PATRÍCIA DAHER LAZZARINI

**A PROTEÇÃO DA CRIANÇA PELO EXERCÍCIO DA GUARDA DE
MENORES E DA VISITA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como
exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em
Direito Civil, sob orientação do Prof. Roberto João Elias

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO**

2009

RESUMO

O objetivo deste trabalho é o estudo da proteção à criança pelo exercício da guarda e do direito de visita, em especial no desfazimento da união conjugal. Para tanto, analisaram-se os princípios e as normas que atuam no funcionamento da família para amparar os filhos menores em tais circunstâncias e também a Lei 8.069/1990, traçando-se um panorama sobre a guarda disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dirigida às situações em que a família não consegue suprir a necessidade de proteção e a outras hipóteses excepcionais. Tratamos do poder familiar, da evolução da legislação brasileira sobre a proteção dos filhos, das inovações sobre o tema trazidas pelo Código Civil de 2002, das formas de atribuição de guarda, bem como do papel do direito de visita na concretização da convivência familiar. Segue, por fim, uma síntese dos projetos de lei que abrangem o tema.

Palavras-chave: Direito de família; guarda de filhos; guarda de menores; direito de visita; poder familiar

SOMMARIO

L'obiettivo di questo lavoro è quello di studiare la protezione dei minori nell'esercizio dell'affidamento e del diritto di visita, in particolare nello scioglimento del matrimonio.

A tal fine, si sono analizzati i principi e le norme che regolano la famiglia con lo scopo di tutelare i figli minori in quelle circostanze, ed anche la Legge 8.069/1990 per tracciare un quadro sull'affidamento disciplinato dallo Statuto del Fanciullo e dell'Adolescente, applicabile alle situazioni in cui la famiglia non riesce a soddisfare le necessità di protezione e ad altre ipotesi eccezionali. Ci siamo occupati della potestà genitoriale, della evoluzione della legislazione brasiliana sulla tutela dei figli, delle innovazioni introdotte dal Codice Civile del 2002, delle forme di affidamento e del ruolo del diritto di visita nella convivenza familiare. Ne segue poi un riassunto dei disegni di leggi in materia di affidamento e di visita.

Parole chiave: Diritto di famiglia; affidamento dei figli; affidamento dei minori; diritto di visita; potestà genitoriale

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS NA FAMÍLIA E O DESFAZIMENTO DA UNIÃO DOS PAIS.....	11
2.1. A família contemporânea: igualdade entre os membros?.....	11
2.2. Poder familiar – conteúdo e exercício na família contemporânea.....	20
2.3. Poder familiar e a busca do melhor interesse do filho nas relações familiares após o desfazimento da união dos pais	32
2.4. O direito à convivência familiar.....	35
2.5. A proteção da pessoa dos filhos na legislação brasileira	40
3. INOVAÇÕES NO TRATAMENTO DA GUARDA E DO DIREITO DE VISITA PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002	50
3.1. Afastamento da culpa pela separação como critério para atribuição da guarda e busca das “melhores condições” do genitor: tentativa de desvincular a causa do fim da relação conjugal da questão atinente à relação parental.....	51
3.2. Utilização de cláusula aberta para maior proteção aos filhos	55
3.3. Reconhecimento do afeto como critério na atribuição da guarda a terceiro	60
3.4. Retrocesso ao sacrificar o direito dos filhos à convivência com penalidade ao genitor	62
3.5. Omissão quanto à extensão das visitas.....	64
4. GUARDA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA	65
4.1. Conceito, fundamento e natureza jurídica da guarda no Código Civil	65
4.2. Formas de guarda no Código Civil	71
4.2.1. Guarda unilateral	73
4.2.2. Guarda alternada	77
4.2.3. Guarda compartilhada	79
4.2.3.1. Guarda compartilhada quando os pais estão em conflito	84
4.2.3.2. Guarda compartilhada e responsabilidade civil.....	88
4.2.3.3. Guarda compartilhada e filhos portadores de necessidades especiais	93
4.4. Educação dos filhos: atribuições decorrentes da guarda e do poder familiar	94
4.5. A vigilância e o direito à intimidade da criança.....	97
4.6. Guarda e exercício do poder familiar nas famílias recompostas	100
4.7. A questão da oitiva da criança para atribuição da guarda.....	107
4.8. Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	113

5. O DIREITO DE VISITA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	121
5.1. Conceito, fundamento e natureza jurídica do direito de visita	121
5.2. Características e exercício do direito de visita	135
5.3. Relação entre a visita e o abandono afetivo	138
5.4. Necessidade de regulamentação da visita e papel dos sujeitos envolvidos.....	145
5.4.1. A criança	148
5.4.2. Os pais	150
5.4.2.1. A postura do visitante e do guardião.....	150
5.4.2.2. Os pais biológicos.....	153
5.4.2.3. Visita dos pais em caso de guarda concedida a terceiros	154
5.4.3. Os avós	155
5.4.4. Outros parentes e pessoas sem vínculo de parentesco	158
5.5. Limitações ao direito de visita e a visita monitorada	160
5.6. A recusa da criança e a síndrome da alienação parental	162
5.7. Fixação de domicílio, guarda e visita	167
5.8. A visita quando o pai está preso.....	169
 6. NOTAS SOBRE O DIREITO ESTRANGEIRO	 173
6.1. Itália	173
6.2. França	175
6.3. Alemanha	177
6.4. Portugal	178
 7. CONCLUSÕES	 180
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 184
 APÊNDICE	 199
OS PROJETOS DE LEI SOBRE A PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS: INOVAÇÕES QUANTO À GUARDA E AO DIREITO DE VISITA	200
Projetos de Lei 4.486/2001, da Senadora Luzia Toledo, e 6.858/2006, da Deputada Ann Pontes	200
Projeto de Lei 356/2004, do Senador César Borges	201
Projeto de Lei 276/2007, do Deputado Léo Alcântara, apresentado em substituição ao Projeto de Lei 6.960, originalmente apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza	202
Projeto de Lei 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro.....	203
Projeto de Lei 4053/2008, do Deputado Regis de Oliveira	206

1. INTRODUÇÃO

A proteção em geral à criança é tema de inegável preocupação social, mas, particularmente dentro da família, a diretriz representada pela tutela do interesse do menor – que se insere no objeto de importantes convenções e documentos internacionais¹ – é constante alvo de discussão nos tribunais.

Observe-se que a utilização do termo “criança” para nomear as pessoas menores de dezoito anos, constante no título deste trabalho, deve-se à inserção em nosso

¹ Citem-se, como exemplos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 1959, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e o documento adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a Criança, realizada em Nova Iorque, em maio de 2002, denominado “Um mundo para as crianças”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem traz, no item 2 do artigo XXV, disposição segundo a qual “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. A Declaração Universal dos Direitos das Crianças, além de conter o direito à proteção especial, intitula seu Princípio VI com a expressão “Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade”. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança dispõe, em seu preâmbulo: “Reconhecendo 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”. Da mesma Convenção, consta: “Artigo 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, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus 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 que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.(...)”. O documento “Um mundo para as crianças”, que constitui um acordo em torno de uma agenda para as crianças do mundo, inclui a proteção à criança dentro da família e seu crescimento emocional seguro como um de seus objetivos, dispondo: “ (...) 7. Por meio do presente, convocamos todos os membros da sociedade para juntarem-se a nós em um movimento mundial que contribua à criação de um mundo para as crianças, apoiando nossos compromissos com os princípios e objetivos seguintes: 1. **Colocar as crianças em primeiro lugar.** Em todas as medidas relativas à infância será dada prioridade aos melhores interesses da criança. (...) 4. **Cuidar de cada criança.** (...) Faremos um esforço conjunto para lutar contra as doenças infecciosas, combater as principais causas da desnutrição e criar as crianças em um meio seguro que lhes permita desfrutar de boa saúde, estar mentalmente alerta, sentir-se emocionalmente seguras e ser socialmente competentes e capazes de aprender. (...)”. Ao tratar do seu plano de ação: “15. A família é a unidade básica da sociedade e, como tal, deve ser reforçada. A família tem direito a receber proteção e apoio completos. A proteção, a educação e o desenvolvimento da criança é, a princípio, responsabilidade da família. Todas as instituições da sociedade devem respeitar os direitos da criança, assegurar seu bem-estar e dar assistência apropriada aos pais, às famílias, aos tutores legais e às demais pessoas encarregadas do cuidado com as crianças para que possam crescer e se desenvolver em um meio seguro e estável e em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, tendo em mente que em diferentes sistemas culturais, sociais e políticos existem várias formas de família”. Ao tratar da implementação do plano de ação, o documento dispõe: “(...) 32. (...)2. Os pais, as famílias, os tutores legais e as demais pessoas encarregadas do cuidado com as crianças têm o papel e a responsabilidade primordiais com relação ao bem-estar das crianças e devem ser apoiados no desempenho de suas responsabilidades para com elas. Todos os nossos programas e políticas devem promover a responsabilidade compartilhada de pais, familiares, tutores e outras pessoas encarregadas de cuidar da criança e da sociedade como um todo. (...)”.

ordenamento jurídico da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989², ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990³, portanto, posteriormente à Lei 8.069, de 13 de julho de 1990⁴ (Estatuto da Criança e do Adolescente), a qual faz uso dos termos “criança” e “adolescente”, para designar as pessoas menores de doze anos e aquelas que tenham entre doze e dezoito anos respectivamente.

O Código Civil de 2002, por sua vez, emprega o termo “menor” em diversos dispositivos⁵ ao referir-se às pessoas menores de dezoito anos, que são denominadas “crianças” pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, promulgada pelo Decreto 99.710/1990 mencionado. A denominação “menor” é utilizada pelo Código ao cuidar das incapacidades em seus artigos 3º, inciso I (“menores de dezesseis anos”), e 4º, inciso I (“os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”), prescrevendo em seu artigo 5º cessar a “menoridade” aos dezoito anos completos.

Ao abordar o destino dos menores de dezoito anos no momento do desfazimento da união de seus pais, o Código Civil de 2002 passa a utilizar o termo “filhos”.

No capítulo denominado “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”, traz a proteção à criança por meio da guarda e do direito de visita, na busca de realizar o seu melhor interesse, de possibilitar seu desenvolvimento emocional sadio e de promover sua realização na família.

²A referida Convenção, embora inegavelmente trate de direitos humanos voltados à criança, tem *status* de legislação infraconstitucional, por não ter sido deliberada na forma do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (“§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”), além de ser anterior à referida Emenda. Em relação à hierarquia entre os tratados não-aprovados nos termos mencionados e a legislação ordinária, entende-se que ambos têm a mesma estatura, garantindo-se “a autoridade da mais recente das normas”, como aponta JOSÉ FRANCISCO REZEK (REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 472).

³Consta da Convenção sobre os Direitos da Criança: “Artigo 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”. Justificando sua especificidade em relação à proteção da criança, transcreve-se parcialmente o seguinte dispositivo: “Artigo 3 – 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (...)”.

⁴A Lei 8.069/1990 dispõe: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

⁵O Código Civil, após tratar das incapacidades absoluta e relativa pelo critério da idade nos artigos 3º, I, e 4º, I, refere-se à cessação da menoridade no artigo 5º, *caput* e parágrafo único. Refere-se, ainda, ao “menor” ou aos “menores” nos artigos 180, 228, I, 588, 589, II, III, IV e V, 666, 814, 824, § único, 837, 932, I, 974, § 1º, 975, § 2º, 1.550, II, 1.552, *caput* e inciso I.

Nesta dissertação serão utilizadas as denominações criança, menor e filho menor como sinônimos para designar a pessoa menor de 18 anos, recorrendo-se ao termo adolescente quando se pretender diferenciá-lo da pessoa menor de doze anos.

Em relação à matéria da qual se pretende cuidar, observe-se que o Código Civil de 2002, por iniciativa de Clóvis do Couto e Silva, trouxe no livro IV, relativo ao Direito de Família, a distinção entre Direito Pessoal e Patrimonial⁶.

No título I, relativo ao Direito Pessoal, inseriram-se os subtítulos relativos ao casamento (Subtítulo I) e às relações de parentesco (Subtítulo II).

É no Subtítulo I que estão presentes os artigos 1.583 a 1.590, inseridos no Capítulo XI (“Da Proteção da Pessoa dos Filhos”), que cuidam dos institutos da guarda e do direito de visita, relacionados estreitamente com a relevante questão da convivência familiar – que deve ser assegurada à criança, nos termos dos artigos 227 da Constituição Federal, 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do preâmbulo e dos artigos 9 e 10 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989⁷.

Naqueles poucos dispositivos, o Código Civil de 2002 procurou, embora de forma tímida, consolidar regras de leis esparsas, guiando-se por princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988 e pela doutrina da proteção integral da criança⁸.

Tanto a guarda de filhos quanto o direito de visita relacionam-se ao poder familiar, cuja concepção é muito diversa daquela do pátrio poder presente no Código Civil de 1916, como se demonstrará, e interferem diretamente na convivência familiar – a qual,

⁶A referida distinção foi elogiada por Miguel Reale, que entendeu ter trazido “mais limpidez ao texto” (REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 abr. 2006).

⁷Para o preâmbulo e o artigo 9, 1 e 3, da Convenção sobre os Direitos da Criança, ver nota 1. Dispõe, ainda, a Convenção: “Artigo 10 (...) 2. 2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção.”

⁸A doutrina jurídica da proteção integral, como ensina TÂNIA DA SILVA PEREIRA, prega que “os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado”. Referida doutrina foi proclamada pela Constituição Federal de 1988 e consagrada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19-22).

por sua vez, reflete na essencial relação entre pais e filhos –, garantia fundamental da criança que repercute no desenvolvimento de sua personalidade.

Trata-se de tema delicado, não só pelo difícil momento que a separação de um casal costuma representar, mas principalmente por envolver crianças e decisões – sempre sujeitas à alteração – que sobre elas refletirão, alterando-lhes a rotina e prejudicando-lhes o convívio com um dos genitores.

Partindo-se dos pressupostos de que o vínculo familiar extrapola o vínculo desfeito entre cônjuges e não se limita a fundamentos biológicos; de que a relação entre pai e filho é única⁹, e da existência de um poder-dever dos pais em relação aos filhos, visa-se a estudar as implicações da continuidade do poder familiar após a ruptura conjugal, diante da necessária atribuição da guarda e do exercício do direito de visitas, verificando-se como realizar a proteção da criança e a convivência familiar, de acordo com seu melhor interesse, em tais situações.

Pretende-se analisar tais questões em seu plano existencial – não se cuidará, aqui, das implicações quanto aos bens dos filhos¹⁰ – abordando-se os princípios que lhes são aplicáveis, a sua evolução até os novos paradigmas do Direito de Família, as formas de exercer a autoridade parental na guarda e na visita, com o intuito de contribuir à configuração da proteção da criança dentro da família e ao estabelecimento de parâmetros para a extensão do direito de visita, as formas de seu exercício e a solução de conflitos decorrentes do choque de tal direito com outros.

Para tanto, necessário estudar as formas de atribuição de guarda de filhos e, nesses modelos, investigar como efetivamente se exerce o poder familiar, enfocando-se, de maneira especial, o direito de visita, com seu importante papel na garantia da convivência familiar, direito da criança constitucionalmente protegido.

Em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, traçaremos um breve panorama do exercício da convivência familiar por meio da guarda ali disciplinada.

⁹“A relação existente entre um pai e seu filho não pode ser comparada a mais nada; as expressões ‘és como um filho para mim’ ou a recíproca ‘és como um pai para mim’ indicam o surgimento entre duas pessoas de uma relação privilegiada, onde se condiz um sentimento, uma dor, uma procura, um esforço” (tradução livre) (BREGANTE, Lina. *Doveri e diritti dei genitori*. Padova: CEDAM, 2005. p. 4).

¹⁰PAULO LUIZ NETTO LÔBO alerta que o legislador, no Código Civil de 2002, excluiu a Seção III do capítulo destinado ao pátrio poder no Código Civil de 1916, que se referia ao instituto quanto aos bens dos filhos. Transferiu-se a matéria para o Título relativo ao Direito Patrimonial, alocando-a no Subtítulo II, “Do Usufruto e da Administração dos Bens dos Filhos Menores” (artigos 1.689 a 1.693). Entretanto, a matéria continua a referir-se ao poder familiar (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8731>> Acesso em: 21 out. 2008).

Trataremos, ainda, de Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional que cuidam da matéria.

Por fim, para delimitar o tema, embora as mencionadas disposições do Código Civil que cuidam do assunto estendam-se aos filhos maiores incapazes, nos termos do artigo 1.590¹¹, ressalta-se que este trabalho enfoca a guarda e a visita como formas de proteção à criança.

¹¹O Código Civil trata das incapacidades absoluta e relativa em seus artigos 3º e 4º. A Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. Seu artigo 2º, parágrafo único, inciso II, prevê como direito da pessoa portadora de transtorno mental a inserção na família como instrumento para alcançar sua recuperação: “Art. 2º (...) Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: (...) II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade”.

2. A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS¹² NA FAMÍLIA E O DESFAZIMENTO DA UNIÃO DOS PAIS¹³

2.1. A família contemporânea: igualdade entre os membros?

A família, embora não se limite ao que a lei dispõe a respeito dela, tem seu lugar no Direito, pois a norma, na busca de acompanhar os fenômenos sociais, tutela e ampara seus arranjos¹⁴.

Trata-se de núcleo natural, que, segundo MASSIMO BIANCA, não é ente jurídico – pois nenhuma posição jurídica é atribuída à família como tal nem existem competências reservadas à decisão e à gestão do grupo familiar –, mas constitui fenômeno complexo, determinado segundo matrizes humanas e sociais estranhas ao Direito e cuja realidade não se exaure na regra jurídica, apesar de fazer parte da referida realidade¹⁵.

A regra jurídica, além de garantir determinados interesses da pessoa no âmbito da família, oferece um modelo que atua sobre o comportamento familiar. Assim, o Direito de Família não pode ser visto como uma simples tradução em termos jurídicos do fenômeno social, mas como um dos fatores atuantes na realidade da família¹⁶.

Esta atuação da lei, entretanto, não se dá de modo a determinar de maneira detalhada o modo de os membros da família cumprirem seus deveres ou exercerem seus

¹²Para GENEVIÈVE VINEY, a evolução das concepções e o desenvolvimento das medidas com o fim de proteger a infância levaram a jurisprudência a uma ótica diversa da idéia de medidas puramente de segurança, assumindo o interesse da criança um lugar mais importante. Para a autora, o aspecto de prerrogativa civil dá lugar, assim, à noção de direito-função e até mesmo de medida de defesa social (VINEY, Geneviève. Du “droit de visite”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 63, p. 259, 1965).

¹³Utiliza-se a expressão desfazimento da união para abordar as hipóteses de separação, divórcio e dissolução da união estável e anulação do casamento. ALBERTO TRABUCCHI, ao tratar da diferença entre a dissolução do casamento e sua anulação, observando que a última ocorre por um vício na formação do vínculo, assevera que por várias razões da vida moderna, o princípio de estabilidade do vínculo matrimonial está em crise. Refere-se à expressão *démariage*, utilizada pelos franceses, a qual compreende todos os casos de falência do vínculo, com as várias situações como inexistência, invalidade, divórcio ou separação (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 42. ed. Padova: CEDAM, 2005. p. 364).

¹⁴A respeito, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO ensina que “A família repete-se por gerações, estabelecendo regras de convivência entre seus membros, que são verdadeiramente, por isso, de Direito natural, escrito pelo tempo no ser humano e, muitas vezes, ratificado pelas regras jurídicas” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 98, p. 40, jul. 2008).

¹⁵BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 8-10.

¹⁶BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*, cit., p. 9.

direitos. A lei, a despeito de estabelecer normas atinentes à relação paterno-filial¹⁷, não adentra na família a ponto de disciplinar como os pais devem criar seus filhos¹⁸.

O termo “família”, segundo MICHELE SESTA¹⁹, não designa uma entidade separada, mas uma pluralidade de relações, cuja natureza familiar, baseada na experiência social comum, advém da subsistência de vínculos de gêneros variados: jurídicos, como o casamento, a afinidade e a adoção; jurídicos e biológicos, como a filiação legítima ou natural reconhecida e o parentesco; meramente biológicos, como a filiação não-reconhecida ou não-reconhecível. Também as relações de fato, como a convivência fora do casamento e as relações que se criam na família recomposta, ao menos com referência a alguns aspectos, gozam de tutela e, portanto, podem ser englobadas no âmbito das relações familiares juridicamente relevantes.

No Direito brasileiro, o Código Civil de 1916, de inclinação patriarcal e patrimonialista, refletia a sociedade autoritária, que discriminava as relações familiares e na qual o marido prevalecia sobre a mulher e os filhos²⁰.

Como o Código então vigente, o Direito de Família, que influenciava o comportamento familiar – no sentido de proteger a família acima dos seus próprios membros²¹ –, era caracterizado por uma visão autoritária de tais relações, em que predominava a desigualdade jurídica e moral entre marido e mulher, assim como entre filhos advindos ou não do casamento e adotivos.

A idéia de autoridade nas relações familiares era tão forte que CLOVIS BEVILAQUA a considerava fator de consolidação da família, garantido pela religião, pelos costumes e pelo Direito²².

¹⁷ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1978. p. 37.

¹⁸Nesse sentido, SÍLVIO NEVES BATISTA, para quem a família é “corpo social impenetrável, cerrado e protegido da interferência dos outros, inclusive da ordem jurídica” (BAPTISTA, Sílvio Neves. *Guarda e direito de visita*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 36, abr./jun. 2000).

¹⁹SESTA, Michele. *Manuale di diritto di famiglia*. Padova: CEDAM, 2005. p. 2.

²⁰A respeito: “A preocupação com o aspecto econômico da família levou o Código Civil de 1916 a uma opção patrimonialista, elegendo a proteção do patrimônio como objetivo maior. A esse propósito, alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, em que o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram os pontos preponderantes” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 27).

²¹Sobre o tema, EDUARDO ESPINOLA, tratando da família no Código de 1916, ensina que “o direito individual é substituído por um interesse superior, que é o da família, porque a tutela jurídica se destina a protegê-la mais freqüentemente que a qualquer de seus membros” (ESPINOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957. p. 14).

²²BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p. 20.

Já na contemporaneidade, como lembra MARIA CELINA BODIN DE MORAES, a família é vista como “um espaço privilegiado de solidariedade e de realização pessoal”, tendo se transformado esse ambiente familiar numa aspiração generalizada: busca-se “fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco”²³.

Quando se fala em crise, é preciso esclarecer que esta não se deu contra a própria família, mas sim contra o “modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder”²⁴.

A Constituição Federal de 1988, inspirada pelas mudanças culturais ocorridas notadamente na segunda metade do século passado e pelas convenções internacionais relativas a Direitos Humanos²⁵, ainda que não traga uma definição, entende ser a família a base da sociedade²⁶, conferindo-lhe, no *caput* do artigo 226, especial proteção do Estado e trazendo profundas repercussões para o Direito de Família. Colocou homem e mulher em condição de igualdade, por meio dos artigos 5º, I, e 226, parágrafo 5º, concretizando o disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948²⁷.

Verifica-se, no reflexo constitucional, nítida alteração da concepção do Direito de Família, que hoje reconhece a igualdade entre homem e mulher²⁸, bem como atribui papel ativo à última, com respeito à individualidade e à pessoa de cada um dos membros

²³MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 614.

²⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática, cit., p. 614.

²⁵A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XVI, 3, prescreve que “... a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”, disposição repetida pelo artigo 17, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1966, o Pacto de San José da Costa Rica.

²⁶No mesmo sentido, já se mencionou o documento denominado “Um mundo para as crianças”, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas sobre a Criança, realizada em Nova Iorque, em maio de 2002 (nota 2).

²⁷O artigo XVI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução”.

²⁸O exposto reconhecimento dessa igualdade pelo Direito é fruto das transformações pelas quais passou a sociedade, mas foi importante a transformação da igualdade em regra jurídica para atuar nas situações em que ainda há resistência social a esse reconhecimento. Nesse sentido, em relação à reforma ocorrida no Direito de Família na Itália e tratando da mencionada igualdade, MASSIMO BIANCA lembra que, apesar de “precedida de uma profunda alteração do costume social, (...) não se pode negar que exerce um impacto sobre tal contexto, promovendo a atuação da regra paritária também onde o costume social ainda se mostra ligado aos tradicionais modelos autoritários” (tradução livre) (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*, cit., p. 9).

da família, dando especial proteção à criança²⁹ e atentando-se à afetividade³⁰ como importante valor nas relações familiares.

Em reconhecimento às diversas realidades familiares³¹, em nenhum momento a Constituição refere-se à família como aquela fundada unicamente no casamento³². Protege, sim, todas as entidades familiares, entre as quais inclui “a união estável entre homem e mulher” e “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”³³.

Porém, a pluralidade de modelos familiares³⁴ presentes na sociedade, mesmo diante da possibilidade de serem englobados na proteção constitucional³⁵, carece de regulamentação que tutele diversas das relações entre seus membros, como a situação do exercício do poder familiar e da guarda nas famílias recompostas, a amplitude do direito de visita, a recusa do filho em ser visitado pelo genitor não-guardião ou a de este exercer seu direito de visita.

²⁹ A proteção especial à criança se dá com a atribuição de direitos que, no dizer de GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, têm alcance heterogêneo, sendo específicos das crianças, além daqueles homogêneos, exercitáveis por todos os membros da espécie humana (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 145 e p. 245).

³⁰ Oportuna a constatação de LUIZ EDSON FACHIN, segundo o qual “(...) o corpo da família, sem deixar de ser o que é, vive a paixão de ser *outro*. Sobrevive, pois, na razão jurídica e no espaço social, prefaciando o futuro com a afirmação de sua história em contínua reconstrução, não raro com especial valor ao afeto” (FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 12, abr./maio 2003).

³¹ Em sua *Síntese de Indicadores Sociais* de 2008, o IBGE identifica, no Brasil, em relação às famílias, “novas formas de organização advindas de um processo de mudança demográfica e de transformações econômicas e sociais, que interferiram diretamente nos seus padrões de organização, não somente em termos de tamanho como também nos aspectos institucionais e culturais”.

³² Segundo ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, “Deixou de existir a grande família, que passou a ser nuclear, formada pela tríade pai, mãe e filhos. Com o crescimento do número de separações, divórcios, dissoluções de uniões estáveis, a família uniparental também passou a ter relevo. O importante é que a família contemporânea, inscrita na Constituição Federal de 1988, não é a apenas albergada pelo casamento. O art. 226 é uma enumeração meramente exemplificativa, abarcando em seu bojo inúmeras espécies de entidades familiares. (...)” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, cit., p. 31).

³³ Parágrafos 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal.

³⁴ MARIA CELINA BODIN DE MORAES ressalta que, “Em termos sociológicos, a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado e independente de laços consanguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e valores compartilhados” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*, cit., p. 617).

³⁵ MARIA BERENICE DIAS reconhece outras formas de família além das expressamente previstas na Constituição Federal, inclusive a homoafetiva, com base na dignidade da pessoa humana: “A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana”. DIAS, Maria Berenice. *As famílias e seus direitos*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=30&isPopUp=true> Acesso em: 30 set. 2008

A solução para as mais diversas questões atinentes ao Direito de Família deve ser buscada na nova compreensão que lhe é dada, compreensão que se alterou da mesma forma que a própria família se modificou³⁶.

A família passa de hierárquica à democrática³⁷: a autoridade patriarcal marcada pela posição privilegiada com que o marido e pai ocupava a chefia da casa é substituída pela igualdade entre o homem e a mulher³⁸ – assim como entre os filhos –, pela expressa atribuição constitucional de dever aos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” bem como aos filhos maiores de “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”³⁹ e pela colocação da criança no centro das preocupações da família, pois seus interesses são tutelados com prioridade absoluta⁴⁰.

Na família democrática, ressalta MARIA CELINA BODIN DE MORAES, as decisões são tomadas por meio da comunicação, “através do falar e do ouvir”, e, “se todas as pessoas são igualmente dignas, nenhuma instituição poderá ter o condão de sobrepor o seu interesse ao dos seus membros”⁴¹.

Com esse novo modelo familiar, que preza pelo diálogo⁴², a igualdade entre homem e mulher quanto a direitos e deveres na sociedade conjugal, assim como a

³⁶Segundo CYNTHIA SARTI, “No mundo contemporâneo, as mudanças ocorridas na família relacionam-se com a perda do sentido da tradição. Vivemos numa sociedade onde a tradição vem sendo abandonada como em nenhuma outra época da História. Assim, o amor, o casamento, a família, a sexualidade e o trabalho, antes vividos a partir de papéis preestabelecidos, passam a ser concebidos como parte de um projeto em que a individualidade conta decisivamente e adquire cada vez maior importância social” (SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Cortez Ed., 2005. p. 43).

³⁷MARIA CELINA BODIN DE MORAES enxerga, na família democrática, a superação de três desigualdades que definiam a família tradicional, quais sejam, entre homens e mulheres, entre pais e filhos e entre heterossexuais e homossexuais (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*, cit., p. 620-621).

³⁸Dispõe o parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição: “§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” No desenvolvimento legislativo sobre a igualdade entre o homem e a mulher na família, que culminou com o dispositivo constitucional transcrito, desempenharam importante papel a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada) e a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio).

³⁹Dispõe a Constituição Federal: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

⁴⁰Dispõe a Constituição Federal: “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. (...) § 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.”

⁴¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*, cit., p. 619-620.

⁴²A respeito, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO ressalta: “Como a função da família na sociedade fundada sob o signo da Democracia e do Direito é a de garantir e privilegiar a formação intelectual e psíquico-social da criança mediante o afeto decorrente da despatrimonialização das relações familiares, deve ser garantida a mais ampla participação desta em seu processo educacional, passando pelo

igualdade de direitos entre filhos e a proibição de designações discriminatórias quanto à filiação puseram fim à proteção restrita à antes denominada “família legítima”.

A família deixou de ser a instituição rígida e patriarcal preconizada pelo Código Civil de 1916, passando-se a valorizar a liberdade individual e a reciprocidade com um comportamento mais pautado pela solidariedade, “em que cada qual pensa e vive a família como resposta às suas aspirações de desenvolvimento pessoal, mas também com base na ajuda mútua e no diálogo”⁴³.

Como ressalta ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, o novo paradigma é o da família solidarista, em substituição ao da família patriarcal: o valor fundamental deixa de ser o patrimônio para ser a pessoa humana⁴⁴.

Exercendo a solidariedade familiar⁴⁵, o interesse da família deve coincidir com os interesses individuais de cada membro, a fim de que o indivíduo se realize no âmbito familiar. Nesse contexto, o Direito de Família deve colaborar para que antes de realizar-se na sociedade, o crescimento da pessoa e sua realização ocorram na família, adequando-se os interesses do grupo (família) com os interesses individuais (dos membros).

Se, por um lado, a autonomia e a individualidade dos cônjuges e companheiros são reforçadas por esta visão do Direito de Família, por outro, cresce a busca por instrumentos que possibilitem maior tutela no que diz respeito à filiação⁴⁶: os pais, ainda que desfeita sua união e ainda que passem a integrar nova família, não deixam de ser pais.

Aumenta a consciência da necessidade de maior proteção aos filhos⁴⁷, seja quanto ao comportamento dos pais e sua autoridade sobre aqueles, seja em relação ao

diálogo ponderado entre ela e seus pais como forma de se chegar a um consenso entre os anseios da criança e as possibilidades daqueles. É o futuro profissional e intelectual da criança que já está em jogo, motivo pelo qual suas opiniões devem encontrar apoio na liberdade de expressão, além de respeito e compreensão por parte dos pais que, conscientemente, exercem suas funções dentro dos parâmetros democráticos traçados pelo Direito contemporâneo”. (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-75).

⁴³TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, cit., p. 34.

⁴⁴TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, cit., p. 34.

⁴⁵Do que são exemplos, além da proteção à criança, a proteção ao idoso e o dever de alimentos.

⁴⁶ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, sensível a este novo enfoque sobre os filhos, destaca: “A criança e o adolescente surgiram como protagonistas de suas relações. Foram alçados, pela ordem jurídica, à condição de pessoas em desenvolvimento, sendo alvo de ações prioritárias da família, da sociedade e do Estado. Passaram a exercer papéis ativos em sua própria educação e criação. É nesse espaço de maior democracia que se insere a relação parental. (...)” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, cit., p. 35).

⁴⁷Vale citar, novamente, o entendimento de MICHELE SESTA, para quem “A situação que surge pode ser assim sintetizada: a estabilidade da família está nas mãos dos cônjuges ou companheiros, o direito não traz regras para garanti-la contra a vontade dos interessados. O direito dos pais não pode, entretanto, comprometer o dos filhos a uma educação: em outras palavras, ‘marriage isn’t really the important issue,

Poder Público, a quem também se dirigem as normas contidas no artigo 227 da Constituição Federal.

Alterou-se tanto a visão da conjugalidade quanto a da paternidade, cujo caráter deixou de ser ligado a uma hierarquia de papéis para relacionar-se à afetividade. Valoriza-se, assim, a convivência familiar, a desbiologização da paternidade⁴⁸ e a busca da felicidade e da realização de cada um dos integrantes da família, em especial das crianças, pessoas humanas em desenvolvimento, cuja proteção especial neste âmbito vem prevista pelos artigos 227, principalmente no *caput* e § 6º, e 229.

O desfazimento da união dos pais, seja pelo fim do casamento ou dissolução de união estável, não acarreta o fim do vínculo familiar, indissolúvel⁴⁹, nem dos deveres dele advindos. Portanto, um dos desafios do Direito de Família contemporâneo é alcançar a conciliação da liberdade individual dos pais e de sua autoridade sobre a prole com a proteção dos direitos e dos interesses dos filhos menores⁵⁰, isto é, a busca da liberdade dos pais quanto às decisões acerca da conjugalidade, de cunho íntimo e pessoal, e, ao mesmo tempo, a garantia do exercício de suas responsabilidades e deveres em relação aos filhos.

DIOGO LEITE DE CAMPOS, ao tratar da família como problema normativo, leciona serem as relações pessoais “deixadas à liberdade dos cônjuges que as desenvolverão e extinguirão conforme entenderem (as restrições ainda hoje existentes parecem evanescentes)”⁵¹. O mesmo autor, por outro lado, diz que a filiação “continua a ser objecto de referências legislativas desenvolvidas”, muitas transitando para o Direito

children are’. Assim, no contexto da importante progressiva privatização da relação matrimonial, insere-se a crescente atenção do direito em relação ao menor, as suas necessidades, os seus direitos, atenção que recentemente marcou em profundidade o direito de família, segundo uma tendência que prevalecerá no futuro” (tradução livre) (SESTA, Michele. *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 16-17).

⁴⁸ A respeito: VILLELA, João Batista. A desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, p. 401-419, 1979.

⁴⁹ Este vínculo também surge na hipótese de filho nascido sem que os pais jamais houvessem vivido juntos ou tivessem intenção de formar família, em mais uma demonstração de que conjugalidade e parentalidade não estão necessariamente vinculadas.

⁵⁰ A respeito, CYNTHIA SARTI: “O problema da nossa época é, então, o de compatibilizar a individualidade e a reciprocidade familiares. As pessoas querem aprender, ao mesmo tempo, a serem sós e a ‘serem juntas’. Para isso, têm que enfrentar a questão de que, ao se abrir espaço para a individualidade, necessariamente se insinua uma ou outra concepção das relações familiares. A família é uma esfera social marcada pela diferença complementar, tanto na relação entre o marido e a mulher quanto entre os pais e os filhos. O caráter relacional da família corresponde à lógica de sua própria constituição. Embora comporte relações de tipo igualitário, a família implica autoridade, pela sua função de socialização dos menores como instituinte da regra. O que se põe em questão, na família, com a introdução da individualidade, não é a autoridade em si, mas o princípio da hierarquia no qual se baseia a autoridade tradicional”. (SARTI, Cynthia A. *Família e individualidade: um problema moderno*, cit., p. 43).

⁵¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. rev. actual. Coimbra: Almedina, 2005. p. 47.

Público, preocupado com “a segurança e a formação dos filhos no âmbito de famílias cada vez mais incompletas e mais desunidas, tentando garantir-lhes o necessário para a sua educação e para a sua subsistência”⁵².

Nesse contexto, as questões acerca da guarda e do direito de visita assumem especial relevo tanto por causar impacto direto sobre os menores⁵³ – amparados pela doutrina da proteção integral – quanto por exigir reflexão atinente à aparente incompatibilidade entre liberdade e autonomia dos pais e o desempenho de suas funções em relação aos filhos.

A proteção integral da criança com a prevalência de seus direitos em relação aos adultos é paradigma não apenas das políticas públicas, mas se justifica dentro da família pela constatação descrita por PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA de que “a rapidez das transformações que lhe são próprias impõe a realização imediata de seus direitos”.⁵⁴ Dessa forma, a dinâmica da família se subsume à garantia da proteção dos filhos menores que a integram; não se trata, entretanto, de sujeitar os pais ou sua liberdade individual à vontade dos filhos, mas sim de vincular seu comportamento enquanto pais às necessidades da criança, prestando-lhe assistência, na busca do melhor interesse dessa pessoa humana em desenvolvimento, que reclama contínua proteção.

Como acentua DONALD W. WINNICOTT, o desenvolvimento

é uma função da herança de um *processo de maturação*, e da acumulação de experiências de vida; mas esse desenvolvimento só pode ocorrer num *ambiente propiciador*. A importância deste ambiente propiciador é absoluta no início, e a seguir relativa; o processo de desenvolvimento pode ser descrito em termos de dependência absoluta, dependência relativa e um caminhar rumo à independência.⁵⁵

É este *ambiente propiciador* que deve possibilitar o crescimento da criança até tornar-se adulta o apregoado pela Constituição Federal ao colocar a família como base da sociedade, ao assegurar a dignidade à pessoa humana, também no âmbito familiar, e ao trazer proteção especial à criança.

⁵²CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*, cit., p. 47.

⁵³FERNANDO MALHEIROS FILHO, ao cuidar do assunto, aduz que a questão dos filhos, sua guarda e visita talvez seja, no direito de família, a que envolva mais amplamente o espectro multidisciplinar, porque a solução depende, além do enfrentamento jurídico, dos aspectos técnico-psicológicos, de tendências culturais, da reflexão filosófica e da consciência de não haver solução que sirva aos padrões ideais nutridos para as crianças (MALHEIROS FILHO, Fernando. Os princípios e a casuística na guarda dos filhos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, p. 107, abr./jun. 2002).

⁵⁴PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

⁵⁵WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 27.

O ambiente familiar constitucionalizado, no dizer de GUSTAVO TEPEDINO, é “locus privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade”, passando-se a considerar a educação dos filhos um “processo voltado à afirmação e ao desenvolvimento da personalidade”.⁵⁶

A família passa a ser democrática no seu funcionamento, diversificada na sua composição, mas sempre com a criança em uma posição especial.

Nessa linha, CLAUDIA LIMA MARQUES, MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ e ANA PAULA DA SILVA VITÓRIA falam na alternância do ponto de concentração do Direito de Família para deixar-se “de pensar na manutenção da instituição, mas não dos indivíduos, nos vínculos que ligam este grupo e nos direitos fundamentais de cada um, especialmente os mais fracos, como as crianças, os filhos”⁵⁷.

A própria socialidade que inspirou o Código Civil justifica essa posição superior da criança na família ao ser confrontado o seu bem-estar com o interesse individual dos pais: é o interesse da sociedade⁵⁸ que promove o do menor.

Como ensina JACQUELINE POUSSON-PETIT, “o direito dos pais deve declinar de maneira proporcional à emergência e ao crescimento do direito da criança”.⁵⁹

⁵⁶O autor destaca, ainda, a incidência direta dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade social e o da igualdade substancial a informar os princípios inseridos nos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal que abordam expressamente a família (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2, p. 174-176).

⁵⁷MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Claudia; VITORIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 764, p. 14 jun. 1999.

⁵⁸A respeito é a lição de JOSÉ FERNANDO SIMÃO, para quem a socialidade representa “a superação da visão egoísta e individualista dos Códigos ditos oitocentistas, buscando-se atender aos interesses da sociedade como um todo, em detrimento dos direitos dos particulares”. O autor considera que a manifestação mais clara da socialidade se dá no direito de família, ressaltando referida manifestação nos conflitos relativos à vontade dos cônjuges ou pais e o interesse social, em que a primeira é subjugada pelo segundo. Continua: “Em um primeiro exemplo citemos a hipótese de separação ou divórcio de certo casal. No momento em que houver litígio quanto à guarda dos filhos (parentalidade), entre a vontade egoística dos cônjuges e o bem-estar do menor, prevalece o segundo sobre a primeira (art. 1.584 do CC). Entre a vontade dos cônjuges e o interesse do menor, que é valor que interessa a toda sociedade, prevalece o interesse da coletividade em detrimento do sentimento do particular.

Também, levando-se em conta o bem-estar dos filhos, pode o juiz alterar o acordo dos pais quanto ao direito de visita e guarda (art. 1.586 do CC). Proteger a criança e o adolescente é proteger a coletividade, é proteger o futuro. Novamente, o particular perde para o interesse coletivo” (SIMÃO, José Fernando. Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, n. 3, p. 64, abr./maio 2008).

⁵⁹POUSSON-PETIT, Jacqueline. Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 44, n. 4, p. 848, 1992. Tradução livre.

Portanto, a igualdade no núcleo familiar se verifica entre homem e mulher e entre os filhos (artigos 5º, I, 226, § 5º, e 227, § 6º, da Constituição Federal). Contudo, confrontados os interesses dos filhos menores com o dos pais, predomina o dos primeiros, vistos com “absoluta prioridade” pela Constituição Federal (*caput* do artigo 227).

2.2. Poder familiar – conteúdo e exercício na família contemporânea

O antigo poder de vida e de morte⁶⁰ do *pater familias*⁶¹ em relação aos filhos⁶² converteu-se, com o desenvolver da sociedade ocidental – e, sobretudo no século passado, com o desenvolvimento da doutrina da proteção integral da criança – em função, implicando responsabilidades em relação aos filhos.

O Código Civil de 2002 atribuiu a denominação “poder familiar” ao instituto antes chamado “pátrio poder”, que ao longo do tempo sofreu profunda alteração em seu conteúdo.

Como acentua J. V. CASTELO BRANCO ROCHA, do significado de dominação prevalecente entre os romanos, o pátrio poder foi abrandado até alcançar o sentido de proteção⁶³, sendo de ordem pública as normas relativas ao instituto, por haver um interesse social a reclamar do Estado a assistência à família⁶⁴.

⁶⁰Em FUSTEL DE COULANGES se verifica o reconhecimento pelas leis gregas e romanas do poder ilimitado do pai, atribuído pela religião. O pai era chefe religioso, proprietário e juiz. Era na condição de juiz que residia o verdadeiro poder de vida e morte dentro da família: “Esse direito de justiça, exercido na casa pelo chefe de família, era completo e sem apelação. Podia condenar à morte, como o magistrado fazia na cidade; nenhuma autoridade tinha o direito de modificar suas sentenças” (COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jean Melville. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 98-101).

⁶¹FUSTEL DE COULANGES constata ter o antigo poder do *pater familias* se originado na religião e não na força física do homem: “O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um só corpo nesta e na outra vida” (COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, cit., p. 45).

⁶²Ainda em FUSTEL DE COULANGES, quanto à criança, tem-se que “a própria natureza fala por si mesma, e claramente; ela quer que a criança tenha um protetor, um guia, um orientador”. O autor compara o poder concedido ao pai pela religião com a natureza, entendendo estar a primeira de acordo com a segunda, por ser o pai o chefe do culto, limitando-se o filho a “ajudá-lo em suas funções santas”. Acrescenta que, “Contudo, a natureza só exige essa subordinação durante certo número de anos; a religião exige mais. A natureza dá ao filho uma maioria que a religião nunca lhe concede. (...) No rigor do direito primitivo, os filhos continuam unidos ao lar paterno e, em consequência, submetidos a sua autoridade; enquanto o pai viver, serão sempre menores” COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, cit., p. 95.

⁶³ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 35.

⁶⁴ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 38.

Também com esta visão ligada à idéia de assistência, WALTER MORAIS afirma ser o Direito de Família essencialmente tutelar, porque os institutos que o compõem, em especial o poder familiar, “vinculam pessoas dentro de um contexto de garantia assistencial”⁶⁵.

O Código Civil de 2002, embora tenha modificado a denominação, reconhecido a titularidade da mãe em pé de igualdade com o pai (de acordo com o § 5º do artigo 226 da Constituição Federal e com o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e suprimido as referências aos filhos ilegítimos (em cumprimento ao § 6º do artigo 227 da Constituição Federal), não trouxe, em seu texto, mudanças profundas quanto ao poder familiar⁶⁶, mantendo nítida relação com o Código Civil de 1916 no que este se referia ao pátrio poder.

