisprudencial no sentido de que se deve priorizar o interesse do menor. Provas conclusivas de que, no momento, o pai e a família paterna dispõem de melhores condições para proporcionar bem-estar, educação, saúde e desenvolvimento do menor do que a genitora, que possui outros três filhos e se encontra desempregada**. Sentença correta. Apelação improvida. **Julgamento: 26 out. 2004**. (grifou-se)
10	Apelação Cível n. 2005.001.16959	AÇÃO DE POSSE E GUARDA. No interesse da menor deve ser preservada a atual situação, permanecendo ela com o pai e garantida a visitação para a genitora, como, aliás, já se viu acordado na ação em apenso. Menor que se acha em companhia do pai desde tenra idade. Recurso improvido. **Julgamento: 04 out. 2005.**
11	Apelação Cível n. 2005.001.25594	AÇÃO DE GUARDA - PLEITO DA GENITORA REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL E PSICOLÓGICO - MENORES SOB A GUARDA DO PAI DESDE A SEPARAÇÃO DO CASAL, QUE OCORREU HÁ MAIS DE SETE ANOS. Os menores até hoje se encontram abalados com a separação de seus pais, mas, **não tendo como conviver com ambos sob o mesmo teto, manifestaram vontade de residirem com o pai**, não havendo, portanto, qualquer ponto controvertido a ser esclarecido. Ausência de requerimento da apelante de oitiva dos menores na época aprazada, não tendo, inclusive, após a designação da audiência, feito tal pedido ao Juízo *a quo*, porquanto, diante da conclusão apresentada pelos estudos social e psicológico, desnecessária a dita oitiva. O pai, ora apelado, pelo menos até o momento, apresenta condições de ficar com as crianças, além das mesmas serem taxativas acerca da vontade de permanecer sob sua guarda, o que foi observado pelo Julgador. **A separação dos pais causou forte desequilíbrio emocional, o que, por óbvio, influencia na vida estudantil dos mesmos**, não havendo tal comportamento pelo fato dos menores estarem sob a guarda paterna, tendo o Juízo singular acolhido parecer do Ministério Público para encaminhamento das crianças ao CEMEAS - Macaé para tratamento especializado na área de psicologia e pedagogia. Desprovimento do apelo. **Julgamento: 03 nov. 2005**. (grifou-se)
12	Agravo de Instrumento n. 2005.002.18186	GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR - DEFERIMENTO DOENÇA DA MÃE. Recurso contra decisão monocrática que, em Ação de Guarda e Responsabilidade, deferiu a guarda do menor Luis Alexandre ao pai, diante do estado de doença psicológica da mãe. **Nos casos de separação dos pais, o filho deve ficar com um ou com outro, pois ambos têm o dever de guarda dos filhos menores. Situação fática que recomenda a manutenção da decisão provisória no interesse do menor**. Recurso não provido. **Julgamento: 08 nov. 2005**. (grifou-

		se)
13	Apelação Cível n. 2005.001.36941	GUARDA DE MENOR. PREVALÊNCIA DO SEU INTERESSE. Prova que indica, que o menor deve permanecer na companhia do pai, com quem está há muito tempo. Estudos social e psicológico, a recomendar esta solução. **A decisão acerca da guarda leva em consideração o interesse do menor**, o que remete a discussão para os chamados conceitos juridicamente indeterminados, caso em que o julgador dispõe de certa liberdade na operação de concretização, que na hipótese dos autos se deu com inegável acerto. Elevação da verba honorária inócua, eis que a parte apelada está sob o patrocínio. Defensoria. Recursos desprovidos. **Julgamento: 09 nov. 2005**. (grifou-se)
14	Apelação Cível n. 2005.001.33175	POSSE E GUARDA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA MENOR. Inexistem motivos suficientes para reverter o quadro e **os relevantes interesses da menor, devem prevalecer sobre os dos pais**, no propósito de ficar a filha em companhia da genitora, lar em que se encontra bem adaptada e integrada no seio familiar e social. **Demais, as decisões judiciais relativas à guarda dos filhos não fazem coisa julgada material, podendo ser revistas a qualquer tempo, se surgirem circunstâncias que modifiquem a situação atual, sempre destacando o relevante interesse da menor**. Destarte, não se pode olvidar, que o contando do r. decreto monocrático **não significa perda de pátrio poder, mas compartilhamento regulamentado de posse e guarda, respeitado o direito do pai, na perspectiva de resguardar os relevantes interesses da menor direcionado a cumprir, com independência, seu verdadeiro objetivos na vida**. Visitação. Norma de ordem pública. Regulamentação. Provisória, na ótica da *orare* forense. Desprovimento do Recurso. **Julgamento: 06 dez. 2005**. (grifou-se)