O Código incluiu, apenas, entre as possibilidades de extinção do poder familiar, aquela por meio de decisão judicial (inciso V do artigo 1.635), e entre as hipóteses de sua perda, por ato judicial, a reiteração de abuso de autoridade, com falta dos deveres inerentes aos pais ou arruinando os bens dos filhos (na hipótese do inciso IV do artigo 1.638), tendo sido tímido diante da vultosa transformação pela qual passou o instituto⁶⁷, que hoje tem caráter fortemente protetivo.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO lembra estar a alteração relevante apenas no que diz respeito à exclusão da Seção III do Código de 1916, referente ao pátrio poder quanto aos bens dos filhos, transferida, no Código de 2002, para o Título relativo ao direito patrimonial (Subtítulo II, “Do Usufruto e da Administração dos Bens dos Filhos Menores”, artigos 1.689 a 1.693), matéria que continua a relacionar-se ao poder familiar. Apesar de Código ter mantido o usufruto legal dos bens dos filhos em favor dos pais, o autor ensina que a previsão de representação dos filhos menores de 16 e a assistência aos filhos entre 16 e 18 anos têm natureza pessoal, observando-se inovação clara no artigo 1.693 com a instituição de “bens reservados” para o filho maior de 16 anos que os adquira em virtude de atividade profissional⁶⁸.

⁶⁵MORAIS, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984. p. 6.

⁶⁶O poder familiar, assim como o pátrio poder, continua a caracterizar-se, como ensina ROBERTO JOÃO ELIAS ao referir-se ao último, pela irrenunciabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, direito de proteção e temporariedade (ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30-32).

⁶⁷A respeito: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar, cit.

⁶⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar, cit.

Todavia, a leitura dos artigos 1.630 a 1.638, em que o Código Civil trata do poder familiar, não pode ser feita de maneira isolada, mas em conjunto com, além da doutrina e da jurisprudência, a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção sobre os Direitos da Criança⁶⁹, que asseguram à criança proteção especial, garantia que deve servir de norte para a interpretação do poder familiar.

Tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 asseguram à criança proteção especial, garantia que deve servir de norte para a compreensão daquele instituto.

Desse modo, o poder familiar a que se refere o Código Civil é o produto da transformação do pátrio poder, após ser atribuída a este uma leitura dirigida pelo princípio do melhor interesse do menor.

O poder familiar, da mesma forma que o anteriormente denominado “pátrio poder”, não se confunde com o vínculo de filiação, sendo-lhe, na verdade, derivado, como se verifica em JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO:

De fato, não há que se confundir o pátrio poder com a relação jurídica que existe entre pais e filhos. Essa relação jurídica nada mais é do que o próprio vínculo de filiação, que se estabelece com o nascimento da criança. O pátrio poder, por seu turno, é, isto sim, um conjunto de direitos e obrigações com respeito à prole que serve de norte, de regulamento até, à relação entre os genitores e os filhos. Deveras, tal relação, vale dizer, o vínculo de filiação, longe de se confundir com o poder paternal, é

⁶⁹A respeito da interpretação sistemática, embora referente à Constituição, aplica-se a lição de Antonio Junqueira de Azevedo: “Sobre o primeiro pilar, a Constituição, vale lembrar que, apesar de ser ela a Lei Maior, não deixa de ser uma lei como as outras, sujeita às mesmas vicissitudes históricas. (...)”

Na verdade, todo intérprete, na sua atividade, tem a ‘pré-compreensão’, com que se aproxima do objeto, e traz também consigo a *legal culture* e as idéias em geral próprias de seu tempo. Terá critérios, pois, metajurídicos, que cumpre explicitar para bem avaliar. No fundo, há sempre a mesma questão que se põe ao positivismo legal – no caso, ao neopositivismo constitucional: o texto basta? Ainda que se diga que, no primeiro positivismo a interpretação era ‘mecânica’, ‘de subsunção’, ‘dedutiva’, etc. e que agora é tipológica, guiada por princípios, teleológica, etc., a verdade é que o Direito não é somente lei. O texto não basta.

(...)

Por outro lado, o próprio Direito posto não é somente norma. O Direito é sistema, e sistema de 2ª ordem, porque é instrumento da sociedade criado com a função de prevenir e dirimir conflitos. O Direito é sistema, entendida a palavra ‘sistema’ no âmbito da sistêmica, ou seja, enquanto o Direito concebido como norma tem caracterização estática e piramidal, com a Constituição no ápice e a legislação ordinária abaixo, agora, aqui, ao falar em ‘sistema’, estamos procurando introduzir um aspecto dinâmico, em que ‘sistema’ é entendido como um conjunto de elementos que evoluem e interagem de modo relativamente uniforme, – como o sistema solar, na Astronomia, ou as células, na Biologia. Os elementos do sistema jurídico são, (i) além das normas, que precisam sempre de interpretação, (ii) as instituições jurídicas, como os Paramentos, as Assembléias e os Tribunais; (iii) os membros do estamento jurídico, como Advogados, Promotores e Juízes; (iv) a Doutrina; e (v) a jurisprudência (...)” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 7, set. 2008).

pressuposto para existência e o exercício deste. Do ponto de vista lógico, o antecede.⁷⁰

É o conjunto dos direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos que hoje constitui o poder familiar, substituindo o pátrio poder. Ao invés de confundir-se, deriva do vínculo de filiação e tem, para alguns autores, seu fundamento no direito natural.

A razão disso, para JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO, é o vínculo que une pais e filhos, “do qual deflui, por razões naturais, uma precedência dos primeiros em autoridade, mas também uma postura tutelar destes em relação aos segundos ditada pelo próprio instinto de preservação da espécie”⁷¹.

DENISE DAMO COMEL, no mesmo sentido, destaca ser intuitivo o fundamento do poder familiar. A noção da obrigação dos pais de proteger e educar os filhos, como acentua, advém de uma racionalidade lógica, decorrente das necessidades e inclinações próprias da pessoa humana; em tal contexto, o poder familiar encontra sua razão primeira de existir, para autora, no direito natural⁷².

J. V. CASTELO BRANCO ROCHA afasta do simples fato da procriação o fundamento do pátrio poder, entendendo constituir sua razão de ser a proteção de que necessita o incapaz: a autoridade paterna não se justifica pela religião nem por motivos econômicos, mas pela necessidade de amparo moral e material devidos àqueles que, por laços sangüíneos ou por ficção legal – o autor fala em adoção – se tornam dependentes. Destaca:

(...) Dependência e proteção constituem as idéias básicas, em torno das quais se forma a autoridade paterna, no conceito do moderno direito. Proteção dos pais no que se refere aos filhos menores e não emancipados, sejam estes resultantes do vínculo consanguíneo ou do vínculo adotivo. Dependência dos filhos em relação aos pais, a quem a lei atribui direitos e deveres. No velho direito romano, a *patria potestas* se inspirava nas idéias de predomínio e submissão. No direito moderno, o predomínio dos genitores se transformou em autoridade protetora, enquanto que a submissão dos filhos se transformou em dependência, em nome e sob o controle da lei⁷³.

⁷⁰SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 51-52.

⁷¹SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 58.

⁷²COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 60.

⁷³ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 37.

Funda-se o poder familiar, portanto, não na religião, que na Antigüidade dava predomínio ao marido e pai, mas sim na necessidade natural que o menor tem de proteção. Essa situação de dependência do menor é reconhecida pela Constituição Federal, cujo artigo 229 traz os deveres atinentes ao poder familiar, explicitados, como um conjunto mínimo, no artigo 227⁷⁴ (direito à vida, à saúde, ao sustento, à educação, etc.).

Quanto à natureza jurídica, verifica-se uma transformação do anterior conjunto de poderes representado pelo pátrio poder, mudança contemplada pela doutrina da proteção integral. Passou-se a vislumbrar cada vez mais o caráter de poder-dever, sendo-lhe ínsita a idéia de função, ainda que entendido como um complexo de direitos e deveres, fortalecendo-se o direito subjetivo dos filhos à proteção, hoje inerente ao poder familiar. Conforme evolui a busca pela proteção jurídica da criança e do adolescente, tanto na doutrina quanto na legislação e na jurisprudência, é possível constatar a maior prevalência do traço de dever no instituto.

Para LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, o pátrio poder seria “o **todo** que resulta do conjunto os diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho-família”, competindo “exclusivamente ao pai” e recaindo apenas “sobre os filhos que nascem de justas-núpcias e sobre os menores legitimados por subsquente matrimônio.”⁷⁵

Sob a égide do Código Civil de 1916, segundo CLOVIS BEVILAQUA, “*O conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados ou adotivos, toma a denominação de pátrio poder*”⁷⁶.

⁷⁴A respeito: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar, cit.

⁷⁵PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 275. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA refere-se ao filho-família na forma do Quarto Livro das Ordenações Filipinas, no Título LXXXI, § 3º, que traz a seguinte definição: “3. Item, não póde fazer testamento o filhofamilias, que he aquelle, que está debaixo do poder de seu pai, e isto de qualquer idade que seja, posto que o pai lh’o permita, e consinta. (...)” (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d’el-Rei D. Filipe I. Ed. fac-similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, t. 3, v. 38-C, p. 909). Constou, ainda, da Consolidação das Leis Civis de TEIXEIRA DE FREITAS: “Art. 201. Filho-familias é aquelle, que está sob o poder de seu pai, e de qualquer idade que seja. Art. 202. Acaba o pátrio poder: § 1º Pela morte do pai: § 2º Pela emancipação: § 3º Pela casamento do filho: § 4º Quando o filho não está na companhia do pai, e estabelece separada economia : § 5º Quando serve officio publico, ainda que seja na companhia do pai.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 167-168). TEIXEIRA DE FREITAS também deixou claro na Consolidação o seguinte: “Art. 10. A disposição do Art. 8 não é applicavel aos filhos-familias, enquanto não ficarem legalmente isentos do pátrio poder” (p. 10). Constou, do art. 8 referido: “Art. 8. As pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil” (p. 7).

⁷⁶BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, cit., p. 388.

J. V. CASTELO BRANCO ROCHA constata ter havido profunda modificação no instituto no curso de seu evoluir histórico, tendo sido convertido em verdadeira “função protetora e tutelar”. Quanto à autoridade nele presente, ressalta sujeitar-se “às limitações decorrentes do bem-estar do filho”, cujo desrespeito causa abuso de direito⁷⁷.

Desse modo, os direitos pertinentes ao poder familiar são verdadeiros instrumentos para, no dizer de J.V. CASTELO BRANCO ROCHA, “tornar exeqüível a missão confiada aos pais”. O autor justifica tais direitos para o cumprimento da tarefa atribuída aos pais de proteger seus filhos, daí porque não serem “absolutos, mas condicionados ao interesse do filho menor”⁷⁸.

Ao poder familiar a que se refere o Código Civil de 2002 se aplicam as características do pátrio poder reconhecidas por JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO: é personalíssimo, isto é, “dependente, para ser exercido, da qualidade pessoal de pai ou de mãe”⁷⁹, intransferível, indelegável, imprescritível, de interesse à ordem pública, não intangível e de exercício obrigatório.

MARÍA JUSTINA BOERI, PAULA VERÓNICA FREDES e ANA CAROLINA SOCCIA consideram o poder familiar pessoal e intransferível (é irrenunciável, está fora do comércio e é indelegável), relativo (as prerrogativas parentais são atribuídas tendo em conta primordialmente o interesse do filho, devendo ser exercidas com tal finalidade), não-perpétuo (termina com a emancipação ou maioridade) e não-intangível (os pais podem ser privados do poder familiar se abusam de seu exercício, maltratam o menor ou dão exemplos perniciosos)⁸⁰.

JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO, ao tratar do tema ainda sob a denominação “pátrio poder”, embora enfatize a natureza jurídica de direito e de dever, entende ser a finalidade do instituto não apenas o interesse do filho menor, mas também o

⁷⁷ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 35.

⁷⁸O autor continua, justificando a autoridade paterna advinda do poder familiar (pátrio poder) pelos interesses dos próprios filhos: “A autoridade paterna foi instituída em proveito dos filhos e em função dos seus legítimos interesses. Sempre que ela se exercitar contra semelhantes interesses, perde a sua razão de ser e transforma-se em abuso de direito. É que o poder paterno tem como limite a proteção dos filhos, e, por conseguinte, fora desse limite não há poder paterno justificável” (ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 38-39).

⁷⁹SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 202.

⁸⁰BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. In: CÚNEO, Darío Luis; HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*. 1. ed. Rosario: Juris, 2007. p. 34.

da família⁸¹, enxergando-o como “instituto bifronte”, ou seja, como “poder-dever instrumental em face dos filhos e direito subjetivo perante terceiros”⁸². Para o autor, o corolário do direito subjetivo mencionado seria a autorização para que os pais reclamem os filhos menores de quem ilegalmente os detenha⁸³.

O mesmo JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO percebe não só um “paulatino abrandamento” do pátrio poder, como também a maior importância conferida à pessoa dos filhos. Entretanto, ainda considera serem-lhe ínsitos os direitos desfrutados pelos pais em face dos filhos, ainda que com a finalidade de possibilitar o desempenho de deveres atribuídos pela lei⁸⁴.

O autor vislumbra no instituto o caráter de direito subjetivo⁸⁵, destacando-se, ao referir-se ao pátrio poder, tratar-se tanto de direito à função, que pode ser reivindicado pelos pais, legitimados pelo vínculo da paternidade, quanto de direito ao exercício da função, podendo os titulares remover obstáculos injustificados para seu cumprimento⁸⁶.

ROBERTO JOÃO ELIAS⁸⁷, também tratando do instituto sob a denominação pátrio poder, define-o como “um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados”, mas destaca a finalidade nele presente de propiciar o desenvolvimento integral da personalidade desses filhos. Após citar autores que vêem no poder familiar a natureza de poder-dever e de submissão às necessidades do filho, entende ser mais adequado reconhecer no instituto a existência de direitos subjetivos, lembrando que há um dever em relação aos filhos e um direito em face de terceiros⁸⁸.

MICHELE SESTA, dando ênfase à finalidade de promover o crescimento espiritual e físico da criança, enxerga no poder familiar a característica de responsabilidade. Entende que “o poder dos pais é aquele conjunto de poderes-deveres

⁸¹“(…) o pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar”. SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 55.

⁸²SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 60.

⁸³SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 61.

⁸⁴SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 50-51.

⁸⁵FRANCISCO AMARAL define direito subjetivo como “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”. Segundo o autor, o direito subjetivo é “figura típica da relação de direito privado e com ela até confundido”, manifestando-se “como permissão jurídica, com a qual se pode fazer ou ter o que não for proibido, como também exigir de outrem o cumprimento do respectivo dever, sob pena de sanção”. (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 188).

⁸⁶SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 60.

⁸⁷ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder*: guarda dos filhos e direito de visita, cit., p. 6.

⁸⁸ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder*: guarda dos filhos e direito de visita, cit., p. 7-8.

com vistas ao crescimento espiritual e físico do filho, de exercitar o respeito de suas capacidades, inclinações naturais e aspirações”⁸⁹. O autor defende ser necessária uma mudança positiva de perspectiva na disciplina do instituto, para ser interpretado como “responsabilità genitoriale”, ou seja, não apenas como poder-dever exercido em posição de disparidade, mas como colaboração e orientação, em um plano de paridade e respeito da personalidade do menor⁹⁰.

Também quanto à natureza jurídica do poder familiar, SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO⁹¹ ressalta serem “recíprocos direitos e deveres dos pais para com os filhos, em verdadeira interação ou ‘diálogo’ entre direitos e deveres”.

J. V. CASTELO BRANCO ROCHA destaca, no então chamado pátrio poder, a idéia de função, esta constituída por direitos e deveres. Para o autor, no direito do pai há o correspondente dever do filho e vice-versa, esclarecendo servirem os direitos do pai para que este possa realizar seus deveres: “Nem só direitos, nem só deveres. Mas direitos e deveres que se ajustam, que formam uma verdadeira coerência funcional, para a satisfação de fins que transcendem os interesses puramente individualistas.”⁹²

DENISE DAMO COMEL⁹³ entende não ter o poder familiar natureza jurídica de direito subjetivo. Para a autora, apesar de concedido aos pais pelo Estado, o poder familiar não pode ser exercido de modo livre, conforme a vontade e no interesse do titular, sendo poder instrumental, outorgado “para ser exercido no interesse do filho, submetido e dirigido exclusivamente à sua formação integral, com nítido caráter de função social”.

GUSTAVO TEPEDINO considera incompatível com a estrutura do poder familiar, que denomina autoridade parental, a caracterização com base na categoria de direito subjetivo, nos seguintes termos:

Na concepção contemporânea, a autoridade parental não pode ser reduzida, portanto, nem a uma pretensão juridicamente exigível, em favor dos seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição (dos filhos à vontade dos pais). Há de se buscar o conceito da autoridade parental na

⁸⁹SESTA, Michele. *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 203. Tradução livre. O autor destaca que tal entendimento, extraído dos artigos 315 e 147 do Código Civil italiano, representou uma das maiores inovações da reforma do Direito de Família ocorrida em 1975, por tratar-se de fórmula programática introduzida em substituição à que prescrevia que a educação e a instrução deviam estar em conformidade com os princípios da moral, e que anteriormente exultava o sentimento nacional fascista, como recitava o texto original de 1942.

⁹⁰SESTA, Michele. *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 204.

⁹¹CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte especial: do direito de família*: arts. 1.591 a 1.710. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 218.

⁹²ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 35-36.

⁹³COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 63.

bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos, informados pela função emancipatória da educação. (...)

A confusão conceitual, gerada pela utilização acrítica da categoria do direito subjetivo, gera consequências graves. É que a estrutura do direito subjetivo (que contrapõe posição de vantagens opostas) responde à função de tutela de pretensões do seu titular, oferecendo o ordenamento mecanismos processuais coercitivos, em modo a tornar eficaz a exigibilidade do interesse tutelado em face do sujeito passivo, vinculado ao cumprimento do dever a ele correspondente.

No caso da autoridade parental, a utilização dogmática de uma estrutura caracterizada pelo binômio direito-dever, típica de situações patrimoniais, apresenta-se incompatível com a função promocional do poder conferido aos pais. A interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais. A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais (...) só merece tutela se exercida como um *múnus privado*, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência.⁹⁴

É preciso refletir, portanto, sobre a atribuição, ao poder familiar, da natureza de dever jurídico⁹⁵ e de direito subjetivo. Isso porque, como ressaltam os doutrinadores citados, os poderes concedidos aos pais relativos ao instituto (como, por exemplo, o de dirigir a educação dos filhos ou de “reclamá-los de quem ilegalmente os detenha”, nos termos dos incisos I e VI do artigo 1.634 do Código Civil) têm por fim possibilitar o exercício dos deveres.

O poder familiar, englobando relação de natureza existencial, tem ele próprio natureza de dever-poder atribuído aos pais de forma funcionalizada: dever de comportar-se de modo a realizar o melhor interesse do filho, titular do direito subjetivo à proteção, utilizando-se, para tanto, dos poderes conferidos pela ordem jurídica ao disciplinar o instituto.

Os direitos subjetivos envolvidos são os dos filhos, já que os poderes atribuídos aos pais – que podem reivindicar o exercício dos direitos atribuídos aos últimos

⁹⁴TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, cit., t. 2, p. 182-183.

⁹⁵Recorre-se, novamente, ao ensinamento de FRANCISCO AMARAL, para quem dever jurídico é “a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a que tem direito o titular do direito subjetivo. A este se contrapõe. Se for descumprido, sujeita-se o infrator às sanções preestabelecidas” (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., p. 200).

expressamente no artigo 1.634 do Código Civil – prestam-se ao cumprimento da função de cuidar da criança, como responsáveis por sua criação e educação⁹⁶.

Portanto, o poder familiar deve ser exercido pelos pais com vistas ao gozo, pela criança, dos direitos fundamentais da pessoa humana, além da proteção especial de que é titular, inclusive dentro da própria família, nos termos do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal. Seu exercício, reitera-se, é vinculado ao interesse do menor de ser protegido, através da assistência moral e material, e educado, para o desenvolvimento da criança como pessoa, bem como para sua futura profissionalização. Trata-se de função a ser exercida pelos pais com a finalidade de beneficiar a prole.

No que concerne à titularidade, por muito tempo a legislação brasileira contemplou o pátrio poder como “da exclusiva competência do pai”⁹⁷. Em LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA verifica-se que o sentido da tradição romana sobre o instituto fazia com que nosso Direito Civil denegasse às mães o pátrio poder⁹⁸.

Essa denegação, aliás, constou expressamente da Consolidação das Leis Civis de TEIXEIRA DE FREITAS, em seu artigo 195, que deixava claro não se sujeitarem os filhos ao poder da mãe⁹⁹. Tratava-se de prerrogativa do pai – o então chefe da família – em relação aos filhos, em um modelo familiar patriarcal e hierárquico.

O Código Civil de 1916, em sua redação original, previa ser exercido o pátrio poder pelo “marido”, que era o “chefe da família”, tendo a mulher um papel supletivo: exercia-o somente na falta ou impedimento do marido¹⁰⁰. Com a redação dada pela Lei nº

⁹⁶ Nesse sentido, a redação original do artigo 265 do Código Civil argentino, segundo a qual “os filhos menores de idade estão sob a autoridade e poder dos pais” foi alterada pela lei 23.264, que substituiu o vocábulo “poder” por “cuidado” (NOVELLINO, Norberto José. *Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvínculo matrimonial*. 1. ed. Buenos Aires: García Alonso, 2008. p. 30).

⁹⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 275.

⁹⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, cit., p. 275.

⁹⁹ “Art. 195. Os filhos não estão submettidos ao poder da mãe” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*, cit., p. 166). No Quarto Livro, Título LXXXVII, § 7º das Ordenações Filipinas, verifica-se o seguinte: “Substituição pupillar he a que o pai faz a seu filho pupillo, que tem debaixo de seu poder, nesta fôrma: *Se meu filho Pedro fallecer dentro da pupillar idade, seja seu herdeiro Paulo*. E porque da substancia desta substituição he, que se faça a pessoa, que stê em poder do Testador, a não póde fazer a mai a seu filho (...)” (PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d’el-Rei D. Filipe I, cit., t. 3, v. 38-C, p. 924-925).

¹⁰⁰ Dispunha o Código Civil de 1916, em sua redação original: “Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.”

4.121, de 27 de agosto de 1962, o Código Civil de 1916 passou a prever a colaboração da mulher no seu exercício¹⁰¹.

As mudanças sociais e a intervenção legislativa que acarretaram a modificação do conteúdo do poder familiar¹⁰², conforme a denominação do Código Civil de 2002, aprofundadas com a Constituição Federal de 1988 (§§ 4º e 5º do art. 226) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 21), culminaram com a atribuição de sua titularidade a ambos os pais, independentemente da manutenção da convivência do casal.

No Direito brasileiro, o desfazimento da união conjugal não interfere na titularidade do poder familiar, como se depreende do disposto pelo artigo 1.635, que trata das causas de extinção, e do teor dos artigos 1.632 e 1.636, todos do Código Civil.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER¹⁰³ ressalta estar presente no poder familiar uma co-titularidade, tratando-se de “(...) um direito dever de que são investidos os pais, como co-titulares, no sentido de tutelar os interesses do filho e preservar suas condições existenciais”¹⁰⁴.

DENISE DAMO COMEL¹⁰⁵ considera que o real significado do poder familiar não se confunde com o do pátrio poder, por serem outros os princípios e valores que o inspiram. A autora adverte que a proposta do Código Civil 2002 não se limita a imputá-lo tanto ao pai quanto à mãe, em igualdade de condições, mas também condiciona o interesse dos pais ao interesse do filho, ao interesse de sua realização como pessoa em formação.

Diante disso, se, conforme referido, os direitos conferidos aos pais nas regras atinentes ao instituto buscam apenas possibilitar o exercício da função, a titularidade do poder familiar também poderia ser estendida aos filhos?

¹⁰¹“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.”

¹⁰²Há autores que preferem a utilização do termo “autoridade parental” (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, cit., t. 2; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte especial: do direito de família: arts. 1.591 a 1.710*, cit., p. 219; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004).

¹⁰³STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. 2. ed. São Paulo: DPJ Ed., 2006. p. 35.

¹⁰⁴STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 38.

¹⁰⁵COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*, cit., p. 55.

Para LUIZ EDSON FACHIN os filhos não são objeto do poder familiar, que chama de autoridade parental. Segundo o autor, os filhos constituem um dos sujeitos da relação dele derivada, deixando claro que “não sujeitos passivos”¹⁰⁶.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO entende haver no instituto “titulares recíprocos de direitos”. Isso porque no “cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspondentes”. Para o autor, é o poder familiar, aliás, que garante ao menor “o direito imprescritível ao reconhecimento do estado de filiação”, que pode ser exercido contra os pais, conforme o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁷.

Entendemos que a titularidade específica do poder familiar é atribuída aos pais. Os filhos, por sua vez, são titulares dos direitos subjetivos a que se refere o artigo 227 da Constituição Federal, que lhes devem ser assegurados pela família – além da atuação do Estado e da sociedade –, prescrição que obriga os pais a se comportarem de modo a garantir-lhes tais direitos: a autoridade do poder familiar, do qual são titulares, é vinculada a essa garantia.

Na família contemporânea, portanto, o poder familiar, titularizado por ambos os pais ou pelo único genitor, em caso de perda por um dos genitores ou em se tratando de família monoparental, é, sobretudo, um instrumento de proteção.

Tutelam-se o filho menor e o maior incapaz, cuja falta do necessário discernimento para distinguir e para proceder às inúmeras escolhas da vida – quanto a determinado comportamento, sobre valores a seguir, no aspecto da saúde, no plano escolar, etc. –, é suprida pelo amparo dos pais. Com os direitos conferidos pelo poder familiar, devem assistir o filho menor através de cuidado e de educação, respeitando e incentivando a colaboração do próprio filho, de acordo com a capacidade de compreensão e as escolhas a realizar. Esteando-se nos referidos direitos, os pais devem conduzir o filho menor, orientando-o no dia-a-dia, para que alcance maturidade e, no futuro, possa administrar a própria vida.

¹⁰⁶FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. In: LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 223.

¹⁰⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar, cit.

2.3. Poder familiar e a busca do melhor interesse¹⁰⁸ do filho nas relações familiares após o desfazimento da união dos pais

É com o desfazimento do lar conjugal que a proteção da criança na família demanda maior efetividade.

Em estudo sobre o divórcio e as reações dos filhos, CHARLES L. BRYNER JR refere-se às mudanças na vida da criança e dos pais, muitas vezes bruscas, quando ocorre a ruptura conjugal. Trata o divórcio como um processo de aceitação demorada, que perdura por anos até ser compreendido pelo filho e engloba situações que influenciam de forma direta a vida da criança, gerando insegurança e a necessidade de proteção¹⁰⁹.

A conjuntura traçada pelo autor inclui o conflito conjugal que precede o desfazimento do lar, a efetiva separação, a perda, ao menos parcial, da convivência com um dos pais, as mudanças no *status* social e financeiro, bem como as freqüentes disputas judiciais acerca da guarda e da visitação. Nesse panorama, no qual considera o divórcio um evento isolado dentro de um extenso processo, insere, ainda, a possibilidade de formação de novas famílias, com um padrasto ou madrasta de cada lado, por vezes acompanhados de seus filhos, bem como os irmãos avindos das novas uniões de seus pais¹¹⁰.

Em tal cenário é que deve atuar, para amparar a criança, o poder familiar, a fim de garantir-lhe a formação de sua personalidade, com estabilidade emocional.

O fato de a efetiva proteção do interesse do filho tornar-se o objeto do poder familiar espelha a profunda mudança de seu conteúdo. Os direitos da criança e o seu interesse são tão relevantes que podem inclusive determinar, se assim melhor for realizado, a concessão da guarda a outrem que não os pais¹¹¹ e a definição do exercício do direito de visita, como se verá adiante.

¹⁰⁸Embora a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, na versão apensa ao Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, refira-se, em seu artigo 3, 1, ao “interesse maior da criança”, a versão em inglês fala em “the best interests of the child”, demonstrando que o critério a ser usado é o qualitativo e não o quantitativo. A respeito: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*, cit., p. 180.

¹⁰⁹BRYNER JR, Charles L. Children of divorce. *The Journal of the American Board of Family Practice*, v. 14, n. 3, p. 203, maio/jun. 2001.

¹¹⁰BRYNER JR, Charles L. Children of divorce, cit., p. 203.

¹¹¹Nessa linha: “AVÓ. GUARDA JUDICIAL. PREVALÊNCIA. INTERESSE. MENOR. Trata-se de avó de oitenta anos que pede guarda da neta que se encontra em sua companhia desde o nascimento. Os pais não se opõem e poderiam, com dificuldade, criar a filha numa situação mais modesta, devido a seus baixos salários e ainda sustentam outro filho. O Ministério Público com isso não concorda, pois os pais poderiam

ISABELLE SAYN, cuidando da proteção do interesse do menor, afirma que o desenvolvimento dessa proteção se deu notadamente por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ressaltando que houve uma transformação progressiva do interesse do menor em interesse superior do menor e, depois, em direito do menor, de conteúdo mais preciso. Ressalta que o interesse se refere ao direito da criança de estabelecer e manter relações pessoais com seus dois pais, enquanto o termo “direito” seria mais forte, sugerindo uma obrigação correlata¹¹².

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO entende que o princípio do melhor interesse da criança não se confunde com direito subjetivo, sob pena de colocar a criança em uma nova posição diante de suas responsabilidades e deveres, no papel de “*sua majestade, a criança*”, não significando o melhor interesse concebê-la como um ser que pode tudo e em razão do qual tudo deve ser feito¹¹³.

Segundo o autor, a prescrição é dirigida ao Estado – como legislador, devendo zelar para que a lei preveja a melhor consequência para a criança diante de duas ou três possibilidades, como administrador, para que aplique o melhor interesse em suas políticas públicas, e ao juiz, para que, aplicando o princípio, decida conforme as necessidades reais da criança – e à família, a qual deve observar o princípio na tomada de quaisquer decisões relativas à criança, sem tomar o melhor interesse como o direito subjetivo exercido¹¹⁴.

A esse tema estão associados os institutos da guarda de filhos e do direito de visita, cujo emprego deve obedecer ao mencionado princípio.

GENEVIÈVE VINEY¹¹⁵, sobre o interesse da criança e referindo-se especialmente ao direito de visita, fala em tendências tradicional, moderna e mista.

Ensina que a tendência tradicional é no sentido de que o interesse da criança se liga essencialmente à educação, não se dando maior importância à sua vontade própria, pouco formada para indicar o verdadeiro interesse.

criá-las e a avó encontra-se em idade avançada. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso nos termos do voto do Min. Relator – que invocou a jurisprudência e o art. 33 do ECA no sentido de que prevalece o interesse da criança no ambiente que melhor assegure seu bem estar, quer físico, quer moral, seja com os pais ou terceiros. Precedente citado: REsp 469.914-RS, DJ 5/5/2003. REsp 686.709-PI, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 28/6/2006”.

¹¹²SAYN, Isabelle. Une relation «dans l’intérêt de l’enfant»? Le juge de la famille et les lieux d’accueil pour l’exercice du droit de visite. *Droit et Société*, Paris, n. 33, p. 331, 1996.

¹¹³MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*, cit., p. 180.

¹¹⁴MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*, cit., p. 179-183.

¹¹⁵VINEY, Geneviève. Du “droit de visite”, cit., p. 230-231.

A chamada “nova tendência” seria na linha de identificar o interesse com os desejos da criança, sendo conveniente preservar a liberdade pessoal do menor e seus desejos próprios, evitando-se, assim, traumas psicológicos.

Finalmente, a autora aponta uma solução mista, que embora valorize a formação da criança, “suas necessidades educativas” e sua estabilidade, dá a ela certa liberdade na escolha das suas relações. Ressalta que enquanto a estabilidade é essencial às crianças mais novas, a liberdade faz-se necessária para o adolescente, considerando-se, assim, sua idade e aspectos de sua personalidade¹¹⁶.

Na busca do interesse do menor, MARIA CLARA SOTTOMAYOR defende que deve ser verificado conforme as orientações legais sobre o conteúdo do poder familiar (“poder paternal”) presentes no Código Civil português, ou seja, “a segurança e saúde do menor, o seu sustento, educação e autonomia (art. 1878º)”, “o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos (art. 1885, nº 1)”, “a opinião do filho (art. 1878º, nº 2; art. 1901º, nº 1)”¹¹⁷.

O Código Civil italiano traz, em seu artigo 147¹¹⁸, disposição não-referente de modo expreso ao interesse do menor, que o dever do matrimônio consistente na obrigação de manter, instruir e educar a prole deve respeitar as capacidades, a inclinação natural e as aspirações do filho, o que se interpreta como a realização do seu interesse.

SÍLVIO NEVES BAPTISTA vê no interesse do menor sua “boa formação moral, social e psicológica; a busca da saúde mental ou a preservação da sua estrutura emocional”¹¹⁹.

Ao abordar o instituto, sob a denominação de “autoridade parental”, ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA o conceitua como “o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável”. A autora justifica o instituto pela necessidade dos filhos de que os pais ajam em seu nome enquanto não possuírem condições de exercerem as próprias escolhas por si mesmos, ressaltando o seguinte:

¹¹⁶ VINEY, Geneviève. Du “droit de visite”, cit., p. 230-231.

¹¹⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 2. reimpr. da 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 42.

¹¹⁸ Código Civil italiano, no artigo 147, dispõe: “O matrimônio impõe a ambos os cônjuges a obrigação de manter, instruir e educar a prole, considerando as capacidades, a inclinação natural e as aspirações dos filhos”.

¹¹⁹ BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita, cit., p. 42.

Enquanto não podem fazer as próprias escolhas sozinhos, precisam dos pais para agirem em seu nome. Entretanto, é o processo educacional, pautado na convivência com a família primeira, que determina a aquisição de discernimento pelos filhos. E, por isso, à medida que cresce a maturidade, diminui a necessidade de que os pais decidam pela prole, podendo os menores, assim, fazer algumas escolhas no que tange à sua esfera existencial, de modo a viabilizar o exercício pleno de sua autonomia, como forma de realização da dignidade humana.¹²⁰

Diante de tais entendimentos, é preciso considerar não só a necessidade de formação, mas também os desejos – na medida de seu discernimento – e os aspectos da personalidade da criança, a fim de que o poder familiar possa ser exercido de forma mais condizente com seu interesse. Com tal intuito, pode ser necessária a oitiva do menor pelo juiz, como se analisará adiante, no momento da atribuição da guarda e da concessão do direito de visita.

Na busca pelo interesse da criança, de forma que o poder familiar seja exercido com mais força por um dos pais (por meio da guarda unilateral) ou por ambos de modo mais equilibrado (pela guarda compartilhada), bem como para definir o exercício do direito de visita, devem ser observados o bem-estar, físico e moral, do menor, sua idade e o respeito a sua individualidade – valorizando-se a vontade e a afetividade relacionada aos pretensos detentores da guarda e/ou visitantes.

2.4. O direito à convivência familiar

Para WILSON DONIZETI LIBERATI, a pessoa se desenvolve e aprende a socializar-se na família, onde aprende a adquirir os valores sociais e a navegar entre as diferenças de comportamento¹²¹.

MARIA APARECIDA TEDESCHI CANO ressalta que mesmo diante de todas as transformações ocorridas na família, esta possui “um papel único na sociabilidade,

¹²⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*, cit., p. 121.

¹²¹ Para o autor, “a família é a primeira instituição a ser convocada para satisfazer as necessidades básicas da criança, incumbindo aos pais a responsabilidade de sua formação, orientação e acompanhamento” (LIBERATI, Wilson Donizeti. *Guarda familiar*. Disponível em: <http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/convivencia_familiar/guarda_familiar.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2008).

afetividade, e bem estar físico dos indivíduos, principalmente durante o processo de crescimento e desenvolvimento infantil”¹²².

GISELLE CÂMARA GROENINGA refere-se ao tratamento especial que a criança merece por ter sua personalidade em formação, estando entre suas necessidades especiais a de ter uma família. Ensina ser o amor “condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade e desenvolver uma personalidade saudável”, sendo na interação com o outro, através do amor e iniciada na família, “que se desenvolvem na personalidade as qualidades eminentemente humanas do pensamento, auto-reflexão e empatia”¹²³.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança reconhece, em seu Princípio VI:

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Diante desse papel da família e de sua importância para expor valores ao menor, ROBERTO JOÃO ELIAS¹²⁴ alerta que, para o desenvolvimento de sua personalidade, é primordial que a criança cresça em uma família, de preferência a sua. Apenas se não for possível, deve ser facilitado o seu ingresso em família substituta.

Por outro lado, conforme o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, a criança é o titular do direito à convivência familiar, que, segundo MARIA HELENA

¹²²CANO, Maria Aparecida Tedeschi. *A percepção dos pais sobre sua relação com os filhos adolescentes: reflexos da ausência de perspectivas e as solicitações de ajuda*. 1997. Tese (Livre Docência) - Departamento de Enfermagem Materno-Infantil e Saúde Pública da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo 1997. p. 32.

¹²³GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 656-657.

¹²⁴ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27.

DINIZ, “deve ter como paradigma o respeito à dignidade da criança e do adolescente como pessoas humanas”¹²⁵.

O direito à convivência familiar foi ratificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19¹²⁶ e expresso na Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual, como mencionado, garante à criança a manutenção de “relações pessoais e contatos diretos com ambos os pais” (artigo 10).

É na família que a criança desenvolve sua personalidade e os primeiros laços de afeto, os quais crescem com a convivência¹²⁷.

Como a titularidade do direito à convivência familiar é garantida à criança pela Constituição Federal, tal direito sobrepõe-se ao dos pais, independentemente de considerarem-se estes como detentores de direito subjetivo de manter relacionamento com o filho (artigo 1.589 do Código Civil).

MARIA CLARA SOTTOMAYOR, referindo-se ao Direito português, critica o fato de a Lei 84/95 ter revogado a previsão contida no art. 1.905º, nº 3, do Código Civil, quanto à necessidade de estabelecer-se um regime de visitas em favor do progenitor não-guardião, nos casos de inexistência de acordo quanto à guarda. Segundo a autora, a previsão contida naquele Código apenas quanto ao interesse da criança em “manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade”¹²⁸ “desvaloriza o direito do progenitor sem a guarda a relacionar-se com o seu filho, colocando ênfase exclusivamente no interesse do menor”, pois existe no poder paternal, além da tutela do interesse do menor, “também o interesse da auto-realização dos pais enquanto pais”, ressaltando, porém, que no caso de conflito entre interesses de pai e de filho, prevalece o do último¹²⁹.

¹²⁵DINIZ, Maria Helena. Direito à convivência familiar. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito Civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironak*, cit., p. 802.

¹²⁶“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.”

¹²⁷A respeito, PAULO LUIZ NETTO LÔBO: “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 513.

¹²⁸Art. 1.905º, nº 1, do Código Civil português.

¹²⁹SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 77-78.

Concordamos com essa posição e entendemos que aos pais reconhece-se o direito de educar seus filhos e tê-los em sua companhia, mas a convivência familiar, constitucionalmente prevista como direito da criança, deve ser exercida com prioridade em benefício dos filhos e se o interesse destes assim determinar.

Diante desse interesse é que não se pode restringir o direito à convivência familiar à família nuclear e à família natural, não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente dê preferência a esta¹³⁰, nos termos do seu artigo 19.

Para PIETRO PERLINGIERI, a análise jurídica deve voltar-se à pluralidade de modelos familiares, à organização da família não mais limitada naquela nuclear, e ao “fenômeno das reagregações de parentes”, que considera uma resposta “em termos de contatos humanos, educação e assistência dos menores, e de conveniência econômica, a uma sociedade fortemente industrializada”¹³¹.

Além disso, os laços de sangue, aos poucos, deixam de ser a mais importante – para não dizer, a anteriormente única¹³² – ligação a permitir a construção da família e seu reconhecimento no plano jurídico.

¹³⁰ A respeito, dando preferência à família natural, especialmente à relação paterno-filial: “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” (STJ – Terceira Turma - REsp 910626/MG – Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI - DJ 15/10/2007 p. 265).

¹³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Ciccio. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 250.

¹³² A consangüinidade era tão determinante para a constituição da família que CLOVIS BEVILAQUA a inseria na própria definição do instituto: “No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restrictamente, segundo as varias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os conjugues e a respectiva pro genie.

SÉRGIO RESENDE DE BARROS, defendendo a necessidade de recuperar o termo ideologia para o seu significado original para designar “produção de idéias novas”, constata o surgimento de uma “ideologia do afeto” contra a ideologia superada da família patriarcal. O autor identifica a entidade familiar por um afeto especial, nascido no convívio diário. Utiliza a expressão “afeto familiar” ao invés do termo cônjuge para definir a família, referindo-se a

um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.¹³³

De fato, conforme leciona ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA, também no que diz respeito às relações parentais os laços biológicos cederam lugar prioritário ao compromisso da afetividade, subsistindo a família “porque realmente existe o sentimento propulsor de sua continuidade”¹³⁴.

LUIZ EDSON FACHIN coloca claramente o afeto na base da paternidade:

A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência mas também no comportamento de quem expende cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade.¹³⁵

Desse modo, o direito à convivência familiar, fundado na necessidade de o indivíduo desenvolver-se, ter suas necessidades básicas satisfeitas e de socializar-se, garantido pelo ordenamento jurídico (*caput* do artigo 227 da Constituição Federal, artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 10 da Convenção sobre os Direitos da Criança), envolve tanto o direito de a criança ser criada em família, quanto o de manter

Os factores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesiaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a philoprogerie e o amor filial, entre procreadores e procreados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar. Estes dois primeiros elementos, que são duas manifestações diferentes do mesmo instinto fundamental, a conservação da espécie, deparam-se tanto na família humana, quanto nos esboços de associação familiar, que nos oferecem os animais” (BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, cit., p. 17).

¹³³ BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

¹³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, cit., p. 30.

¹³⁵ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código: novas situações sociais, filiação e família, cit., p. 21.

relações com as pessoas com as quais mantém vínculo afetivo, o qual, em situações de desagregação familiar, efetiva-se por meio da visita.

O direito à convivência familiar, do qual o menor é titular, supera o modelo nuclear, a descendência e os laços biológicos. Atinge o contato com as pessoas que garantem ou garantiram cuidado¹³⁶ à criança em relação às quais, diante desse cuidado e da própria convivência, criou-se um liame de afeto, tenham ou não relação de consanguinidade. Estende-se à família socioafetiva, com a qual a manutenção de relacionamento é imprescindível para o bem-estar do menor e para a realização de seu melhor interesse.

2.5. A proteção da pessoa dos filhos na legislação brasileira

O destino dos filhos após o desfazimento da união dos pais é tema demasiadamente delicado, no qual interferem não apenas aspectos jurídicos, mas psicológicos e sociais.

O Código Civil em vigor trata da proteção da pessoa dos filhos no desfazimento da união conjugal em seus artigos 1.583 a 1.590.

A proteção prevista aplica-se tanto ao fim da sociedade conjugal e à invalidade do casamento, como à dissolução da união estável e do concubinato, e, ainda, para aquelas situações em que os pais jamais viveram juntos¹³⁷.

A disciplina da matéria passou por grande evolução no ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de acompanhar e refletir as mudanças sociais.

A primeira norma brasileira a cuidar da atribuição da guarda de filhos foi o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, promulgado pelo Marechal Deodoro da Fonseca e relativo ao casamento civil. De nítida inspiração patriarcal e dando grande valor à culpa na dissolução do vínculo conjugal, determinava que os filhos deveriam ser entregues ao

¹³⁶TÂNIA DA SILVA PEREIRA entende “o ‘cuidado’ como um dos atributos essenciais à proteção de crianças e jovens, seja no âmbito familiar ou fora dele”. Segundo a autora, o “cuidado” é essencial para a sobrevivência de qualquer tipo de vida e envolve “um processo eminentemente interativo, dinâmico e criativo”, refletindo “interesse e solidariedade” (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 394).

¹³⁷O § 1º do artigo 1.583, incluído pela Lei 11.698/2008, refere-se ao “exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto”.

cônjuge inocente, assim como deveria ser fixada a quota de contribuição do culpado para sua educação¹³⁸.

Posteriormente, o Código Civil de 1916, em sua versão original¹³⁹, determinou a observância do que os cônjuges acordassem, na hipótese de desquite amigável. No caso de desquite judicial, os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente, mais uma vez valorizando a culpa e ratificando a presunção de que a “inocência” no desfazimento da união garantiria a idoneidade para a criação dos filhos.

Se ambos fossem culpados, o critério passaria a ser sexista: ficariam com a mãe as filhas, enquanto menores, e os filhos do sexo masculino até completarem seis anos de idade, quando deveriam ser entregues ao pai. O juiz regularia a guarda de modo diferente e a bem dos filhos, caso houvesse motivos graves. As mesmas regras seriam aplicadas na anulação de casamento, se houvesse filhos comuns.

O Código de 1916, previa, ainda, que a mãe não perderia o direito de ter consigo os filhos, no caso de contrair novas núpcias¹⁴⁰. A previsão se justificava diante da redação original do artigo 393¹⁴¹ do mesmo Código, que falava em perda do pátrio poder sobre os filhos do leito anterior e atestava a condição inferior então atribuída à mulher na sociedade.

¹³⁸Dispôs o referido Decreto: “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.” YUSSEF SAID CAHALI explica que, na ocasião, o então ministro Campos Sales havia levado a Deodoro da Fonseca uma proposta para a adoção do divórcio, em relação a qual houve resistência, razão pela qual o decreto só cuidou do casamento civil, tendo disciplinado “a separação de corpos como *divórcio* na acepção canônica (*divortium quoad thorum et mensam*)”. CAHALI, Yussef Said. *Separação e divórcio*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 38-39. Portanto, embora o mencionado artigo 90 contenha a palavra divórcio, trata-se, na verdade, do desquite – autorizando-se apenas a separação dos cônjuges e mantendo-se o vínculo matrimonial – e não do divórcio vincular, que só surgiu no Brasil com a Lei 6.515, de 26-12-1977, após, inclusive, da autorização contida na Emenda Constitucional nº 9, de 28-6-1977.

¹³⁹“Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente.

§ 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.

Art. 327 Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjugue, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.

Art. 328. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327.”

¹⁴⁰“Art. 329. A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente (arts. 248, I, e 393).” (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919).

¹⁴¹“Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera.”

Em relação aos então chamados “filhos naturais”, o Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispôs sobre a organização e a proteção da família, referia-se à possibilidade de um dos cônjuges negar consentimento para que o filho natural reconhecido pelo outro cônjuge residisse no lar conjugal, referindo-se, ainda, ao exercício do pátrio poder por quem primeiro houvesse reconhecido o filho¹⁴². O decreto-lei foi alterado pelo de nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, que permitiu o reconhecimento do filho havido fora do casamento após o desquite¹⁴³.

Já o Decreto-lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943, conhecido como “Lei Teresoca”¹⁴⁴, modificou o artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, para atribuir o pátrio poder preferencialmente ao pai no caso de reconhecimento do então denominado filho natural, havendo expressa menção à possibilidade de entendimento diverso do juiz, de acordo com o interesse do menor.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946, referindo-se de modo expreso a “direito de visita”, determinava que, em caso de desquite judicial, não

¹⁴²Em sua redação original, o Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941 dispunha o seguinte: “Art. 15. Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à condição social em que viva, iguais aos que prestar ao filho legítimo se o tiver. Art. 16. O pátrio poder será exercido por quem primeiro reconheceu o filho, salvo destituição nos casos previstos em lei.”

¹⁴³A alteração legislativa teve por base uma disputa concreta sobre guarda de filhos. Segundo informa FERNANDO MORAIS (MORAIS, Fernando. *Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. p. 406), os fatos ocorridos na vida do jornalista Assis Chateaubriand, que lutava judicialmente contra Cora Acuña pela guarda de sua filha Teresa na década de 40, provocaram a profunda alteração legislativa. Isso porque Chateaubriand, que ostentava estado civil de casado quando a filha nasceu, não podia reconhecê-la, por ela enquadrar-se na situação de “filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio”. Impossível o reconhecimento, Chateaubriand não podia requerer sua guarda. Desse modo, a fim de regulamentar a situação fática, diante da imensa influência política exercida pelo jornalista, publicou-se, no governo Vargas, o Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, cujo artigo 1º continha a seguinte redação:

“Art. 1º - O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação.”

¹⁴⁴Embora permitisse ao pai desquitado o reconhecimento do filho havido fora do casamento, o Decreto-Lei nº 4.737 não possibilitava a Chateaubriand o exercício do então chamado pátrio poder, diante da vigência do artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200. Diante disso, segundo FERNANDO MORAIS, feito o desquite e reconhecida a filha, “o *Diário Oficial* estampava o inacreditável decreto-lei de Getúlio feito sob encomenda e sob medida para o jornalista, e que entraria para a história do Judiciário brasileiro com o nome de Lei Teresoca”. Dispôs o Decreto-lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943:

“Modifica o art. 16 da lei sobre a organização e proteção da família.

(...)

Art. 1º O art. 16 do decreto-lei nº 3200, de 19 de abril de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

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 entender doutro modo, no interesse do menor. (...).”

Com isso, “Protegido pela Lei Teresoca, o jornalista requereu e obteve imediatamente o pátrio poder e a guarda de Teresa, e ao mesmo tempo conseguiu que a Justiça determinasse um tutor permanente para ela, o seu amigo e juiz Orozimbo Nonato, em cuja casa ela viveria até completar dezoito anos”. MORAIS, Fernando. *Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*, cit., p. 410.

podendo os filhos menores ser entregues aos pais, sua guarda seria deferida a pessoa idônea pertencente à família do cônjuge inocente, assegurando-se o direito de visita ao cônjuge culpado¹⁴⁵.

Em 1959, a Declaração Universal dos Direitos da Criança reconheceu, como lembra GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO¹⁴⁶, serem o amor e a compreensão essenciais “na formação harmoniosa da personalidade individual”, devendo a criança, tanto quanto possível, crescer na família “e se transformar em um cidadão cômico de seu papel na sociedade (...)”.

Com a entrada em vigor da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, alteraram-se as disposições do Código Civil relativas à separação com culpa de ambos os cônjuges. A lei determinou que no caso de desquite judicial em que houvesse culpa de ambos os cônjuges os filhos menores, independentemente da idade ou sexo, ficariam em poder da mãe, exceto se verificada a possibilidade de prejuízo moral para eles. Na hipótese de os filhos não deverem ficar com nenhum dos pais, previa a concessão de guarda a terceiro que fosse da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se o direito de visita dos pais¹⁴⁷.

Em relação ao pátrio poder, o Estatuto da Mulher Casada o conferia, durante o casamento, aos pais, mas o exerceria o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos pais, o outro passaria a exercer o pátrio poder com exclusividade. Se houvesse divergência quanto ao exercício, prevaleceria a decisão do pai – o que ainda

¹⁴⁵“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.”

¹⁴⁶MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*, cit., p. 250-251. O autor acrescenta estar presente em ambos os pactos de direitos humanos de 1966 (Pacto de Direitos Civis e Políticos, art. 23, n. 1, e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 10, n. 1, primeira parte) a garantia à família de especial proteção do Estado, a qual “deve ser mais efetiva sempre que houver crianças nesse núcleo familiar”, ressaltando dispor no mesmo sentido o artigo 19, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1966, segundo o qual “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.”

¹⁴⁷“Art. 1º Os artigos 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611 do Código Civil e 469 do Código do Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: i I – Código Civil (...) x ‘Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos os cônjuges foram 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 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 ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita’” (sic).

refletia a visão patriarcal e autoritária do próprio Código Civil – apesar de ser ressalvado à mãe o direito de recorrer ao Judiciário¹⁴⁸.

A Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970, alterou mais uma vez o artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200/41, reiterando-se, na prática, as fórmulas referentes aos filhos legítimos. Determinou que a guarda do filho natural caberia ao genitor que o reconheceu, dando preferência à mãe no caso de ambos o terem reconhecido – diversamente do que fazia o Decreto-lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943 (“Lei Teresoca”). Possibilitava, ainda, o deferimento da guarda a terceiro, prevendo-se a prevalência do interesse do menor como fundamento para que o juiz decidisse de outro modo no caso de motivos graves¹⁴⁹.

A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), revogou os dispositivos do Código Civil sobre a proteção da pessoa dos filhos em seus artigos 9º a 16, regulamentando a guarda de filhos em todas as hipóteses decorrentes da dissolução da sociedade conjugal e ocorrendo anulação do casamento¹⁵⁰.

¹⁴⁸Segundo a Lei nº 4.121/62, o Código Civil de 1916 passaria a ter a seguinte redação “‘Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência’. xii ‘Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido’” (sic).

¹⁴⁹A Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970, dispunha:

“Art. 1º O artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, passa a ter a seguinte redação:

‘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 notoriamente 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 interesse do menor.’”

¹⁵⁰A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, dispõe:

“(…) 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. 11 – Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum. Art. 12 – Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação. 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. Art. 14 – No caso de anulação de casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 10 e 13. Parágrafo único – Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns. 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. Art. 16 – As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores inválidos.”

A referida lei determinou a observância do que os cônjuges acordassem, na dissolução por separação judicial consensual. Como regra geral, na separação judicial com base no *caput* do artigo 5º (separação por grave violação aos deveres do casamento ou por conduta desonrosa), o cônjuge considerado inocente¹⁵¹ ficaria com a guarda dos filhos menores, mas se ambos fossem culpados (separação por culpa recíproca), ficariam em poder da mãe, exceto se prejudicial aos menores.

A mesma Lei nº 6.515/1977 trazia como exceções as seguintes situações: atribuição de guarda a terceiro – pessoa da família de qualquer dos cônjuges –, na impossibilidade de permanecerem com o pai ou com a mãe; a permanência dos filhos com o cônjuge que os tinha consigo quando da separação, na hipótese de separação judicial por decurso de mais de cinco anos da ruptura da vida em comum; a atribuição da guarda ao cônjuge em condições de criar os filhos, no caso de separação por um dos cônjuges apresentar doença mental grave.

Ao juiz era dada a possibilidade de disciplinar a guarda de forma diferente, visando ao melhor interesse do filho, tendo sido ampliado ao genitor não-guardião o direito de visita, que passou a incluir o direito de ter os filhos em sua companhia.

ORLANDO GOMES, referindo-se à disciplina da guarda na Lei do Divórcio, diz predominarem os princípios do afastamento das regras legais pelo juiz na hipótese de motivos graves e a possibilidade de modificação das medidas decretadas pelo julgador¹⁵², regras que permanecem até hoje.

Em âmbito diverso ao do divórcio, referindo-se ao menor em situação irregular, a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, o Código de Menores, dispôs que a guarda implicaria a obrigação de prestação de assistência material, moral e educacional. Conferiu-se expressamente ao detentor da guarda o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais¹⁵³.

¹⁵¹Sobre a culpa no direito de família: CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, cit., p. 737-755.

¹⁵²GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 269.

¹⁵³A Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, dispôs: “Art. 24. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais. § 1º Dar-se-á guarda provisória de ofício ou a requerimento do interessado, como medida cautelar, preparatória ou incidente, para regularizar a detenção de fato ou atender a casos urgentes. § 2º A guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários. Art. 25. Ao assumir a guarda, o responsável prestará compromisso em procedimento regular.”

O grande passo para a proteção da criança e para a garantia de seus direitos fundamentais ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁵⁴. A criança passou a ser vista como pessoa merecedora de especial atenção, sendo expressamente reconhecida como sujeito de todos os direitos¹⁵⁵ fundamentais da pessoa humana, além de outros que lhe são específicos, a serem assegurados com prioridade absoluta, aumentando-se a responsabilidade da família¹⁵⁶, da sociedade e do Estado em relação a ela.

Com a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, consagraram-se os direitos fundamentais¹⁵⁷ reconhecidos pela Constituição de 1988 à criança, assim como se explicitou ser-lhe aplicável a proteção integral¹⁵⁸, observando os princípios consagrados pela Convenção sobre os Direitos da Criança aprovada pela Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, que, embora aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, havia sido assinada pelo Brasil em janeiro daquele ano.

Um dos direitos fundamentais reconhecidos à criança pela Constituição e ratificados pelo Estatuto é o direito à convivência familiar. Como uma das formas de concretização desse direito, a Lei 8.069/1990 trouxe a colocação da criança em família

¹⁵⁴Em especial, nos artigos 227, *caput* e 229.

¹⁵⁵O Código Civil, dispõe, em seu artigo 1º: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Segundo Silvio Rodrigues, no mundo moderno e em quase todos os países, o mero fato de existir proporciona ao ser humano a possibilidade de ser titular de direitos, o que se denomina personalidade. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 35. A respeito da personalidade jurídica do nascituro, sobretudo abordando as correntes doutrinárias fundamentais frente ao terceiro milênio e dos avanços da Biomedicina e da Genética, ver: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*: parte geral do código civil. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 43-81 p. 43-81.

¹⁵⁶“Qual o papel do filho, criança e adolescente, nessa família? O art. 227, da Constituição Federal, fornece a diretiva: a criança e o adolescente são pessoas merecedoras de prioridade absoluta cuja proteção cabe à família, à sociedade e ao Estado. O art. 227 coloca a criança e o adolescente na posição de sujeitos de direitos: 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.” TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. O cuidado com o menor de idade na observância de sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *O cuidado como valor jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 346.

¹⁵⁷Reconhecendo a criança como sujeito de direitos, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” O mesmo Estatuto previu, ainda: “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.”

¹⁵⁸“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

substituta por meio da guarda, da tutela ou da adoção¹⁵⁹, institutos aos quais, aliás, o Código de Menores já se referia.

Constituindo uma das modalidades de inserção da criança em família substituta, a guarda recebe a condição de instituto autônomo, não se limitando ao desfazimento da união dos pais, mas se desdobrando em duas formas: como figura própria do Direito de Família e inerente ao poder familiar – conforme reconhece o artigo 22 do próprio Estatuto – e como figura própria do Estatuto da Criança e do Adolescente – prevista em seus artigos 28, *caput*, e 33 e seguintes –, com o fim de regularizar a posse de fato ou situações excepcionais que envolvam a criança¹⁶⁰.

Os direitos da criança passaram expressamente a sobrepor-se aos dos pais, diante da primazia de proteção a ela reconhecida, devendo seus ditames guiar toda e qualquer interpretação legislativa que lhe diga respeito.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil, cuidou da proteção da pessoa dos filhos em seus artigos 1.583 a 1.590, dispositivos inseridos no Capítulo XI, o qual integra o Subtítulo relativo ao casamento. Prevvia-se a atribuição da guarda dos filhos de forma unilateral a quem revelasse melhores condições para tanto –

¹⁵⁹O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (...) Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. (...) Art. 33. A guarda obriga à 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. Art. 34. O Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.”

¹⁶⁰A respeito, ROBERTO JOÃO ELIAS esclarece que, em tal modalidade de guarda, ao mesmo tempo em que o guardião deve prestar ao menor toda a assistência devida pelos pais, é conferido um poder possível de ser oposto ao dos próprios pais. Ensina, ainda, que “Normalmente, o pedido de guarda tem o objetivo de regularizar a posse de fato. O responsável já tem o menor consigo e, para que surtam os efeitos legais, requer a medida. Entretanto, ela pode ser deferida nos procedimentos de tutela e de adoção. Neste último caso, o período de guarda serve como estágio de convivência (art. 46). Só não é possível a concessão de guarda no caso de adoção por estrangeiros, por força do art. 31, e porque, nesse caso, o estágio de convivência deve obedecer ao § 2º do art. 46, precedendo a efetivação da adoção, sendo cumprido no território nacional” (ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, cit., p. 31-32).

eliminando-se de vez o critério sexista –, mas não se referiu ao exercício conjunto da guarda¹⁶¹.

Por fim, a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil para que este passasse a prever a guarda compartilhada como regra geral, referindo-se a sua aplicação “sempre que possível”, na hipótese de inexistência de acordo entre os pais quanto à guarda¹⁶².

Embora mais próximo da realidade atual que o anterior, o Código Civil de 2002, mesmo com as recentes alterações referidas, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, deixam abertas lacunas como a possibilidade de ouvir-se a criança quanto à sua preferência e a consideração dessa vontade na decisão sobre a atribuição da guarda,

¹⁶¹ Em sua redação original, dispunha o Código Civil de 2002:

“Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.”

¹⁶² O Código Civil passou a ter a seguinte redação:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) 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.

§ 2º 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.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

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

bem como sobre a extensão do direito de visitas e o exercício da guarda nas famílias recompostas ou reconstituídas¹⁶³, por exemplo.

Esta dissertação visa colaborar para suprir algumas lacunas da lei e contribuir para a efetiva proteção da criança por meio dos institutos mencionados.

¹⁶³Na busca de suprir as carências legislativas do Direito de Família, ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA, em Tese de Doutorado, propõe a criação de um Código de Família brasileiro, levando-se em conta as peculiaridades do Direito de Família e a necessidade de abordagem interdisciplinar da matéria, que não é realizada pelo Código Civil. Justifica a autora: “O Direito de Família e o Judiciário não têm um corpo de normas e mecanismos jurídicos de acesso à justiça adequados aos conflitos decorrentes das relações de afeto, não estão aparelhados para reconhecer que o jurisdicionado está doente, buscando a proteção do Estado para reconduzi-lo à integridade moral e afetiva, porque o trata de acordo com outros princípios e paradigmas, próprios para as relações de Direito Privado, de um modo geral, que não servem mais para este peculiar ramo do Direito.” BARBOSA, Águida Arruda. *Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 21.

3. INOVAÇÕES NO TRATAMENTO DA GUARDA E DO DIREITO DE VISITA PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Na disciplina da proteção da pessoa dos filhos, o Código Civil de 2002 albergou disposições constantes das Leis 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio) e 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com modificações em alguns pontos.

O Código manteve a sistemática anterior para a atribuição de guarda, que será definida por acordo ou determinação do juiz, o qual pode, inclusive, conceder a guarda a terceiro.

Para a análise da matéria, parte-se do pressuposto de que a criança é sujeito – e não objeto – de direitos, é ser humano em desenvolvimento, a quem se dirige uma proteção especial, como referido anteriormente.

Por outro lado, também é preciso reconhecer aos pais¹⁶⁴ como seus aqueles direitos de prepararem seus filhos para a vida adulta e de tê-los em sua companhia¹⁶⁵, mas,

¹⁶⁴A Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe: “Artigo 5 Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.”

¹⁶⁵JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, após dizer predominar o entendimento de incluir os direitos de família entre os direitos pessoais, ensina ser crescente a corrente que os reconhece como direitos da personalidade, como “direito a uma vida conjugal plena e exclusiva”, classificação que garante a tal interesse uma “proteção maior que aquela que anteriormente lhe era deferida” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 12). Especificamente quanto ao poder familiar, chamado em Portugal de “poder paternal”, MARIA CLARA SOTTOMAYOR diz expressamente incluir-se nos direitos da personalidade dos pais. Segundo a autora, “os direitos dos pais à educação e companhia dos filhos são considerados como autênticos direitos de personalidade daqueles. O conteúdo do poder paternal é composto por um conjunto de direitos ou poderes dirigidos à realização da personalidade dos pais ou como um conjunto de direitos-deveres irrenunciáveis, inalienáveis e originários, mediante os quais os progenitores assumem a responsabilidade por outrem, os filhos, e cujo exercício é controlado pela ordem jurídica. Estas concepções baseiam-se na necessidade de manter uma esfera de autonomia da família perante a intervenção do Estado. Por isso alguma doutrina inclui os direitos familiares pessoais na categoria dos direitos subjectivos, como símbolo da protecção do espaço de liberdade dos pais face ao Estado, ou distingue, no conteúdo do poder paternal, um aspecto interno – a função educativa – e um aspecto externo – a função de representação – em que a primeira assume a natureza de direito subjectivo e a segunda a natureza de poder funcional” (SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 21). Embora todos os direitos relativos à família constituam direitos subjectivos de grande relevância, é de se refletir sobre a sua inclusão generalizada entre aqueles relativos à personalidade, que, além de inatos, são “absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*”, bem como “independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa” (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 11). Os direitos da personalidade, para FRANCISCO AMARAL, têm seu objeto diretamente relacionado ao próprio titular, considerando-se a pessoa em seus

no confronto de direitos dos pais com os dos filhos menores, os últimos devem sempre ser privilegiados¹⁶⁶.

Neste capítulo trataremos de inovações do Código Civil quanto à guarda e à visita anteriormente à inserção expressa da guarda compartilhada ao ordenamento jurídico por meio da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, tema que será objeto de estudo próprio, no capítulo 4.

3.1. Afastamento da culpa pela separação como critério para atribuição da guarda e busca das “melhores condições” do genitor: tentativa de desvincular a causa do fim da relação conjugal da questão atinente à relação parental

Na redação original do *caput* do artigo 1.584¹⁶⁷ do Código de Civil de 2002, apartou-se a disciplina da guarda dos critérios da culpa na separação, em demonstração de que o comportamento e as opções da pessoa respeitantes à relação conjugal – relativas a sua intimidade e até mesmo à sua própria dignidade – em regra não devem se confundir com o exercício das funções parentais, afetas a sua relação com o filho menor.

Após as modificações inseridas pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, o critério das “melhores condições” para a atribuição de guarda unilateral foi transferido para o parágrafo 2º do artigo 1.583¹⁶⁸, tendo a referida lei acrescentado outros requisitos que norteiam a decisão do juiz.

LIMONGI FRANÇA¹⁶⁹ já criticava a disposição anterior presente na Lei do Divórcio (artigo 10), que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não houvesse dado causa à separação, entendendo significar “*uma pena, às custas dos filhos*”.

“aspectos essenciais e constitutivos” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, cit., p. 249). Já os direitos relativos ao poder familiar, à guarda e à visita que são reconhecidos aos pais são sempre limitados pelo melhor interesse do menor. Se tais direitos não subsistem se em confronto com o interesse do menor, não podem ser considerados direitos da personalidade dos pais.

¹⁶⁶Este privilégio está positivado entre nós. A Constituição Federal prevê no *caput* do artigo 227 a “absoluta prioridade” da criança. No mesmo sentido, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 3, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança. Cite-se, ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, cujo artigo XXV, item 2 já previa o direito a cuidados e assistência especiais à maternidade e à infância.

¹⁶⁷Transcrito na nota 161.

¹⁶⁸Transcrito na nota 162.

¹⁶⁹FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 74.

Por tais motivos, a jurisprudência anterior ao Código Civil de 2002, com apoio no disposto no artigo 13 da Lei 6.515/1977, cuja redação é semelhante à do artigo 1.586 do Código Civil em vigor, já vinha atribuindo a guarda do menor de acordo com seu melhor interesse, ainda que o genitor guardião fosse o cônjuge declarado culpado¹⁷⁰.

Diante do novo critério trazido pelo Código Civil, para ÂNGELA MARIA SILVEIRA DOS SANTOS¹⁷¹, estaria sepultado o princípio da culpa, não só porque o legislador não se reportou a ele, como também por haver estabelecido como diretriz fundamental o melhor interesse dos filhos.

MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO¹⁷² reconhece nessa desvinculação da culpa verdadeira conquista moderna, entendendo que a atribuição da guarda a um dos pais não deve significar ao outro sanção por haver dado causa à separação, pois o causador da ruptura do casamento pode merecer a guarda do filho por ser o genitor mais afetivo e diligente em relação a ele.

Se a proteção do menor é o objetivo da lei, esta de fato não poderia atrelar o bem-estar da criança buscado com a atribuição da guarda ao comportamento dos genitores no âmbito conjugal e à causa da separação, daí o critério das “melhores condições”¹⁷³ relacionadas ao exercício da parentalidade.

¹⁷⁰ A respeito, decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Separação Judicial. Guarda dos filhos. A mãe deve ficar com a guarda dos filhos menores impúberes, ainda que seja a culpada pela separação, se assim for no interesse e conveniência dos mesmos. V.V. Na separação judicial, decretada por culpa exclusiva de um dos cônjuges, os filhos menores deverão ficar em companhia do cônjuge inocente” (TJMG – Proc. 1.0000.00.124384-9/000(1) – Relator PINHEIRO LAGO – j. 10-8-1999 – DJ 24-9-1999). “SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - GUARDA DOS FILHOS - ATRIBUIÇÃO À MÃE, A DESPEITO DE SUA CULPA NA SEPARAÇÃO - ADMISSIBILIDADE - SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DAS CRIANÇAS. Se a mulher é boa mãe, embora tenha falhado como esposa, ao praticar adultério, a ela deve ser conferida a guarda dos filhos, pois o interesse e bem-estar dos menores devem ser o aferidor maior a decidir o seu destino, sobretudo tendo-se em conta que a profissão do pai o leva a passar a maior parte do dia fora de casa” (TJMG – Proc. 1.0000.00.160913-0/000(1) – Relator PÁRIS PEIXOTO – j. 7-12-1999 – DJ 11-12-1999).

¹⁷¹ SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. In: BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). *Código Civil: do direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 156.

¹⁷² LOTUFO, Maria Alice Zaratín. A guarda e o exercício do direito de visita. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 91, p. 95-96, jul. 2007.

¹⁷³ No Direito argentino, como ensina PABLO A. TOCALLI, “o sistema propiciado por Vélez Sarsfield foi muito avançado para sua época por atribuir a guarda sem considerar qual dos cônjuges era declarado culpado no divórcio, como fazia a maioria dos códigos de então. A lei 17.711 introduziu o princípio da culpa na atribuição da guarda. Felizmente, um bom critério legislativo inspirou a sanção da lei 23.515, que significou um retorno ao sistema de nosso codificador, pois o juiz, ao decidir sobre a guarda, não toma em conta a culpa, mas a idoneidade dos cônjuges para criar e educar seus filhos” (tradução livre) (TOCALLI, Pablo A. Ampliaciones sobre los conceptos de síndrome de alienación parental y tenencia compartida. In: CÚNEO, Darío Luis; HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*, cit., p. 132). Apesar disso, ainda se verifica o critério sexista no artigo 206 do Código Civil argentino, que traz a preferência pela guarda materna em relação aos filhos menores de cinco anos, excetuando-se a hipótese de ser contrária ao interesse do menor.

A opção do legislador é coerente com as diretrizes presentes no Código Civil, relacionando MIGUEL REALE¹⁷⁴ os critérios de atribuição de guarda, entre os quais o das “melhores condições”, à função social da família: tem-se em vista os interesses dos filhos, acima da vontade dos pais.

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO traz uma visão original da questão ao cotejar a pretensa mudança de paradigma relacionada à atribuição da guarda, decorrente da busca das “melhores condições” dos pais, com o anterior critério ligado à culpa¹⁷⁵.

O autor refere-se à necessidade de comprovação de condutas negativas dos genitores na disputa pela guarda, situação decorrente da opção legislativa da manutenção da culpa como causa para pedidos de separação ou divórcio. A lei estendia a demonstração da culpa pela inobservância de deveres conjugais para a separação ou o divórcio para tema conexo (guarda dos filhos) de maneira equivocada, pois a causa da separação e do divórcio pode e deve ser uma, relativa à condição de casal, e a causa para a atribuição da guarda pode e deve ser outra, ligada à relação dos pais com a prole¹⁷⁶.

A demonstração das condutas, com a modificação legislativa presente no Código Civil de 2002, ressalta GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, passa a ser pelo critério positivo da demonstração das “melhores condições” para o exercício da guarda, o que ao final leva à comparação das atitudes de um e de outro genitor no aspecto parental: “um genitor só terá *melhores* condições se o outro possuir *piores* condições”, razão pela qual o autor sugere a adoção do critério da “figura primária de referência”¹⁷⁷, do qual se tratará mais adiante.

Em que pese a louvável intenção do legislador ao trazer um critério diverso para a atribuição da guarda¹⁷⁸ (“melhores condições”), visando a prestigiar aquele que melhor exerce o papel de genitor – e que já o vinha fazendo na constância do casamento ou

¹⁷⁴REALE, Miguel. *Função social da família no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

¹⁷⁵MONACO, 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 Figueiredo. *Questões controvertidas no novo Código Civil: direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v. 3, p. 115.

¹⁷⁶MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência, cit., p. 117.

¹⁷⁷MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência, cit., p. 117.

¹⁷⁸Antes a guarda era atribuída ao cônjuge inocente; se ambos fossem considerados culpados, a regra era de dar-se a guarda à mãe: art. 10, § 1º da Lei do Divórcio.

união estável – e a desvinculando expressamente da causa da separação, entendemos não se poder afirmar que tenha havido efetiva mudança de paradigma nas relações de família em geral.

Se, por outro lado, eliminou-se o critério da culpa¹⁷⁹ pelo fim da união do casal para a atribuição de guarda, na busca de resguardar o melhor interesse dos filhos, por outro, não se chegou a uma fórmula legislativa que exterminasse de vez a culpa relacionada ao desfazimento do núcleo familiar, especialmente como causa da separação¹⁸⁰, e a conseqüente litigiosidade, para restar apenas a busca do bom exercício da parentalidade por parte de cada um.

Embora os requisitos presentes nos incisos I a III do § 2º do artigo 1.583 contribuam para que os cônjuges procurem demonstrar suas próprias aptidões relativas à parentalidade, as partes acabam por tentar provar a falta de condições do outro, com a imputação de condutas que espelhariam a incapacidade para bem criar os filhos.

TÂNIA DA SILVA PEREIRA diz que esta situação em que uma das partes faz alegações inconseqüentes sobre a incapacidade da outra no cuidado dos filhos deve ser vista com reservas pelo juiz e por seus auxiliares: o fator determinante para atribuição da guarda a um dos pais se assenta na habilidade de colocar-se o interesse da criança acima dos próprios interesses¹⁸¹.

Tais condutas acabam confundindo a postura dos pais ao perfil de cônjuges e retornando à discussão da culpa na separação, que ainda persiste no ordenamento jurídico. A culpa, aliás, foi mantida, como espelha o aumento do rol de causas de separação por

¹⁷⁹ Em que pese o afastamento da culpa na previsão do disposto no artigo 1.584, ao cuidar do artigo 1.586 e das hipóteses em que existem dois ou mais filhos menores, YUSSEF SAID CAHALI não afasta a análise da culpa, com a finalidade de evitar a separação de irmãos no momento de atribuição das respectivas guardas: “O provimento judicial a se expedir funda-se precipuamente na análise de cada caso, em concreto. Em condições tais, não discrepa do espírito da lei a decisão que, em razão das circunstâncias de fato, determina a distribuição dos filhos menores entre os genitores culpados. Mas, sendo inocente um dos cônjuges, recomenda-se lhe sejam entregues os filhos do casal, pois ‘não convém a separação dos filhos, mediante a concessão de suas guardas a cada um dos genitores’” (CAHALI, Yussef Said. *Separação e divórcio*, cit., p. 879).

¹⁸⁰ A respeito, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “SEPARAÇÃO LITIGIOSA – CULPA DA CÔNJUGE-VIRAGO DEMONSTRADA – PENSÃO ALIMENTÍCIA NÃO DEVIDA À EX-MULHER – GUARDA DA FILHA CONCEDIDA AO PAI – MELHOR INTERESSE PARA A MENOR - Se os elementos dos autos demonstram de forma irrefutável que a ruptura da sociedade conjugal decorreu do descumprimento dos deveres do casamento, há que ser decretada a separação, por culpa do cônjuge que os violou, não sendo, ainda, coerente que a ele seja atribuído pensão alimentícia, sobretudo, se jovem, saudável e apto ao trabalho. A guarda do filho não está condicionada à causa da separação judicial, em regra, mas aos interesses do menor, devendo ser deferida ao cônjuge que melhor os resguarde. Preliminar rejeitada. Apelo desprovido.” (TJMG – Proc. 1.0637.03.017040-0/001(1) – Relator LAMBERTO SANTANNA – j. 30-9-2004 – DJ 20/10/2004).

¹⁸¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 347.

culpa no artigo 1.573, contra o qual se coloca MARIA CELINA BODIN DE MORAES, por vislumbrar um prejuízo à liberdade que deve estar presente na família¹⁸².

Aferir a culpa e atribuí-la a um dos cônjuges na dissolução da sociedade conjugal, como entende CLAUDETE CARVALHO CANEZIN, não beneficia a família que se desfaz, mas se presta apenas ao Poder Judiciário – para imputação das penalidades ou conseqüências advindas da atitude “culposa”¹⁸³.

A autora lembra que a proteção constitucional à intimidade, mesmo diante da previsão da culpa como causa da separação pelo Código Civil, permite ao Poder Judiciário o reconhecimento da separação fundada no desamor, espelhando as decisões em tal sentido “verdadeira evolução no Direito de Família na medida em que, por via reflexa, resguardam também os filhos do casal que, normalmente, no processo de separação sofrem demasiadamente, sem que os cônjuges se dêem conta disso”¹⁸⁴.

Como a culpa resistiu como causa da separação, o disposto no *caput* do artigo 1.584, na redação original, e, agora, na primeira parte do parágrafo 2º do artigo 1.583, ainda dá margem para, naquele doloroso momento, discussões sobre condutas das partes e ao desabono mútuo, com a investigação de possíveis falhas como pais, que recaem no debate sobre a falta de colaboração e acabam na contribuição da culpa de cada um – seja como genitor, seja como cônjuge ou companheiro – para o fim do casamento ou da união estável.

Assim, não obstante se tenham desvinculado os critérios para atribuição da guarda da busca da culpa pelo fim da união – em conformidade com a jurisprudência respeitosa ao interesse do menor, conforme julgados mencionados –, o que representa um grande passo para a busca do melhor interesse do filho, a novidade legislativa não implementou na prática um modelo apto a promover o resguardo emocional do último, que continua a vivenciar acusações mútuas dos pais.

3.2. Utilização de cláusula aberta para maior proteção aos filhos

O estabelecimento dos parâmetros de “melhores condições”, originalmente no *caput* do artigo 1.584 e, após a edição da Lei 11.698/2008, no parágrafo 2º do artigo 1.583,

¹⁸²MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática, cit., p. 638.

¹⁸³CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família, cit., p. 747.

¹⁸⁴CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família, cit., p. 746.

com as ressalvas anteriormente feitas, também deve ser considerado um avanço por estar de acordo com a intenção do sistema de cláusulas gerais ou abertas¹⁸⁵ do Código Civil.

O mesmo ocorre em previsões constantes originalmente no parágrafo único do artigo 1.584, e, após as modificações implementadas em 2008, no parágrafo 5º do dispositivo, que fala em “pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida” e do artigo 1.586, que utiliza expressões como “motivos graves” e “a bem dos filhos”¹⁸⁶.

A redação do Código permite, portanto, que o juiz, orientado por princípios – sobretudo o do melhor interesse da criança –, analise e decida conforme as particularidades de cada litígio, buscando a definição oportuna para o caso concreto¹⁸⁷.

Note-se que com o critério das “melhores condições” eliminou-se a incongruente previsão da legislação anterior relativa à concessão de guarda ao cônjuge sadio no caso de separação judicial por doença mental, solução que era muito criticada por ORLANDO GOMES: se um dos cônjuges sofre de doença mental grave, que gerou a separação, por óbvio não tem condições de assumir qualquer responsabilidade¹⁸⁸.

O cerne do critério de atribuição da guarda transferiu-se do interesse dos pais para atender ao interesse do filho menor ou incapaz¹⁸⁹, indo ao encontro da Constituição, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre os Direitos da Criança.

¹⁸⁵JUDITH MARTINS-COSTA salienta caracterizarem-se as cláusulas gerais pela “ampla extensão de seu campo semântico”. A disposição normativa é “dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 50, jun. 1992).

¹⁸⁶MIGUEL REALE entende ter sido atribuído grande poder ao juiz na matéria e constata que, diante de tais disposições, “o direito familiar atende, concomitantemente, a laços biológicos e sociais, tendo em vista os interesses dos filhos”. (REALE, Miguel. *Função social da família no Código Civil*, cit.).

¹⁸⁷A respeito: MALHEIROS FILHO, Fernando. Os princípios e a casuística na guarda dos filhos, cit., p. 107.

¹⁸⁸GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 269.

¹⁸⁹A respeito, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “GUARDA PROVISÓRIA. AVÓS PATERNOS. MANUTENÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1 – Os avós paternos do menor reúnem condições materiais e psicológicas para lhe conferir toda a segurança e estabilidade emocional e afetiva de que necessita para uma formação adequada. 2 – Estando o menor, estudante, na companhia dos avós paternos há muitos meses, não há razão para, em sede incidental, retirá-lo, no meio do calendário escolar, do seio do seu atual lar. 3 – Nos termos do art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 9.069/90), a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. 4 – Desprovidimento do recurso por ato do Relator, na forma autorizada pelo artigo 557 do Código de Processo Civil” (TJRJ – Agravo de Instrumento nº 2007.002.35712 – Relatora LETÍCIA SARDAS – julgado em 27-5-2008).

Na mesma esteira, o Enunciado 104, do Conselho da Justiça Federal, referindo-se à redação original do Código Civil, interpretou que “A expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

Essa proteção foi reforçada pela Lei 11.698/2008, não só por inserir no ordenamento jurídico, de forma expressa, o compartilhamento da guarda dos filhos, mas também por prever, na atribuição da guarda unilateral, critérios que chama de objetivos, exigindo que o guardião único seja o mais capaz de proporcionar laços afetivos com a família, bem como saúde, segurança e educação.

Quando o Código Civil, com a nova redação, refere-se a “afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar” (artigo 1.583, parágrafo 2º, inciso I), o critério determina a atribuição da guarda unilateral ao genitor que se demonstre mais aberto para proporcionar ao filho a manutenção de contato – e, por consequência, de afeto – com o outro genitor, agindo de forma a favorecer o direito do menor de se relacionar com o não-guardião e com a família deste¹⁹⁰.

O pai que enxerga em seu filho menor a necessidade de contato com o outro genitor (e a respectiva família) e seja disposto a colaborar para a manutenção desse relacionamento, alheio às causas da separação, demonstra-se o mais maduro e capacitado para realizar o melhor interesse da criança.

Quanto à saúde e à segurança, além da análise das condições de habitação e higiene¹⁹¹ da residência familiar, devem ser verificadas questões atinentes ao dia-a-dia da criança com o genitor, como alimentação, cuidados pessoais, acompanhamento médico, com quem e onde permanece no horário de trabalho do guardião ou quando este precisa ausentar-se.

A segurança refere-se, ainda, ao cuidado com os ambientes freqüentados pela criança, com a escolha de suas companhias, bem como se refere ao amparo psicológico conferido ao filho.

¹⁹⁰Sobre o tema, referindo-se ao direito português, ver SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 65.

¹⁹¹Sobre o tema é a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Modificação de guarda – Procedência – Admissibilidade – Insurgência do genitor, até então o guardião das crianças – Insubstância – Conjunto probatório a indicar a incapacidade do requerido para o encargo – Indícios de abandono dos menores e falta de higiene no local em que residem – Autora que, ao contrário, detém infra-estrutura adequada às necessidades dos infantes – Estudo social nesse sentido – Sentença mantida – Recurso improvido” (TJSP – Apelação com Revisão 4455034600 – Relator JOAQUIM GARCIA – 8ª Câmara de Direito Privado – julgado em 7-8-2008).

O critério financeiro jamais poderá ser tomado isoladamente para atribuição da guarda unilateral¹⁹², diante do dever alimentar que obriga o genitor com melhores condições financeiras.

Com relação à educação, pode ser verificado, além da postura do genitor perante o menor e os valores que lhe transmite, seu grau de maturidade a influenciar a sua capacidade educativa – que, para MARIA CLARA SOTTOMAYOR¹⁹³, também se afere na medida em que contribui para a manutenção de um relacionamento positivo entre o menor e o outro genitor –, assim como a quantidade e qualidade do tempo disponível que já dedicava à criança antes da separação.

Ainda se insere no item educação a escolarização: deve-se levar em conta, na atribuição da guarda, a disposição do genitor para bem conduzir os estudos da criança, acompanhando seu desempenho escolar¹⁹⁴, a prática de esportes e a sua formação artística.

¹⁹² O Superior Tribunal de Justiça entende que o critério financeiro não é o prevalecente: “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, nos 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.” (STJ – 3ª Turma - REsp 916350 / RN - Ministra NANCY ANDRIGHI - DJe 26-3-2008).

¹⁹³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 65.

¹⁹⁴ Em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, constou do voto do Relator, Des. Donegá Morandini: “Não se desconhece, de outra parte, que o recorrido, per si, sem o concurso de familiares, sobretudo de sua mãe, avó dos infantes, não reúne condições de exercer a guarda dos filhos. Contudo, além de ter sido demonstrada a aptidão da avó paterna em auxiliar na educação das crianças, ainda que com dificuldades, a situação da apelante não é melhor, visto que se mostrou negligente na condução da vida escolar dos menores (...) enquanto estiveram sob sua guarda de fato, comportamento desapropriado, pois, ao exercício da guarda dos filhos” (TJSP - Apelação Cível com Revisão nº 573.632-4/3-00 – 3ª Câmara de Direito Privado – Relator Des. DONEGÁ MORANTINI – j. 30-9-2008).

Embora o Código não o explicita, todos esses critérios devem ser verificados pelo juiz tendo-se em mente que o cotidiano da criança sofra o mínimo de alteração. A quebra de sua rotina não pode ser brusca, mas sim a menor possível, buscando-se uma continuidade em seu viver que lhe permita sentir menos a dor causada pelo afastamento de um dos pais do lar.

Essa continuidade a ser garantida à criança relaciona-se à idéia de figura primária de referência (*Primary Caretaker*)¹⁹⁵, critério de atribuição de guarda a que se referem MARIA CLARA SOTTOMAYOR e GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO¹⁹⁶. Tal regra, paralelamente à continuidade da educação e das relações afetivas do menor, garante “a guarda dos filhos ao progenitor com mais capacidade para cuidar destes e a quem estes estão mais ligados emocionalmente”¹⁹⁷.

A referida autora sugere, para a aplicação do critério, sejam verificadas as tarefas necessárias ao cuidado com a criança, dando-se primazia àquelas relativas à satisfação das necessidades básicas, como a alimentação, a assistência em caso de doença, o ato de acordar e de deitar o filho. Devem ter maior peso, na aplicação da regra, as tarefas que exigem maior sacrifício dos pais, pois o sacrifício permitiria presumir a devoção do cuidador, constituindo a atribuição da guarda, em tal hipótese, “uma compensação pelo investimento feito no cuidado e na educação da criança”¹⁹⁸.

¹⁹⁵Conforme aponta JOAN B. KELLY, a utilização da figura primária de referência, adotada em estados americanos como Washington, West Virginia e Minnesota, recebe críticas porque, embora à primeira vista não traga critério sexista, muitos a consideram um retorno à preferência materna, por ser definido com as atividades parentais exercidas durante o casamento, como o preparo das refeições, o banho da criança, etc. O autor contesta o critério em questão, entre outros motivos, por privilegiar o exercício de tarefas concretas e repetitivas, ignorando a qualidade da relação existente entre a criança e aquele considerado como a figura primária de referência do ponto de vista emocional. Para ele, a regra não leva em conta importantes fatores, como o comportamento dos pais atinente à promoção do desenvolvimento psicológico do filho, ao encorajamento para adquirir autonomia e auto-estima, por exemplo, enxergando como o critério mais apropriado nas disputas de guarda o do melhor interesse da criança (KELLY, Joan B. *The determination of child custody*. Disponível em: <http://www.futureofchildren.org/information2826/information_show.htm?doc_id=75568 Acesso em: 20 dez. 2008).

¹⁹⁶MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência, cit., p. 105-128.

¹⁹⁷SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 58.

¹⁹⁸Como critério subsidiário, MARIA CLARA SOTTOMAYOR refere-se à disponibilidade de um genitor em relação ao contato do filho com o outro, regra que, conforme exposto, foi adotada pelo Código Civil como uma das diretrizes na demonstração das “melhores condições” (§ 2º, I, do artigo 1.583) (SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 58-59 e p. 65).

3.3. Reconhecimento do afeto como critério na atribuição da guarda a terceiro

Um importante avanço ocorreu na redação do parágrafo quinto do artigo 1.584¹⁹⁹. Seguindo a orientação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil ampliou o universo de pessoas capazes de assumir a guarda no caso de os filhos não deverem permanecer com o pai ou a mãe, considerando, além do grau de parentesco, a relação de afinidade e afetividade.

A afetividade²⁰⁰ que se encontra na base das relações familiares não pode ser ignorada pelo estudioso e pelo aplicador do Direito de Família²⁰¹.

A dificuldade está em determinar quem seria esse terceiro apto a ter a guarda de uma criança quando se conflitam os requisitos do parentesco e da relação de afinidade e afetividade a serem considerados nos termos do parágrafo 5º do artigo 1.584 do Código Civil.

O parágrafo único do artigo 1.584, na redação original do Código, mencionava que, para atribuição da guarda a terceiro, deveria ser considerado “o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica”. A lei específica que era mencionada no dispositivo é o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, ao cuidar da colocação da criança em família substituta, em seus artigos 28 e seguintes, que expressamente, no § 2º do art. 28, diz terem tais critérios a finalidade de “evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida”.

Na redação atual do Código, ainda que tenha sido suprimida do parágrafo 5º do artigo 1.584 a parte relativa à lei específica, deve ser aplicado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que traz as diretrizes relativas ao tema.

O terceiro deve ser a pessoa que demonstre, na falta de condições dos pais – condições emocionais, e, em casos extremos, por problemas financeiros que coloquem a criança em situação de risco tal que lhe cause danos à saúde – , poder exercer da melhor forma o papel de guardião e a quem a criança demonstre grande ligação afetiva.

¹⁹⁹Na redação original do Código Civil, a previsão estava contida no parágrafo único do mesmo dispositivo.

²⁰⁰Ver, a respeito, “3.4 O direito à convivência familiar”.

²⁰¹Nesse sentido: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afeto: um devaneio acerca da ética no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*, cit., p. 425-423.

Podem ser os avós, os tios, padrinhos ou qualquer outra pessoa, independentemente de laços de parentesco, em quem a criança identifique a figura materna ou paterna, em quem encontre seu porto seguro, que a tenha amparado e se dedicado à sua criação – muitas vezes desde o nascimento ou de tenra idade²⁰² – e, em geral, com quem a criança gostaria de ficar.

A atribuição de guarda a terceiro nos termos do parágrafo 5º do artigo 1.584 é aplicável tanto na hipótese de o terceiro já vir exercendo a guarda de fato do menor²⁰³ e necessitar regularizá-la, quanto na situação em que os pais, que exerciam a guarda de maneira regular, passem a carecer de condições para continuar no seu exercício, sem perder o poder familiar.

Na primeira hipótese, caso a criança tenha ficado sob os cuidados do terceiro, por exemplo, a madrasta ou a madrinha, durante toda a sua vida ou parte dela, embora letra da lei dê preferência a quem tenha o grau de parentesco mais próximo, este não pode ser o principal requisito, mas sim, o subsidiário, por não poder superar a relação de afinidade e afetividade existente entre o terceiro e a criança²⁰⁴.