15	Apelação Cível n. 2005.001.28593	CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA. INTERESSE DO MENOR. **O Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado de forma a priorizar o interesse, a proteção e a segurança do menor**. Se o avô detém e a responsabilidade de fato sobre o menor, nada impede obtenha a guarda do neto que efetivamente mantém e educa, com o que concordam os pais. A guarda no caso se destina a regularizar situação de fato, de modo a beneficiar o menor com inclusão como dependente no contrato de seguro saúde mantido pelo Requerente. Ausência de interesse previdenciário, tendo em vista que o menor é saudável e o Requerente possui outros dependentes, como mulher e filha. Recurso provido. **Julgamento: 07 dez. 2005**. (grifou-se)
16	Apelação Cível n. 2006.001.39489	DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR. Criança, órfã de mãe, nascida na Espanha e criada, durante certo período, pela avó materna no Brasil. Ação ajuizada pela avó em face do pai, este espanhol e residente no seu país de nascimento. **Estudos psicológico e sociais aconselhando a permanência da criança, atualmente com oito anos de idade, ao lado do pai e da sua nova família, ressalvada a visitação pelos avós. Laudo psicossocial complementar, ressaltando os laços afetivos que ligam a criança ao pai e avós e desaconselhando a não exposição dela a situação de escolha**. Exercício do poder familiar pelo pai, na falta da mãe (art. 1.631 do Código Civil). Pai como guardião natural (arts. 21 e 22 do ECA). Improcedência do pedido inicial, mantida a guarda com o pai e assegurando-se à avó materna a visitação da neta. Sentença confirmada. **Julgamento: 13 set. 2006.** (grifou-se)
17	Apelação Cível n. 2006.001.37402	FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA. PRETENDIDA REVERSÃO DA GUARDA DA FILHA PARA O PAI. Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Decisão que rejeitou a prova testemunhal que restou irrecorrida. Preclusão da matéria. Rejeição. **Indicação da manutenção da guarda em favor da mãe atendendo ao melhor interesse da menor, que se mostra integrada ao universo familiar materno, reconhecida pelo pai**. Ausência de elementos que demonstrem a necessidade de reversão da guarda ao pai. **Sentença que resguardou o melhor interesse da menor**, não havendo qualquer elemento nos autos evidenciando a prática de

		conduta desidiosa pela mãe em relação a sua filha, devendo a guarda permanecer com a apelada, **resguardado o direito do apelante à visitação, tal como este já vinha exercendo**. Desprovimento do recurso, rejeitada a preliminar. **Julgamento: 17 out. 2006.** (grifou-se)
18	Apelação Cível n. 2006.001.43730	GUARDA DEFINITIVA DE MENOR REQUERIDA PELO PAI. DENÚNCIA ANÔNIMA DE QUE A MÃE ABANDONA OS FILHOS REGULARMENTE PARA FREQUENTAR BAILES. CONCESSÃO PROVISÓRIA DA GUARDA. REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DEFERINDO A GUARDA PATERNA DEFINITVA. APELAÇÃO. Manutenção do julgado. Genitor que reúne, neste momento, melhores condições para a guarda da criança, providência que se reveste da cláusula *rebus sic stantibus*. Recurso conhecido e desprovido. **Julgamento: 8 nov. 2006.**
19	Agravo de Instrumento n. 2006.002.22339	DEMANDA ENVOLVENDO PEDIDO DE GUARDA DE FILHO MENOR. **DECISÃO DEFERINDO A GUARDA PROVISÓRIA AO PAI. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR**. Direito Constitucional que lhe é assegurado. Parecer do Ministério Público que opina pela concessão da guarda provisória. Atuar do Juízo *a quo* em conformidade com a situação concreta que inspirava urgência, por se tratar de resposta jurisdicional a pedido de guarda de uma criança de quatro anos de idade. Robusta instrução documental que indica a conveniência da medida de inversão da guarda até a avaliação sócio-psicológica. Desprovimento do Agravo. **Julgamento: 28 dez. 2006.** (grifou-se)
20	Apelação Cível n. 2006.001.67544	DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA E VISITAÇÃO DE MENOR. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ALTERAÇÃO QUE SÓ SE JUSTIFICARIA PARA SIGNIFICATIVA MELHORA EM SUA QUALIDADE DE VIDA. DESCABIMENTO. Controvérsia recursal referente à insatisfação da apelante quanto ao deferimento da guarda da menor ao pai e ao estabelecimento do local de entrega da menor na residência paterna. **Relatórios de Estudo Psicossocial que deram adequado acompanhamento ao contexto familiar da menor, observando o excelente ambiente familiar em que vive, o afeto recebido, seu rendimento escolar satisfatório, o bom relacionamento com os pais e irmãos, dentre tantas outras circunstâncias que permitem concluir que não haveria motivos para se retirar a criança da guarda do pai**. Observação também dos progressos da mãe na construção de um lar também capaz de receber a menor com o mesmo afeto e dedicação. **Constatação de que ambos reúnem condições similares a oferecer para a menor. Seleção daquele que maiores benefícios oportunize, com base no melhor interesse da criança**. Alteração da guarda que só se justificaria para ocasionar significativa melhora na qualidade de vida da criança. Reforma parcial da sentença apenas para se estabelecer como local de entrega da menor após a visitação a estação ferroviária da Leopoldina. Provimento parcial do recurso. **Julgamento: 28 dez. 2006.** (grifou-se)