²⁰²Um importante precedente amplamente divulgado na imprensa, embora se refira à tutela, foi a decisão proferida em janeiro de 2002 pelo Juiz da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões do Rio de Janeiro, ao conceder a guarda provisória do filho biológico da cantora Cássia Eller, morta em dezembro de 2001, à sua companheira. Em 31 de outubro de 2002, após acordo, a tutela da criança, requerida pelo avô, foi definitivamente atribuída à Maria Eugênia Martins, que cuidara do menino desde o seu nascimento, que sempre o teve como filho e a quem o garoto chama de mãe. Fontes: MINHA luta por Chicão. *Revista Crescer*, ed, 110, jan. 2003. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Crescer/0,19125,EFC464801-2213,00.html>>. Acesso em: 13 out. 2008. SEM discussão. *Veja on line*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/160102/p_088.html>. Acesso em: 13 out. 2008.

²⁰³Sobre o tema, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “CONCESSÃO DE GUARDA PROVISÓRIA AO TIO MATERNO – POSSIBILIDADE – RESGUARDO DE INTERESSE DOS MENORES. Os genitores têm o direito natural à guarda de seus filhos, porém em alguns casos excepcionais a mesma pode ser deferida a um terceiro guardião, desde que atendido o princípio do melhor interesse do menor. Da análise de elementos probatórios carreados aos autos pelas partes, forma-se um juízo de valor provisório no sentido de que os menores encontravam-se residindo com o tio materno à época do ajuizamento da presente ação e que este arcava com as principais despesas relacionadas à subsistência dos seus sobrinhos. Configurada a excepcionalidade a ensejar manutenção da guarda com o recorrido, pois outro entendimento traria, inicialmente, maiores prejuízos aos menores, a exemplo da mudança de escola quando já iniciado o ano letivo. Inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando houve a concessão da guarda, sem a prévia oitiva do pai, uma vez que é possível a ponderação do referido princípio no caso concreto, sobretudo, quando iminente o prejuízo a outro direito da mesma importância, como é o caso da proteção integral à criança e ao adolescente, insculpida no art. 227 da Carta Magna. Insubsistente o argumento de que a espera da realização do estudo social pode trazer prejuízo aos menores, pois até o momento não há provas que demonstrem qualquer conduta inadequada do tio materno em relação aos seus sobrinhos. Improvimento do recurso” (TJRJ – AG 2008.002.03483 – 17ª Câmara Cível- unânime - DES. EDSON VASCONCELOS – julgado em 28-5-2008 – Ementário 36/2008 – n. 4 – 2-10-2008).

²⁰⁴Nesse sentido: “GUARDA PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. VISITAÇÃO DO TIO À MENOR. 1. Embora não exista nada que desabone a conduta do agravante, o cerne da questão é o que é melhor para a menina e se esta manifestou seu desejo de estar sob os cuidados de sua madrinha, que tem condições para desempenhar tal encargo, sua vontade deve prevalecer sobre a do

Aplica-se à questão o Enunciado 334 da IV Jornada de Direito Civil, segundo o qual “A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse”. Isso porque, ao referir-se à “estabilidade da convivência familiar”, o Enunciado acaba por reconhecer a presença tanto da afinidade quanto da afetividade – sem as quais a estabilidade da convivência seria inviável – e, ao mencionar o princípio do melhor interesse, remete à condição imposta ao terceiro de “compatibilidade com a natureza da medida” (parágrafo 5º do artigo 1.584), sem a qual a guarda não seria benéfica para a criança.

Já na hipótese de os pais não poderem conservar a guarda após regular exercício desta, sem que a criança estivesse sob a guarda fática de terceiros no papel de pai afetivo, o grau de parentesco poderá ser sopesado, dando-se preferência, por exemplo, aos avós em relação a outras pessoas. A afinidade e a afetividade passam a ser critérios para excluir a possibilidade da guarda, por exemplo, pelo avô que não tem um bom relacionamento com o neto.

Portanto, quando o Código Civil considera a afetividade como critério para atribuição de guarda a terceiro, tem em vista o melhor interesse da criança, estando em compasso com a doutrina da proteção integral.

3.4. Retrocesso ao sacrificar o direito dos filhos à convivência com penalidade ao genitor

A Lei 11.698/2008 alterou o artigo 1.584 do Código Civil e lhe acrescentou o parágrafo 4º, no qual se pune por meio de sanção civil o genitor que altere ou descumpra imotivadamente a “cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada”, com redução de prerrogativas quanto ao filho, inclusive no que respeita às horas de convivência.

agravante. 2. A madrinha de batismo da menor reúne condições materiais e psicológicas para conferir à afilhada toda a segurança e estabilidade emocional e afetiva de que necessita para uma formação adequada, não há razão para deixar de conferir a guarda provisória exclusivamente porque não há laços de parentesco entre ambas. 3. Nos termos do art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 9.069/90), a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. 4. Desprovemento do recurso por ato do Relator, na forma autorizada pelo artigo 557 do Código de Processo Civil” (TJRJ - AG 2006.002.07921 - Relatora LETICIA SARDAS – julgado em 3-10-2006 – 8ª Câmara Cível).

Embora a intenção do legislador tenha sido impedir que os conflitos entre os ex-cônjuges ou seus caprichos prevaleçam sobre o direito à proteção que tem o menor por meio da guarda, a norma equipara as responsabilidades atribuídas aos pais a verdadeiro prêmio por seu bom comportamento.

Tais responsabilidades ou “prerrogativas”, na verdade, são vinculadas à promoção do bem-estar dos filhos.

Se é o interesse do menor que dita a modalidade de guarda e como se dará a convivência familiar, a diminuição das prerrogativas de um dos pais – de participar da escolha da escola, por exemplo – e a redução do número de horas de convivência como punição ao genitor “infrator” reflete diretamente no direito do filho.

De fato, é o menor quem terá prejudicado o exercício do afeto em relação ao genitor que a lei pretende punir, configurando a norma em questão um retrocesso.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO critica a referida sanção imposta pela Lei 11.698/2008 por seu conteúdo poder ampliar a alienação parental, no caso de guarda unilateral, ou comprometer a guarda compartilhada. Acrescenta ainda que a redução do número de horas de convivência com o filho pode ainda ser conveniente ao genitor faltoso, sendo que, de qualquer modo, será prejudicado o interesse do filho na convivência com seus pais²⁰⁵.

Talvez a norma fosse mais coerente com o sistema se, ao invés de mencionar sacrifício ao interesse do filho, previsse expressamente a possibilidade de o genitor que se sinta lesado quanto ao contato com o menor requerer ao juiz que assegure o exercício da guarda – e da visita –, inclusive com a reversão da titularidade da primeira, se mais benéfico ao menor²⁰⁶.

Entretanto, nos termos em que posta, a norma deve ser interpretada de acordo com o melhor interesse da criança, evitando-se que descumprimentos eventuais relativos a atrasos de um genitor na entrega do filho aos cuidados do outro possam acarretar a imposição da penalidade, sob pena de aumento da litigiosidade entre os pais.

²⁰⁵LÔBO, Paulo Luiz Netto. Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 6, p. 25, out./nov. 2008.

²⁰⁶Em acórdão proferido pelo TJRS, a Relatora, Desembargadora MARIA BERENICE DIAS, manifestou-se: “O infante possui não apenas o direito a convivência familiar, mas também, o direito a receber o afeto de seu genitor. As atitudes temerárias da genitora, impedindo que seu filho receba a visita de seu genitor, não podem ser confirmadas pelo Poder Judiciário. Deve ela respeitar o acordado judicialmente sob pena de incorrer no crime de desobediência, além de haver a possibilidade de a guarda ser revertida em favor do pai” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70018882902 – 7ª Câmara Cível – julgado em 11-4- 2007).

Novamente se aplica o ensinamento de PAULO LUIZ NETTO LÔBO, segundo o qual, na hipótese contrária, em que o genitor reduz o período de convivência sem motivo justificável e de modo reiterado, “incorre em inadimplemento do dever jurídico correspondente, respondendo por danos morais”²⁰⁷. Essa responsabilização talvez seja a forma de empreender maior efetividade ao cumprimento do ajuste da guarda.

3.5. Omissão quanto à extensão das visitas

Quanto ao direito de visita, não houve evolução legislativa.

O Código Civil se referiu apenas, no artigo 1.589²⁰⁸, à visita da mãe ou do pai não-guardião, indo de encontro à jurisprudência e à doutrina²⁰⁹ que atribuem ao instituto maior extensão, reconhecendo o direito de visita relativo aos avós, por exemplo.

Ademais, o Código não reconhece o direito de visita como direito da própria criança em manter contato com os pais e pessoas ligadas a ela por laços afetivos, tratando-o como direito dos pais, sem qualquer caráter de dever, tema que será abordado no capítulo 5, ao tratar-se da natureza jurídica do instituto.

Diante do direito à convivência familiar constitucionalmente assegurado à criança e a prioridade absoluta conferida a seus direitos (artigo 227), a caracterização da visita no Código Civil deixou a desejar, reclamando urgente retificação para tornar-se também no plano legal consentâneo com a proteção da criança e com o paradigma do afeto a nortear as relações familiares.

O Projeto de Lei 2.285/2007, apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, constante do apêndice, abrange o instituto e amplia seu alcance, pretendendo inclusive substituir a denominação “direito de visita” por “direito à convivência” e estendendo-o expressamente a terceiros, com base no vínculo de afetividade.

²⁰⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008, cit., p. 25.

²⁰⁸“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.”

²⁰⁹Em especial, autores como ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, FABIO MARIA DE MATTIA e ROBERTO JOÃO ELIAS.

4. GUARDA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA

4.1. Conceito, fundamento e natureza jurídica da guarda no Código Civil

A guarda é essencial para a criança e surge de necessidades não apenas sociais, mas também biológicas²¹⁰.

Na constância da união conjugal, a guarda dos filhos é exercida pelos pais de forma simultânea, cabendo a ambos todos os direitos decorrentes do poder familiar para seu desempenho.

Para J. V. CASTELO BRANCO ROCHA, é natural assistir aos pais o direito de custódia, sem o qual não poderiam cumprir a sua tarefa de criar e educar o filho²¹¹.

O fato causador da guarda, como ensina GUILHERME GONÇALVES STRENGER, tem natureza anômala, constituindo problema desconsiderado nas situações de normalidade. Torna-se importante cuidar da guarda quando há disputa a respeito, diante de situações que exijam a supressão de dualidades pela escolha ou quando caiba ao Estado, como dever seu, atribuí-la a alguém²¹².

De fato, na constância do casamento ou da união estável, não se discute sobre a guarda comum, em que ambos os cônjuges ou companheiros exercem o poder familiar.

Como ressalta GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, ao desfazer-se a vida conjugal ou convivencial, rompem-se as relações de afeto entre o casal, mas ambos os pais, ao seguir suas vidas, continuam incumbidos das funções paternas, com a manutenção das relações entre filhos e cada um dos genitores²¹³.

Diante de tal situação, compete à lei fornecer regras “que garantam à criança um lar, uma educação, uma convivência familiar, mas também que lhe assegurem a convivência com o genitor que acabe por se afastar do lar familiar”, oportunidade em que

²¹⁰GUILHERME GONÇALVES STRENGER (p. 33) salienta que “(...) é inconcebível menor sem guarda, pois essa necessidade advém de convicção milenarmente sedimentada no fato de que fatores biológicos e sociais impõem essa conduta protetiva”. Afirma, ainda, que, “(...) qualquer que seja o ângulo visual da compreensão, o tratamento da matéria não pode dispensar os subsídios do Direito natural” (STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 19).

²¹¹ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 149.

²¹²STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 30.

²¹³MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência, cit., p. 108-109.

“o sistema jurídico destaca alguns dos atributos do poder familiar e os consolida em um instituto novo, denominado guarda.”²¹⁴

Assim surge a necessidade da guarda, que consiste, segundo PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho”²¹⁵.

Com o desfazimento da união conjugal, a guarda do filho passa a ser judicial²¹⁶, sendo regida pelos artigos 1.583 e seguintes do Código Civil, não se confundindo, porém, com a guarda, também judicial, a que se refere o Estatuto da Criança e do Adolescente, relativa à inserção em família substituta por tutela ou adoção ou como forma de suprir ausência excepcional dos pais.

Quanto ao novo capítulo criado pelo Código Civil de 2002, relativo à “proteção da pessoa dos filhos”, no qual se insere o referido artigo 1.583, TÂNIA DA SILVA PEREIRA entende ter havido uma vinculação “às hipóteses de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação ou divórcio”²¹⁷.

Segundo a autora, perdeu-se a oportunidade para uma ressalva tanto dos direitos dos filhos em quaisquer situações quanto dos deveres do guardião também fora do ambiente familiar, lembrando, em especial, as hipóteses previstas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, autorizadoras de procedimentos especiais de proteção, principalmente “diante da ‘omissão dos pais ou responsável’”²¹⁸.

Enquanto o Código Civil disciplina a guarda de crianças após o desfazimento da união de seus pais, cuja apreciação compete ao juízo de família, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata da guarda a ser atribuída em decorrência de violação dos direitos fundamentais do menor – de competência do juizado da infância e juventude –, ou em situações excepcionais, fora das hipóteses de tutela e adoção, para regularizar a posse excepcional e provisória do menor, situações nas quais não havendo perda ou suspensão do

²¹⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência, cit., p. 109.

²¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008, cit., p. 24.

²¹⁶ VIEIRA, Cláudia Stein. Da guarda de filhos: ponderações acerca da guarda compartilhada. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*, cit., p. 835.

²¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 393.

²¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 393.

poder familiar²¹⁹, tenciona-se devolver a guarda aos pais. Note-se que, nos casos de guarda, a Justiça da Infância e da Juventude tem competência restrita às hipóteses do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos do artigo 148, III e parágrafo único.

Em qualquer das hipóteses, seja regida pelo Código Civil, seja regida pelo Estatuto, a guarda deve nortear-se pelo princípio do melhor interesse do menor.

A guarda também não se confunde com o poder familiar. Como ensina EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, apesar de o poder familiar²²⁰ (“pátrio poder”) envolver a “responsabilidade da guarda e o direito de terem os pais a companhia dos filhos”, pode haver coexistência ou não com a guarda²²¹. Isso porque a guarda dos filhos não é da essência, mas da natureza do poder familiar, podendo, portando, ser confiada a terceiro²²².

YUSSEF SAID CAHALI refere-se à guarda como um dos atributos do pátrio poder, hoje denominado poder familiar, sem confundir-se com mencionado instituto. Ressalta que “a guarda pode existir sem o pátrio poder, como, reciprocamente, este pode ser exercido sem a guarda”, fazendo a seguinte comparação com a posse e a propriedade:

O símile da posse e propriedade é posto em confronto pela doutrina: assim como a posse é o exercício de fato de alguns dos poderes inerentes ao domínio, mas com este não se confunde, assim também a guarda do menor é o exercício de fato de um dos atributos inerentes ao pátrio poder, mas não se confunde com este, podendo ambos, também aqui, ser exercidos concomitantemente por pessoas diversas; o exercício da posse não extingue o direito de propriedade, assim como a concessão da guarda do menor a terceira pessoa não elimina o pátrio poder do respectivo titular.²²³

Comparando os institutos, GUSTAVO TEPEDINO conclui ser o poder familiar muito mais abrangente que a guarda, pois gera “a responsabilidade de ambos os genitores no processo educacional dos filhos, independentemente de quem os tenha em sua

²¹⁹Por exemplo, durante um período em que a mãe esteja hospitalizada e as crianças fiquem sob os cuidados de uma tia ou vizinha ou até mesmo durante uma temporada de estudos em localidade diversa daquela onde residem os pais.

²²⁰BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: LEUD, 1981. O autor refere-se ao instituto do “pátrio poder”, conforme constava do Código Civil de 1916.

²²¹BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, cit., p. 14.

²²²BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, cit., p. 23.

²²³CAHALI, Yussef Said. Arts. 33 e 34. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 9. ed. atual. por Maria Júlia Kaial Cury. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 154.

companhia”²²⁴, o que ressalta, mais uma vez, a questão da presença física atinente à guarda.

A guarda de filhos disciplinada pelo Código Civil é, portanto, aspecto do poder familiar, mesmo que possa ser desvinculada. Implica o exercício da proteção da criança com sua presença física.

JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO esclarece ainda não se confundir a guarda com a companhia da criança, pois a primeira “é posse, enquanto que o direito de companhia, embora sempre exercido pelo guardião, pode (e normalmente deverá) sê-lo também pelo genitor não guardião”²²⁵. Continua o autor:

Ter o filho em sua companhia consiste em poder estar com ele, acompanhar seu desenvolvimento, conversar, orientar. Ter o filho sob guarda, diversamente, é mantê-lo continuamente sob vigilância, é ter a posse dele.²²⁶

Relaciona-se, portanto, à idéia de posse da criança ou do adolescente e de todos os cuidados que devem ser prestados ao menor em decorrência dessa posse²²⁷.

JOSÉ ANTONIO DE PAULA SANTOS NETO entender ser a principal característica do instituto a garantia da posse do menor, razão pela qual conceitua a guarda como “o direito consistente na posse do menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância e ampla assistência em relação a este”²²⁸.

J. V. CASTELO BRANCO ROCHA critica o atrelamento da guarda à idéia de simples posse, enxergando no instituo um caráter mais contundente de dever de formar a personalidade do menor, traduzido na fiscalização, na vigilância, na disciplina e na educação do filho²²⁹.

O autor dá grande destaque ao dever de vigilância atinente ao instituto, afirmando advir o direito de guarda do dever de criar e educar e, desse direito de guarda,

²²⁴TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, cit., t. 2, p. 310.

²²⁵SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 139.

²²⁶SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p. 206.

²²⁷Nesse sentido, PABLO A. TOCALLI destaca a posse como elemento da guarda nos seguintes termos: “Em um sentido restrito, a posse é o elemento material da guarda, é dizer ter o menor consigo. Em um sentido amplo, supõe para seu titular um dever de educar, vigiar e corrigir o menor” (TOCALLI, Pablo A. *Ampliaciones sobre los conceptos de síndrome de alienación parental y tenencia compartida*, cit., p. 131, tradução livre).

²²⁸SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, cit., p.138-139.

²²⁹ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 150.

nasce “o dever de fiscalizar o menor”²³⁰. Desse modo, e contrapondo o direito de guarda às obrigações dela resultantes, ressalta que “Se o pai tem o direito de guarda em relação ao filho menor, por outro lado, está obrigado a vigiá-lo, a educá-lo e a responder pelos danos praticados pelo incapaz”²³¹.

Note-se, ainda, que a guarda não se confunde com o instituto da tutela. De fato, a tutela é o instrumento de proteção dirigido aos filhos cujos pais falecem, são julgados ausentes ou destituídos do poder familiar, nos termos do artigo 1.728 do Código Civil e artigo 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

YUSSEF SAID CAHALI trata dessa diferença, ressaltando que “enquanto a guarda deferida a terceiros é compatível com a titularidade e o exercício do pátrio poder pelos genitores, diversamente ocorre com a tutela, que, segundo reiterado entendimento jurisprudencial, não pode coexistir com o pátrio poder, provocando, quando menos, a sua suspensão”²³².

GUILHERME GONÇALVES STRENGER, ao conceituar o instituto, destaca o exercício da guarda com caráter de múnus, com vistas à proteção do menor:

*Guarda de filhos ou 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.*²³³

Em caso de separação ou divórcio, para MICHELE SESTA, a guarda não representa um direito, mas uma função que a lei atribui ao genitor ao qual o filho é confiado. Se a guarda é medida que se justifica exclusivamente no interesse da criança, a fim de que receba o menor dano possível da desagregação familiar, e se o único verdadeiro direito é aquele dos filhos de serem educados adequadamente, o juiz deverá prestar particular atenção na escolha dos critérios com base nos quais definir a modalidade de guarda e o genitor que ofereça maiores garantias de um mais eficaz e pontual adimplemento das suas obrigações em relação à prole²³⁴.

²³⁰ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 150.

²³¹ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 39.

²³²CAHALI, Yussef Said. Arts. 33 e 34, cit., p. 154.

²³³STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 21-22.

²³⁴SESTA, Michele. *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 161.

Enxergando na guarda, quanto aos pais, apenas o caráter de dever, SÍLVIO NEVES BAPTISTA diz voltar-se unicamente ao interesse do menor²³⁵.

Concordamos com GUSTAVO TEPEDINO ao destacar não ser a guarda fonte de novos deveres jurídicos. Os deveres a ela atinentes já decorrem do poder familiar ou autoridade parental e não se extinguem com a dissolução do casamento, nos termos do artigo 1.632 do Código Civil²³⁶.

O que surge de novo, com a guarda, é a continuidade do exercício do poder familiar atrelada à presença física da criança, dela emanando um poder-dever a ser exercido pelo guardião para manter a criança na residência familiar²³⁷ e zelar pela sua educação, saúde, alimentação, promovendo todos os cuidados diários de que o filho necessita.

O poder familiar não é retirado do genitor que reside em lugar diferente do que reside o menor, mas aspectos da autoridade parental, relacionados ao dia-a-dia, à presença e, por isso mesmo, atrelados à guarda, só podem ser exercidos por quem está com mais frequência junto da criança. Do contrário, seria inviável o cotidiano se o genitor residente devesse consultar o outro para cada atitude banal relativa ao filho, como horário de aulas extracurriculares, compra de lanches na escola, etc.

De fato, como lembram MARÍA JUSTINA BOERI, PAULA VERÓNICA FREDES e ANA CAROLINA SCOCCIA, a educação do menor exige a tomada diária de decisões que só podem caber à pessoa permanentemente responsável pelo menor para que o dia-a-dia transcorra normalmente. São decisões relativas a horários, roupas e gastos rotineiros, por exemplo, que só podem ser impugnadas pelo pai não-convivente se forem inadequadas ao interesse da criança²³⁸.

Devendo prevalecer os direitos dos filhos menores no confronto com os dos pais, a guarda deve ser exercida em função dos primeiros, privilegiando sua realização na família e na sociedade, por tratar-se de instrumento voltado ao amparo da criança e, portanto, para a concretização do seu melhor interesse.

²³⁵BAPTISTA, Sílvia Neves. Guarda e direito de visita, cit., p. 39.

²³⁶TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, cit., t. 2, p. 310-311.

²³⁷GUILHERME GONÇALVES STRENGER, a respeito, lembra que “a guarda de filhos é o poder-dever de mantê-los no recesso do lar. Vale dizer, que o menor não deve, sem permissão dos pais, deixar a casa familiar” (STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 21).

²³⁸BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad, cit., p. 48.

4.2. Formas de guarda no Código Civil

Os artigos 1.566, IV, e 1.724 do Código Civil²³⁹ impõem aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos²⁴⁰.

O capítulo do Código Civil que trata da “proteção da pessoa dos filhos” cuida da guarda, forma de exercício do poder familiar, que implica no encargo de prestar assistência material, moral e possibilita o processo de educação dos filhos²⁴¹.

Por outro lado, conforme já se abordou, o poder familiar, presente no subtítulo que alberga as relações de parentesco, é um poder-dever, um múnus conferido pelo Estado aos pais, com a finalidade de realizar o melhor interesse dos filhos, sendo-lhe ínsito o caráter de função. Engloba o dever de sustento, de guarda e educação e os demais deveres previstos no artigo 1.634²⁴².

É principalmente do poder familiar que decorrem as responsabilidades dos pais quanto ao cuidado e à educação de seus filhos, para a qual devem contribuir antes ou depois de desfeita a união conjugal, tendo ou não a guarda.

Tanto é assim que, apesar de o dever de guarda estar contido no poder familiar, ele pode se deslocar do âmbito dos pais e ser atribuído a terceiros, na hipótese de os primeiros não terem condições para o exercício (§ 5º do artigo 1.584 do Código Civil e artigos 28 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Antes da edição da Lei 11.698/2008, que traz o compartilhamento da guarda como regra, na crise familiar decorrente da separação, divórcio, dissolução da união estável, ou nulidade de casamento (artigo 1.587), em geral cindia-se a guarda, cujo dever era transferido a um dos pais, de acordo com o critério das “melhores condições” (redação original do artigo 1.584), tendo o outro o direito de visita.

²³⁹O Código Civil dispõe: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) IV – sustento, guarda e educação dos filhos; (...)” “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

²⁴⁰Observe-se que o dever de guarda, embora atinente à relação parental, é alocado no Código Civil no capítulo relativo à eficácia do casamento e no título referente à união estável, configurando dever decorrente do casamento e da união estável.

²⁴¹A guarda de filhos ora considerada difere-se em sua aplicação da guarda disciplinada nos artigos 28 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabível a situações alheias à separação, divórcio, anulação de casamento ou desfazimento da união estável, conforme se tratará adiante.

²⁴²GUILHERME GONÇALVES STRENGER conceitua poder familiar como “um direito dever de que são investidos os pais, como co-titulares, no sentido de tutelar os interesses do filho e preservar suas condições existenciais” (STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 35).

Diante das modificações trazidas pela Lei 11.698/2008, bem como dos subsídios da doutrina e da jurisprudência, admite-se que a guarda possa ser unilateral, alternada ou compartilhada, sendo esta última forma a preferencial.

Note-se, entretanto, que ao fixar a guarda, alberga-se relação jurídica de caráter continuativo (artigo 471, I, do Código de Processo Civil), razão pela qual a sentença é passível de modificação a qualquer tempo, conforme se alterem as condições fáticas, determinantes para a alteração da forma da guarda ou de sua titularidade.

Assim, a sentença que homologa o acordo de guarda ou que a fixa, no caso de litígio, não faz coisa julgada, como alerta SILVIO RODRIGUES, pois “o interesse prevalecente é o dos menores”²⁴³.

Os meios processuais disponíveis para a tutela dos direitos envolvidos na guarda de filhos são caracterizados, assim como o próprio instituto, por um caráter de proteção dos menores em relação aos litigantes, o que determina a característica urgência em solucionar-se as questões a ela relativas.

A modificação de guarda²⁴⁴ pode ser requerida em ação de rito ordinário, mas em geral esta é precedida de medidas cautelares²⁴⁵ – de busca e apreensão de menor ou medida cautelar inominada –, diante do caráter de urgência presente nas questões envolvendo crianças, sujeitando-se o processo a segredo de justiça (artigo 155, II, do Código de Processo Civil).

Como lembra PAULO CORDER, o caráter de inderrogabilidade das situações jurídicas que envolvem os filhos impõe, para proteger o interesse do menor, a presença do Ministério Público nas ações de separação e divórcio e concede ao juiz a faculdade de regular de ofício as relações entre genitores e prole, também em modo diferente de

²⁴³RODRIGUES, Silvio. *Comentários ao Código Civil*: parte especial do direito de família. Do casamento (arts. 1.511 a 1.590). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17, p. 202.

²⁴⁴O foro competente para tanto será o do domicílio de quem exerce a guarda. Trata-se de competência absoluta, como entende o Superior Tribunal de Justiça: EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÕES CONEXAS DE GUARDA E DE BUSCA E APREENSÃO DE FILHOS MENORES. GUARDA EXERCIDA PELA MÃE. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. ART. 147, I, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. I. A competência estabelecida no art. 147, I, do ECA, tem natureza absoluta. II. As ações que discutem a guarda de menores devem ser processadas e julgadas no foro do domicílio de quem regularmente a exerce. III. Precedentes do STJ. IV. Agravo regimental improvido (STJ – AgRg no CC 94250/MG - Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR - SEGUNDA SEÇÃO - DJe 22/08/2008).

²⁴⁵Sobre as medidas cautelares referidas, ver: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Medidas cautelares em direito de família. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 6, p. 58, jul./set. 1981.

eventual acordo das partes, se assim estiver mais em conformidade com o interesse do menor²⁴⁶.

4.2.1. Guarda unilateral

A primeira parte do parágrafo 1º do artigo 1.583 define a guarda unilateral como “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

De acordo com o parágrafo 5º do artigo 1.584, a guarda poderá ser atribuída a terceiro, que é o substituto a que se refere o parágrafo 1º do artigo 1.583, obedecendo-se à lei específica, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trataremos da guarda unilateral concedida a um dos genitores, na hipótese de desfazimento da união do casal, que é regida pelo Código Civil, embora norteadas pelos princípios que embasam a Lei 8.069/1990.

Com as alterações promovidas pela Lei 11.698/2008, a guarda unilateral passou a ter um papel subsidiário, pois aplicável apenas no caso de inviabilidade da guarda compartilhada, que constitui a regra geral.

De acordo com o parágrafo 2º inserido no artigo 1.583, o critério de “melhores condições” para a atribuição unilateral da guarda, antes contido no artigo 1.584, passou a ter sua interpretação norteadas pelo requisito de “maior aptidão” para propiciar aos filhos “I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação”, tema do qual se cuidou no capítulo 3.

Acresça-se que os critérios presentes nos incisos I a III do parágrafo 2º do artigo 1.583 não constituem rol taxativo, nem estão dispostos segundo a importância a ser considerada pelo juiz, que lhes atribuirá maior ou menor peso conforme exigir o caso concreto.

O legislador reforça a responsabilidade do genitor não-guardião diante da guarda unilateral quando, no parágrafo 3º do artigo 1.583, atribui-lhe expressamente o dever de supervisão dos interesses dos filhos.

²⁴⁶CORDER, Paolo. Accordi tra i coniugi coevi o successivi alla separazione consensuale. MARIANI, Isabella; PASSAGNOLI, Giovanni. *Diritti e tutele nella crisi familiare*. Padova: CEDAM, 2007. p. 502-503.

Conquanto a guarda unilateral gere uma cisão, com a perda da guarda por um dos pais, ambos mantêm a titularidade do poder familiar²⁴⁷ e dos deveres dele decorrentes (artigos 1.632 e 1.579, do Código Civil, e artigos 5º, I, § 5º do art. 226, *caput* do art. 227 e *caput* do art. 229). A eles seria prejudicado apenas o direito de ter os filhos em sua constante companhia, mas não se pode negar que na prática há limitações ao integral exercício do poder familiar.

O sacrifício quanto ao direito da companhia do filho refere-se ao direito de tê-lo residindo consigo, pois a convivência – embora por períodos de tempo menores que quando toda a família habitava em conjunto – é dever dos pais e direito dos filhos, constitucionalmente garantido (artigo 227, *caput*).

Segundo o artigo 1.589, os direitos do genitor guardião – e o exercício do poder familiar – são limitados pelo direito de visita, fiscalização e companhia do não-guardião. Referido dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o artigo 1.632 do Código Civil e com a primeira parte do artigo 229 da Constituição Federal, podendo-se concluir que a manutenção do poder familiar após o divórcio confere ao não-guardião o dever de participar do desenvolvimento de seus filhos menores e não apenas de fiscalizar, mas de contribuir ativamente para sua educação e preparação para a vida adulta.

Em que pese a recorrente impossibilidade de genitor não-guardião verificar diariamente os cuidados mínimos com a criança, deve esforçar-se para fiscalizá-los, porque conserva as responsabilidades do poder familiar.

É inegável, porém, que, com a atribuição da guarda a um dos genitores, acaba-se por alterar, na prática, o exercício do poder familiar²⁴⁸. Entretanto, cabe ao não-guardião o direito de recorrer ao juiz se divergir de alguma decisão do guardião (parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil²⁴⁹), demonstrando os motivos pelos quais a decisão do último não realiza o melhor interesse do filho.

²⁴⁷ROBERTO JOÃO ELIAS salienta que, em caso de separação de fato, quem “tiver a guarda do filho menor exerce o poder paternal em toda a plenitude, restando ao outro o direito de visita e também o de vigilância”. Alerta que o não-detentor da guarda “não perde o pátrio poder, conquanto sejam limitados os seus direitos e deveres” (ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*, cit., p. 27-28).

²⁴⁸MARIA HELENA DINIZ entende que, com a atribuição da guarda à mãe, por exemplo, ocorre “deslocamento do *exercício* do poder familiar, porque ela precisa *exercê-lo*, o que não significa que o pai deixa de ser seu titular conjunto, uma vez que, se ele discordar de alguma decisão da mãe, poderá recorrer ao magistrado para pleitear sua modificação” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5, p. 531).

²⁴⁹“Art. 1.631. (...) Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.”

Mesmo na guarda unilateral, GUILHERME GONÇALVES STRENGER fala em extensão da titularidade da guarda nos períodos em que o genitor não-guardião conserva o filho em sua posse e também por meio do direito de fiscalização, ao participar das decisões importantes na vida da criança, como as relativas à escola, à organização do lazer e à educação religiosa. Contudo, deve-se ter a cautela de não estender de forma demasiada o direito de fiscalização, sob pena de prejudicar a unidade da direção, que o autor considera indispensável à educação da criança²⁵⁰.

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, ao tratar da guarda simples, entende passar o guardião a responsabilizar-se pela prestação de assistência moral e educacional ao filho, tendo exclusividade quanto às decisões sobre o melhor instituto educacional para a criança e sobre os cursos extracurriculares que considerar mais condizentes com a educação que pretende para ela, que deverá ser sempre consultada²⁵¹.

Na redação do Código Civil, não obstante o *caput* do artigo 1.631 se refira ao poder familiar durante o casamento ou a união estável, o artigo 1.632 deixa clara a permanência da relação entre pais e filhos após a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável, exceto quanto à companhia. Assim, poder-se-ia questionar a possibilidade de o artigo 1.632 embasar a intromissão do genitor não-guardião nas decisões relativas ao filho sob a guarda de seu ex-cônjuge ou ex-companheiro.

Para CLAUDETE CARVALHO CANEZIN, referindo-se a nosso ordenamento anteriormente à Lei 11.698/2008,

“O fim do casamento ou da união estável não altera o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica normalmente com um deles, com o encargo de prestar assistência material, moral e educacional e assegurar ao não-guardião o direito de visitas e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos por parte do guardião”²⁵².

GUSTAVO TEPEDINO, conforme mencionado em 4.1, entende que o poder familiar, por si só, gera a responsabilidade de ambos os genitores no processo educacional do filho. Segundo o autor, trata-se de peculiaridade do ordenamento brasileiro a manutenção da disciplina do poder familiar (“autoridade parental”) após o desfazimento da

²⁵⁰STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 110-111.

²⁵¹MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência, cit., p. 111.

²⁵²CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 5-25, fev./mar. 2005.

união conjugal, “carreando um conjunto de deveres imputados aos pais independentemente da atribuição da guarda, esta limitadíssima no que tange às conseqüências jurídicas, na experiência brasileira”²⁵³.

Diante dessa particularidade de manutenção do poder familiar após a ruptura conjugal, é preciso atentar para que também o não-guardião assuma as suas responsabilidades parentais, adotando um papel ativo a fim de evitar o distanciamento dos filhos e cumprindo o que expressamente lhe determina o parágrafo 3º do artigo 1.583.

Poder-se-ia indagar quanto à responsabilidade pela educação sem que se possa participar diariamente das decisões a respeito.

Na guarda unilateral, acaba por ocorrer um afastamento natural do genitor não-guardião em relação aos filhos, por não participar de decisões mais mezinhas a eles relativas e devendo comprovar o prejuízo para a criança no caso de decisão tomada pelo guardião²⁵⁴.

Apesar disso, entendemos decorrer a mencionada responsabilidade da condição da criança de pessoa em desenvolvimento, da própria parentalidade e, ainda, do dever de supervisão (parágrafo 3º do artigo 1.583). Volta-se, assim, à proteção do filho menor, conforme se tratará adiante (4.4). O genitor não-guardião deve, assim, diligenciar para exercer o papel de colaboração no processo educacional de seu filho.

Ainda quanto à guarda unilateral, pode ocorrer, em situações ímpares, de a mãe ter a guarda de um filho e o pai, do outro. Mesmo sendo mais recomendável que os irmãos residam na mesma casa, garantindo-lhes maior exercício da convivência familiar, circunstâncias fáticas podem determinar que a cada um dos genitores se atribua, de modo unilateral, a guarda dos filhos²⁵⁵.

²⁵³TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, cit., t. 2, p. 190.

²⁵⁴MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência, cit., p. 113.

²⁵⁵A respeito, consta de acórdão do TJSP: “A tutela antecipatória concedida inicialmente, foi reconsiderada em relação a (...), mantendo a guarda do adolescente com o réu ora agravante, e determinou que as visitas da mãe ao ... serão duas vezes por semana no Fórum de Jundiaí, em sala anexa à Vara, em dias e horários estabelecidos pelas técnicas. Andou bem a Juíza, porque desta mesma Câmara, quando se trata de adolescente como o (...), com 14 anos, deve prevalecer a vontade dele na escolha de ficar com este ou aquele genitor, cujos interesses devem ser respeitados, porque são os que estão em jogo e não o capricho dos pais. (...). Todavia, a situação de (...) não pode ser equiparada a de (...), o caçula. (...) Suprime-se a visita pretendida, das 4^{as} feiras, e mantém-se apenas a dos fins de semana alternados, devendo o genitor retirar o (...) na casa da autora às 18 horas de 6^a feira, e devolvê-lo às 18 horas de domingo, porque não pode perder a escola. Assim que o genitor conseguir convencer (...) a se encontrar com a mãe, ela poderá substituir a visita assistida no Fórum, nas mesmas condições do (...)” (TJSP – Agravo de Instrumento nº 418.089-4/2-00 – 8^a Câmara de Direito Privado – Relator RIBEIRO DA SILVA – julgado em 16-3-2006).

4.2.2. Guarda alternada

Por este modo de atribuição de guarda, que não é prevista pelo Código Civil²⁵⁶, os filhos passam períodos na residência do pai e outros na da mãe – como exemplos de arranjos, uma semana com cada genitor; durante os dias da semana, na casa de um no período diurno e, à noite, na do outro genitor, alternando-se ou não os finais de semana; durante segundas, quartas e sextas com um genitor e nos demais dias e finais de semana com o outro –, sendo garantido ao genitor, no período em que não tem a guarda do filho, o direito de visita.

Tal modalidade de guarda possibilita a participação de ambos os pais na vida dos filhos, mas é considerada prejudicial à criança, cuja adaptação a duas rotinas e hábitos diferentes apresentaria mais desvantagens que vantagens²⁵⁷.

WALDYR GRISARD FILHO²⁵⁸ a considera “uma caricata divisão pela metade”, na qual os pais dividem igualmente o tempo com os filhos”, exemplificando os seguintes arranjos: a criança se alterna entre as casas dos pais, por dias, semanas, meses e anos, ou os filhos permanecem na mesma casa e os pais se alternam em tal residência.

ARNALDO RIZZARDO²⁵⁹ trata da instabilidade e da insegurança que esta modalidade de guarda pode gerar, além de possíveis conflitos na orientação e na formação do menor.

De fato, tendo duas residências nas quais deve circular em dias – ou períodos equivalentes a meses ou anos – determinados, como seria próprio da guarda alternada, a

²⁵⁶WALDYR GRISARD FILHO entende não existir tal modalidade de guarda em nosso direito, sendo substituída pelo direito de visitas (GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 122).

²⁵⁷Nesse sentido, GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, cit., p. 121, que a considera prejudicial à formação da personalidade da criança; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, cit., p. 259-60, que admite ser prejudicado o interesse da criança pelo movimento de um genitor a outro, criando-lhe incertezas e desestabilidade; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*, cit., p. 271, que diz ser dificultosa a adaptação da criança a esta modalidade de guarda. Com opinião contrária, entendendo que pode ser conveniente em determinados casos a atribuição da guarda na modalidade alternada: STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 65-66. Quanto aos aspectos psicológicos, MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA salienta que a guarda alternada “se contrapõe fortemente ao princípio da ‘continuidade’ que deve ser respeitado quando desejamos preservar o bem estar físico e mental da criança” (MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91001-gcnovassolucoes.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2006).

²⁵⁸GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, cit., p. 121.

²⁵⁹RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 421.

criança poderia ter dificuldade para organizar suas tarefas escolares, conviver com seus amigos, desfrutar dos próprios brinquedos, quanto a hábitos alimentares e até mesmo em relação à pessoa que cuidará dela no período de trabalho dos pais (por exemplo, as avós, com costumes diversos, ou duas babás). Ao adolescente poderia ser dificultada, também, a organização e a disponibilidade para realizar trabalhos escolares, por vezes realizados em grupos.

Há muitas situações em que o regime de visitas permite o pernoite não apenas em finais de semana alternados, mas durante dia útil, adequando-se pais e filhos a esta “mudança” de residência uma ou mais vezes por semana, o que poderia assemelhar-se à guarda alternada. Em tais hipóteses, contudo, está claro na mente da criança que, mesmo diante dos pernoites, sua residência efetiva é determinada, tendo para si e também para esclarecer aos colegas qual é o seu endereço, o seu lar, o seu ponto de referência, embora se sinta bem e tenha pertences na casa do genitor não-residente.

Assim, também na guarda unilateral e na compartilhada a criança pode transitar – e pernoitar – por pelo menos duas residências, não obstante haja, nesses modelos, um domicílio definido: o do genitor residente.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE²⁶⁰, referindo-se à Lei Malhuret, de 1987, que trouxe o modelo compartilhado de guarda no Direito francês, diz ser vedada a atribuição da guarda na forma alternada. Ensina que o juiz é obrigado a determinar a residência habitual da criança, bem como “ ‘com quem’ a criança viverá”, o que condenaria o sistema da guarda alternada.

Desse modo, apesar de pouco recomendada por poder gerar certa instabilidade na rotina do menor, como a casuística²⁶¹ não pode ser afastada quando se aborda o Direito de Família, é preciso analisar o caso concreto²⁶² para dele extrair o melhor interesse do

²⁶⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, cit., p. 283.

²⁶¹A respeito: MALHEIROS FILHO, Fernando. Os princípios e a casuística na guarda dos filhos, cit., p. 107-127.

²⁶²REBECCA GELLI diz que, para que o interesse do menor não se torne apenas algo a embelezar a sentença, é preciso valorar no caso específico a forma de alcançar o melhor interesse da criança, pois diante das peculiaridades das situações, soluções aparentemente contraditórias podem ser as mais adequadas, sendo a decisão tanto mais coerente quanto mais individualizada (GELLI, Rebecca. *Affidamento della prole, assegnazione della casa familiare e convivenza more uxorio del genitore affidatario. Famiglia e Diritto*, Milano, n. 2, p. 119-128, 2005). Também DARÍO LUIS CÚNEO assinala que, nas hipóteses que envolvem crianças e adolescentes, qualquer forma de comportamento adulto, mesmo em conformidade com a lei e a jurisprudência, deverá ajustar-se ao contexto da situação fática que singulariza a relação a ser analisada – a época, as pessoas e os lugares –, tendo por meta a subsunção ao interesse dos menores (CÚNEO, Darío Luis. *Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación*. In: CÚNEO, Darío Luis; HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*, cit., p. 23).

menor, podendo, em hipóteses particulares, ser esta forma de guarda a melhor – ou até mesmo, a única – opção²⁶³.

4.2.3. Guarda compartilhada

A guarda compartilhada²⁶⁴ é a modalidade de atribuição de guarda em que a criança tem uma residência fixa e só um dos genitores tem sua guarda física (material), embora ambos os pais tenham sua guarda jurídica. Ambos dirigem conjuntamente a formação do filho, planejando juntos a educação (que engloba a criação e a instrução). Ambos decidem sobre aspectos da saúde do filho, a escola, a conveniência de a criança estudar certa língua estrangeira, de ter ou não educação religiosa e de frequentar um clube, por exemplo. Dividem funções como a organização de viagens, transporte do filho à escola e a compra de material escolar.

A referida modalidade de guarda surgiu na Inglaterra, com a denominação *joint custody*. No sistema jurídico inglês, atribuir o direito de custódia assemelha-se a investir o titular nas atribuições do poder familiar no ordenamento brasileiro²⁶⁵.

No Brasil, as estatísticas do IBGE demonstram que, na prática, a guarda dos filhos ainda se liga fortemente à figura materna, sendo a guarda compartilhada pouco usada²⁶⁶. Tais dados, publicados em 2008, não consideram o eventual aumento do

²⁶³ Embora a questão discutida não se refira à forma de guarda, a modalidade é a alternada na seguinte situação: “Alimentos – Menor que passa o dia na casa do pai, sob os cuidados da avó paterna, apenas pernando na casa materna – Guarda alternada nos finais de semana – Mãe que também deve concorrer para o seu sustento – Recurso parcialmente provido para reduzir os alimentos a 12% dos ganhos líquidos” (TJSP - Apelação com revisão 379.592-4/5 – 6ª Câmara de Direito Privado – Relator Waldemar Nogueira Filho – j. 8-6-2006).

²⁶⁴ A respeito, o Enunciado 101, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que, ao interpretar o artigo 1.583 do Código Civil, entendeu que “sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão ‘guarda de filhos’, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança”.

²⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, cit., p. 264.

²⁶⁶ Nos divórcios concedidos, por responsáveis pela guarda dos filhos menores no Brasil, em 2006, a guarda dos filhos foi atribuída à mulher em 89,2% dos casos, sendo as hipóteses de responsabilidade de ambos os cônjuges de apenas 3%. (Fonte: IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2008. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2008/indic_sociais2008.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008).

compartilhamento da responsabilidade parental após a edição da Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, que a colocou de forma expressa no Código Civil²⁶⁷.

A segunda parte do parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil define a guarda compartilhada como “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”.

Nosso ordenamento não proibia esta modalidade de atribuição de guarda, que já tinha seu fundamento nos dispositivos constitucionais e legais que tratam dos deveres dos pais em relação aos filhos, do exercício conjunto do poder familiar, da igualdade entre homens e mulheres, inclusive quanto a direitos e deveres advindos da sociedade conjugal, do direito da criança de convivência familiar e de participação na vida familiar, assim como do melhor interesse da criança (artigos 5º, I, 226, §§ 5º e 6º, 229 da Constituição Federal; artigos 1º, 16, V, 19 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigos 1.634, 1.689 a 1.693 do Código Civil de 2002 e Convenção sobre os Direitos da Criança, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 99.710/1990).

Entre as vantagens da guarda compartilhada, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE²⁶⁸ destaca a manutenção do exercício em comum da autoridade parental após a ruptura da união, o incentivo ao contato entre filhos e pais, o fato de trazer um caráter de cooperação entre os últimos e maior satisfação para a criança, que não têm de escolher com qual genitor quer ficar.

Aduz que a guarda compartilhada traz benefícios também aos pais, que, na tomada de decisões conjuntas, dividem inquietudes, alegrias e dificuldades sobre o destino dos filhos, diminuindo eventuais rancores. Os pais passam a ter “condições iguais de expansão sentimental e social” ao dividirem a responsabilidade cotidiana em relação aos filhos, havendo ainda ‘melhor possibilidade de contato social, e portanto, de retomada emotiva e psicológica’²⁶⁹.

²⁶⁷ A Lei 11.698/2008 teve origem no Projeto de Lei 6.350/2002, do Deputado Tilden Santiago, que recebeu substitutivos na Câmara e no Senado, o qual lhe atribuiu o número 58/2006.

²⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, cit., p. 277-281.

²⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, cit., p. 282.

A preferência legal pela guarda compartilhada se justifica por ser presumivelmente a modalidade que garante à criança no plano emocional um ambiente mais próximo daquele em que vivia sua família intacta.

DONALD W. WINNICOTT, abordando a influência da família na maturidade emocional do indivíduo, ensina:

(...) É quando a família se rompe, ou ameaça romper-se, que percebemos o quão importante é a família intacta. É verdade que a ameaça de desintegração da estrutura familiar não determina automaticamente o aparecimento de distúrbios clínicos nas crianças, pois, às vezes, conduz a um crescimento emocional prematuro e ao estabelecimento precoce da independência e do sentido de responsabilidade; mas isso não se identifica a nosso conceito de “maturidade relativa”, e tampouco identifica-se à saúde, embora possa apresentar certos traços saudáveis.

Deixe-me enunciar um princípio geral. Parece-me importante ter em mente que, na medida em que a família permanece intacta, tudo na vida do indivíduo relaciona-se em última instância com seu pai e sua mãe. A criança pode ter-se afastado dos pais na vida e na fantasia consciente, e pode ter tirado proveito disso. Não obstante, o inconsciente sempre retém o caminho de volta aos pais. Na fantasia inconsciente da criança, toda demanda remete-se fundamentalmente ao pai e à mãe. A criança aos poucos vai exigindo cada vez menos dos pais, mas isso se passa em nível da fantasia consciente. Na realidade, o afastamento só se dá em relação à figura externa dos pais. Esse fato constitui como que um cimento da família, pois as figuras reais da mãe e do pai permanecem vivas na realidade psíquica e interior de cada um de seus membros.²⁷⁰

Em relação ao sustento dos filhos, note-se, porém, que a guarda compartilhada não acarreta que os pais contribuam para o sustento do filho de modo idêntico. Como ressalta BRUNO DI FILIPPIS²⁷¹, a paridade na contribuição alimentar, aliás, do ponto de vista quantitativo, não constitui sequer presunção passível de ser derrubada por prova contrária, permanecendo como base o critério da proporcionalidade em relação aos rendimentos dos pais.

²⁷⁰WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*, cit., p. 133-134.

²⁷¹DE FILIPPIS, Bruno. *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2007. p. 144. O mesmo autor, referindo-se à legislação italiana, diz que na prática a lei, depois de afirmar que a parentalidade consiste na atribuição de papéis paritários e que o poder familiar deve ser em regra exercitado por ambos, deveria ter esclarecido que, para questões econômicas, a situação é diferente. Alerta que para tais questões, as figuras do convivente e do não convivente devem ser consideradas. Assim, da mesma forma que na guarda unilateral, quando o não-guardião adquiria um bem para o filho, alimentava-o ou permitia-lhe usar o próprio telefone nos períodos em que o menor se encontrava junto dele não pedia reembolso ao guardião, na guarda conjunta os pais devem ter o mesmo posicionamento, não pedindo reembolsos, pois ambos devem manter a criança, a menos que tenha sido acordado de modo diverso (DE FILIPPIS, Bruno. *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 147-148).

Mesmo na redação originária do Código Civil, que não a previa expressamente, a guarda compartilhada já era admitida por grande parte da doutrina e da jurisprudência²⁷², havendo ainda projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que contém inovações sobre o tema, em menor ou maior amplitude.

Sem pretender desencorajar as inovações sobre a guarda compartilhada ou conjunta – pois reforça a idéia da manutenção da responsabilidade de ambos os genitores após sua desunião, dirimindo dúvidas quanto ao exercício do poder familiar nessa circunstância –, entendemos que o Direito brasileiro, mesmo antes da edição da Lei 11.698/2008, trazia a responsabilização dos pais pelos cuidados e educação dos filhos, por meio do poder familiar. O fato de ter-se positivado a guarda compartilhada deve incrementar essa diligência do genitor não-residente quanto ao desenvolvimento dos filhos, contribuindo para a manutenção do diálogo entre ex-cônjuges e ex-companheiros e entre estes e seus filhos de modo mais igualitário e ético²⁷³.

Observe-se que diante da nova redação do Código Civil, tornando a guarda compartilhada regra no ordenamento brasileiro, inclusive independentemente de consenso entre os pais (artigo 1.584, inciso II, e parágrafo 2º), o legislador buscou atender o entendimento de muitos autores,²⁷⁴ que já consideravam a atribuição da guarda em tais moldes uma possível solução para evitar o distanciamento entre pais e filhos.

É preciso questionar, entretanto, a conveniência de atribuição dessa modalidade de guarda no caso de divergência dos pais, por determinação do artigo 1.584, inciso II e parágrafo 2º. Atenderia ao melhor interesse do menor?

O legislador certamente não ignorou que, na prática, a falta de acordo entre os pais traz oculta a existência de conflitos entre eles, em geral no plano conjugal. Mesmo assim, trouxe o compartilhamento da guarda como regra, não-aplicável apenas em caso de ajuste em sentido diverso, problema a ser abordado adiante.

²⁷²A respeito: GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, cit.

²⁷³Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, cit., t. 2, p. 190-191.

²⁷⁴GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, cit., p. 158-161; SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. In: BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, e LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord.). *Código civil: do direito de família*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 149-50; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., p. 317.

Por outro lado, diante da possibilidade de convivência do filho com ambos os pais de forma mais livre que na guarda unilateral, poder-se-ia cogitar da hipótese de o direito de visita cair em desuso.

Entendemos que o direito de visita, como direito de convivência e do qual se tratará no capítulo 5, permanece com a mesma força ainda que nas decisões judiciais passe a predominar a atribuição da guarda de forma compartilhada. Isso porque o menor deverá ter uma residência fixa com um dos pais, sendo o contato com o outro mais amplo do que na guarda unilateral, mas ainda como exceção: a sua casa, o seu lar, é o do genitor residente.

Além do direito de convivência com os avós e outras pessoas que não os pais, a situação fática de o menor residir com um dos genitores reclama se não uma regulamentação bem detalhada dos períodos de convivência, como a minuciosa descrição dos períodos de férias e feriados, no mínimo a previsão dos dias ou horários em que o genitor não-residente terá contato com a criança no cotidiano.

Observe-se que a previsão contida no parágrafo 3º do artigo 1.584, que cuida do estabelecimento dos períodos de convivência com o pai e com a mãe na guarda compartilhada, equivale à elaboração de um regime de visitas.

Tal regulamentação é essencial para prevenir eventual omissão do genitor-não residente na participação da vida do filho, assim como para que a excessiva liberdade do primeiro – no adentrar a casa do filho para buscá-lo ou no programar passeios a qualquer momento, por exemplo – acarrete litígios futuros e acabe com a harmonia inicial do casal parental.

RICHARD A. GARDNER traz uma interessante ótica da questão quando, ao referir-se à guarda compartilhada (*joint custody*) e às demais denominações que se conferem à guarda (*sole custody*, *alternating custody* etc.), verifica que muitos dos conflitos subseqüentes à atribuição da guarda poderiam ser evitados se os acordos relativos aos filhos se subsumissem a uma rubrica geral, como “*acordos de residência e de tomada de decisões*”, ou seja, decisões referentes a “onde as crianças estariam por um determinado tempo e quais poderes o genitor com quem elas estão terá”²⁷⁵.

²⁷⁵GARDNER, Richard A. *Recent trends in divorce and custody litigation*. p. 3-7. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2007. Tradução livre.

Ressalta que todas as denominações das formas de guarda visam a definir um arranjo em particular para a residência das crianças, visita e poderes dos pais quanto à tomada de decisões, de forma que o uso de um termo geral permitindo a adaptação adequada a cada família evitaria o gasto de tempo e energia²⁷⁶.

4.2.3.1. Guarda compartilhada quando os pais estão em conflito

Necessário refletir sobre os benefícios e as desvantagens que tal modalidade de atribuição de guarda pode acarretar no que diz respeito ao interesse do filho e a sua viabilidade no caso de os pais não conseguirem administrar seus rancores para manterem um bom diálogo.

A guarda conjunta não deve servir apenas para satisfazer vaidades. Muitos pais a requerem por orgulho, até mesmo por tornar-se uma questão de honra²⁷⁷, mas na prática dá-se a guarda exclusiva, gerando mais constrangimentos entre o ex-casal e o afastamento do genitor não-residente de seu filho.

DENISE DAMO COMEL²⁷⁸ ressalta não ser a guarda conjunta instituto para prestigiar intenções egoístas, sendo inadequada quando há “dissenso intransponível entre os pais”. O compartilhamento da guarda pressupõe necessariamente algum nível de relacionamento e de entendimento, devendo haver, para a autora, ao menos a comunhão de valores e princípios a serem seguidos pelos pais em relação aos filhos, para que os primeiros administrem “juntos, com amor, responsabilidade e inteligência, a tarefa de criar e educar os filhos comuns”. A mesma autora adverte:

Não há como conceber a guarda compartilhada em ambiente de hostilidade e de intolerância, como sói acontecer nos casos de dissenso intransponível entre os pais no que tange às questões afetas ao filho. Mesmo porque, neste caso, a guarda compartilhada não seria solução fundada no melhor e superior interesse do filho, senão que seria determinada no melhor interesse e conveniência dos próprios pais. Proposta egoísta, sem a menor consideração às necessidades e bem-estar do filho. Verdadeira solução salomônica: dividir o filho entre si, um pouco para cada um, para que ninguém perca, ninguém ganhe.²⁷⁹

²⁷⁶GARDNER, Richard A. *Recent trends in divorce and custody litigation*, cit., p. 3-7.

²⁷⁷A respeito: BREGANTE, Lina. *Doveri e diritti dei genitori*, cit., p. 223.

²⁷⁸COMEL, Denise Damo. *Guarda compartilhada não é solução salomônica*. 5.6.2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=422>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

²⁷⁹COMEL, Denise Damo. *Guarda compartilhada não é solução salomônica*, cit.

Para MARIA CLARA SOTTOMAYOR²⁸⁰, a recusa de um dos pais para um acordo de guarda compartilhada já deve ser considerada uma presunção pela qual os pais não revelam capacidade de cooperação para seu exercício.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais considerou que a guarda compartilhada fundamentada no artigo 227 da Constituição e nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/2008, não pode ser estabelecida em relação conflituosa, exigindo, nos termos do voto do Relator, uma “relação cordata” entre os genitores e sendo impossível se estes não têm um mínimo de diálogo²⁸¹. No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar recurso que indeferiu pedido de guarda compartilhada na vigência da Lei 11.698/2008, tendo o Relator deixado claro em seu voto ser tal modalidade de guarda incompatível com “manifestações beligerantes e acusações recíprocas”²⁸².

Em outra oportunidade, a mesma Sétima Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que “Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos”, sendo descabida se o litígio é constante²⁸³.

²⁸⁰SOTTOMAYOR, Maria Clara. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 8, p. 58, jan./mar. 2001.

²⁸¹“CONSTITUCIONAL E CIVIL - AÇÃO DE GUARDA DE MENOR - GUARDA COMPARTILHADA - RELAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE OS GENITORES - IMPOSSIBILIDADE - RISCO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE TUTELA O MELHOR INTERESSE DO INFANTE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ARTS. 1.583 E 1.584 DO CÓDIGO CIVIL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos” (TJMG – Apelação Cível nº 1.0775.05.004678-5/001 - Relator: DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA – julgado em 7-8-2008 – DJ 27-8-2008).

²⁸²“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 20025244955 – 7ª Câmara Cível – j. 24-9-2008).

²⁸³TJRS, AC 70 005 760 673, 7ª Câm. Cível, Porto Alegre, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, transcrição parcial da ementa. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>.

EDUARDO OLIVEIRA LEITE²⁸⁴, ao contrário, considera que mesmo diante da existência de conflito e de hostilidade, a guarda conjunta é conciliadora, acomodando suscetibilidades.

BRUNO DE FILIPPIS²⁸⁵, referindo-se à legislação italiana que também traz a guarda compartilhada como regra, diz que no curso dos trabalhos parlamentares sobre o tema, havia quem criticasse a disposição a respeito, no sentido de que a animosidade entre os pais impossibilitaria o instituto, e quem julgasse que a guarda conjunta, ao contrário, serviria de remédio para tal situação de conflito.

O autor entende que as divergências quanto à educação do filho e o relacionamento conflituoso entre os pais não são motivos suficientes para afastar a guarda compartilhada, pois mesmo nessas hipóteses a guarda conjunta tem função de responsabilização do casal parental. Dessa forma, a atribuição da guarda de modo unilateral não pode ser embasada pela existência do conflito em si, mas apenas pelo atendimento do interesse do menor²⁸⁶.

IRENE MASINI²⁸⁷, comentando a jurisprudência italiana sobre o tema, refere-se a uma decisão do Tribunal de Veneza segundo a qual a guarda compartilhada pode ser a solução oportuna mesmo diante de contrastes entre os cônjuges, apta a estimular a busca e o alcance de um diálogo construtivo no interesse dos filhos, mas desde que não haja uma completa incomunicabilidade ou um clima entre os pais capaz de colocar os filhos em situação que lhes seja prejudicial.

Um importante instrumento para tentar estabelecer o diálogo entre os pais a fim de que exerçam a guarda compartilhada é a mediação familiar²⁸⁸.

²⁸⁴LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, cit., p. 280.

²⁸⁵DE FILIPPIS, Bruno. *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 119.

²⁸⁶DE FILIPPIS, Bruno. *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 119-120.

²⁸⁷MASINI, Irene. Dagli orientamenti giurisprudenziali in tema di affidamento congiunto alla nuova disciplina dell'affidamento condiviso. In: MARIANI, Isabella; PASSAGNOLI, Giovanni. *Diritti e tutele nella crisi familiare*. Padova: CEDAM, 2007. p. 155.

²⁸⁸Segundo ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA, a mediação familiar “consiste na intervenção de uma equipe multiprofissional, nos conflitos de família, que dispõe de técnicas de especialização interdisciplinar, para entender o sofrimento, conter a angústia, acompanhar a decisão e ajudar na organização da separação, por meio de uma integração do saber”. A técnica não constitui “subtratamento jurídico” nem “assistência psicológica das partes”, mas sim o “acompanhamento do casal, através da gestão de seus sofrimentos, para que tenham condição de tomar uma decisão adequada e coerente ao pensar, ao sentir e ao quere de cada personagem”. BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. In: NAZARETH, Eliana Riberti (Coord.). *Direito de família e ciências humanas*. 1. ed. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1997. p. 25-26. (Caderno de estudos n. 1).

O parágrafo 3º do artigo 1.584, inserido pela Lei 11.698/2008, prevê a possibilidade de orientação técnico-profissional ou utilizar-se de equipe interdisciplinar, o que inclui a ajuda de especialistas em mediação. Embora se refira ao estabelecimento das atribuições relativas aos períodos de convivência já no exercício conjunto da guarda, tal dispositivo pode ser utilizado para embasar a busca da mediação antes da definição acerca do compartilhamento da guarda, a fim de que a forma de atribuição provenha de um acordo entre os pais, não por imposição judicial.

A norma está de acordo com a orientação do Conselho Nacional de Justiça, que recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados a adoção de “providências necessárias à implantação de equipes interprofissionais, próprias ou mediante convênios com instituições universitárias, que possam dar atendimento às comarcas dos Estados nas causas relacionadas à família, crianças e adolescentes”²⁸⁹.

Sobre o tema, ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA²⁹⁰ entende não se poder determinar a guarda compartilhada por meio de sentença condenatória, pois seria inexecutável em uma relação litigiosa. Segundo a autora, a mediação traz aos genitores a oportunidade de discriminar o resquício negativo do casal conjugal separado – causador da ruptura e até mesmo de violência conjugal – que, misturado ao comportamento do casal parental, contamina-o. Com essa conscientização, obtida através da mediação, torna-se possível alterar o comportamento dos pais, esclarecendo-se questões que impeçam a aceitação da guarda conjunta, como o medo de violência do outro genitor em relação ao filho.

MARIA HELENA DINIZ²⁹¹ adverte decorrerem os conflitos familiares de comunicação inadequada. Por tal razão, a mediação familiar busca estabelecer uma comunicação que conduza ao conhecimento do outro e à intercompreensão, visando à diminuição do sofrimento dos filhos e à transformação da crise em uma relação parental reorganizada com vistas ao interesse do menor.

ELIANA RIBERTI NAZARETH, ao abordar as contribuições da Psicologia e da Psicanálise para solucionar questões acerca da atribuição da guarda dos filhos, lembra que a lei deve ser aplicada para promover o bem-estar físico e emocional das crianças.

²⁸⁹ Recomendação nº 2, de 25 de abril de 2006, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: www.cnj.gov.br.

²⁹⁰ BARBOSA, Águida Arruda. Responsabilidade compartilhada. *Boletim IBDFAM*, ano 8, n. 50, p. 7, maio/jun. 2008.

²⁹¹ DINIZ, Maria Helena. Direito à convivência familiar, cit., p. 809-810.

Acrescenta que “fatores psicológicos de todos os envolvidos, crianças e pais, devem preponderar na escolha quer da guarda conjunta quer da guarda exclusiva”²⁹².

Desse modo, esgotada a mediação e perdurando o conflito, a dificuldade de diálogo e a falta de respeito mútuo entre os pais, a atribuição da guarda na modalidade compartilhada é inconveniente – como, aliás, entende a jurisprudência²⁹³ – e contraria os interesses da criança, pois a tomada conjunta de decisões a respeito de sua vida poderá dificultar o seu cotidiano e até mesmo seu desenvolvimento emocional.

4.2.3.2. Guarda compartilhada e responsabilidade civil

Merece reflexão a questão da interferência da guarda compartilhada na esfera da responsabilidade civil, quanto à atribuição do dever de reparar danos causados pelos filhos menores ou maiores incapazes – os últimos, esclareça-se, não estão abrangidos por este trabalho²⁹⁴.

O Código Civil prevê, no artigo 932, inciso I, serem responsáveis pela reparação civil “os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

²⁹² NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe? – considerações sobre a guarda compartilhada – contribuições da psicanálise ao direito de família. In: _____ (Coord.). *Direito de família e ciências humanas*, cit., p. 78.

²⁹³ Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. TERMO INICIAL. PARTILHA DE BENS. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS. SUCUMBÊNCIA. (...) 3. Se muito reservadas são as chances de bom êxito no estabelecimento de guarda compartilhada, e sobretudo na alternada (como no caso), praticamente certo é o prognóstico de seu insucesso, em situação como a dos autos, onde os requisitos para sua instituição não estão minimamente presentes, pois está evidente que: a) a falta de acordo entre os pais é influenciada por questões não relacionadas aos melhores interesses da criança (a saber: a incapacidade de superar rancores conjugais); b) os genitores comprovadamente não ostentam habilidade em cooperar na tomada de decisões sobre a criança na extensão requerida pelo estabelecimento da guarda conjunta; c) os pais mostram-se incapazes de estabelecer uma convivência civilizada e respeitosa. Guarda atribuída ao pai, ante a ausência de apelação por parte da mãe, e considerando a resistência da criança em aceitar a figura materna. (...) DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME”. (Apelação Cível nº 70013817895, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 25-1-2006, destacou-se). No mesmo sentido, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “APELAÇÃO CÍVEL - SEPARAÇÃO LITIGIOSA – CULPA RECÍPROCA. Para que seja declarada a separação por culpa de uma das partes, não bastam alegações, por mais graves que sejam, sem amparo de provas seguras que as corroborem. Em se tratando de crianças de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas, ficando inviabilizado o instituto da guarda compartilhada quando o casal tem convivência problemática e com choques constantes” (TJMG, Proc. 1.0000.00.343058-4/000(1), Relator WANDER MAROTTA, j. 23-9-2003, DJ 7-11-2003).

²⁹⁴ Sobre a responsabilidade civil do incapaz, ver: SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

Diante do poder familiar, como hoje disciplinado, e do disposto no artigo 932, inciso I, do Código Civil, se o filho menor estiver sob a guarda exclusiva de um dos genitores, ambos poderiam ser responsabilizados por ato daquele ou apenas se houver atribuição da guarda compartilhada ambos os pais seriam responsáveis?

No estudo da questão, necessário de início interpretar qual o alcance das palavras “autoridade” e “companhia” no dispositivo em questão.

JOSÉ FERNANDO SIMÃO²⁹⁵ diz ser a regra, nos termos dos artigos 932, I, e 933 do Código Civil, que pai e mãe respondem civil e objetivamente pela indenização.

Na constância da união dos pais, em que ambos exercem a guarda de modo natural, a responsabilidade por danos causados por filhos menores é do pai e da mãe, surgindo divergências quando há necessidade de atribuição da guarda.

Ao abordar o tema da responsabilidade civil por ato do filho menor que não está sob autoridade e na companhia dos pais, o autor interpreta o termo “autoridade” como subsunção do filho ao poder familiar, sendo matéria de direito e não de fato. Continua sob a autoridade paterna o filho que se encontra com a mãe em virtude de guarda judicial, por persistirem os direitos e deveres quanto à educação, aos alimentos, à instrução e ao afeto²⁹⁶.

Em relação à “companhia”, ensina ser elemento mais fático que jurídico, mas não meramente fático, sob pena de somente ser responsável o pai que estivesse na presença física do filho no momento da causação do dano: do contrário, se o pai, detentor da guarda, estivesse em viagem de trabalho, por exemplo, não responderia por danos causados por aquele²⁹⁷.

Ressalta que a separação fática dos pais sem acordo quanto à guarda e às visitas não altera as responsabilidades, independentemente de o menor morar com o pai, com a mãe ou com terceiro. Diversamente, no caso de separação judicial, atribuída a guarda de modo unilateral, o genitor que tem a guarda do filho estará em sua companhia, responsabilizando-se pela vigilância, situação que se inverte nos dias de visita: é a teoria do traspasso de responsabilidade, fundada na idéia de que a responsabilidade traspassa-se

²⁹⁵SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema, cit., p. 105.

²⁹⁶SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema, cit., p. 120.

²⁹⁷SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema, cit., p. 121.

com o menor, respondendo o genitor que o tem em sua companhia quando o fato danoso é cometido²⁹⁸.

Para MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO²⁹⁹, se os genitores estiverem separados e o filho se encontrar sob a guarda de um só dos pais, deste será a responsabilidade pelo ato do menor, por ser obrigação do guardião o exercício da vigilância, não apenas para proteção, mas, também, para evitar perigo a terceiro.

No mesmo sentido, J. V. CASTELO BRANCO ROCHA³⁰⁰ atrela a responsabilidade ao dever de vigilância, que, segundo o autor, não existe sem a guarda, concluindo que “Sem a guarda e a vigilância, o pai não poderá assumir a responsabilidade pelos danos praticados pelo filho menor”.

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo³⁰¹ reconheceu a responsabilidade solidária entre o relativamente incapaz e seus pais, independentemente da culpa dos últimos, destacando-se do voto do relator, Desembargador FRANCISCO LOUREIRO, o seguinte trecho:

Não é relevante que o agressor estivesse sob a guarda direta da mãe. A prática do ato ilícito – socar uma moça no interior de casa noturna – revela falha não somente de vigilância direta, mas sobretudo de formação moral, imputável a ambos os pais.

É a aplicação da chamada culpa *in educando*, critério pelo qual “o dever de indenizar surge em razão de falhas na educação do menor”, dever atinente a ambos os pais, independentemente de quem tenha a guarda. Tal solução, entretanto, segundo JOSÉ FERNANDO SIMÃO³⁰², não se aplicaria a nosso ordenamento jurídico, que exige o requisito da “companhia”.

YUSSEF SAID CAHALI, por outro lado, admite a aplicação da culpa *in educando*:

Se o ato danoso é cometido por menor *infans* (menor de 7 anos), é praticamente inarredável a responsabilidade dos pais (responsabilidade que poderia dizer-se direta, por ato próprio). (...) Acima dessa idade, a

²⁹⁸SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema, cit., p. 121.

²⁹⁹LOTUFO, Maria Alice Zaratín. A guarda e o exercício do direito de visita, cit.

³⁰⁰ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*, cit., p. 158.

³⁰¹TJSP, AC 331.956.4/6-00, j. 2-2-2006, disponível em www.tj.sp.gov.br.

³⁰²SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema, cit., p. 123.

incidência vai passando progressivamente da culpa *in vigilando* para a culpa *in educando*.³⁰³

Acreditamos que a aplicação da culpa *in educando* torna-se mais fundamentada no caso de compartilhamento da guarda, que não deixa dúvidas acerca do requisito da “autoridade”. Quanto ao requisito da “companhia”, também está presente em relação a ambos os pais em decorrência da titularidade da guarda e de o contato com o genitor não-residente dever ser mais freqüente.

Note-se, mais uma vez, que no caso de guarda compartilhada é imprescindível fixar a residência do menor, ou seja, com qual dos genitores irá residir. Assim, embora ambos os genitores detenham a guarda, apenas com um, de fato, a criança habitará, o que não pode servir para eliminar o critério da “companhia” em relação ao genitor não-residente, cuja presença na vida da criança deverá ter mais intensidade, se comparada à guarda unilateral.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE³⁰⁴ aborda a responsabilidade civil dos pais nos casos de guarda unilateral e de guarda compartilhada. Na primeira hipótese, o guardião seria o responsável pelos atos do filho menor, havendo presunção de que seria responsável pelo “erro na educação da criança ou pela falha na fiscalização de sua pessoa”. Segundo o autor, pelo texto legal, para haver responsabilização é necessária a “reunião das duas condições previstas pelo texto legal, guarda (‘sob seu poder’) e coabitação (‘em sua companhia’). Já na guarda conjunta de cônjuges separados ou divorciados, a condição da guarda estaria preenchida, e, quanto à segunda condição, o autor parece optar pela aplicação da teoria da culpa *in vigilando*: “aquele que se encontra em companhia do filho, no momento em que ocorreu o dano, será considerado responsável”.

De fato, o artigo 1.584, parágrafo 1º, do Código Civil, trata da “similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores” na guarda compartilhada.

Assim, para fins de responsabilização dos pais que têm guarda conjunta, sem a pretensão de encerrar o debate sobre a matéria, a solução está na interpretação do requisito da “autoridade” (poder familiar) como atribuível a ambos independentemente do fato de a guarda ser unilateral ou compartilhada, e do requisito “companhia”, a ser compreendido

³⁰³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 65.

³⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, cit., p. 274-275.

como guarda (em sua face jurídica) e como presença física (face fática), que na guarda conjunta deve ser freqüente também para o genitor não-residente.

Acrescentando-se a isso uma leitura voltada à nova ótica da responsabilidade civil, focada na figura da vítima³⁰⁵, deve-se permitir a quem sofreu dano causado por menor que tenha facilitado seu direito de retornar ao *status quo ante*³⁰⁶.

A autoridade decorrente do poder familiar e a própria parentalidade são critérios para atribuição de responsabilidade. Diante do compartilhamento da guarda com os conseqüentes deveres conjuntos – similitude reforçada pelo parágrafo 1º do artigo 1.584 –, ambos os pais podem ser responsabilizados por dano causado pelo filho menor, nos termos do artigo 932, inciso I, havendo solidariedade entre os genitores, por aplicação do artigo 942 do Código Civil³⁰⁷.

Em algumas situações pode-se admitir, ainda, direito de regresso de um pai em relação ao outro, na hipótese de guarda compartilhada, de acordo com a face fática do requisito da companhia: para fins de direito de regresso, quem estava em companhia do filho no momento do comportamento que causou o dano é o responsável.

³⁰⁵ A respeito: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Revista EPD*, São Paulo, v. 1, p. 203-216, 2005. Cuidando dos novos contornos da responsabilidade civil e referindo-se à responsabilidade do incapaz, a autora entende que o *paradigma da pós-modernidade* “aponta o foco de atenção, do direito e da lei, para a *pessoa da vítima* e para a imprescindibilidade de refazimento de sua circunstância jurídico-patrimonial afetada pelo dano sofrido”, ressaltando o direito do “refazimento de sua condição *de titular do direito à dignidade constitucionalmente plasmada enquanto valor máximo da pessoa humana*”.

³⁰⁶ Sobre o tema, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a devida atenção à figura da vítima: “REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – PROPRIETÁRIO – MENOR – PAI – CULPA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DESPESAS – DANO MORAL – FIXAÇÃO. Não afastada a presunção de culpa *in vigilando*, *in instruendo* ou *in eligendo*, são solidariamente responsáveis, para arcar com os prejuízos causados por acidente automobilístico, o proprietário que entrega o veículo a filho menor, que repassou a direção a outro menor inabilitado, e o pai deste. Na fixação do dano moral, o julgador deve levar em conta o grau de constrangimento e as conseqüências advindas para a vítima, o caráter preventivo para coibir novas ocorrências, a vedação do lucro fácil e o cuidado para não reduzir a reparação a um valor irrisório” (TJMG – Proc. 2.0000.00.413949-5/000(1) – Relator GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES – julgado em 31-3-2005 – DJ 20-4-2005).

³⁰⁷ Por considerar o artigo 928 norma especial, JOSÉ FERNANDO SIMÃO confere a seguinte leitura ao artigo 942, parágrafo único, do Código Civil: “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no artigo 932, salvo se o causador do dano for pessoa absoluta ou relativamente incapaz, hipótese em que a responsabilidade dos incapazes é subsidiária.” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema, cit., p. 166).

4.2.3.3. Guarda compartilhada e filhos portadores de necessidades especiais

Em relação aos filhos portadores de necessidades especiais, que precisam de maior cuidado e atenção por parte dos genitores, a guarda compartilhada, permitindo uma participação mais equilibrada dos pais no cotidiano dos filhos, constitui em geral a melhor forma de exercício das responsabilidades parentais.

BRUNO DI FILLIPIS³⁰⁸, ao referir-se a filhos maiores, portadores de necessidades especiais, diz que a existência de grave deficiência evidencia o fato que o poder familiar deve ser interpretado como responsabilidade.

De fato, diante das referidas necessidades especiais, a proteção à criança torna-se ainda mais imprescindível, mostrando-se mais claramente o dever relativo à solidariedade familiar a ser efetivada por meio da assistência preconizada no artigo 229 da Constituição Federal, assim como pelos deveres relativos à saúde e de colocar a criança a salvo de negligência e discriminação (artigo 227).

Ora, independentemente do tipo do problema (sensorial ou mental) que acomete o filho, compartilhando-se as decisões sobre o dia-a-dia deste, tanto em relação a terapias, como quanto à estrutura necessária para seu bem-estar – adaptações na residência, aquisição de aparelho que lhe forneça melhor qualidade de vida, por exemplo –, os pais acabam mantendo maior diálogo e exercendo melhor o seu papel.

ELIANA RIBERTI NAZARETH, reconhece ser a guarda conjunta, à primeira vista, a modalidade mais aconselhável em tais situações, possibilitando-se a divisão entre os pais da carga emocional e financeira, mas entende ser contra-indicado o compartilhamento da guarda por imposição do juiz quando um dos pais o recusa, podendo ser uma forma de amenizar as dificuldades do guardião uma pensão maior a ser paga pelo não-guardião:

Um filho deficiente em geral elicia nos pais sentimentos de culpa, de que falharam em algo. E se um genitor se recusa a cuidar desta criança é porque não consegue empatizar com as necessidades e limitações nem do filho, nem do outro genitor; ao contrário, costuma responsabilizar o antigo parceiro pelo ‘fracasso’, pois não é capaz de distinguir, entre o sentimento de malogro, algo totalmente pessoal e intransferível e as circunstâncias da vida. Assim, seria mais indicado que o genitor que se

³⁰⁸DE FILIPPIS, Bruno. *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 200.

opõe a partilhar a guarda fosse obrigado a dar uma pensão maior como forma de ressarcimento³⁰⁹.

Na hipótese de um dos genitores manter-se neutro, não se opondo nem requerendo o compartilhamento da guarda do filho com tais necessidades, a autora entende ser conveniente atribuir-se a guarda conjunta, para assegurar-lhe o direito-dever de exercer a guarda³¹⁰.

Em conclusão, no tocante a filhos portadores de necessidades especiais, a guarda compartilhada permite maior desenvolvimento de afetos entre pais e filhos e desperta mais claramente as responsabilidades e o cuidado devidos aos últimos. Entretanto, não deve ser imposta se houver recusa de um dos genitores por não aceitar as limitações do filho, sob pena de a relação familiar tornar-se ainda mais desgastada, em prejuízo da própria criança.

4.4. Educação dos filhos: atribuições decorrentes da guarda e do poder familiar

Conforme referido, os artigos 1.566, IV, e 1.724 do Código Civil impõem aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos³¹¹. Ao tratar do poder familiar, o artigo 1.634 do mesmo Código³¹² dispõe competir aos pais a direção da criação e educação dos filhos menores.

No que tange ao genitor não-guardião, o artigo 1.589 do Código Civil dispõe que **poderá** fiscalizar a educação dos filhos, enquanto o parágrafo 3º do artigo 1.583 **obriga-o** a supervisionar os interesses dos últimos.

³⁰⁹ NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe? – considerações sobre a guarda compartilhada – contribuições da psicanálise ao direito de família, cit., p. 81-82.

³¹⁰ “Por outro lado, há ocasiões em que um dos genitores não se opõe, mas também não se oferece, não se prontifica a compartilhar a guarda, pois cuidar de ‘filho-problema’ ou excepcional dá trabalho. Nesta hipótese, o juiz pode ‘impor’, determinar a guarda compartilhada; aqui já é mais apropriado o genitor excluído compartilhar o ônus, a responsabilidade e a convivência do que simplesmente comparecer com uma pensão maior, pois trata-se de um modo de assegurar-lhe o direito-dever de exercer a guarda. Situações como essa irão requerer maior sensibilidade por parte do juiz para saber até onde sua interferência é positiva e válida” (NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe? – considerações sobre a guarda compartilhada – contribuições da psicanálise ao direito de família, cit., p. 82).

³¹¹ Observe-se que o dever de guarda, embora atinente à relação parental, é alocado no Código Civil no capítulo relativo à eficácia do casamento e no título referente à união estável. Constitui dever que, se violado, pode gerar imputação de culpa.

³¹² “Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; (...).”

Diante disso, quanto à educação dos filhos, o genitor não-guardião deve apenas fiscalizar, facultativamente, ou interferir de forma ativa em seus aspectos? As decisões a respeito cabem apenas ao guardião?

Em EDUARDO ESPINOLA³¹³ já se verifica a grande relevância do dever relativo à educação dos filhos – no qual se inserem a direção de seus atos e inclinações, a vigilância relativa ao desenvolvimento moral, bem como a formação de seu caráter –, dever, segundo o autor, competente a ambos os cônjuges.

Acerca da educação dos filhos na família contemporânea, ensina ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA:

(...) assistência, criação e educação estão diretamente atrelados à formação da personalidade do menor bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for. O direito à educação, além deste aspecto geral, também se reporta ao incentivo intelectual, para que criança e adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia, pessoal e profissional. Entretanto, são omitidas pela doutrina as várias dimensões da educação. Educar um menor, dando-lhe condições de desenvolver sua personalidade, para que ele seja ele próprio, revela-se um processo dialógico permanente, através do qual quem educa é também educado, construindo-se mutuamente a dignidade dos sujeitos envolvidos nesse processo.³¹⁴

Fruto de recente alteração legislativa, o parágrafo terceiro do artigo 1.583 do Código Civil, incluído pela Lei 11.698/2008, deixa clara a necessidade de um papel mais ativo do genitor não-guardião no processo educacional ao determinar sua obrigação de “supervisionar os interesses dos filhos”.

Essa supervisão dos interesses inclui, sem dúvida, a participação no processo educacional do filho menor, isto é, tanto no desenvolvimento da personalidade em um ambiente e por meios que lhes sejam propícios quanto no plano intelectual.

Sobre o tema, DARÍO LUIS CÚNEO, referindo-se ao ordenamento argentino, vislumbra no direito de supervisionar a educação tanto o contato material, que poderia ser representado pelo direito de visita, como a possibilidade de o genitor não-guardião fazer-se ouvir em relação à tomada de decisões relativas aos filhos, assegurando-lhe participação

³¹³ Como o autor se refere ao ordenamento de 1916, ressalta prevalecer, em havendo divergência, a orientação e direção do pai, inclusive no tocante à confissão religiosa (ESPINOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, cit., p. 284-285).

³¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental, cit., p. 113.

efetiva em seu desenvolvimento, para o que considera imprescindível a existência de comunicação com o filho com privacidade, sem a interferência de terceiros³¹⁵.

TÂNIA DA SILVA PEREIRA intitula o genitor não-residente “genitor descontínuo”, reconhecendo-lhe o direito de fiscalizar a manutenção e a educação. A autora alerta para o disposto no artigo 53, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente – e parágrafo único do mesmo dispositivo³¹⁶ -, que assegura “o direito de contestar os critérios avaliativos da escola, permitindo a qualquer dos pais obter informações sobre o processo pedagógico, notas e situação psicopedagógica dos filhos”³¹⁷.

No plano da escolarização da criança, a Lei nº 3.849, de 20 de abril de 2006, do Distrito Federal, é um exemplo de como o legislador vem reconhecendo a importância de os pais, ainda que não-detentores da guarda, participarem da vida da criança para o exercício do poder familiar. A referida lei obriga as escolas públicas ou particulares de ensino fundamental e médio a encaminhar a ambos os pais as informações relativas ao desempenho escolar dos filhos³¹⁸.

O próprio poder familiar, do qual se tratou anteriormente, cuja titularidade permanece inalterada mesmo diante da separação ou do divórcio, fundamenta a interferência ativa do genitor que não detenha a guarda na educação do filho, guiando o comportamento dos pais para que mantenham entre si adequada comunicação quanto ao processo educacional da prole, ainda que haja divergências no plano conjugal.

³¹⁵CÚNEO, Darío Luis. Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación, cit., p. 4.

³¹⁶“Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: (...)

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; (...)

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.”

³¹⁷PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 395.

³¹⁸Dispõe a Lei nº 3.849, de 20 de abril de 2006, do Distrito Federal, publicada em 4 de maio de 2006: “Art. 1º Ficam os estabelecimentos de ensino fundamental e médio, da rede pública ou privada, obrigados a encaminhar a ambos os pais ou responsáveis, conviventes ou não, todas as informações referentes à vida escolar dos filhos e/ou dependentes. Parágrafo único. Os pais ou responsáveis não-guardiães deverão manifestar o desejo de receber as informações constantes do caput no ato da matrícula do estudante ou da sua renovação, ficando a escola desobrigada do compromisso caso o pai, a mãe ou o responsável não-guardião deixe de fazê-lo em tempo hábil. Art. 2º Os pais ou responsáveis não-guardiães terão pleno acesso às instalações físicas, bem como aos projetos pedagógicos da escola dos filhos e/ou dependentes, respeitadas as normas comuns da instituição.”

4.5. A vigilância e o direito à intimidade da criança

Embora se reconheça que os filhos têm direito à intimidade e à privacidade, devendo o conhecimento de seus segredos dar-se, de forma ideal, por meio do diálogo e da conquista de sua confiança, diante de seus direitos da personalidade³¹⁹, muitas vezes é necessária uma postura preventiva dos pais e, sobretudo, do guardião, a quem cabe o dever de vigilância, principalmente em se tratando de crianças mais novas, cujo discernimento se difere em muito daquele que tem o adolescente.

Além de proibir companhias que entendam ser prejudiciais ao desenvolvimento dos filhos ou a frequência a locais que lhes sejam inadequados, os pais e, em particular, o guardião, poderiam exercer algum controle sobre as comunicações do filho menor?

Com o acesso cada vez maior aos meios eletrônicos de comunicação, que permitem imediata veiculação de textos, sons e imagens, deve ser reconhecida a maior exposição de crianças e adolescentes a perigos, entre os quais o acesso a pessoas mal-intencionadas, em regra respaldadas pelo anonimato.

Segundo pesquisa divulgada pela O.N.G. SaferNet Brasil e pelo Ministério Público Federal de São Paulo, 80% das crianças e adolescentes internautas apontam que, no uso da internet, têm por predileção os sítios de relacionamento, nos quais se cadastram na maioria das vezes sem a supervisão de um responsável (66,71%), inclusive naqueles proibidos para crianças e adolescentes³²⁰.

A mesma pesquisa aponta que 53% das crianças e adolescentes já tiveram contato com conteúdos agressivos que eles mesmos consideraram impróprios para sua idade e que 54% dizem possuir colega que já se encontrou com um amigo virtual³²¹.

Em face desses contatos iniciados pela internet, bem como da ameaça de violência contra a criança e de dano a seus direitos da personalidade com maior

³¹⁹HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Do patriarcalismo à democracia. *Revista EPD - Escola Paulista de Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 239, 2005.

³²⁰Pesquisa divulgada pela assessoria de comunicação da SaferNet Brasil e do Ministério Público Federal de São Paulo. SAFERNET BRASIL. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/noticias/jovens-sem-limites-internet-revela-pesquisa-in%C3%A9dita-safernet>> Acesso em: 18 nov. 2008.

³²¹Pesquisa divulgada pela assessoria de comunicação da SaferNet Brasil e do Ministério Público Federal de São Paulo. SAFERNET BRASIL. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/noticias/jovens-sem-limites-internet-revela-pesquisa-in%C3%A9dita-safernet>> Acesso em: 18 nov. 2008.

possibilidade em relação a outros meios de comunicação³²², torna imprescindível o desenvolvimento de vínculo de confiança entre pais e filhos que permita o aconselhamento, o diálogo franco e, por conseguinte, uma vigilância que acaba sendo autorizada pelo menor.

Os especialistas em segurança orientam os pais a limitarem o tempo de uso da internet, assim como proibirem os filhos de utilizar o computador em seus quartos, devendo permanecer em local onde a tela seja visível e acessível a toda a família³²³.

No entanto, há situações em que, mesmo orientando os filhos quanto à segurança na rede e se esforçando para conquistar a confiança deles, o genitor não consegue obtê-la. Recai na questão acerca da possibilidade de adentrar a privacidade das crianças sem autorização, com a finalidade de protegê-los, o que, aliás, é seu dever jurídico.

Muito antes do advento dos meios eletrônicos hoje disponíveis, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES tratava do tema ligado às comunicações e ao acesso à informação pelos menores, entendendo estar compreendido no direito de guarda, sobretudo em sua face atinente à vigilância do menor, a fiscalização da leitura de livros considerados perniciosos, a abertura e o exame da correspondência, bem como a autorização ou a proibição da reprodução fotográfica e a exposição pública dos retratos dos filhos³²⁴.

Referidas atitudes, embora hoje devam ser pautadas pelo diálogo e pela confiança, ainda prevalecem, tendo caráter tutelar. Apesar da configuração democrática adotada pela família contemporânea suscitar dúvidas quanto ao agir dos pais em seu dever de vigilância, respeitando-se o grau de discernimento dos filhos para a imposição de

³²²Segundo SHEERIN N. SHAHINPOOR, além de expor as crianças e adolescentes a informações não adequadas à sua idade, ao contato com pedófilos e ao chamado “cyberbullying”, a internet torna exacerbado o risco de dano à honra, diante da velocidade com que as informações postadas se disseminam, bem como da grandiosidade de seu alcance, com potencialidade para acarretar danos insuscetíveis de comparação com quaisquer outras formas de mídia (SHAHINPOOR, Sheerin N. *Parental rights in myspace: reconceptualizing the state’s parens patriae role in the digital age*. Disponível em: <http://works.bepress.com/sheerin_shahinpoor/2>. Acesso em: 30 set. 2008). Diante de tal constatação, ainda que seja impossível aos pais evitar a ocorrência de danos aos menores devidos à divulgação de conteúdo inserido na internet por terceiros, estes podem colaborar para prevenir referidos danos a seus filhos impedindo a divulgação de material por parte dos últimos (alertando os filhos quanto ao envio de informações particulares a um colega, por correio eletrônico, ou à inserção de fotografias em sítio de relacionamento, por exemplo).

³²³CORREIO BRAZILIENSE. *Maioria das crianças e adolescentes já marcou encontro com estranho que conheceu pelo computador*. Ullisses Campbell. Publicação, 10 out. 2008. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/html/sessao_18/2008/10/10/noticia_interna,id_sessao=18&id_noticia=39492/noticia_interna.shtml>. Acesso em: 18 nov. 2008.