21	Agravo de Instrumento n. 2007.002.02406	1) DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO CONSENSUAL. ACORDO SOBRE A GUARDA DOS FILHOS, DE FORMA COMPARTILHADA, RECHAÇADA PELO JUÍZO *A QUO* AO FUNDAMENTO DE QUE, SE OS MENORES RESIDIRÃO COM A GENITORA, A GUARDA DEVERÁ SER EXPRESSAMENTE ATRIBUÍDA À MESMA. - 2) **A família vem sofrendo profundas mudanças em todo o mundo, deixando de ser um simples núcleo econômico e de reprodução para transformar-se num espaço de amor e companheirismo**. No momento em que ocorre a separação do casal, desde que haja harmonia, a **guarda compartilhada é uma opção madura para uma saudável convivência entre filhos e pais separados, já que não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas também a outros atributos da autoridade parental**. 3) Em caso de separação ou divórcio consensual, deve ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Inteligência do art. 1583, Cód. Civil. - 4) A intervenção estatal na questão só se justifica quando apurado que a convenção não preserva suficientemente os interesses

		dos menores, o que não é o caso dos autos. - 5) **O simples fato da fixação da residência dos menores com a mãe ou dos pais residirem em bairros distintos e distantes, por si só, não tem o condão de afastar a intenção dos agravantes de exercerem, conjuntamente, os poderes inerentes ao pátrio poder, de forma igualitária e com a mesma intensidade participando das grandes decisões relativas às crianças, consagrando o direito dos filhos de serem criados por seus dois pais**. - 6) Provimento do agravo. Decisão unânime**. Julgamento: 08 maio 2007.** (grifou-se).
22	Agravo de Instrumento n. 2007.002.27918	PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE DECISÃO QUE CONCEDEU A GUARDA PROVISÓRIA DA MENOR AO AGRAVADO. **Menor que sofre manipulações e intensas pressões psicológicas por parte de sua mãe, no intuito de afastar o convívio com seu genitor. Influência negativa exercida pela genitora sobre a menor que não pode prevalecer. Manutenção da decisão que concedeu a guarda provisória ao genitor**. Recurso manifestamente improcedente a que se nega seguimento. **Julgamento: 05 dez. 2007.** (grifou-se)
23	Apelação Cível n. 2007.001.30223	AÇÃO DE GUARDA E POSSE - FILHO - RECURSO IMPROVIDO. - A presente demanda corre há pelo menos três anos, tendo sido devidamente analisada a situação dos genitores em relação ao menor.- **Não se pode olvidar que os pais da criança possuem um relacionamento bastante conturbado, por isso o litígio e a disputa na guarda da criança**.- Em que pese a condição econômica do Apelante ser melhor do que a da Apelada, **restou demonstrado pelo laudo psicológico** (fls. 279/282) **que a genitora apresenta melhor condição para o desenvolvimento e formação da personalidade do filho, razão pela qual deve ficar com sua guarda**. - Depreende-se das provas adunadas aos autos que o *decisum* acertou ao determinar que o filho possa viver na companhia de sua mãe, uma vez que se mostrou benéfica para o menor essa situação. - **Aliás, a visitação do genitor é bastante ampla, tendo seu filho nos finais de semana alternados e às quartas-feiras, para o pernoite**. Sentença que deve ser mantida. **Julgamento: 05 dez. 2007.** (grifou-se)
24	Apelação Cível n. 2007.001.37811	1. APELAÇÃO. GUARDA DE FILHO MENOR. 2. **A guarda deve ser concedida sempre em consonância com o interesse do menor. 3. A situação existente deve ser mantida, conservando-se a guarda com o pai, que já a tem há dois anos, estando as crianças adaptadas ao lar paterno, bem estruturado**. 4. A mãe, que já tem outros filhos, e reside em condições menos favoráveis sequer teve a iniciativa da ação. 5. Recurso Provido. **Julgamento: 11 dez. 2007.** (grifou-se)
25	Agravo de Instrumento n. 2007.002.11266	SEGREDO DE JUSTIÇA. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE FILHOS. DEMANDA PROPOSTA PELO GENITOR. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MAUS-TRATOS POR PARTE DA GENITORA. NECESSIDADE DE ESTUDO DETALHADO DO CASO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. **O direito dos pais de ter os filhos em sua companhia e guarda** (art. 1.634, II, do Código Civil/2002) **é complemento indispensável do dever de criação e educação, somente podendo ser suprimido em casos excepcionais**. E essa situação de excepcionalidade, no que pertine ao comportamento da mãe dos menores, embora exaustivamente afirmada pelo agravante, pai dos mesmos, não está, pelo menos por enquanto, caracterizada, na medida em que não existem elementos suficientes que ponham em dúvida a convivência sadia entre ela e as crianças. Decisão que deve ser mantida, posto que não é teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos (Súmula TJ/RJ n. 59). Recurso ao qual se nega provimento. **Julgamento: 11 dez. 2007**. (grifou-se)