³²⁴GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1930. v. 2, p. 361-362.

limites, de acordo com o desenvolvimento do processo educacional³²⁵, o dever de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, imposto pelo *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, prepondera sobre o direito à privacidade do menor, que sofre certa temperança inclusive para preservar sua dignidade.

Aqui não se trata, portanto, de violação à privacidade de modo arbitrário, com o intuito de demonstrar poder sobre a criança ou por mera curiosidade. O acesso à intimidade do filho, quando não é autorizado, só deve ocorrer com vistas a sua proteção e à efetivação de seu melhor interesse.

MÁRIO LUIZ DELGADO, após defender não ser o simples exercício do poder familiar a autorizar o conteúdo das comunicações dos filhos menores, admite essa possibilidade de afastar seu direito à privacidade e à intimidade de modo excepcional, quando em confronto com o melhor interesse da criança, princípio que lhes é superior³²⁶.

Cuida-se de limitação à privacidade imposta única e exclusivamente para o bem-estar da criança e também do adolescente, com a “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (artigo 227, parágrafo 3º, inciso V, da Constituição Federal), não podendo ser motivada por quaisquer outras intenções.

Para GUILHERME GONÇALVES STRENGER, da guarda decorre uma autoridade que investe o titular no direito de vigilância das atividades e relações da criança, incluindo a proibição de visitas e frequências e o controle de sua correspondência. Segundo o autor, “a vida privada do menor se encontra nas mãos de seus pais, vale dizer, estes controlam a difusão de sua imagem e os fatos relativos a sua vida sentimental”³²⁷.

Já GUSTAVO TEPEDINO enfatiza que os poderes conferidos aos pais podem conduzir ao sacrifício da privacidade da criança, no interesse desta, e coloca tal

³²⁵ A respeito, constata ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA: “É cediço que, no contexto do mundo atual, todos estão expostos a muitos perigos, cujo risco aos menores pode aumentar, em razão da omissão dos pais. Quando a criança ou o adolescente não tem discernimento, justifica-se de forma mais acentuada a função limitadora e, por conseguinte, o poder familiar dos pais, o que vai diminuindo gradativamente, na medida em que o processo educacional se instaura de forma mais intensa na vida da criança ou adolescente” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental, cit., p. 118).

³²⁶ DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*, cit., p. 726.

³²⁷ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 36.

responsabilidade dos genitores em um âmbito maior que o da guarda, isto é, no do poder familiar³²⁸.

Dessa forma, decorre do poder familiar³²⁹ – e não apenas da guarda, conquanto por meio desta possa ser exercido de maneira mais efetiva –, o dever de diligência e vigilância sobre o filho menor, que engloba o controle de sua correspondência³³⁰, quando realizado para preservarem-se interesses da criança, principalmente na atualidade, em que há profunda exposição à informação e risco de violação a seus direitos por meios eletrônicos.

4.6. Guarda e exercício do poder familiar nas famílias recompostas

Questão que reclama análise é a do exercício do poder familiar nas famílias recompostas³³¹, o qual, diante do disposto na segunda parte do *caput* do artigo 1.636 do Código Civil, deve ocorrer “sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”³³².

³²⁸TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, cit., t. 2, p. 182-183.

³²⁹ROBERTO JOÃO ELIAS destaca, entre as características do poder familiar, o direito de proteção, pelo qual o poder familiar (“pátrio poder”) “deve ser exercido em prol do menor, com o intuito de protegê-lo, em todo sentido, propiciando o seu pleno desenvolvimento” (ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*, cit., p. 32).

³³⁰A Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe: “Artigo 16 - 1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.” Se os genitores controlam correspondência para garantir o desenvolvimento da personalidade dos filhos e seu melhor interesse, com vistas a sua proteção e para preservar a dignidade da própria criança – bem maior – e sem excessos ou arbitrariedades, não há que se falar em ilicitude.

³³¹A respeito das famílias recompostas, discorre WLADIMIR PORRECA: “O contexto social, gerador de mudanças e, portanto, de provisoriedade e incerteza, produz reações diversas aumentando a possibilidade de diferentes configurações familiares. Dentre as novas modalidades, evidencia-se a segunda união, que é composta por casais em que um ou ambos os parceiros se separam dos primeiros cônjuges e casaram-se novamente, no civil ou não. Criam-se, assim, as famílias recompostas em que ambos, ou um dos parceiros têm filhos da união anterior, e que, muitas vezes, acabam tendo filhos dessa nova união.” O autor destaca, ainda, que essas segundas uniões geram a chamada “pluriparentalidade”, em que “outros adultos que não os pais biológicos convivem com uma criança, freqüentemente ficando responsáveis por parte de seus cuidados” (PORRECA, Wladimir. *Famílias recompostas: casais católicos em segunda união*. 2004. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-25012005-150705/>>. Acesso em: 14 jan. 2008).

³³²Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.
Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Família recomposta, segundo CECILIA P. GROSMAN, é aquela constituída após separação, divórcio ou viuvez, quando um ou ambos os integrantes do casal têm filhos da união anterior, sendo importante atribuir-se uma denominação a tal formação familiar para conceder-lhe visibilidade na sociedade, possibilitando a constatação de seus problemas próprios e o alcance das soluções a ela mais adequadas ³³³.

Pensar na proteção da criança em tais situações é consequência do crescente número de separações e divórcios ³³⁴ verificados na sociedade, com a crescente composição de novas famílias a partir de segundas núpcias de pessoas com filhos ³³⁵.

São frequentes as situações em que, diante da separação, divórcio ou dissolução da união estável de seus pais, a criança passa a viver em uma nova família,

³³³ GROSMAN, Cecilia P. Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados. In: GROSMAN, Cecilia P. (Dir.); HERRERA, Marisa (Coord.). *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 108.

³³⁴ Segundo o IBGE, o volume de separações judiciais concedidas no Brasil em 2006 foi 1,4% maior que em 2005. Já o número de divórcios concedidos em 2006 foi 7,7% maior que no ano anterior, o que gerou um total de 162.244 divórcios concedidos, enquanto em 2005 esse número foi de 150.714. Um dado interessante da pesquisa é uma tendência de crescimento do divórcio em todas as regiões do Brasil – ao contrário do que houve com as separações judiciais, que, embora tenham crescido no Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Sul, tiveram decréscimo de 1,3% no Sudeste. Esse crescimento gradual do divórcio, verificado entre 1996 e 2006, segundo o IBGE, revelaria a maior naturalidade da sociedade brasileira quanto à sua aceitação, assim como o maior busca dos serviços da justiça para formalizar dissoluções que já teriam cumprido os critérios legais para o divórcio direto. Fonte: IBGE. Estatísticas do registro civil, v. 33, 2006. Análise dos resultados. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2006/comentarios.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2008.

³³⁵ O mesmo IBGE revela um crescimento na proporção de casamentos entre divorciados com solteiros. Constata-se que os percentuais mais elevados referem-se às uniões entre homens divorciados com mulheres solteiras (de 4,4% em 1997 para 6,5% em 2006), comparativamente às uniões formais de mulheres divorciadas com homens solteiros (de 1,9% em 1997 para 3,3% em 2006), o que já foi explicado em estatísticas anteriores pelo próprio IBGE pelo fato de a guarda dos filhos ser ainda com mais frequência atribuída à mulher, o que lhe acarretaria maiores responsabilidades. Houve, ainda, aumento no número de casamentos entre pessoas divorciadas (de 1,1% em 1997 para 2,2% em 2006). Reduziu-se, ainda, a proporção de casamentos entre pessoas solteiras (de 90,1% em 1997 para 85,2% em 2006), fato que, aliado ao crescimento das uniões em que um dos cônjuges é viúvo ou divorciado, demonstra as transformações pelas quais passa a família brasileira em sua composição, a evidenciar a importância do estudo que ora se faz quanto às famílias recompostas, pois, ainda segundo o IBGE, “Sabendo que em torno de 69% dos casais que se divorciam têm pelo menos um filho, as situações acima indicam o crescimento do número de famílias reconstituídas”. O IBGE constata, ainda, serem maiores os percentuais de casamentos entre homem divorciado e mulher solteira (que entre 1995 e 2005 subiram de 4,1% para 6,3%) do que entre mulher divorciada e homem solteiro (que subiram, no mesmo período, de 1,7% para 3,1%), o que se explicaria pelo fato de a guarda dos filhos ser mais comumente atribuída à mulher, acarretando-lhe maiores responsabilidades (em 2006, em 89,2% dos divórcios a guarda dos filhos menores foi concedida às mulheres). Fonte: IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2008, cit. IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2007/indic_sociais2007.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008.

formada por um dos pais, seu novo companheiro ou cônjuge e filhos, que podem ser ou não comuns³³⁶.

Em muitos casos, é o padrasto ou a madrasta (pai ou mãe afim) que assume no cotidiano funções inerentes ao poder familiar em relação aos filhos de seu cônjuge, relativas à criação e ao processo educacional da criança.

CECILIA P. GROSMAN entende caber ao Direito relevante função na dinâmica dessas famílias, a fim de criar um espaço próprio ao pai ou mãe afim dentro dela, de forma a permitir-lhe expressar seus sentimentos e colaborar com o cuidado relativo ao menor. Segundo a autora, é preciso reconhecer o papel do padrasto ou da madrasta tanto na ordem interna da família como na sociedade, para que possa cumprir responsabilidades advindas naturalmente da convivência diária³³⁷.

Entendemos ser importante o estudo da guarda nas famílias recompostas não apenas para a promoção da figura do pai ou mãe afim, mas principalmente devido à necessidade de proteção da criança que se torna membro dessas famílias, na tentativa de garantir-lhe desenvolvimento sadio e educação adequada, permitindo-lhe a troca de afetos com a figura adulta inserida em sua vida, sem que se enfraqueça o vínculo com o genitor não-convivente e para resguardar-lhe de qualquer forma de ameaça à integridade física e psicológica³³⁸.

Como fica a responsabilidade pela educação do filho menor inserido em nova família juntamente com apenas um de seus pais, na qual sua criação passa a contar com a colaboração de uma nova figura adulta? Seria possível fixar limites para o exercício da guarda também pelo padrasto ou pela madrasta?

³³⁶ O exercício do poder familiar e da guarda no âmbito de tais famílias desafia não só o Direito, mas também outras ciências, como a Psicologia, da qual os juízes devem socorrer-se em suas decisões. ROSELY SAYÃO, ao abordar o tema, reconhece a complexidade dos grupos familiares criados por “Homens e mulheres que um dia se uniram e tiveram filhos e depois estabeleceram novas relações – homossexuais após a primeira ter sido heterossexual, inclusive (...)”. SAYÃO, Rosely. *Os desafios das novas famílias*. Disponível em: <<http://blogdaroselysayao.blog.uol.com.br/>>. Acesso em: 18 set. 2008.

³³⁷ GROSMAN, Cecilia P. Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados, cit., p. 121-122.

³³⁸ A violência de autoria do padrasto ou da madrasta – ou por eles compactuada – constitui exceção no dia-a-dia das famílias recompostas, não podendo desqualificar tais figuras, que em geral exercem importante papel na vida das crianças nessas novas famílias. Nas hipóteses de patologia jurídica, entretanto, os exemplos de violência contra a criança no próprio núcleo familiar, por vezes de maneira velada, têm em regra características capazes de gerar comoção social. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais qualificou como crime de tortura o intenso sofrimento físico a que uma criança foi submetida por parte da companheira do pai: “Configura-se o crime de tortura se o agente, como no caso dos autos, submete o enteado, que vive sob sua guarda, a intenso sofrimento físico, como forma de castigo pessoal” (TJMG – Apelação criminal nº 1.0145.99.015683-1/001 – 1ª Câmara Criminal – Relator EDELBERTO SANTIAGO – publicação em 9-10-2007).

A solução que se dá no Direito alemão, conforme se abordará no capítulo 6, está na previsão no § 1687b do Código Civil (BGB). O dispositivo refere-se ao exercício da guarda pelo padrasto ou pela madrasta, considerado uma forma de guarda em menor grau, relativa às decisões sobre a vida diária da criança, cujo exercício é possível na hipótese de o padrasto ou a madrasta ser cônjuge ou companheiro do genitor guardião. O padrasto ou a madrasta tem o direito de decidir em relação ao dia-a-dia da criança apenas em conjunto com o genitor detentor exclusivo da guarda e não por si próprio, mas em caso de *periculum in mora* pode exercer sozinho atos essenciais ao interesse da criança.

Nosso ordenamento não traz qualquer disposição semelhante à constante da legislação alemã nos termos acima, mas a realidade traz inúmeras famílias na mesma situação, em que a guarda, atribuída de modo unilateral, é exercida de fato em conjunto pelo genitor guardião e seu cônjuge ou companheiro, que acaba por influenciar, ativamente, na educação da criança e fornecer-lhe cuidados de pai.

Quanto ao exercício do poder familiar, não há dúvidas de que sua titularidade se conserva a ambos os pais, sendo afastada a interferência do novo cônjuge ou companheiro, nos termos do *caput* do artigo 1.636 referido.

A disposição é semelhante à presente no artigo 393 do Código Civil de 1916, com a redação dada pela Lei 4.121, de 27.8.1962 (Estatuto da Mulher Casada), a qual, entretanto, referia-se apenas à mulher³³⁹.

Note-se que a redação original do artigo 393 Código Civil de 1916³⁴⁰, que determinava a perda do pátrio poder em caso de novas núpcias, recuperando-o se enviuvasse, demonstrava não só a condição inferior então atribuída à mulher na sociedade – que, casando-se novamente, tornava-se incapaz – como também revelava uma certa oposição ao novo casamento da “mãe”.

Como ressalta FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE, caso se forme nova família, a relação entre pais e filhos é colocada pela lei a salvo de interferências do novo parceiro, “exatamente porque o princípio norteador dessa proibição é conformado ao princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente”³⁴¹.

³³⁹Transcrito na nota 148.

³⁴⁰Transcrito na nota 141.

³⁴¹ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 169.

Quanto à continuidade do poder familiar prevista no artigo 1.636 do Código Civil de 2002, a previsão é, no mínimo, desnecessária³⁴² – mesmo na redação original do Código de 1916, nunca se discutiu a continuidade do pátrio poder, ainda que referente ao homem – , para não dizer em total descompasso com a Constituição Federal de 1988. Isso porque o texto constitucional, além de estabelecer a igualdade entre homem e mulher (artigo 5º, inciso I), dentro e fora do casamento (artigo 226, parágrafo 5º), proibiu a discriminação em relação aos filhos (artigo 227, parágrafo 6º)³⁴³, os quais têm direito à proteção a ser exercida por meio do poder familiar .

Em relação à guarda, entretanto, a questão se torna mais complexa, pois não se pode falar em substituição do papel do genitor afastado da casa familiar que passaria a ser exercido pelo novo cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe – o que poderia ocorrer em caso de morte de um dos integrantes do casal parental, por exemplo.

Diferenciada a guarda do poder familiar – podendo ser, como exposto retro, dele desvinculada –, o exercício da guarda no cotidiano da criança suscita indagações, pois, na prática, muitas decisões acabam sendo tomadas pelo cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe³⁴⁴, pessoas proibidas de interferir no exercício do poder familiar pelo artigo 1.636 do Código Civil.

De acordo com CECILIA P. GROSMAN, no caso de pai e mãe que, mesmo separados, exercem ativamente sua função de educar e cuidar dos filhos, o padrasto ou a madrasta passam a ter um papel complementar. Entretanto, é impossível falar-se em um modelo a ser seguido pelo pai ou pela mãe afim, o que depende das características específicas de cada família³⁴⁵.

A mesma autora fala da necessidade de buscar uma normatização aberta sobre o tema, passível de englobar a diversidade de funcionamento das famílias, mas, ao mesmo tempo, que traga regras mínimas acerca da responsabilidade, cooperação e solidariedade

³⁴²A respeito: COMEL, Denise Damo. *O que esperar do direito de família no código civil: breves considerações a partir do artigo 1.636*. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/21274>>. Acesso em: 6 set. 2008.

³⁴³A referida disposição foi repetida no próprio Código Civil de 2002: “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

³⁴⁴CECILIA P. GROSMAN constata ser a definição do lugar do novo cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe um dos principais problemas da família recomposta. Diz que tais figuras são não apenas ignoradas como também desqualificadas inclusive nos contos infantis, nos quais surgem como personagens cruéis e fonte de perigo e abuso, estereótipo que reflete na mentalidade social (GROSMAN, Cecilia P. *Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados*, cit., p. 111).

³⁴⁵GROSMAN, Cecilia P. *Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados*, cit., p. 113.

dos que convivem com os menores nas famílias recompostas. Alerta para o fato de que, embora a relação do padrasto ou da madrasta com seu enteado ou enteada seja mediada pelo pai ou mãe convivente, com o tempo o primeiro passa a dispor de um vínculo com o menor, de profundo conteúdo psíquico e social, que deve ser considerado³⁴⁶.

Entendemos que, se há vínculo afetivo entre o genitor não-residente e o filho, não se pode admitir como regra o exercício da guarda do menor pelo cônjuge ou companheiro do genitor residente – o que se torna muito claro na hipótese da guarda compartilhada pelo casal parental, na qual ambos os pais exercem ativamente suas responsabilidades relacionadas ao filho (§ 1º do artigo 1.583 do Código Civil). A guarda da criança inserida na família recomposta continua sendo de titularidade do pai ou da mãe residente (sendo a guarda unilateral) ou de ambos os genitores (na guarda conjunta).

Todavia, é inegável que algumas responsabilidades do cuidado diário com o menor – como a fixação do horário das refeições, o transporte entre casa e escola – são atribuídas total ou parcialmente a esta nova figura adulta, o que acreditamos não poder configurar exercício pleno da guarda, mas uma colaboração com os deveres parentais do seu cônjuge.

Por outro lado, como o Direito não pode se desvincular da realidade e pelo fato de as questões de Direito de Família exigirem mais detido exame das peculiaridades do caso concreto, se for necessário para a efetiva prestação de assistência material à criança inserida na família recomposta, deve-se atribuir a guarda ao padrasto ou à madrasta para finalidade específica, como inclusão em convênio médico, com fundamento no § 2º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, realizando-se o seu melhor interesse³⁴⁷.

³⁴⁶GROSMAN, Cecilia P. Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados, cit., p. 116.

³⁴⁷A respeito, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Civil. Guarda de menor. Situação peculiar. Demonstrando os autos que o requerente possui boas condições financeiras, capaz de suprir as necessidades básicas da menor, nada impede o deferimento do pedido de guarda efetuado pelo padrasto, que a possui em sua companhia desde tenra idade, como se seu pai biológico fosse, em constituição verdadeira de nova família, mormente em face da legislação aplicável à espécie, que tem nítido norteamento protetor. Apelo improvido” (TJMG – Apelação Cível 1.0000.00.305730-4/000(1) – Relator Desembargador CÉLIO CÉSAR PADUANI – j. 5-5-2003 - DJ 29-8-2003). Diante de abandono pelo genitor não-guardião, entendeu o mesmo tribunal: TUTELA ANTECIPADA – MENOR – GUARDA – PADRASTO – SITUAÇÃO DE FATO PREEXISTENTE – REGULARIZAÇÃO – PRETENSÃO ACOLHIDA. Comprovado nos autos o fato de que o padrasto da menor já exerce a sua guarda de fato e que os genitores da mesma concordaram expressamente que ele fique com a sua guarda legal, caracterizada restou a incidência na espécie da hipótese do art. 33 da Lei nº 8.069/90, a possibilitar o acolhimento do pleito de concessão da tutela antecipada, mormente quando se revela patente o prejuízo para a menor, caso isso não ocorra. Agravo provido” (TJMG – Agravo de instrumento 1.0145.05.222667-0/001(1) – Relator DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS – j. 13-12-2005 – DJ 3-2-2006).

Daí a necessidade de reflexão sobre a criação de regras jurídicas que abordem a atuação do padrasto ou da madrasta na criação do menor e na tomada de decisões indispensáveis durante a convivência – sem, entretanto, substituir qualquer dos pais – como, por exemplo, autorizar uma cirurgia³⁴⁸, uma urgente transfusão de sangue, a inscrição em uma prova que exija autorização do responsável no final do prazo para fazê-lo.

CECILIA P. GROSMAN traz a seguinte sugestão:

Talvez se pudesse pensar em um esquema tão simples como este: autorizar os pais ou mães afins a cumprir atos usuais de proteção, cuidado e educação no âmbito doméstico; atos urgentes para proteger a saúde do filho afim, além de consagrar o dever de respeito mútuo.³⁴⁹

Na esteira desse entendimento e com o fim de garantir a proteção não apenas à família, mas, principalmente, à criança³⁵⁰ nela inserida, concluímos ser conveniente a normatização do tema de modo aberto, a fim de permitir a adequação aos inúmeros tipos de comportamento das famílias, trazendo autorização para que o padrasto ou a madrasta atuem de forma a proteger o menor, sobretudo quanto aos cuidados diários e à saúde, mas sem transferir a titularidade do poder familiar ou da guarda dos pais, figuras a rigor insubstituíveis.

Outra situação a ser considerada é a condição da criança na família recomposta quando ocorre a morte do genitor residente. Mister refletir quanto ao destino do menor que, durante a união do genitor com o padrasto ou madrasta, teve seus cuidados diários a cargo do último.

Seria possível não apenas assegurar o direito de visita – ou seja, o direito à convivência – da criança em relação ao padrasto ou madrasta, como terceiros, mas também atribuir a guarda ao ex-cônjuge ou ex-companheiro de seu pai ou de sua mãe, com quem

³⁴⁸ Este é o exemplo dado por CECILIA P. GROSMAN, ao mencionar norma semelhante existente no direito inglês que possibilita referida autorização, segundo a qual “toda pessoa que assuma o cuidado da criança tem direito a fazer o necessário para salvaguardar seu bem-estar” (GROSMAN, Cecilia P. *Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados*, cit., p. 118).

³⁴⁹ GROSMAN, Cecilia P. *Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados*, cit., p. 119.

³⁵⁰ Em conformidade, assim, com a doutrina de proteção integral, consolidada pela Constituição Federal (a respeito: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Art. 1º. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, cit., p. 17), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 1º) e pela Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros tratados internacionais.

muitas vezes conviveu por grande parte da vida e a quem pode ter como a “figura primária de referência”³⁵¹?

Para considerar-se tal possibilidade é preciso analisar a relação concreta entre enteado e padrasto – e fatores como a existência de outros filhos advindos da união deste com o genitor falecido e o eventual afastamento do genitor biológico não-residente –, sendo necessário detalhado estudo psicossocial.

O fundamento legal para a atribuição da guarda ao pai ou mãe afim, nesses casos, está nos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevêm a concessão da guarda a terceiro, com base na afetividade e afinidade (artigos 28, parágrafo 2º, e 33, parágrafo 2º), bem como no próprio *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, ao garantir à criança o direito à convivência familiar, evitando-se a separação do menor daquele núcleo em que identifica a sua família, seja em parte biológica, no caso de existirem irmãos, seja afetiva.

4.7. A questão da oitiva da criança para atribuição da guarda

A oitiva e o respeito à vontade da criança em processo judicial onde se discute a sua guarda são temas bastante controvertidos.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 12³⁵², assegura à criança capacitada a formular os próprios juízos o direito de expressar suas opiniões sobre os assuntos a ela relacionados, considerando-se tais opiniões de acordo com sua idade e maturidade³⁵³. Visa-se, assim, possibilitar a oitiva do menor, direta ou indiretamente, em todo processo judicial ou administrativo que lhe afete.

³⁵¹ A respeito: SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 58.

³⁵² “Art. 12 - 1 – Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança. 2 – Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional”.

³⁵³ DONALD W. WINNICOTT, a respeito da maturidade, diz: “A corrente psicológica a que me filio considera a maturidade sinônimo de saúde. A criança de dez anos que é saudável é madura para sua idade; o infante sadio de três anos tem a maturidade de um infante de três anos; o adolescente sadio é um adolescente maduro, e não um adulto precoce” (WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*, cit., p. 129).

A expressão da criança e sua participação em assuntos que lhe dizem respeito constituem metas previstas no documento adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas sobre a Criança, realizada em Nova Iorque, em maio de 2002, denominado “Um mundo para as crianças”, que tenciona promover uma agenda para as crianças e inclui sua proteção, inclusive, na família³⁵⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre a colocação da criança em família substituta – situação diversa da atribuição de guarda diante do desfazimento da união dos pais –, prevê, no parágrafo 1º do artigo 28, que se ouça previamente a criança, sempre que possível³⁵⁵, dispositivo que fundamenta não apenas a ouvida, mas também a consideração da opinião da criança³⁵⁶, levando-se em conta seu discernimento e sua maturidade. Para tanto, o juiz poderá servir-se do trabalho de auxiliares, como psicólogos e assistentes sociais.

Para GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, a criança tem o direito de se expressar no âmbito dos processos judiciais³⁵⁷ e, como ressalta FERNANDO MALHEIROS FILHO, sua vontade surge como valor considerável em disputas de guarda³⁵⁸.

³⁵⁴Entre as recomendações nele contidas, o documento traz a seguinte: “7. (...) **9. Ouvir as crianças e assegurar sua participação.** As crianças e os adolescentes são cidadãos valiosos que podem ajudar a criar um futuro melhor para todos. Devemos respeitar seus direitos de se expressar e de participar em todos os assuntos que lhes dizem respeito, de acordo com sua idade e maturidade” (grifo do original). Ao tratar da implementação do plano de ação, o documento dispõe: “32. (...) 1. As crianças, incluindo os adolescentes, devem ter permissão para exercer seu direito de expressar livremente suas opiniões, de acordo com sua capacidade, desenvolver sua auto-estima e adquirir conhecimentos e habilidades, como aquelas necessárias para a resolução de conflitos, a tomada de decisões e a comunicação, a fim de enfrentar os desafios da vida. O direito das crianças e dos adolescentes de se expressar livremente deve ser respeitado e promovido e seus pontos de vista devem ser levados em conta em todos os assuntos que lhes dizem respeito, dando-se a devida importância a essas opiniões em função da idade e da maturidade das crianças.”

³⁵⁵Dispõe o parágrafo 1º do artigo 28 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: “Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada”.

³⁵⁶JACQUELINE POUSSON-PETIT constata que a maior parte dos ordenamentos jurídicos autorizam ou mesmo impõem a oitiva do menor, citando neste sentido, como exemplos, o Código de Processo Civil de Québec, a lei holandesa (se a criança tiver mais de 12 anos), a lei espanhola (inclusive para os menores de 12 anos, conforme sua capacidade de discernimento) (POUSSON-PETIT, Jacqueline. *Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe*, cit., p. 803).

³⁵⁷GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, diante do fato de o artigo 12, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança determinar que “as opiniões das crianças sejam levadas em consideração segundo a idade e maturidade apresentadas”, entende ser possível que “qualquer criança expresse as suas opiniões no âmbito privado”. No âmbito de processos judiciais, entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente em algumas oportunidades, como no parágrafo 2º do artigo 45, que trata da adoção, traz critério objetivo quanto à oitiva da criança: idade de 12 anos, “limite concreto segundo o qual as crianças devam ou não prestar depoimento em juízo”. O autor refuta mencionado critério, afirmando que a fórmula da convenção é mais ampla (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*, cit., p. 238-239).

³⁵⁸MALHEIROS FILHO, Fernando. Os princípios e a casuística na guarda dos filhos, cit., p. 121.

Com posição contrária sobre o tema, GISELLE CÂMARA GROENINGA critica a oitiva da criança, trazendo a seguinte reflexão:

(...) No entanto, a competição, que ganha voz nos litígios, faz eco na pergunta: quem pode guardar os filhos? Os adultos brigam como se crianças fossem... E no seio desta inversão de papéis as crianças são chamadas a serem juízes dos pais... Inversão e mesmo violência à infância quando se lhes delega um papel que não lhes cabe – o de ter um tipo de expressão, uma voz que, por definição, lhe falta. Nestas disputas, ocorre uma violência ao interesse da criança quando se confunde a divisão, que é do casal conjugal, e que se impõe como sendo do casal parental.³⁵⁹

Ao referir-se à Lei 11.698/2008, GISELLE CÂMARA GROENINGA mais uma vez aborda o tema quando afirma que a responsabilidade sobre a escolha da guarda compartilhada é devolvida aos pais. A escolha sobre o que seria melhor para os filhos é, assim, dos adultos. As preferências dos menores, de acordo com a idade e fatores diversos, integram o desenvolvimento de suas personalidades, mas são questões subjetivas às quais a convivência não deve ser vinculada, pois a continência e os limites a serem impostos pelos pais servem para que os filhos tenham liberdade para vivenciar os afetos³⁶⁰.

Não obstante essa relevante opinião, diante da previsão do artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança e do parágrafo 1º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente quando há disputa quanto à guarda, entendemos que o menor, se em condições e com o necessário discernimento³⁶¹, deve ser ouvido³⁶². Para isso,

³⁵⁹GROENINGA, Giselle Câmara. O valor da palavra e o valor da escuta. *Boletim IBDFAM*, ano 6, n. 36, p. 5, jan./fev. 2006.

³⁶⁰GROENINGA, Giselle Câmara. Direito à família [Entrevista]. *Boletim IBDFAM*, n. 51, ano 8, p. 3-5, jul./ago. 2008.

³⁶¹Aplicável a lição de PIETRO PERLINGIERI, ao cuidar da legitimação processual do menor: “É necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre minoridade e maioridade, entre incapacidade e capacidade (...). A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não-patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição não-transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a um progressivo cumprimento a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 260).

³⁶²No âmbito da União Européia a matéria vem disciplinada também na Convenção Européia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, aprovada em Estrasburgo em 25 de janeiro de 1996, cujo artigo 3º disciplina o seguinte:

“Artigo 3 – Direito de ser informado e de exprimir sua opinião nos procedimentos

A uma criança que é considerada pelo direito interno com discernimento suficiente, nos procedimentos perante uma autoridade judiciária que lhe digam respeito, são conferidos os seguintes direitos: a. receber todas as informações pertinentes; b. ser consultada e exprimir sua opinião; c. ser informada das eventuais consequências da posição manifestada e das eventuais consequências de qualquer decisão” (tradução livre).

não se pode impor uma idade específica, mas verificar, no caso concreto, a maturidade revelada pela criança em estudo realizado por equipe interdisciplinar.

Para manifestar sua opinião e sua visão dos fatos, entretanto, não pode ser submetida ao peso que o ambiente judiciário costuma representar, sob pena de maiores danos emocionais.

O juiz, o advogado e o membro do Ministério Público, assim como serventuários da justiça, assistentes sociais e psicólogos, que têm papel de relevo em tais situações, devem ser preparados para ouvir e acompanhar a ouvida do menor, tendo muito cuidado para que a manifestação ocorra sem traumas.

É fundamental que haja um ambiente receptivo e proíbam-se questões diretas à criança a respeito da preferência pela mãe ou pelo pai – evitando-se causar-lhe o sentimento de ser responsável por provocar mágoa em um dos genitores –, que poderiam gerar sensação de ameaça ou de medo, violando seu direito de proteção contra a violência, a crueldade e a opressão (artigo 227, *caput*, da Constituição Federal), também consideradas em suas formas psicológicas.

Podem ser aplicados, inclusive, na tentativa de se evitarem danos emocionais à criança, os princípios e os meios do projeto “Depoimento sem Dano”, que tem sido desenvolvido no Rio Grande do Sul desde 2003 para depoimentos de vítimas de abuso sexual. Os menores são ouvidos em salas projetadas especialmente para tal finalidade, com recursos tecnológicos de áudio e vídeo e com o auxílio de técnicos preparados para garantir à criança tranquilidade durante e após seu depoimento e para impedir que se formulem questões inapropriadas³⁶³.

Surge a dúvida sobre eventual vinculação do juiz ao desejo manifestado pelo menor de ficar com o pai, com a mãe ou até mesmo com um terceiro.

MARÍA JUSTINA BOERI, PAULA VERÓNICA FREDES e ANA CAROLINA SCOCCIA consideram que tanto os pais como o juiz deixariam de cumprir sua função se a conduta a seguir fosse imposta pelos menores – que, diante da imaturidade, poderiam escolher algo contrário a seus próprios interesses³⁶⁴.

³⁶³ CÉZAR, José Antônio Daltoé. *Projeto depoimento sem dano: direito ao desenvolvimento sexual saudável*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/noticias/2008/projeto_DSD.pdf> Acesso em: 10 nov. 2008.

³⁶⁴ BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. *El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad*, cit., p. 55.

Embora deva considerá-la, como já entendeu o Supremo Tribunal Federal³⁶⁵, o juiz não pode sujeitar-se à exclusiva opinião do menor, a qual pode inclusive ser contrária à realização do seu melhor interesse, objetivo da solução a ser dada – ou homologada – pelo julgador.

Nesse sentido, MARÍA JUSTINA BOERI, PAULA VERÓNICA FREDES e ANA CAROLINA SCOCCIA entendem que a opinião da criança não deve ser nem desmerecida, nem supervalorizada: o fato de ser considerada não implica ter força vinculante. Para as autoras, dar importância à sua opinião não significa fazer exatamente o que manifeste o menor, sob pena de transformá-lo em árbitro de questões que extrapolam sua esfera de decisão e de responsabilidade³⁶⁶.

Em situações nas quais se vislumbrem maus-tratos, a opinião da criança, considerada em conjunto com outras provas, deve ser respeitada, inclusive para atribuir sua guarda a terceiros³⁶⁷.

Partindo-se da existência do direito de o menor ser ouvido, de acordo com seu grau de discernimento, devendo sua opinião ser considerada, mas sem vincular o juiz, verificam-se outras questões, às quais se refere CLAUDIO A. BELLUSCIO, quanto ao

³⁶⁵Em sede de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal entendeu, com fundamento nos direitos assegurados à criança pela Constituição Federal no *caput* do artigo 227, ter havido constrangimento ilegal na determinação de colocarem-se os menores em determinada localidade sob a guarda de um dos pais, sem sopesar sua vontade: “As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfin e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar à manifestação de vontade dos menores – de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe – eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem.” (STF – HC 69.303 – Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA - Relator para acórdão Ministro MARCO AURÉLIO – julgamento em 30-6-92 – DJ de 20-11-1992).

³⁶⁶BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad, cit., p. 56-57.

³⁶⁷A respeito: “APELAÇÃO CÍVEL – DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR – ALEGAÇÃO DE PROVAS FRÁGEIS E BASEADAS SOMENTE NO DEPOIMENTO DE UMA CRIANÇA, QUE FANTASIA OS FATOS – REJEIÇÃO – PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS QUE DEMONSTRAM OS MAUS TRATOS SOFRIDOS PELO MENOR – CRIANÇA QUE EXPRESSA SUA VONTADE DE NÃO VOLTAR A RESIDIR COM OS PAIS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Revelando-se, a incapacidade dos genitores de exercerem os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, não se pode retardar a solução drástica consistente na sua destituição, sob pena de causar dano irremediável à criança ou adolescente ao retardar-lhe indevidamente o gozo do direito de ser criado e educado” (TJPR – 7ª Câmara Cível, Apelação Cível 0174963, Relator Mário Rau, j. 11-10-2005).

exercício desse direito. Por quem pode ser ouvido? Deve ser ouvido direta ou indiretamente, através de seus representantes? O juiz tem o dever ou a faculdade de ouvi-lo? O direito a ser ouvido efetiva-se apenas pela linguagem oral?³⁶⁸

A respeito da pessoa que deve ouvir o menor, CLAUDIO A. BELLUSCIO sustenta dever ser o juiz, que pode ser auxiliado por equipe interdisciplinar, principalmente quanto a temas para os quais um terapeuta familiar possa estar mais capacitado³⁶⁹.

BRUNO DI FILLIPIS entende que o menor pode ser ouvido diretamente pelo juiz, com as cautelas convenientes, ou, em determinados casos, fora da sede judiciária, inclusive por meio de um auxiliar técnico³⁷⁰.

Diante do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção sobre os Direitos da Criança, no Brasil o juiz tem o dever de ouvir o menor, seja diretamente, seja com o auxílio de assistentes com formações diversas, em especial, psicólogos e assistentes sociais.

Podem-se buscar os pensamentos, desejos e opiniões da criança não apenas por meio da indagação direta, mas também em diálogo pautado pela informalidade³⁷¹, realizado através de jogos, desenhos e atividades elaboradas com a orientação dos assistentes do juízo.

As questões atinentes à guarda de filhos ou de menores sempre contêm direitos indisponíveis, o que reforça a necessidade de o juiz utilizar seus poderes instrutórios, caso não esteja completo o seu convencimento³⁷².

³⁶⁸BELLUSCIO, Claudio A. *El derecho de niños y adolescentes a ser oídos en los procesos judiciales y en los ámbitos administrativos*. Disponível em: <http://www.cpacf.org.ar/verde/vAA_Doctr/archDoctri/Belluscio.htm> Acesso em: 7 jul. 2008.

³⁶⁹BELLUSCIO, Claudio A. *El derecho de niños y adolescentes a ser oídos en los procesos judiciales y en los ámbitos administrativos*, cit.

³⁷⁰DE FILIPPIS, Bruno. *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 203.

³⁷¹SAULO RAMOS narra uma audiência relativa à disputa de guarda, na qual o juiz entendeu dever ouvir as crianças a respeito de prova forjada (fita gravada). Ao descrever a audiência, delineia a sensibilidade necessária em tais circunstâncias – do juiz, do promotor e dos advogados –, de forma a criar um ambiente em que as crianças sintam-se à vontade para se expressar sem parecerem pressionadas e sem ter de elas próprias decidirem se preferem o exercício da guarda pela mãe ou pelo pai: “As crianças ficaram à vontade. Correram pela sala, comeram sanduíches, doces, tomaram guaraná e sorvete, sem que ninguém lhes perguntasse nada.

O juiz, de uma sensibilidade extraordinária e muito sagaz, sentou-se em uma das cadeiras da mesa de depoentes e mandou Clotilde fazer as primeiras perguntas. Acabou com a solene distribuição de autoridades no palco da sala judicial. Éramos todos convidados de uma festa informal e totalmente improvisada” (RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Planeta, 2007. p. 428).

³⁷²A respeito dos poderes instrutórios do juiz, leciona JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: “(...) a prova pertence a todos os que participam da relação processual: às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo. E sua

O exposto sobre a oitiva do menor relativo à guarda também se aplica às visitas³⁷³.

4.8. Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

A proteção à criança por meio das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente torna-se imprescindível, em particular, nas situações em que tal incumbência, que deveria ser originalmente realizada pelos pais (artigos 1.566, inciso IV, do Código Civil e 22 do próprio Estatuto e 227, *caput*, da Constituição) é falha. Para suprir a insuficiência da família em seu mister e outras ocorrências que acarretem o desamparo do menor, o Estatuto, alinhado com o artigo 4 da Convenção sobre os Direitos da Criança³⁷⁴, traz instrumentos tutelares, entre os quais se insere a guarda, instituto que, ao contrário do outros contidos na referida lei, também é aplicável a circunstâncias alheias à condição de risco e de abandono, como se demonstrará.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER considera desnecessária a distinção entre guarda de menores e guarda de filhos por ter a questão “abrangência a quaisquer casos que envolvam uma satisfação tutelar imposta por lei e que tenha por escopo garantir, a título de proteção, o bem-estar daquele que está submetido a essa condição”³⁷⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a guarda na Seção III, quando trata da família substituta. Após mencionar o instituto nas disposições gerais

atividade não implica apenas a determinar toda prova que entenda necessária à formação do seu convencimento, mas inclui também o poder de interferir na produção da prova requerida pelas partes, tudo para alcançar os objetivos do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 110).

³⁷³A respeito: “Civil e Processo civil. Regulamentação de visita. Adolescente. Oitiva. Para o deferimento de regulamentação de visita a adolescente, requerida por avó, deverá o mesmo ser previamente ouvido, sempre que possível, bem como considerada a sua opinião, por se tratar de providência apta a prevenir ameaça ou violação dos seus direitos, a teor do art. 28, §1º, da Lei nº 8.069/90” (TJMG – Proc. 1.0000.00.159205-4/000(1) – Relator ALMEIDA MELO – julgado em 10-2-2000 – DJ 29-2-2000).

³⁷⁴Dispõe a Convenção: “Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.” Não obstante a incorporação definitiva da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 ao nosso ordenamento jurídico tenha ocorrido por meio do já citado Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, o Brasil a retificou em 2 de setembro de 1990.

³⁷⁵STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 22.

(Subseção I) acerca da colocação da criança em família substituta, passa a discipliná-lo especificamente (Subseção II) nos artigos 33 a 35.

Segundo o *caput* do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a colocação da criança em família substituta só pode ser feita “mediante guarda, tutela ou adoção”, únicas modalidades de inserção em família substituta, “independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente”.

Como leciona LUIZ PAULO SANTOS AOKI, o advérbio “independentemente” deixa claro ser possível a colocação do menor em família substituta em qualquer situação jurídica que se encontre³⁷⁶. Desse modo, mesmo a criança ou adolescente que não seja abandonada ou que não esteja sofrendo a ameaça ou a violação a direitos pode ser colocada sob guarda de terceiro por fatores diversos.

O mesmo LUIZ PAULO SANTOS AOKI traz o seguinte exemplo:

(...) é muito comum encontrar-se jovens postos sob a guarda de um casal tão-só pela circunstância eventual de se encontrarem estudando em outro país, diverso daquele de sua origem, através de um dos inúmeros intercâmbios culturais atualmente existentes, ou simplesmente porque, oriundos de uma região desprovida de escolas, hospitais ou até mesmo recursos para o trabalho, deslocam-se para centros que lhes ofereçam melhores condições de atendimento às suas expectativas, e, assim, colocam-se sob a guarda de famílias que os amparam, protegem, zelam e acolhem durante aquela permanência, sem que, com isso, se tenha qualquer daquelas situações grotescas acima citadas, mas muito pelo contrário.³⁷⁷

Ainda para exemplificar, há situações em que uma criança cujos pais sempre exerceram com zelo o poder familiar se instala na casa de um parente, ficando sob a guarda deste, para submeter-se a tratamento médico de duração prolongada em grande centro urbano. Estando em localidade diversa daquela em que residem os pais que, muitas vezes, têm outros filhos menores, não tendo condições de mudar de cidade para acompanhar dia-a-dia o menor, este deve ficar sob os cuidados de terceiro enquanto durar o tratamento, sendo a guarda o instrumento adequado.

Tal situação não configura abandono ou medida visando à tutela ou à adoção, mas simples atribuição de guarda para suprir determinada necessidade, nos termos do

³⁷⁶ AOKI, Luiz Paulo Santos. Arts. 28 a 32. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, cit., p. 135.

³⁷⁷ AOKI, Luiz Paulo Santos. Arts. 28 a 32, cit., p. 135-136.

parágrafo 2º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O poder familiar continua a ter a titularidade dos pais, não se falando em sua suspensão ou perda.

Desse modo, a guarda de que trata a Lei 8.069/1990 não deflui do poder familiar, mas visa proteger a criança e o adolescente que se encontre em situação de risco ou para regularizar sua posse quando os pais ou seu responsável legal se ausentem.

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz três modalidades de atribuição de guarda: a destinada a regularizar a posse de fato (parágrafo 1º); a relativa aos procedimentos de tutela ou adoção, que pode ser concedida liminar ou incidentalmente (parágrafo 1º) e aquela excepcional, concedida “fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável” (parágrafo 2º).

Sobre a guarda com objetivo de regularizar a posse de fato, TÂNIA DA SILVA PEREIRA diz constituir “medida transitória aplicável no caso de a criança ou adolescente se encontrar em companhia de alguém que cuide de sua pessoa, bens e interesses, na ausência dos pais ou tutor, oficiosamente, ou a pedido de um ou de outro”, podendo ocorrer, por exemplo, quando o responsável é hospitalizado³⁷⁸.

Em relação à segunda espécie, é concedida durante os procedimentos de tutela e adoção e, ainda que se trate de medida de natureza claramente provisória, obriga o titular nos termos do *caput* do artigo 33, dando-lhe o direito de oposição também aos pais do menor.

Segundo YUSSEF SAID CAHALI, apesar de o parágrafo 1º do artigo 33 referir-se à concessão da guarda liminar ou incidentalmente nos procedimentos de tutela e adoção, a mesma guarda “pode ser objeto de simples medida provisória deferida pela autoridade judicante, ao ensejo de abertura do procedimento de colocação em família substituta (art. 167), antecedendo à guarda definitiva (art. 168)”³⁷⁹.

O mesmo YUSSEF SAID CAHALI destaca que a segunda parte do artigo 33 fortalece a oponibilidade da guarda a terceiros ao referir-se aos pais do menor. Transferem-

³⁷⁸PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 405.

³⁷⁹CAHALI, Yussef Said. Arts. 33 e 34, cit., p. 155. Note-se que o próprio parágrafo 1º do artigo 33 proíbe a concessão dessa espécie de guarda a estrangeiros.

se ao guardião atributos do poder familiar relativos à companhia da criança e à prerrogativa de reclamá-la de quem ilegalmente a detenha³⁸⁰.

Já a modalidade excepcional a que se refere o parágrafo 2º do artigo 33 desvincula a guarda das figuras da tutela e da adoção. Essa modalidade pode contemplar as seguintes hipóteses: aquela em que o menor deve ter a situação fática dotada de estabilidade convertida em situação jurídica e para possibilitar o exercício de solidariedade por pessoas que se dispõem a amparar e proteger a criança, sem que se torne seu filho ou pupilo.

Aplica-se o parágrafo 2º do artigo 33 em conjunto com o parágrafo 1º do mesmo dispositivo, por exemplo, quando o menor já se encontra sob o efetivo cuidado dos avós³⁸¹, necessitando regularizar tal situação para que os últimos possam bem desempenhar seu papel tanto na educação da criança como em termos de amparo material.

O Superior Tribunal de Justiça acatou recentemente pedido de guarda formulado pela avó, que, na hipótese, era a verdadeira responsável pelos cuidados com a criança desde o seu nascimento, ainda que os pais residissem na mesma casa familiar³⁸².

Também se aplica à situação referida, em que o menor é submetido a tratamento médico em localidade distante, na qual os pais não têm condição de

³⁸⁰ CAHALI, Yussef Said. Arts. 33 e 34, cit., p. 155.

³⁸¹ A respeito: “ECA. MEDIDA PROTETIVA. GUARDA. DISPUTA DA GENITORA COM A AVÓ MATERNA E O GENITOR. ALTERAÇÃO. CABIMENTO. 1. Em regra os filhos devem ser cuidados pelos pais e as alterações de guarda somente devem ser deferidas quando presente prova da necessidade da mudança, em razão de fato grave. 2. Havendo prova segura de que a genitora não possui condições de cuidar das filhas e que a avó vem exercendo com exclusividade a guarda de duas netas e o genitor de uma das três filhas, cabível o deferimento da guarda definitiva em favor destes. Recurso desprovido” (TJRS – Apelação Cível nº 70023598451 – 7ª Câmara Cível – Relator SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – julgado em 13-8-2008 – DJ 19-8-2008).

³⁸² Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “(...) Sob a tônica da prevalência dos interesses da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento deve-se observar a existência da excepcionalidade a autorizar o deferimento da guarda para atender situação peculiar, fora dos casos de tutela e adoção, na previsão do art. 33, § 2º, do ECA.– A avó busca resguardar situação fática já existente, por exercer a posse de fato da criança desde o nascimento, com o consentimento dos próprios pais, no intuito de preservar o bem estar da criança, o que se coaduna com o disposto no art. 33, § 1º, do ECA. – Dar-se preferência a alguém pertencente ao grupo familiar – na hipótese a avó – para que seja preservada a identidade da criança bem como seu vínculo com os pais biológicos, significa resguardar ainda mais o interesse do menor, que poderá ser acompanhado de perto pelos genitores e ter a continuidade do afeto e a proximidade da avó materna, sua guardiã desde tenra idade, que sempre lhe destinou todos os cuidados, atenção, carinhos e provê sua assistência moral, educacional e material. – O deferimento da guarda não é definitivo, tampouco faz cessar o poder familiar, o que permite aos pais, futuramente, quando alcançarem estabilidade financeira, reverter a situação se assim entenderem, na conformidade do art. 35 do ECA. – Se as partes concordam com a procedência do pedido de guarda, não será o Poder Judiciário que deixará a marca da beligerância nessa relação pacífica, quando deve apenas assegurar que o melhor interesse da criança seja o resultado da prestação jurisdicional. (...)” (STJ – 3ª Turma - REsp 993458 / MA, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 23-10-2008).

acompanhá-lo³⁸³, ou mesmo para temporada de estudos, ficando a criança sob a responsabilidade de parente – muitas vezes, os próprios avós – ou de outra pessoa.

O dispositivo é cabível, ainda, no caso de os pais estarem fora do país e ser necessária a prática de ato determinado em relação à criança, como a matrícula na escola ou até mesmo uma internação de urgência, hipóteses que não interferem no exercício do poder familiar pelos pais. Encerra-se o direito de representação com a prática do ato específico para o qual foi concedido.

Além disso, TÂNIA DA SILVA PEREIRA considera a medida autorizada pelo § 2º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente ideal quando há razões pessoais ou impedimento legal para a adoção, estando tal espécie de guarda em conformidade com o artigo 34, relativa à criação de incentivos fiscais e subsídios para acolhimento por meio de guarda de órfãos e crianças abandonadas, evitando-se a institucionalização. A autora alerta dever-se observar o disposto no § 2º do artigo 28 do Estatuto³⁸⁴.

Às referidas modalidades de guarda previstas no artigo 33 e parágrafos acresce-se a constante no artigo 248³⁸⁵, cujo fim, conforme preceitua WILSON DONIZETI LIBERATI, é “regularizar a situação de adolescente trazido de outra comarca para prestar serviços domésticos”³⁸⁶. O último dispositivo traz inclusive sanção penal para o empregador que não procede a tal regularização.

Observe-se, ainda, conforme exposto em 3.3 (relativamente ao reconhecimento do afeto como critério para atribuição da guarda a terceiro), que na redação original do

³⁸³Nos termos do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a pobreza dos pais por si só não acarreta a perda do poder familiar. A guarda especial prevista pelo Estatuto pode ser uma solução para garantir a assistência aos menores em situações de extrema pobreza, até que a família consiga se estruturar e tenha condições de criar os filhos. Nesse sentido, se, como alerta TÂNIA DA SILVA PEREIRA, o artigo 19 priorizou o direito da criança e do adolescente de ser criado na família, devem-se implementar novas alternativas para atender situações em que a própria família necessita de proteção e assistência para bem desempenhar suas funções, não se podendo afastar o “acolhimento compartilhado” como alternativa de proteção que abranja outras relações familiares (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 397). A respeito, ensina LUIZ PAULO SANTOS AOKI que “(...) a colocação em lar substituto somente deve ser acolhida quando revestir-se de necessidade, sem perder de vista o contido no art. 23 do Estatuto, que repele a idéia de perda ou suspensão do pátrio poder quando o motivo único for a falta ou carência de recursos materiais da família de origem, que deve, então, ser incluída em programas oficiais de auxílio, buscando a manutenção da criança em seu habitat natural” (AOKI, Luiz Paulo Santos. Arts. 28 a 32, cit., p. 137).

³⁸⁴PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 406.

³⁸⁵Dispõe o Estatuto: “Art. 248. Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso.”

³⁸⁶LIBERATI, Wilson Donizeti. *Guarda familiar*, cit.

Código Civil, o parágrafo único do artigo 1.584 remetia ao Estatuto da Criança e do Adolescente ao determinar que se considerasse “o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica”.

O fato de o § 5º do artigo 1.584 do Código Civil em sua redação atual não mais se referir à “lei específica”, a aplicação do dispositivo deve orientar-se pelos artigos 28 e seguintes do Estatuto, que trazem as diretrizes a respeito.

O Estatuto é aplicável em tal hipótese prevista no Código Civil para a atribuição da guarda a terceiro por acarretar inserção da criança em família substituta – ainda que temporariamente, em situação excepcional –, que se responsabiliza pelos deveres impostos pelos artigos 227 da Constituição Federal e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso de a colocação em família substituta por meio da guarda sem pretensão de tutela ou adoção, não se pode admitir que se concedam amplos poderes ao guardião, como ocorre, por outro lado, em relação à tutela e à adoção propriamente ditas.

LUIZ PAULO SANTOS AOKI ensina que a guarda disciplinada no Estatuto transfere ao guardião, a título precário, os atributos previstos pelo artigo 1.634, incisos I, II, VI e VII do Código Civil. Lembra que isso não implica “prévia suspensão ou destituição do pátrio poder”, mas exige “procedimento contraditório quando houver discordância de qualquer dos genitores”³⁸⁷.

Por conseguinte, a guarda obriga a família substituta à “prestação de assistência material, moral e educacional” e lhe autoriza “opor-se a terceiros, inclusive os pais” (*caput* do artigo 33), contudo não acarreta a perda ou a suspensão do poder familiar, mantendo na titularidade dos pais as atribuições constantes dos incisos III, IV e V do artigo 1.634 do Código Civil, que são próprias da autoridade parental.

De fato, o guardião só poderá conceder autorização para o menor casar-se ou negar-lhe tal consentimento se autorizado expressamente pelo juiz – que ocasionaria hipótese de emancipação indireta, nos termos do artigo 5º, II, do Código Civil –, assim como poderá representá-lo apenas se o magistrado determinar em que atos (parágrafo 2º do artigo 33). Não poderá, porém, nomear tutor ao menor, por não ser tal atributo próprio da guarda, mas sim do poder familiar³⁸⁸.

³⁸⁷ AOKI, Luiz Paulo Santos. Arts. 28 a 32, cit., p. 134.

³⁸⁸ AOKI, Luiz Paulo Santos. Arts. 28 a 32, cit., p. 133-135.

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência da Justiça da Infância e da Juventude para apreciar os pedidos de guarda está limitada³⁸⁹:

– à guarda requerida liminar ou incidentalmente em procedimento de adoção, nos termos do artigo 148, inciso III do Estatuto³⁹⁰;

– à guarda relativa à criança que se enquadre às hipóteses do artigo 98³⁹¹, ou seja, como medida de proteção, sempre que houver ameaça ou ofensa aos direitos da criança e do adolescente reconhecidos pelo próprio Estatuto, conforme parágrafo único, alínea “a”, do artigo 148³⁹².

Nas demais situações, o pedido de guarda será apreciado pelo juiz de família ou por autoridade judiciária diversa, conforme estabeleça a Corregedoria da Justiça dos Estados³⁹³.

Nas hipóteses do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que haja necessidade de encaminhamento do menor a abrigo (artigo 101, VII e parágrafo único), o dirigente da entidade de abrigo é equiparado ao guardião, nos termos do parágrafo único do artigo 92 do Estatuto.

No que tange à guarda para fins previdenciários, o Superior Tribunal de Justiça admitia prevalecer o disposto no parágrafo 3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual a criança ou o adolescente sob guarda terá “a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”³⁹⁴, sobre o

³⁸⁹“Pode-se, finalmente, entender que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de todos os pedidos de adoção de criança ou adolescente, estando limitada tão-somente, nos casos de guarda ou tutela, às hipóteses do art. 98 (art. 148, III e parágrafo único, ‘a’)” (AOKI, Luiz Paulo Santos. Arts. 28 a 32, cit., p. 136).

³⁹⁰“Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: (...) III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; (...)”

³⁹¹“Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta.”

³⁹²“Art. 148. (...)Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; (...)”

³⁹³PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, cit., p. 404.

³⁹⁴Entendia o Superior Tribunal de Justiça: “PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. DEPENDENTE DO SEGURADO. EQUIPARAÇÃO A FILHO. LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO MENOR E ADOLESCENTE. OBSERVÂNCIA. 1. A Lei n.º 9.528/97, dando nova redação ao art. 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social, suprimiu o menor sob guarda do rol de dependentes do segurado. 2. Ocorre que, a questão referente ao menor sob guarda deve ser analisada segundo as regras da legislação de proteção ao menor: a Constituição Federal – dever do poder público e da sociedade na proteção da criança e do adolescente (art. 227, caput, e § 3º, inciso II) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – é conferido ao menor sob guarda a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, Lei n.º 8.069/90). 3. Recurso especial desprovido” (STJ - REsp 642915 / RS - Ministra LAURITA VAZ - QUINTA TURMA - DJ 16/10/2006 p. 416).

disposto no artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, com a nova redação³⁹⁵ dada pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que retirou do menor sob guarda judicial do segurado a condição de dependente.

A Lei 8.213/1991 previa, em sua redação original, ser dependente do segurado do Regime Geral de Previdência Social, equiparado a filho, o menor que esteja sob sua guarda judicial³⁹⁶, o que estava em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Terceira Seção daquela Corte, porém, consolidou o entendimento segundo o qual predomina o disposto pela Lei 9.258/1997, por ser esta lei especial em relação a benefícios previdenciários e, ainda, posterior ao Estatuto³⁹⁷.

Além de colidir com a lei que ampara a criança, supressão do menor sob guarda judicial da condição de dependente do segurado atenta contra a proteção especial que lhe é conferida pelo *caput* do artigo 227 e, ainda, especificamente para fins previdenciários, pelo parágrafo 3º, inciso II, do mesmo dispositivo da Constituição Federal.

Por fim, se prevalecente tal entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, deve-se restringi-lo ao Regime Geral da Previdência Social, pois, de acordo com a Quinta Turma do mesmo tribunal, “Se a Lei 9.528/97 excluiu o menor sob guarda do rol dos dependentes do segurado sob o RGPS, essa modificação não pode alcançar qualquer outro regime de previdência, que têm leis específicas”³⁹⁸.

³⁹⁵O mencionado parágrafo segundo passou a dispor: “§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento”.

³⁹⁶Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: (...) I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (...) § 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

³⁹⁷A respeito: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. INCABIMENTO. 1. “Esta Corte já decidiu que, tratando-se de ação para fins de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado abrangido pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS, não prevalece o disposto no art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente em face da alteração introduzida pela Lei nº 9.528/97” (REsp nº 503.019/RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 30/10/2006). 2. Embargos de divergência acolhidos” (STJ - EREsp 642915 / RS –Ministro HAMILTON CARVALHIDO – Terceira Seção – DJe 30-6-2008). No mesmo sentido: “Pensão por morte. Regime Geral de Previdência Social. Menor sob guarda. Incidência da lei previdenciária vigente ao tempo do óbito do instituidor do benefício. Inaplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes da Terceira Seção. Embargos de divergência conhecidos e recebidos” (STJ –EResp 801214 / BA – Ministro NILSON NAVES – Terceira Seção – DJe 28-8-2008).

³⁹⁸STJ – EDcl nos EDcl no REsp nº 398.213-RS– Relator Ministro GILSON DIPP – 5ª Turma – DJ 29-9-2003.

5. O DIREITO DE VISITA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

5.1. Conceito, fundamento e natureza jurídica do direito de visita

O termo “direito de visita”, que, segundo GENEVIÈVE VINEY, referindo-se ao Direito francês, foi criado pela jurisprudência para atribuir ao direito a relações pessoais uma fisionomia autônoma³⁹⁹, não traz a dimensão de sua finalidade, ou seja, “estar em contato e plena comunicação com o menor”⁴⁰⁰.

Diante da consolidação da expressão pelo uso e pela legislação em vigor – o artigo 1.589 do Código Civil utiliza o verbo “visitar” – o termo é empregado neste trabalho para referir-se ao instituto ora estudado.

O direito de visita não contou com disciplina detalhada no Código Civil de 2002, cujo artigo 1.589 repetiu o artigo 15 da Lei 6.515/1977⁴⁰¹, assegurando-o expressamente ao pai ou à mãe em cuja guarda não estejam os filhos.

O artigo 1.589 não tem sua aplicação limitada aos pais separados ou divorciados – situação exposta nos tribunais com maior frequência –, mas a todos aqueles que não residam com seus filhos menores, independentemente da relação jurídica existente entre os pais.

Como se observou anteriormente, o Código Civil de 2002 omitiu-se acerca de diversos pontos atinentes ao direito de visita, como quanto à titularidade, à abrangência e à finalidade de manutenção da convivência familiar constitucionalmente assegurada à criança.

No que concerne ao direito de visita na relação paterno-filial, para a manutenção da convivência familiar após o desfazimento da união dos pais, à guarda

³⁹⁹VINEY, Geneviève. Du “droit de visite”, cit., p. 250.

⁴⁰⁰ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. Derecho de relación: el régimen de visitas. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 20, ano 5, p. 307, out./dez. 2004.

⁴⁰¹ANTÔNIO CHAVES assevera que, com o art. 15 da Lei 6.515/77, o direito de visita saiu do âmbito das relações sociais não regulamentadas e entrou no âmbito do direito de família (CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. v. 5, t. 2, p. 448).

conferida a um dos genitores deve corresponder, em regra, a ampla visitação do outro. É uma “contrapartida da guarda unilateral”⁴⁰².

Entretanto, diante da expressa inserção da guarda compartilhada no Código Civil, são necessários alguns esclarecimentos.

Como exposto em 4.2.3, apesar da aparente incompatibilidade entre os institutos, o direito de visita e sua regulamentação devem sobreviver à guarda compartilhada – na qual há fixação da residência do menor com um dos pais –, inclusive para dar a dimensão da frequência do contato entre o não-residente e os filhos, conforme determina expressamente o parágrafo 3º do artigo 1.584, e com o caráter preventivo de se evitarem conflitos futuros entre os pais.

Em tal modalidade de guarda, embora ambos os genitores a tenham no plano jurídico, um deles não reside com a criança e continua com o dever de manter regular contato com o filho. Por outro lado, não pode pretender o contato tão freqüente a ponto de invadir a privacidade de seu ex-cônjuge e os momentos de convivência deste com o filho.

Após o período inicial da separação do casal, em que o homem e a mulher reiniciam suas vidas, muitas vezes ao lado de outra pessoa, mesmo ex-cônjuges que mantiveram uma relação cordata podem se deparar com desentendimentos e cobranças quanto à rotina e ao contato entre o genitor não-residente e o filho, contato este *a priori* estabelecido de modo livre.

A essa degradação da relação antes harmoniosa do casal parental sucedem inúmeras discussões e prejuízos aos filhos – danos que se pretenderam evitar com a guarda conjunta –, com a eventual necessidade, até mesmo, de alterar a forma de guarda para a unilateral, diante da inexistência de comunicação adequada para o compartilhamento da guarda pelos ex-cônjuges⁴⁰³.

⁴⁰² LÔBO, Paulo. Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008, cit., p. 29.

⁴⁰³ Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “(...) Realmente parece não ter funcionado o sistema de guarda compartilhada. A guarda compartilhada, que surgiu da iniciativa de advogados americanos preocupados em resolver o problema das crianças de pais separados, que sofrem com os conflitos pela disputa e pelo descaso dos pais, somente é vantajoso quando os pais estão imbuídos no propósito de exercerem o direito de visita, sem prejuízo das prerrogativas sociais dos filhos. Verifica-se que várias são as mensagens trocadas entre as partes para que não ficassem prejudicados os comparecimentos dos filhos às festas de aniversários dos colegas e da presença deles em eventos esportivos, o que parece não ter sido considerado pelo requerido, fato que teria inaugurado um desajuste comportamental das crianças. (...)” (Tribunal de Justiça de São Paulo – Agravo de instrumento nº 535.529-4/5 – Relator ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 25-10-2007).

Com isso, a expressa previsão do direito de visita, interpretado como direito à convivência, conforme se tratará mais adiante, além de contribuir para fortalecer a garantia, ao genitor não-convivente, do contato com os filhos – em benefício destes –, reforça para ele o dever de zelar por essa relação, evitando os mencionados desentendimentos.

Desse modo, a fim de evitar conflitos do casal parental que terminou seu relacionamento conjugal de maneira civilizada e sensata no tocante ao cuidado com as crianças, optando muitas vezes espontaneamente pela guarda compartilhada com vistas ao bom desenvolvimento dos filhos comuns, devem-se preservar o direito de visita e sua regulamentação.

Abordaremos o direito de visita como forma de proteção destinada à criança, principalmente na relação entre pais e filhos menores, mas também naquela entre a criança e outros que não os pais.

A análise dos conceitos de direito de visita trazidos pela doutrina refletem a direção do instituto cada vez mais voltada à referida proteção.

Para EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, o direito de visita é a “prerrogativa reconhecida aos ascendentes de receber seus descendentes menores (filhos e netos) confiados à guarda de um dos pais ou de terceiros”⁴⁰⁴.

Também ORLANDO GOMES destaca o papel dos pais em seu conceito, dizendo consistir o direito de visita em ver os filhos e com eles estar, conforme acordaram os genitores ou prescreveu o juiz⁴⁰⁵.

FÁBIO MARIA DE MATTIA já traça um certo caráter assistencial ao instituto, conceituando direito de visita como “o direito que os parentes têm de visitar as pessoas com quem mantêm relações de parentesco, quer sejam menores ou incapazes, quer sejam pessoas de maior idade enfermas ou impossibilitadas”⁴⁰⁶.

Enquanto os autores supracitados, em suas definições, atribuem a titularidade do direito de visita aos ascendentes e parentes, outros doutrinadores, conquanto admitam haver titularidade dos pais no direito de manter contato com os filhos, enxergam no direito

⁴⁰⁴BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, cit., p. 119.

⁴⁰⁵GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 271.

⁴⁰⁶DE MATTIA, Fábio Maria. Visita (direito de). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 77, p. 431.

de visita a vinculação ao interesse da criança relativa à convivência e ao auxílio à sua criação, fatores que o instituto objetiva assegurar.

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI conceitua o direito de visita como “o direito que permite o contato e comunicação permanente entre pais e filhos, permitindo o desenvolvimento afetivo, emocional e físico, assim como a consolidação da relação paterno-filial”⁴⁰⁷.

DIETER SCHWAB, apesar de reconhecer na visita direito conferido aos pais, relaciona a tal direito responsabilidades voltadas ao interesse da criança. Entende que, em relação aos genitores, seu direito de visita – considerado direito de manter relações com o filho – advém do direito natural dos pais e das responsabilidades a ele associadas⁴⁰⁸.

ROLF MADALENO aponta a presença da afetividade na base do instituto ao destacar em seu conceito ser conferido o direito de visita a todas as pessoas unidas por laços afetivos, consistindo na manutenção da convivência e do intercâmbio espiritual quando as vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física dos personagens. Ressalta tratar-se de direito “que pode ser outorgado aos protagonistas mais importantes da vida de uma criança e cujas pessoas lhe são muito próximas por vínculos consangüíneos ou de afeto”, incluindo na titularidade os pais, os irmãos, os avós e os padrastos ou madrastas⁴⁰⁹.

A finalidade da visita é, para o autor, evitar o fim dos contatos, da comunicação e do carinho entre as pessoas separadas pelo Direito, mas ressalta a seguinte razão da preservação dos vínculos como a principal: “são vinculações fecundas e fundamentais para o menor que ainda está moldando a sua identidade pessoal”⁴¹⁰. Portanto, reconhece estar o interesse do menor a dirigir a visita.

LINA BREGANTE confere a titularidade do direito de visita àqueles que têm interesse em manter relação direta com a criança, mas vincula claramente a visita ao interesse do menor ao trazer a definição do instituto constante de um projeto de lei italiano⁴¹¹ sobre o reconhecimento do direito de visita aos avós: seria uma “faculdade com

⁴⁰⁷ ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. Derecho de relación: el régimen de visitas, cit., p. 307. Tradução livre.

⁴⁰⁸ SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 2005. p. 326.

⁴⁰⁹ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007. p. 119.

⁴¹⁰ MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*, cit., p. 119.

⁴¹¹ DDL S n. 2435/18-9-2003, sobre o direito de visita dos avós, de iniciativa da senadora M. Elisabetta Alberti Casellati (FI).

vistas à manutenção de uma relação direta com o menor, sem caráter absoluto, mas subordinado ao interesse deste último”⁴¹².

Na definição de direito de visita elaborada por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, haveria titularidade dúplice: do visitante e do visitado. Para a autora, trata-se do “direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afetivos estabelecerem relações pessoais”⁴¹³.

No mesmo sentido, PAULO LUIZ NETTO LÔBO, interpretando-o conforme o artigo 227 da Constituição Federal, considera-o “direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação”⁴¹⁴.

JACQUELINE POUSSON-PETIT constata a evolução por que passou o direito de visita, concluindo que de acessório ao direito de guarda passou a ser direito-dever embasado no “parentesco biológico ou afetivo, exercido pelo interesse da criança. Apresenta-se por consequência, como um direito, variável segundo as hipóteses e seus titulares”⁴¹⁵. Desvincula-se, portanto, da guarda, sendo direito autônomo.

Diante dessa variabilidade do caráter de direito que o instituto adquire de acordo com a titularidade, esta acaba por atrelar-se tanto ao fundamento do direito de visita quanto ao entendimento acerca de sua natureza jurídica.

Necessário refletir, de início, sobre a razão de ser do instituto.

Entendemos ser esta razão intuitiva, estando sua mais profunda raiz na necessidade de cuidados e de troca de afetos que tem a criança nas diversas fases de sua vida, a qual se tutela, em termos amplos, pela previsão do direito à convivência familiar.

DONALD W. WINNICOTT trata dessa necessidade de cuidado e da troca afetiva nos seguintes termos:

O cuidado materno transforma-se num cuidado oferecido por ambos os pais, que juntos assumem a responsabilidade por seu bebê e pela relação entre todos os filhos. Além disso, os pais têm a função de receber as “contribuições” fornecidas pelas crianças sadias da família. O cuidado proporcionado pelos pais evolui para a família e esta palavra começa a ter

⁴¹²BREGANTE, Lina. *Doveri e diritti dei genitori*, cit., p. 226. Tradução livre.

⁴¹³SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 75.

⁴¹⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008, cit., p. 29-30.

⁴¹⁵POUSSON-PETIT, Jacqueline. *Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe*, cit., p. 797. Tradução livre.

seu significado ampliado e passa a incluir os avós, primos e outros indivíduos que adquirem o *status* de parentes devido à sua grande proximidade ou a seu significado especial – os padrinhos, por exemplo.

Quando examinamos esse fenômeno evolutivo que se inicia com o cuidado materno e prolonga-se até o interesse da família pelos filhos adolescentes, não podemos deixar de notar a necessidade humana de ter um círculo cada vez mais largo proporcionando cuidado ao indivíduo, bem como a necessidade que o indivíduo tem de inserir-se num contexto que possa, de tempos em tempos, aceitar uma contribuição sua nascida de um impulso de criatividade ou generosidade. Todos esses círculos, por largos e vastos que sejam, identificam-se ao colo, aos braços e aos cuidados da mãe.⁴¹⁶

Atentando-se à necessidade afetiva, de criação e de educação da criança, a questão do fundamento do direito de visita suscita maior reflexão.

O mencionado artigo 1.589 do Código Civil aborda o direito de visita como decorrência da autoridade parental.

É certo que o poder familiar engloba o direito de visita – por tratar-se, o primeiro, do conjunto de direitos e deveres voltados ao desenvolvimento da criança e à formação de sua personalidade –, mas, apesar disso, a base do direito de visita não está propriamente na esfera do poder familiar nem com ele se mistura, por possuir contornos próprios. Essa autonomia se verifica tanto por ser extensível a outras pessoas que não os pais, como se tratará adiante, quanto diante da possibilidade de exercício mesmo com a suspensão ou a perda do poder familiar.

A respeito das últimas hipóteses, assinala FABIO BAUAB BOSCHI:

(...) a suspensão ou a perda do poder familiar não faz com que desapareçam todos os direitos e obrigações dos pais com relação ao filho. Assim, ocorrendo uma dessas hipóteses, eles continuam com o dever de sustentá-lo, bem como poderão, em condições especiais que garantam a segurança física e o bem-estar psíquico do infante, realizar a visita.⁴¹⁷

O mesmo autor afasta expressamente do fundamento do direito de visita a lei e o parentesco. A primeira, por considerar ser o elemento autorizador, mas não o elemento no qual se baseia o direito de visita, e o parentesco, por concluir não ser garantia de vínculo afetivo, este sim o fundamento da visita⁴¹⁸.

⁴¹⁶ WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*, cit., p. 130-131.

⁴¹⁷ BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37-38.

⁴¹⁸ BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*, cit., p. 39-49.

A mesma posição é manifestada por GENEVIÈVE VINEY, cujo entendimento adotamos, que enxerga no direito de visita uma relação essencialmente afetiva⁴¹⁹.

É, de fato, a afetividade que justifica o a visita, motivo pelo qual o legislador começa a revelar um esforço para inserir esse fundamento no direito positivado, a fim de possibilitar a ampliação da abrangência do instituto.

Nesse sentido, o Projeto de Lei 276/2007 (re-apresentação do Projeto de Lei 6.960/2002), sobre o qual se tratará mais adiante, pretende acrescentar dois parágrafos ao artigo 1.589, dando-lhe maior conformidade com os direitos reconhecidos à criança⁴²⁰.

Demonstrando com maior clareza a afetividade como justificadora da visita, o Projeto de Lei 2.285/2007, que pretende criar o “Estatuto das Famílias”, altera a denominação do direito de visita para “direito à convivência”, extensível “a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade”⁴²¹.

Os projetos de lei mencionados espelham a visão contemporânea do instituto e coadunam-se com o objetivo do direito de visita de promover a manutenção de relações afetivas, contribuindo, com isso, ao desenvolvimento sadio da personalidade da criança.

Em sua atual moldura, o direito de visita, como direito à convivência, tem sustentação primordialmente na Constituição Federal, que assegura à criança, no *caput* do artigo 227, o direito à convivência familiar⁴²², que já era preconizado em 1959 pela Declaração Universal dos Direitos da Criança (Princípio VI).

O artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ratifica o direito à convivência familiar e reconhece o direito do filho de ser criado por ambos os pais, assim como o artigo 10 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que assegura o contato direto dos filhos com aqueles, também fundamentam o direito de visita.

⁴¹⁹VINEY, Geneviève. Du “droit de visite”, cit., p. 234. No mesmo sentido, JACQUELINE POUSSON-PETIT, para quem o direito de visita constitui compensação pela ausência de comunhão de vida, sendo uma manifestação afetiva entre pais e filhos cuja tradução jurídica é insuficiente e apenas aproximativa (POUSSON-PETIT, Jacqueline. Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe, cit., p. 846).

⁴²⁰As modificações pretendidas ao artigo 1.589 lhe daria a seguinte redação:

“Art. 1589. 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.

§ 1º Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade.

§ 2º O juiz, havendo justo motivo, poderá modificar as regras da visitação, com observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos.”

⁴²¹Conforme artigo 100 do referido projeto.

⁴²²Ver 2.4.

Desse modo, embora se vislumbre no instituto dúplice titularidade – do visitante e do visitado –, é o direito conferido à criança de conviver e manter relações pessoais com os pais e pessoas a ela vinculadas por afeto, na busca de realizar seu melhor interesse, que norteia a visita e traça os seus limites⁴²³.

Quanto à natureza jurídica, a doutrina concebe o direito de visitas como direito ou como direito-dever, conforme se extrai inclusive dos conceitos trazidos acima.

EDGARD DE MOURA BITTENCOURT considera a visita um direito dos pais, de caráter facultativo⁴²⁴. Da mesma forma, GUILHERME GONÇALVES STRENGER constata que, sendo direito dos pais, estes, em razão disso, muitas vezes, não o exercem⁴²⁵.

No mesmo sentido entende SÍLVIO DE SALVO VENOSA, para quem a visita é um direito e não uma obrigação, dizendo que “existe um direito de visita, mas não um direito de ser visitado”⁴²⁶.

Diversamente, MARIA CLARA SOTTOMAYOR reconhece ao instituto um caráter de “direito-dever”, afastando a natureza de direito subjetivo e tomando-o como um instrumento para o não-guardião e seus filhos estabelecerem mutuamente uma relação de afeto que concorra para o desenvolvimento psicológico dos últimos e, ainda, como um meio de o pai que não tenha a guarda contribuir com o guardião no desempenho das responsabilidades parentais⁴²⁷.

FABIO BAUAB BOSCHI, após demonstrar que a o direito de visita tem a natureza jurídica determinada segundo as pessoas tomadas como referencial, conclui tratar-se de direito-dever, se considerados os pais; direito, se considerada a criança; e, ainda, direito da personalidade não-reconhecido em lei, se considerados os avós e outros parentes. O autor justifica essa última face do direito de visita na decorrência “da necessidade de

⁴²³Nesse linha, JACQUELINE POUSSON-PETIT ressalta que o interesse da criança provocou a transformação do direito de visita, hoje considerado direito a manter relações pessoais. Antes visto como prerrogativa paterna, os contornos impostos pelo interesse em questão visam evitar o abuso da autoridade parental, restringindo, suspendendo ou suprimindo o exercício do direito de visita do pai – ou do terceiro – que coloca em perigo a saúde, a segurança ou a moralidade do menor (POUSSON-PETIT, Jacqueline. *Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe*, cit., p. 842).

⁴²⁴BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, cit., p. 132.

⁴²⁵STRENGER, Guilherme Gonçalves. Regulamentação de visitas no novo Código Civil. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. 3, n. 6, p. 145-147, 2003.

⁴²⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 221.

⁴²⁷SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 78.

inter-relacionamento entre os seres humanos, da troca de afeto e solidariedade entre pessoas que se amam”⁴²⁸.

Entendemos que, relativamente aos pais, o direito de visita não pode ser encarado como mera faculdade, consoante se poderia concluir do disposto pelo artigo 1.589 do Código Civil. Esse dispositivo não traz a verdadeira dimensão da visita, devendo ser lido conforme os ditames constitucionais relativos à proteção da criança, que lhe asseguram a convivência familiar. Assim, o verbo “poderá”, constante do referido artigo, deve ser lido como “deverá”.

O direito de visita, no que se refere aos pais, constitui direito-dever atrelado à paternidade responsável constitucionalmente reconhecida⁴²⁹ no § 7º do artigo 226, ao dever de assistência⁴³⁰ (artigo 229, *caput*, da Constituição Federal): os pais, que por razões naturais têm o direito de manter contato com os filhos, têm, também por tais razões, o dever de agir para que tal contato seja mantido, preservando-se os laços afetivos e as relações pessoais com o filho menor, essenciais ao desenvolvimento da criança⁴³¹, com o qual ambos os genitores devem contribuir.

Constituindo, quanto aos pais, direito-dever – direito, no que se refere a ter os filhos em sua companhia, e dever, quanto à manutenção de contato com os filhos e a contribuição para o desenvolvimento de sua personalidade, fiscalizando “sua manutenção e educação” (art. 1.589) –, a renúncia ao direito de visitas por parte de um dos cônjuges ou acordada entre eles não pode sequer ser homologada em separação consensual nem em pedido comum de divórcio⁴³², por ir contra o interesse da criança.

Dessa forma, conclui-se que, enquanto o direito de visita atribuído aos pais tem natureza de direito-dever, o direito de visita, sob a ótica da criança, tem natureza jurídica de direito: é uma das facetas da convivência familiar constitucionalmente assegurada.

⁴²⁸BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*, cit., p. 49-74.

⁴²⁹Dispõe o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal: “§ 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”.

⁴³⁰No caso do direito de visita, o dever de assistência é visto no seu aspecto afetivo, ou seja, imaterial, não se confundindo com o dever de assistência relativo aos alimentos.

⁴³¹Ver, a respeito da necessidade de contato com os pais, 4.2.3, quando nos referimos aos ensinamentos de WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*, cit., p. 133-134.

⁴³²A respeito, YUSSEF SAID CAHALI: “Convencionada a separação amigável, constará do acordo relativo à guarda dos filhos menores (CPC, art. 1.121, II) a regulamentação pactuada quanto ao exercício do direito de visita. (...) Trata-se, porém, de um direito irrenunciável, sendo nula (ou ineficaz) qualquer estipulação inserida no pacto de separação ou no pedido comum de divórcio tendente a suprimi-lo” (CAHALI, Yussef Said. *Separção e divórcio*, cit., p. 889).

Insere-se, como destaca FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, entre os direitos da personalidade⁴³³ da criança, por estar no âmbito de suas mais importantes necessidades psíquicas ou espirituais, sendo ligado ao direito reconhecido ao menor de livre desenvolvimento de sua personalidade⁴³⁴.

No que tange ao direito de visita relacionado aos avós, tema ao qual se voltará mais adiante, FABIO MARIA DE MATTIA o classifica como direito natural⁴³⁵.

Concebido apenas como direito, o dever a ele correspondente incumbiria aos detentores da guarda – em geral, os pais da criança, ou um deles –, consistindo em comportar-se de modo a possibilitar a manutenção da convivência entre avós e netos.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO estende o direito de visita dos avós aos bisavós e a toda a linha reta do tronco da família, mas não o limita à natureza jurídica de direito. Considera-o “direito-dever da personalidade dos avós, inerente à consangüinidade”, consistente na “aptidão de cuidar dos netos e de entrevistar-se com eles”, fundamentando-o no Direito natural. Acrescenta:

No cuidar, existe todo o empenho carinhoso de orientá-los na vida, como segundo pai e segunda mãe. No entrevistar, está presente a comunhão de afeto que propicia o relacionamento amoroso.⁴³⁶

De fato, como ressalta o autor, os avós, assim como os pais afastados do convívio com a criança, “têm o dever de visitar os netos, de vigiá-los e de buscá-los nos momentos difíceis e de perigos”, dever que os coloca na condição de segundos pais⁴³⁷.

É essa condição de segundos pais aludida por ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO que gera responsabilidade em relação aos netos e dá os traços de dever ao direito de visita dos avós, cuja relação com os netos se aproxima muitas vezes da relação paterno-filial, sendo geralmente encarregados de sua guarda na impossibilidade de atribuí-la aos pais.

⁴³³No mesmo sentido, entende MARIA ALICE ZARATIN LOTUFO, para quem “Faz parte do direito da personalidade da criança e do adolescente ser visitado e visitar” (LOTUFO, Maria Alice Zaratin. A guarda e o exercício do direito de visita, cit., p. 100).

⁴³⁴RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 138-139.

⁴³⁵DE MATTIA, Fabio Maria. Avô (direito de visita e limites à autoridade paterna). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 9, p. 534.

⁴³⁶AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação, cit., p. 53-54.

⁴³⁷AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação, cit., p. 55.

Tal visão da visita dos avós como direito-dever é consentânea com a proteção da criança visada pelo instituto, estando em conformidade com o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, que incumbe a família do dever de assegurar a convivência familiar ao menor.

Já em relação a outras pessoas com as quais a criança tenha desenvolvido vínculos afetivos, parentes ou não, em regra não há um dever de manutenção da convivência por meio da visita. Existe um direito, limitado pelo interesse do menor.

Verificada a presença de interesse da criança na manutenção de relações pessoais, há direito de visita entre irmãos – por exemplo, se um deles, maior, deixou a casa familiar e quer manter comunicação com o irmão que seja menor, mas encontra óbices para fazê-lo –, entre tios e sobrinhos e entre pessoas sem qualquer parentesco que mantenha laços afetivos com a criança.

Às pessoas mencionadas, porém, não pode ser conferida a responsabilidade pelo desenvolvimento da personalidade da criança, como ocorre com os pais e também com os avós, no entendimento de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO⁴³⁸, exposto acima.

No entanto, se a relação da criança com o terceiro, ainda que não sejam parentes, constituir vínculo afetivo semelhante à relação paterno-filial, por que não reconhecer a idéia de *múnus*, ou seja, a natureza de um dever de visita concomitante ao respectivo direito?

Consoante ensina GENEVIÈVE VINEY, o direito de visita, como direito de relacionar-se, é variável segundo as situações respectivas da criança, do visitante e do guardião⁴³⁹.

Diante dessa variabilidade, imagine-se a hipótese de o ex-cônjuge da mãe ter participado da criação e do desenvolvimento da criança, substituindo o pai, eventualmente falecido, quanto ao amparo afetivo durante toda a vida do menor, com a caracterização, inclusive, de posse de estado de filho⁴⁴⁰.

⁴³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação, cit., p. 53-54.

⁴³⁹ VINEY, Geneviève. Du “droit de visite”, cit., p. 250.

⁴⁴⁰ JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS destaca no conceito de posse de estado o gozo de um estado de família, independentemente do título relativo ao mesmo estado, noção obtida por meio da analogia com a posse de coisas, havendo posse de estado no âmbito familiar quando alguém ocupa certa situação na família e goza de fato das vantagens atinentes à situação referida, bem como se sujeita aos deveres a ela inerentes. Apesar de os elementos da posse de estado serem *nomen*, *tractatus* e *fama*, LLAMBÍAS, referindo-se ao direito argentino, destaca que “tanto a doutrina quanto a jurisprudência predominantes relacionam a posse de estado a um reconhecimento de fato do parentesco em questão, o que será verificado pelo trato que se dêem

Na lição de LUIZ EDSON FACHIN, diante da posse de estado de filho há a realidade da filiação:

A posse do estado de filho traz para o Direito uma realidade social que, assim como o vínculo biológico, é apreensível no mundo dos fatos e indispensável para o estabelecimento de uma realidade jurídica da filiação fincada na verdade socioafetiva.

Se o afeto é a base das relações familiares, entre elas as de paternidade, há que se verificar a sua manifestação fática para averiguar-se a existência ou não de hipótese em que a filiação pode ser afirmada. Pertinente, por isso, a noção de posse de estado de filho.⁴⁴¹

Na referida situação, constituindo o terceiro pai afetivo, o caráter de dever não pode ser alijado do direito de visita atribuível a tal pessoa, que em tudo tenha se comportado durante a vida da criança de modo a suprir-lhe o papel de genitor.

A criança continua, em relação a esse terceiro, titular do “direito ao pai”, do qual trata GISELDA MARIA NOVAES HIRONAKA:

Por *direito ao pai*, na sua valoração juridicamente relevante, deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de colocar-se em situação de aprendizado e de apreensão dos valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, o que ocorre com a maioria dos animais que habita a face da Terra. Na via reversa, encontra-se o dever que tem o pai – leia-se também, sempre, a mãe – de produzir tal convívio, de modo a buscar cumprir a tarefa relativa ao desenvolvimento de suas crias, que é, provavelmente, a mais valiosa de todas as tarefas incumbidas à raça humana.

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.⁴⁴²

Como se verifica, as diferenças estão na natureza jurídica assumida pelo direito de visita conforme a situação fática e os sujeitos envolvidos, mas, independentemente das

os parentes. Assim, o elemento do ‘tractatus’ é o que se considera fundamental e revelador tanto do gozo de determinado estado quanto para ensejar a posse do mesmo” (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de derecho civil: parte general. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. t. 1, p. 321-323).

⁴⁴¹FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código: novas situações sociais, filiação e família, cit., p. 24.

⁴⁴²HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos*: além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=952&pagina=artigo_busca_form.php>. Acesso em: 10 jan. 2007.

pessoas a quem se pretenda atribuí-lo, o fundamento é sempre a afetividade. Tomando-se a criança como referencial, a visita constitui direito destinado a assegurar-lhe a convivência familiar e o desenvolvimento da personalidade, sendo limitado pela realização do seu melhor interesse.

Se a doutrina o atrela ao menor, é oportuno considerar eventual relação entre visita, capacidade civil e maioridade: há dever de visita dos pais quando o filho atinge a maioridade ou é emancipado?

FABIO BAUAB BOSCHI limita o direito de visita à maioridade e à capacidade civil, ressaltando que, “se o filho atingiu a maioridade ou foi emancipado por ato dos pais ou pelo advento de uma causa legal, ele não está mais sob o poder familiar e, portanto, não pode valer-se das normas de proteção à criança ou ao adolescente constantes da Constituição Federal e da Lei n. 8.069/90”⁴⁴³.

Divergimos do autor quanto à emancipação.

O filho que atinja 18 anos certamente não está mais sob a tutela das normas de proteção à criança, extinguindo-se com a maioridade o dever de visita relacionado aos pais – como se verificou, a visita não se mistura ao poder familiar, mas tem natureza de direito-dever voltado à proteção da criança e do adolescente.

Desse modo, como visto, a criança, assim considerada pelo artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança a pessoa com menos de 18 anos de idade, é titular do direito à convivência familiar, que em determinados casos se efetiva por meio da visita.

Note-se que o mesmo dispositivo citado da Convenção excetua, para fins de enquadramento no conceito em questão, o alcance da maioridade antes dos 18 anos, “em conformidade com a lei aplicável à criança”, que, em nosso país, é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto garante a proteção integral (artigo 1º) e o gozo dos direitos fundamentais à pessoa com menos de 18 anos⁴⁴⁴, não restringindo sua aplicação aos não-emancipados.

⁴⁴³BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*, cit., p. 127.

⁴⁴⁴O Estatuto, como se disse anteriormente, faz distinção entre criança e adolescente apenas quando “incorrem em atos de conduta descritos como delitos ou contravenções pela lei penal” (SOLARI, Ubaldino Calvento. Art. 2º. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, cit., p. 21).

Diante disso, quando a maioridade, ou, mais apropriadamente, quando a capacidade civil é atingida por meio da emancipação – e não pelo fato de completarem-se 18 anos, idade a partir do qual não se aplica a proteção integral da Lei 8.069/1990 –, deve perdurar o direito à aplicação do Estatuto.

A situação fica mais clara quando a emancipação se dá na hipótese do artigo 5º, parágrafo único, inciso I do Código Civil, pois eventual ato individual dos pais no sentido de emancipar o filho que tenha entre 16 e 18 anos não pode atingir o direito à convivência familiar assegurado ao último pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja aplicação é mantida em seus diversos aspectos.

Nessa hipótese, seria incongruente que a emancipação, condicionada a ato dos pais, atingisse direito individual do filho e eliminasse dever dos próprios pais⁴⁴⁵.

Mesmo a emancipação concretizada pelas causas legais previstas nos incisos II a V não afastam o direito de aplicação das normas especiais de proteção e, por consequência, o direito à convivência familiar e à visitação: embora a maturidade possa variar de indivíduo para indivíduo, a emancipação não retira do adolescente – para usar a linguagem do Estatuto – a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigo 6º). O critério para tanto é o da idade, não o da condição civil.

Por conseguinte, ainda que o filho seja emancipado, se a visita promover seu melhor interesse, conserva-se o direito a ela.

As finalidades do direito de visita são, portanto: permitir à criança a convivência familiar comprometida por algum fato, como a separação dos pais; possibilitar ao genitor não-residente exercer efetivamente seu dever e seu direito de ser pai; conservar e reforçar laços afetivos existentes entre a criança e alguém que tenha para ela importância no plano afetivo a ponto de tal vínculo contribuir para seu desenvolvimento, havendo interesse em mantê-lo.

⁴⁴⁵ Note-se que o direito de visita nos moldes tratados nesta dissertação é aquele pelo qual a criança exerce a convivência familiar. Não trataremos da visita em relação ao filho maior incapaz, mas apenas daquele especificamente voltado ao desenvolvimento da personalidade da criança.

5.2. Características e exercício do direito de visita

O direito de visita não tem conteúdo patrimonial. Mesmo que se admita que a recusa de um pai em manter contato com o filho possa acarretar dano moral indenizável, questão da qual se tratará mais adiante, configura direito incompatível com qualquer valoração em termos financeiros.

Como a visita proporciona a manutenção da convivência entre pessoas determinadas, constitui direito-dever personalíssimo, intransmissível e, se relacionado ao poder familiar, irrenunciável, só podendo ser exercido por aqueles a quem é atribuído. Visitante e visitado devem apresentar-se pessoalmente para tal contato, não se podendo cogitar em substituição, nem em renúncia a tal direito por parte dos pais (artigo 11 do Código Civil), que têm o dever da visita, conforme exposto.

O fato de ser direito personalíssimo não impede que o pai visitante envie alguém que retire o filho de sua residência para o encontro entre eles. Assim, o tio ou o avô pode buscar a criança e levá-la ao local onde está o pai, a fim de que ambos desfrutem do tempo de que dispõem para ficarem juntos e troquem afetos. Essa troca determina mais uma característica do direito de visita, a reciprocidade: ainda que se fale em “visitante” e “visitado”, na verdade ambos se visitam no exercício da convivência.

O direito de visita é, também, imprescritível. Ainda que uma pessoa com quem a criança tenha laços afetivos seja afastada dela por longo período, pode a qualquer momento requerer o seu exercício, admissível somente se atender ao interesse da criança. Submete-se, assim, àquele interesse, razão pela qual, ainda que constitua direito-dever dos pais, caracteriza-se pela relatividade⁴⁴⁶, só podendo ser deferido pelo juiz –para os pais, avós ou terceiros – se contribuir ao desenvolvimento sadio da personalidade da criança.

Em que pese possam ser objeto de acordo o tempo, o local e o modo de exercício do direito de visita, este não é passível de transação, diante de seus traços personalíssimos.

⁴⁴⁶Essa característica será abordada em 5.3, quanto à relação entre a visita e o abandono afetivo.

Durante o exercício da visita, em que o genitor figura como visitante do filho, dá-se o exercício do próprio poder familiar pelo pai não-guardião, o que ocorre, segundo GUILHERME GONÇALVES STRENGER, por questão de prática⁴⁴⁷.

Na visita está contido o direito de levar a criança a um lugar diferente do de sua residência habitual, por período de tempo limitado.

A limitação do período de tempo, por ser ínsita ao instituto, integra a definição trazida, no âmbito da União Européia, pelo artigo 2º, item 10, do Regulamento nº 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, que dispõe:

‘Direito de visita’, nomeadamente o direito de levar uma criança, por um período limitado, para um lugar diferente do da sua residência habitual.

O direito de visita deve ser efetivo. Mesmo que o tempo para seu exercício seja limitado, não pode ser realizado em horário diminuto, permitindo-se mero contato formal, mas deve, sim, possibilitar uma quantidade de tempo na qual o filho e o pai não-guardião possam conviver⁴⁴⁸, conhecendo-se. O tempo útil deve possibilitar que visitante e visitado saibam das características um do outro, tenham experiências conjuntas, aprendam a respeitar-se e a comunicar afeto mútuo.

GENEVIÈVE VINEY ressalta constituírem as visitas propriamente ditas a manifestação mais comum das relações atinentes ao direito de visita, daí sua denominação. Entretanto, o direito de visita comporta, além da possibilidade de visitar a criança, aquela de corresponder-se com ela e de hospedá-la, isto é, de pernoitar com ela (*héberger*)⁴⁴⁹.

Em relação à possibilidade de corresponder-se, o direito de visita abrange os contatos telefônicos, a troca de correio eletrônico e outras formas de comunicação.

Quanto ao pernoite, ROBERTO JOÃO ELIAS⁴⁵⁰ adverte que o direito de visita, na prática, é mais amplo do que o sugerido pelo nome, permitindo-se a retirada o menor do lar para o pernoite com o pai, assim como que o filho fique vários dias com

⁴⁴⁷STRENGER, Guilherme Gonçalves. Regulamentação de visitas no novo Código Civil, cit., p. 145-147.

⁴⁴⁸Para SÍLVIO DE SALVO VENOSA, nas decisões relativas ao direito de visita, “o juiz deve fixar períodos mais ou menos longos que propiciem contato com o outro genitor, sem prejuízo de sua atividade escolar. O caso concreto deve dar a solução, inclusive no tocante aos períodos de férias escolares” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 220).

⁴⁴⁹VINEY, Geneviève. Du “droit de visite”, cit., p. 251.

⁴⁵⁰ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*, cit., p. 65.

quem não tem sua guarda durante as férias escolares. O autor alerta dever-se observar “o que convém ao menor, ainda que subsista o direito dos pais”, sendo possível até mesmo restrições a esse direito, as quais “não devem ser estabelecidas para a satisfação daquele que tem a guarda, porém, para assegurar o bem-estar do filho”.

Tal direito também é verificado em ORLANDO GOMES, segundo o qual, junto do direito de visita propriamente dito, o genitor que não tem a guarda do filho tem “o direito de tê-lo em sua companhia durante algum tempo, como no período de férias (no direito francês: *adroit de hebergement*), do qual não pode ser privado, exceto diante dos motivos que afastam o direito de visita”⁴⁵¹.

O pernoite serve para que a convivência se dê em clima de maior intimidade. É por meio dele que o genitor participará mais efetivamente dos hábitos da criança, sejam eles alimentares ou de sono, assim como pai e filho disporão de tempo mais contínuo para a realização de alguma atividade e para o diálogo.

Note-se que o pernoite só existirá se beneficiar a criança, devendo ser analisado o caso concreto.

Mesmo em caso de crianças muito novas sob a guarda da mãe, no caso de o pai já estar acostumado com os hábitos e com a rotina, da qual participava antes da separação, pode ser conveniente a permissão para o pernoite⁴⁵².

Em outras hipóteses, podem-se impedir deslocamentos que prejudiquem o filho⁴⁵³, devendo o pernoite ser indeferido pelo juiz⁴⁵⁴, ou pode ser necessária uma

⁴⁵¹ GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 271.

⁴⁵² A respeito, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “AGRAVO REGIMENTAL RECEBIDO COMO AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. Mantêm-se as visitas do pai à filha, com pernoite, ainda que esta seja de tenra idade, se não há qualquer motivo que desautorize o pernoite, mormente quando não demonstrado que a infante – que completou um ano de vida – se alimenta exclusivamente do aleitamento materno. Decisão monocrática mantida. Agravo desprovido (TJRS – Agravo Regimental nº 70022716484 – 8ª Câmara Cível – Relator JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE – julgado em 24-1-2008 – DJ 11-2-2008).

⁴⁵³ Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “MENOR – TENRA IDADE – GUARDA – MÃE TITULAR DE SUA GUARDA RESIDENTE NOUTRA CIDADE – VISITAS – SUA PERMISSÃO, POR ORA, NA LOCALIDADE DE RESIDÊNCIA DA MÃE. Se o menor tem tenra idade (menos de dois anos) e a mãe – detentora da titularidade de sua guarda, conforme acordo havido na separação judicial –, reside noutra cidade, as visitas quinzenais a ele – menor – feitas pelo pai, devem ocorrer, pelo menos por ora, na localidade de residência da mãe, não sendo razoável (e até desaconselhável), tida em conta a sua tão pouca idade (dele, menor), sujeitá-lo a viagens, a cada quinze dias, para estar com aquele (o pai)” (TJMG – Proc. 1.0625.03.031325-2/001(1) – Relator HYPARCO IMMESI – julgado em 16-9-2004 – DJ 30/11/2004).

⁴⁵⁴ A respeito, julgado do Tribunal de Justiça de Goiás: “SEPARAÇÃO JUDICIAL. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS AO FILHO. Em conta à tenra idade do filho do casal (4 anos) e o comportamento imaturo e inconseqüente do pai, além de dúvida sobre a sua higidez mental, é recomendável, a bem da criança, seja regulado o direito de visitas ao filho em finais de semana (sábado ou domingo) alternados, sem pernoites e

adaptação gradual do menor à nova realidade da separação dos pais e ao afastamento temporário do genitor a quem é mais ligado emocionalmente⁴⁵⁵.

Quanto ao local, respeitando-se o interesse da criança, a realização das visitas não se limita à residência do menor, mas inclui a casa do visitante, de um terceiro ou qualquer outro lugar que lhes seja adequado, como um clube, um hotel nas férias, etc.

A visita não se resume a contato físico, mas na manutenção de diálogo e de laços afetivos entre o filho e o genitor afastado da casa familiar, que por meio dela, nos termos do artigo 1.589 do Código Civil, também fiscaliza a manutenção e a educação da criança⁴⁵⁶. É um instrumento pelo qual esse pai poderá participar da vida do filho, exercendo suas responsabilidades próprias do poder familiar sobre a esfera jurídica da criança⁴⁵⁷.

5.3. Relação entre a visita e o abandono afetivo

Tanto a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959⁴⁵⁸, quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, reconhecem ser a criança titular do direito ao amor⁴⁵⁹.

sob acompanhamento de um familiar, afastada a permanência da criança com o genitor nas férias escolares, mesmo porque assim não fora pedido” (TJGO – 3ª Câmara Cível - Apelação Cível 38912-5/188 – Relator CHARIFE OSCAR ABRÃO - DJ 12492 de 7-2-1997).

⁴⁵⁵Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem que isso afaste a mãe da rotina de vida do infante, pois deve ser resguardado sempre o melhor interesse da criança, que está acima da conveniência dos genitores. 4. Considerando a faixa etária da criança e os seus hábitos vinculados à genitora, não se mostra razoável deferir, neste momento, o pernoite postulado, sendo necessária uma gradual adaptação à nova rotina” (TJRS – Apelação Cível nº 70024768293 – 7ª Câmara Cível – Relator SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – julgado em 22-10-2008 – DJ 4-11-2008).

⁴⁵⁶O Código Civil argentino, com a alteração promovida pela lei 23.264, no inciso 2 do artigo 264, refere-se à visita como “direito a adequada comunicação e supervisão da educação” (tradução livre) (NOVELLINO, Norberto José. *Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvinculo matrimonial*, cit., p. 30).

⁴⁵⁷PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA ressalta que o direito de visita não se restringe ao contato físico e a comunicação entre o pai não-detentor da guarda e o filho, “(...)mas o direito de o progenitor privado da custódia participar do crescimento e da educação do menor. Trata-se de uma forma de assegurar a continuidade da convivência entre o filho e o genitor não-guardião, ou seja, do vínculo familiar, minimizando, assim, a desagregação imposta pela dissolução do casamento” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Síndrome da alienação parental. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. 3, n. 19, p. 608, 1ª quin. out. 2006).

⁴⁵⁸A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 reconhece, em seu Princípio IX, que “A criança deve ser protegida contra toda forma de abandono, crueldade e exploração”, o que reforça o caráter de dever da visita, ainda que o pai não nutra pelo filho o natural afeto.

⁴⁵⁹Ver, na nota 1, a referência ao Princípio VI da Declaração Universal dos Direitos das Crianças e ao preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança.

O direito de manter contato com ambos os pais após o rompimento da união conjugal e do desfazimento do lar da família é, sob a ótica da criança, absoluto, constituindo condição para o desenvolvimento integral de sua personalidade. Apenas o interesse da própria criança pode afastar o direito de visita⁴⁶⁰ – faceta do direito à convivência familiar – de que é titular.

Sob o prisma dos pais como sujeitos, entretanto, o direito de visita não é absoluto, justamente por se condicionar ao interesse da criança, como leciona FABIO MARIA DE MATTIA:

O direito de visita não é absoluto, pois, por humana que se apresente a solução de nunca ferir o pai ou a mãe do direito de ver seus filhos, situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita venha a ser fonte de prejuízos – principalmente no aspecto moral – sendo certo que todos os problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer.⁴⁶¹

Embora se trate de direito-dever dos pais relacionado ao filho, FABIO BAUAB BOSCHI adverte que o direito de visita “não deve ser levado às últimas consequências, a ponto de obrigá-los a realizar visitas compulsórias quando não demonstrem qualquer amor pelo filho”. O autor entende não se poder legalmente compelir o pai a realizar a visita ao filho e garantir que ela se dê no interesse das partes, em especial no do menor. Acredita que “Nem o genitor vai cumprir a obrigação com o *animus* devido, nem os superiores interesses da criança ou do adolescente estarão preservados”⁴⁶².

De fato, não há como obrigar o genitor a ter amor pelo filho e a desejar manter contato com ele: o Direito de Família não atinge a esfera privada a tal ponto⁴⁶³.

⁴⁶⁰Sobre o tema, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “APELAÇÃO – Ação de regulamentação de visitas movida pelo pai, julgada improcedente – Inconformismo – Conveniência do contato entre os filhos e o pai que, no caso concreto, não pode prevalecer, diante de paternidade irresponsável. Negado provimento ao recurso” (TJSP – Relatora Viviani Nicolau – 9ª Câmara de Direito Privado – j. 11-11-2008).

⁴⁶¹DE MATTIA, Fábio Maria. Visita (direito de), cit., v. 77, p. 431.

⁴⁶²BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*, cit., p. 39.

⁴⁶³“O Direito da Família é a lei das obrigações imperfeitas e das sanções imperfeitas. As suas (novas) normas quadram-se mal com o Estado como fonte de Direito. Desaparecido o chefe da família, cuja vontade era lei, a ordem pública e a lei do Estado dificilmente entram no âmbito privado em que se transformou a família. O Direito da Família falha, sobretudo, na regulamentação das relações pessoais. O Estado não pode obrigar uma mulher a amar o seu marido, ou um filho a respeitar os seus pais. O campo do Direito da Família é devolvido, sobretudo, à moral e aos costumes” (CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*, cit., p. 93).

Sob o prisma da criança, entretanto, o dever de visita deve ser exercido, pois, ainda que o pai não nutra qualquer sentimento de amor, deve ao filho a afetividade e o cuidado.

Mais uma vez se aplicam o princípio da paternidade responsável, a que se refere expressamente o artigo 226, § 7º, e o dever de assistência, que no caso é moral, presente no artigo 229 da Constituição Federal⁴⁶⁴.

O filho que demonstra querer manter contato com o pai e é privado de tal contato por vontade desse pai sofre espécie de abandono, ainda que no plano financeiro o genitor contribua para sua criação.

Mesmo que tenha nascido de relacionamento ocasional entre seus pais, os quais vivem separados, ambos devem a afetividade ao filho. O exercício dessa afetividade pelo genitor não-residente dá-se por meio do direito de visita, cujo conteúdo abrange o contato físico, o diálogo e a participação na vida do menor, como exposto.

A afetividade, incluída no dever de assistência imaterial pelo qual os pais são responsáveis, é direito do filho, ainda que o pai tenha a opção individual de não ter amor por ele, independentemente do motivo pessoal para tanto – nascimento de uma relação ocasional, conflitos com o outro genitor, etc.

Esse entendimento é fundamentado pela lição de SÉRGIO RESENDE DE BARROS, que reconhece no afeto uma função social, decorrente de uma relação afetiva:

Há que se coadunar a liberdade com a responsabilidade. Mas, não de qualquer modo. Essa coadunação nasce da função social do afeto. Onde não houver função social inerente ao afeto, decorrente de uma relação afetiva, por mais rudimentar que seja, não há por que restringir a liberdade individual. Mas, onde houver, não é necessário apelar para o contrato para gerar a responsabilidade. Basta a função social do afeto. Mesmo porque em relações afetivas rudimentares, como o sexo ocasional, não há como falar em contrato para fixar alguma obrigação decorrente. Aqui o absurdo da contratualização se torna evidente. Por conseguinte, não deve a liberdade de afeto ser restringida senão na medida da função social que as relações afetivas assumem na sociedade humana. Insista-se: o que faz a afetividade ir além do simples direito individual é a sua função social – e não a contratualização. Realmente, embora na origem seja um poder-opção individual, o afeto pode tornar-se em seu exercício um poder-dever social. A afeição tem uma energia

⁴⁶⁴ A respeito, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “O direito de visitas constitui um direito fundamental da criança, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 229. É dever dos pais prestar assistência ao filho menor, sendo que a visitação não deixa de ser uma forma de contribuir para o desenvolvimento emocional do filho” (TJSP – Apelação Cível nº 556.289-4/2-00 – Relator Desembargador BERETTA DA SILVEIRA – 3ª Câmara de Direito Privado – j. 18-11-2008).

social que lhe é imanente, da qual a Constituição retira obrigações categoriais e obrigações difusas. Entre certas categorias, a Constituição reconhece obrigações e direitos fundados originariamente no afeto, ao qual ela protege tão fortemente, que os vínculos persistem, mesmo se o afeto arrefecer. É o caso do art. 229 que determina que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (...)⁴⁶⁵.

A função social verificada na hipótese é a realização da personalidade da criança, por meio do desenvolvimento psicológico saudável, para o qual necessita da afetividade a ser prestada pelos genitores.

Concordamos com PAULO LUIZ NETTO LÔBO, que enxerga na afetividade um dever jurídico a ser obedecido pelos pais e filhos em sua convivência, existindo ou não entre eles afeto real. Para o autor, a afetividade é um dever-ser, que não se confunde com o afeto (fato psicológico), e está implícito na Constituição em diversas disposições, como no reconhecimento da igualdade entre os filhos, ao trazer a adoção como escolha afetiva e no plano da igualdade de direitos, na garantia da convivência familiar ao menor e no reconhecimento das famílias monoparentais, inclusive nas quais os filhos tenham sido adotados⁴⁶⁶.

Dando a idéia de dever presente na paternidade, o autor diz constituir múnus assumido de modo voluntário ou decorrente de imposição legal, “no interesse da formação integral da criança e do adolescente e que se consolida na convivência familiar duradoura”⁴⁶⁷.

MARÍA JUSTINA BOERI, PAULA VERÓNICA FREDES e ANA CAROLINA SCOCCIA, referindo-se ao ordenamento argentino, vêem no cumprimento da visita o caráter de obrigação de fazer, do seguinte modo:

O cumprimento das visitas por parte do progenitor visitante, devido a seu caráter de obrigação de fazer, não pode ser objeto de cumprimento forçado, sem embargo de existirem meios preventivos, compulsivos, indiretos e de execução direta do regime, sanções civis e penais para obrigar seu cumprimento; um destes meios é a aplicação de *astreintes* a

⁴⁶⁵BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*, cit., p. 886-887.

⁴⁶⁶LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 5, p. 6-9, ago./set 2008.

⁴⁶⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental, cit., p. 21.

quem sistematicamente se esconde dos períodos estabelecidos. Da mesma forma, a total cessação das visitas poderia configurar abandono psicológico, que não obstante satisfazer as obrigações alimentares, poderia resultar na perda do poder familiar.⁴⁶⁸

JOUBERT R. REZENDE também vislumbra na visita um poder-dever passível de ser reclamado judicialmente se não cumprido, “tal como se requer prestação de contas do tutor”⁴⁶⁹.

O autor considera a visitação “obrigação de fazer infungível, pois somente o pai (ou a mãe) poderá exercer a visita (obrigação personalíssima)”. Se não cumprida, entende aplicar-se a tutela específica das obrigações de fazer, podendo-se impor “*astreinte* para compelir o devedor a cumprir sua obrigação”. No caso de a análise de assistentes sociais e psicólogos constatar o não-atendimento do melhor interesse do menor pela visitação, haveria como alternativa as perdas e danos⁴⁷⁰.

Discute-se, ainda, acerca da possibilidade de o dano decorrente do abandono afetivo ser passível de indenização, por não ser possível obrigar o pai a amar o filho. Entendemos não se tratar de pretender obrigar alguém a amar, mas de fazer-se presente na vida da criança: é em seu bem-estar que se focam os institutos do Direito de Família ao oferecer-lhe tutela.

CLAUDETE CARVALHO CANEZIN defende a indenização por danos morais decorrentes da omissão no atendimento integral às necessidades da criança por não se resumir o dever dos pais a alimentos: “é maior que isso, englobando todo o bem-estar do menor nos diversos aspectos de sua vida”⁴⁷¹. Em tais aspectos, inclui-se o contato com os pais.

Ocorrido o abandono pela omissão do pai que se elide das visitas, o dano acarretado ao filho é passível de indenização.

⁴⁶⁸BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad, cit., p. 51-52. Tradução livre.

⁴⁶⁹REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano 6, n. 28, p. 156-157, fev./mar. 2005.

⁴⁷⁰REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado, cit., p. 157-158.

⁴⁷¹CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família, cit., p. 751.

No julgamento da Apelação Cível nº 408.550-5, ocorrido em 1º de abril de 2004, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais reconheceu, em acórdão relatado pelo Juiz UNIAS SILVA, que

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁷²

O acórdão, porém, foi reformado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o abandono afetivo não constituiria dano passível de indenização⁴⁷³.

Concordamos com o entendimento de GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, para quem há situações em que o abandono afetivo gera dano e o dever de indenizar⁴⁷⁴.

A autora, após expor a face mais humanizada apresentada pelo Direito de Família na contemporaneidade, parte da análise da existência da relação paterno-filial em diversas situações, enxergando no direito de visita “um direito-dever lastreado na dignidade da pessoa humana e no correto desenvolvimento sócio-psico-cultural da prole”. Verifica, no dever de indenização por abandono afetivo, uma configuração advinda da funcionalização das entidades familiares, de buscar a “realização da personalidade de seus membros”, especialmente a dos filhos, e, com base na idéia da “despatrimonialização das relações familiares”, traça limites a esse dever de indenizar⁴⁷⁵.

Imprescindível, para gerar o referido dever, a demonstração do dano (este, relativo à personalidade do indivíduo), da culpa (afastamento da convivência com o filho de forma deliberada, com negligência ou imprudência) e do nexo causal (comprovação da relação entre o abandono deliberado pelo pai e o dano psíquico sofrido pelo filho),

⁴⁷²No mesmo sentido foi a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 31ª Vara Cível Central de São Paulo, LUÍS FERNANDO CIRILLO, em 5-6-2004 (publicação em 26-6-2004), nos autos do processo nº 01.036747-0, que julgou procedente pedido de indenização por abandono afetivo, da qual se destaca o seguinte trecho: “Os autos não contêm apenas demonstração de problemas psicológicos de uma filha. Mostram também uma atitude de alheamento de um pai, com o que o réu não está sendo condenado apenas porque sua filha tem problemas, e sim porque deliberadamente se esqueceu da filha. O réu não foi paulatinamente excluído, contra a sua vontade, do convívio com a autora, e sim aproveitou as primeiras dificuldades para ter um pretexto para se afastar, voluntariamente, da requerente”.

⁴⁷³STJ – Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES - Quarta Turma – REsp 757411-MG – j. 29-11-2005.

⁴⁷⁴HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>> Acesso em: 30 nov. 2008.

⁴⁷⁵HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

devendo-se, quanto ao terceiro elemento, realizar perícia, diante da dificuldade de sua apuração⁴⁷⁶.

No julgamento da Apelação Cível com Revisão nº 511.903-4/7-00, realizado em 12 de março de 2008, a Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão relatado pelo Desembargador CAETANO LAGASTRA, com entendimento divergente do manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão supracitado, entendeu ser indenizável dano moral causado pelo pai ao filho, abandonado por aquele desde a gravidez de sua mãe. Assim se pronunciou o relator, após comparar a atitude do pai ao dolo eventual típico do Direito Penal, diante da previsibilidade dos resultados que a conduta de abandono traz em si:

Se o pai não alimenta, não dá amor, é previsível a deformação da prole. Isso pode acontecer, e acontece, com famílias regularmente constituídas.

Não se trata de aferir humilhações no decorrer do tempo. Ninguém é obrigado a amar o outro, ainda que seja o próprio filho. Nada obstante, a situação é previsível, porém, no caso da família constituída, ninguém, só por isso, requer a separação; ocorre que, na espécie, o abandono material e moral, é atitude consciente, desejada, ainda que obstada pela defesa do patrimônio, em relação aos outros filhos – o afastamento, o desamparo, com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ressarcidos, diante do surgimento de nexo de causalidade.

Se o abandono pelo pai gera dano à personalidade do filho, é passível de indenização, como ocorre com o dano moral em geral. A violação de dever causadora do dano moral em tela é mais fortemente verificada por cuidar-se de criança, a quem é devida a assistência também no plano moral pelos pais (artigo 229 da Constituição Federal).

A indenização pelo abandono afetivo deve ser fixada com bom senso e, ao mesmo tempo, com vistas a desempenhar função de proteção aos direitos (à assistência imaterial, que inclui o amor, à convivência familiar e ao desenvolvimento sadio de sua personalidade) da criança, ainda que para evitar a reiteração das condutas⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, cit.

⁴⁷⁷Nesse sentido entendeu o acórdão mencionado acima, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível 511.903.4/7, reconhecendo o dano moral por abandono afetivo: “Estabelecido o nexo de causalidade entre a ofensa e o abalo psíquico suportado pelo autor, fixa-se a indenização por danos morais no equivalente a 500 salários mínimos regionais, a serem pagos de uma só vez, respeitando-se, desta forma, os parâmetros: pune-se para que não se reitere e observada a condição econômica do agente”. Constou da ementa: “Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim”.

Conforme ensina ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, pretende-se preservar a responsabilidade relativa ao “descumprimento do dever de cuidar”⁴⁷⁸ e não obrigar alguém a amar.

A possibilidade de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo por descumprimento do direito de visita, este visto como direito de manter relações pessoais, pode colaborar para que as partes envolvidas adotem um comportamento mais condizente com o dever nele contido e com o direito à convivência, de que a criança é titular⁴⁷⁹.

5.4. Necessidade de regulamentação da visita e papel dos sujeitos envolvidos

Havendo conflito entre o guardião e aquele que pretende manter relações pessoais com a criança, é imprescindível a regulamentação das visitas pelo Poder Judiciário.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER lembra ser a instrumentação judiciária escassa quanto à regulamentação de visitas, não resultando de disposições diretas, mas de “espécie de usos e costumes processuais, baseados mais no tirocínio e sensibilidade do juiz do que em algum comando”⁴⁸⁰.

Na hipótese de visitas após o desfazimento da união dos pais, ainda que a separação do casal se faça de modo consensual, nos termos do artigo 1.121, inciso II, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.112, de 13 de maio de 2005, deve constar da petição “o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas”.

O parágrafo 2º do referido artigo 1.121 traz, ainda, um mínimo de conteúdo a ser tratado na regulamentação, ou seja, os encontros periódicos regularmente estabelecidos entre pai e filho, a repartição das férias escolares e a divisão dos dias festivos.

⁴⁷⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Abandono moral [Entrevista]. *Jornal do Advogado*, São Paulo, n. 289, dez. 2004.

⁴⁷⁹ JACQUELINE POUSSON-PETIT constata que, embora o direito a relações pessoais deva substituir o direito de visita tradicional, ele não basta para realizar o interesse da criança, por carecer de meios para implementá-lo (POUSSON-PETIT, Jacqueline. *Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe*, cit., p. 848). Nesse sentido, o reconhecimento do dever de indenizar por abandono afetivo pela falta de exercício do que hoje se denomina direito de visita torna-se relevante para prevenir tal atitude.

⁴⁸⁰ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 147.

Tais normas atinentes à visita, ainda que se refiram à separação consensual, devem orientar o juiz também na regulamentação da separação litigiosa⁴⁸¹.

O Código de Processo Civil não traz uma medida cautelar para a regulamentação da visita de forma autônoma em relação à guarda e à educação dos filhos, constando do artigo 888, VII, daquele diploma legal, medida provisional para “a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita”.

GUILHERME GONÇALVES STRENGER lembra ser tal regulamentação admitida, no entanto, com base no poder geral de cautela do juiz, como medida preparatória da ação de rito ordinário visando regulamentar o direito de visita, podendo-se pleitear, ainda, a regulamentação provisória com base no artigo 273 do Código de Processo Civil⁴⁸². Note-se que a ação de regulamentação pode ser proposta inclusive pelo guardião da criança⁴⁸³, caso haja conflitos com o visitante a respeito do exercício das visitas.

FABIO BAUBAB BOSCHI adverte que a imposição do dever de visita ao filho “deve constar obrigatoriamente de todo processo que redunde na perda da convivência de um dos pais com o filho e também naqueles em que se constatar que não há trato diário ou relações pessoais entre essas pessoas”⁴⁸⁴.

De acordo com o autor, também nas ações de investigação de paternidade e nas de alimentos deve ser fixada obrigatoriamente a visita, com fundamento no dever de assistência global e genérica dos pais em relação aos filhos, que inclui o plano imaterial⁴⁸⁵.

Para definirem-se o tempo, o local e a forma como se realizará a visita é preciso analisar fatores como relação pré-existente entre visitante e visitado, idade, personalidade e atividades de cada criança e, também, de disponibilidade dos horários dos pais (jornada de trabalho, períodos de férias, etc.).

Nas grandes cidades, é preciso levar em conta a distância entre as residências do visitante e do visitado, e, no caso de residirem em localidades diferentes, necessário

⁴⁸¹LÔBO, Paulo. Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008, cit., p. 29.

⁴⁸²STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*, cit., p. 148.

⁴⁸³A respeito, entendeu o Superior Tribunal de Justiça: “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 nº 6.515, de 26.12.1977. Recurso especial não conhecido” (REsp 108943/DF – Ministro BARROS MONTEIRO – 4ª Turma – j. 16/05/2002 – DJ 16-9-2002 p. 188).

⁴⁸⁴BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*, cit., p. 62.

⁴⁸⁵BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*, cit., p. 63-65.

sopesar a situação econômica daquele que se desloca para conviver com seu filho ou buscá-lo para passar algum tempo consigo.

As partes e o juiz devem compatibilizar todos os interesses envolvidos na regulamentação das visitas, para que se chegue a uma fórmula que os atenda, com particular atenção à proteção do interesse do menor.

O ideal é que o regime de visitas seja elaborado por acordo entre as partes, com a participação da criança, verdadeira titular do direito à convivência familiar, e posteriormente submetido à homologação judicial. Entretanto, na presença de forte animosidade e ausência de diálogo entre os genitores ou entre o guardião e o pretenso visitante, há necessidade de o juiz estabelecer as visitas da forma que considerar mais afeta à proteção da criança, podendo-se valer inclusive de seus poderes instrutórios, nos moldes da atribuição da guarda.

Apesar de as discussões judiciais sobre o direito de visita abrangerem com maior frequência a relação paterno-filial, a jurisprudência, como faz a doutrina, estende o direito a outros círculos de relacionamentos⁴⁸⁶, em que esteja presente vínculo afetivo cuja continuidade atende ao melhor interesse da criança.

Quanto aos avós, SÍLVIO DE SALVO VENOSA considera apropriada a sua regulamentação no pedido de separação consensual⁴⁸⁷, embora possuam ação autônoma a respeito.

Os terceiros pleiteiam a regulamentação por meio de ação própria, a qual deve ser analisada com prudência para que a visita não caia em lugar-comum, nem seja banalizada a ponto de permitir o abuso por pretensos visitantes sem o necessário vínculo afetivo com a criança ou um número tão grande de interessados que interfira na rotina do menor.

⁴⁸⁶Reconhecendo o direito de visita dos avós, entendeu o Tribunal de Justiça de Goiás: “AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AVÓS PTERNOS. 1 – É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, no sentido de que os avós têm legitimidade para pleitear ação de regulamentação de visitação de seus netos. 2 – Em se tratando de menor, sempre deve ser levado em conta o bem-estar do infante. Assim, é de se manter a decisão (liminar) que deferiu o direito de visitas dos avós paternos à menor, porém no período diurno, evitando pois, o pernoite da mesma sem a presença materna e em ambiente diverso do habitual, por se tratar de uma criança de tenra idade. Agravo conhecido e parcialmente provido” (TJGO – Agravo de Instrumento 31736-0/180 – Des. LEOBINO VALENTE CHAVES – 1ª Câmara Cível – DJ 14065 de 15/07/2003).

⁴⁸⁷VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 205.

Serão analisadas, a seguir, algumas questões relativas aos sujeitos envolvidos no direito de visita, sempre tendo em vista a proteção da criança que o instituto visa assegurar.

5.4.1. A criança

ROSANA PERICICH e INGRID MADOZ, ao abordarem a condição da criança como sujeito do direito de visitas, consideram-na credora e devedora do referido direito, ao qual atribuem caráter bivalente, ou seja, há direito dos pais, avós e outros parentes em visitar o menor, ao mesmo tempo em que há direito deste em ser visitado⁴⁸⁸.

A criança é a principal titular da visita, que recebe na contemporaneidade tutela constitucional por estar contido no direito à convivência familiar e por se atrelar ao dever de assistência imaterial a ser prestado pelos pais para o completo desenvolvimento da personalidade do menor⁴⁸⁹.

São os interesses da criança que devem ser preservados – e com prioridade absoluta, como prescreve a Carta Constitucional – na visitação, independentemente da existência de direito dos pais ou de terceiros em conviver com ela: o interesse do menor, se em conflito com o direito dos adultos, supera-os, diante da proteção especial conferida à criança⁴⁹⁰, razão pela qual prevalece na relação em questão o caráter de credora das visitas.

⁴⁸⁸PERICICH, Rosana; MADOZ, Ingrid. El niño y el mayor como sujetos acreedores y deudores del derecho de visitas y las sanciones a aplicar ante la obstaculización o incumplimiento. In: CÚNEO, Darío Luis; HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*, cit., p. 166.

⁴⁸⁹“O direito de visitas constitui um direito fundamental da criança, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 229. É dever dos pais prestar assistência ao filho menor, sendo que a visitação não deixa de ser uma forma de contribuir para o desenvolvimento emocional do filho” (Apelação Cível nº 579.341-4/9-00, 3ª Câmara de Direito Privado, Rei. Des. Beretta da Silveira, j. 30-9-2008, v. u.).

⁴⁹⁰DIREITO 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 (STJ - REsp 761202/PR – Relator Ministro CASTRO FILHO – Terceira Turma, DJ 11-9-2006 p. 271).

Desse modo, pode ocorrer que, existindo dois ou mais filhos de um mesmo casal, não se admita a visita do genitor não-residente a todos, como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao conceder à mãe o direito de visitar apenas uma das crianças, por haver animosidade entre a genitora e a outra filha⁴⁹¹.

Ainda na hipótese de dois ou mais filhos, podem-se regulamentar as visitas referentes a um e a outro de formas distintas. Uma criança de cinco ou seis anos sob a guarda da mãe tem em geral condições de pernoitar na casa do genitor não-residente, situação incompatível com um filho de poucos meses de vida que seja alimentado exclusivamente com leite materno. Na última hipótese, a mãe deve, em regra, tolerar a presença do pai em sua residência durante os horários definidos para o cumprimento do direito-dever de visitar.

Da mesma forma, como ensinam MARÍA JUSTINA BOERI, PAULA VERÓNICA FREDES e ANA CAROLINA SCOCCIA, uma criança com menos de cinco anos pode necessitar de visitas breves, porém mais freqüentes, em conformidade com seus horários de alimentação, de sono e de brincadeiras. Uma regulamentação de tal modo poderá gerar uma reação positiva para a criança, a qual esperará este momento com o genitor não-residente. Conforme cresce, poderão ser aumentados os espaços de tempo do contato, bem como se fará mais intensa a comunicação telefônica, sendo a própria criança quem dará sinais a respeito das necessidades de tais mudanças⁴⁹².

CHARLES L. BRYNER JR alerta que os adolescentes podem ver a visita como uma interrupção em suas rotinas, ou como um fator que diminui a interação com o genitor com quem residem⁴⁹³.

Para evitar o enfraquecimento da relação com o genitor não-residente, o adolescente deve participar do estabelecimento dos horários que deseja compartilhar com o

⁴⁹¹ Agravo de Instrumento – Matéria de Infância e Juventude – Posse e Guarda de Menor – Visitação a Filho – Correta a decisão que, em pedido de posse e guarda de filhos, defere à mãe o direito de visitar um deles, afirmando a animosidade existente entre esta e uma filha do casal. Solução que atende aos superiores interesses do menor, tendo sido deferida após acurado exame das circunstâncias que envolvem a família. Decisão confirmada (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 2003.002.07056, Quarta Câmara Cível, Relator Jair Pontes de Almeida, j. 12-8-2003).

⁴⁹² BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad, cit., p. 47.

⁴⁹³ BRYNER JR, Charles L. Children of divorce, cit., p. 204.

aquele, evitando-se que a rigidez do regime de visita traga efeitos negativos para a sua vida social⁴⁹⁴.

As atividades do menor, sobretudo as extracurriculares (cursos de línguas, natação, computação, dança, etc.) e as relativas a compromissos sociais (festas de aniversário de colegas, idas ao cinema e outros passeios) devem ser respeitadas⁴⁹⁵, mas não podem acarretar a tomada do tempo da criança a ponto de esvaziar as visitas e afastar o contato com o genitor não-residente.

Também por submeter-se ao interesse da criança – apesar de esta não ser a rigor parte processual no que tange à regulamentação –, o direito de visitas, por óbvio, é passível de suspensão se constatada a ameaça ou a produção de prejuízos, físicos ou psíquicos, para o visitado.

5.4.2. Os pais

Considerando-se os pais, a visita adquire, conforme exposto, natureza de direito-dever, com caráter relativo e limitado pelo melhor interesse da criança. Serão analisadas a seguir algumas questões a respeito do papel dos genitores no exercício do direito de visita.

5.4.2.1. A postura do visitante e do guardião

Segundo MARTA NOEMI STILERMAN, a fim de mitigar o dano que toda separação gera ao menor, deve-se procurar manter o maior contato possível deste com o pai afastado do lar familiar. A autora esclarece estar nesse contato o conteúdo do direito de

⁴⁹⁴BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad, cit., p. 47.

⁴⁹⁵A respeito: “REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. INTERESSE DA CRIANÇA. CONVENIÊNCIA DOS GENITORES. 1. A regulamentação de visitas materializa o direito do filho de conviver com o genitor não-guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, mas sem que isso afete a rotina de vida do infante, pois deve ser resguardado sempre o melhor interesse da criança, que está acima da conveniência dos genitores. 2. Mostra-se prudente a decisão de aguardar a citação da ré para somente então regulamentar o direito de visita paterno, pois parece haver estado de animosidade entre os genitores. Recurso desprovido” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70025065178 – 7ª Câmara Cível – Relator SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – julgado em 30-7-2008 – DJ 5-8-2008).

visitas, que considera ser o único meio de evitar o paulatino esfacelamento da relação paterno-filial produzido pela cessação da convivência⁴⁹⁶.

Tanto na hipótese de desfazimento da união conjugal quanto naquela de os pais jamais terem residido conjuntamente, em que a guarda é atribuída a um deles e ao outro concedido o direito de visita⁴⁹⁷, ou, no caso de guarda compartilhada, constituindo um dos pais genitor não-residente, o comportamento de ambos é fator essencial para a manutenção da convivência familiar a que o filho menor tem direito.

O genitor visitante deve, assim, cumprir o acordo ou a ordem do juiz, chegando à casa da criança ou à escola nos horários determinados para buscá-la, evitando atrasos que possam gerar ansiedade no filho na espera pelo encontro e entregando a criança ao guardião nos horários estipulados.

Durante os momentos de convivência, deve prestar ao filho toda a atenção – sem, como ocorre muitas vezes, tentar angariar a estima da criança com presentes e mimos excessivos –, a fim contribuir para sua criação e educação. Deve inteirar-se de sua vida e de seus gostos pessoais para formar um elo de intimidade.

Em geral se dá maior importância ao agir do genitor afastado da casa familiar para a manutenção dos vínculos afetivos com a criança, podendo configurar a omissão deliberada a respeito abandono afetivo (ver 5.3). Todavia, a postura do guardião é fundamental para a concretização da visita.

JACQUELINE POUSSON-PETIT, examinando a jurisprudência européia, relata existir uma obrigação de cooperação do guardião:

Sobre o pai titular da autoridade parental ou residente com a criança pesam em efeito obrigações de omissão e de comissão. Ele deve não apenas se abster de qualquer propósito descortês e de qualquer atitude hostil e negativa em relação ao pai “visitante”, mas deve também agir para vencer a aversão ou resistência da criança recalcitrante⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶STILERMAN, Marta Noemi. *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1991. p. 146.

⁴⁹⁷APELAÇÃO CÍVEL – MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA DIREITO DE VISITA – É inerente ao poder familiar o direito de convivência dos genitores com os seus filhos, independente da sua situação marital. O pai que não detém a guarda da menor não pode ter restringido seu direito de visitação. Somente a prova de uma circunstância prejudicial ao livre desenvolvimento da criança poderia cercear o direito de convivência familiar, de titularidade da menor, erigido a direito fundamental na atual Carta Magna. Improvimento do recurso (TJRJ, Apelação Cível nº 2005.001.07891, Décima Sétima Câmara Cível, Relator Edson Vasconcelos, j. 3-8-2005).

⁴⁹⁸POUSSON-PETIT, Jacqueline. *Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe*, cit., p. 807, tradução livre.

ROLF MADALENO relaciona o direito de visitas à boa-fé do guardião, nos seguintes termos:

Os limites do exercício de um direito de visitas devem ser dimensionados pela boa-fé com que se porta o guardião do menor, uma vez que prevalece como princípio e foco maior de interesse o fundamental direito da criança e do adolescente ao saudável desenvolvimento de sua personalidade. Devem os pais evitar praticarem quaisquer atos que prejudiquem as relações dos filhos com o outro progenitor, tendo a obrigação de manterem uma conduta leal, com vistas ao intransigente benefício da prole. Deste modo, agem com total falta de ética e com visível má-fé, o guardião que sem motivação adequada proíbe as visitas; ou quando o visitante frustra as expectativas do visitado, que conta com a sua presença e anseia por sua comunicação, devendo o dano ser injusto e imputável a uma ação ou omissão daquele que obstruiu a comunicação com o filho.⁴⁹⁹

Portanto, nos termos do disposto no artigo 187 do Código Civil, no caso de o guardião exceder manifestamente os limites impostos pelo fim social presente no exercício da guarda, assim como pela boa-fé ou pelos bons costumes, agindo de forma a dificultar o contato do filho com o outro genitor, comete abuso de direito e conseqüente ato ilícito. Tem, assim, o dever de contribuir para a convivência do filho menor com o outro genitor, facilitando a realização da visita⁵⁰⁰, admitindo-se até mesmo pena de multa caso lhe imponha obstáculos indevidos⁵⁰¹.

⁴⁹⁹MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*, cit., p. 121.

⁵⁰⁰A respeito, entendeu o Superior Tribunal de Justiça: “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” (STJ – 4ª Turma – REsp 701872/DF – Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES – DJ 1/2/2006 p. 565).

⁵⁰¹“(…) Não havendo bom relacionamento entre os genitores e tendo o pai condições plenas para exercer a visitação, deve ser assegurado a ele o direito de conviver com a filha, inclusive através de aplicação de multa à guardiã por impedir a visitação. 4. A mãe deve ser severamente advertida de que deve respeitar o período de visitas, ficando esclarecida acerca da responsabilização pela desobediência, bem como do risco de que a guarda possa vir a ser revertida. 5. A multa deve ser imposta em relação a cada descumprimento informado, sendo inadmissível que se aguarde um somatório de condutas maternas censuráveis a fim de multiplicar a penalização pecuniária” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70023275803, Sétima Câmara Cível, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25-6-2008, DJ 4-7-2008).

5.4.2.2. Os pais biológicos

Na hipótese de adoção, questiona-se a respeito do direito de visita atinente aos pais biológicos do menor. Tratar-se-ia de um direito-dever, passível de regulamentação?

O direito de visita só existe diante do interesse da criança em preservar vínculos afetivos com aquele que se pretende visitante, devendo referido interesse ser apurado no caso concreto.

No caso de adoção⁵⁰², nos termos do *caput* do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do *caput* do artigo 1.626 do Código Civil, a criança se desliga “de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento”. Tal rompimento do vínculo de parentesco com os parentes consangüíneos demonstra a opção do legislador pela família socioafetiva e para a filiação fundada na afetividade⁵⁰³.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO lembra que os impedimentos matrimoniais são o único resíduo da relação de parentesco que se mantém com a família de origem, com o fim de evitar o incesto, do mesmo modo que algumas legislações fazem quanto aos doadores anônimos de material genético para inseminação artificial. Esse resíduo de relação nada tem a ver com relação de parentesco, que é totalmente extinto, assim como se extinguem seu complexo de direitos e deveres⁵⁰⁴.

Diante de tal quadro, inserido o menor em nova família, bem como extintos o poder familiar e os vínculos de parentesco, em regra não assiste aos pais biológicos o direito de manter contato com a criança nem o dever de assistência presente no artigo 227 da Constituição Federal a determinar o dever de visitar.

⁵⁰²Note-se haver necessidade de consentimento dos pais biológicos para a adoção, exceto se os pais forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (artigos 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.621 do Código Civil).

⁵⁰³LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 173.

⁵⁰⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, cit., p. 173.

Entretanto, se no caso concreto apurar-se a existência de vínculos afetivos com os pais biológicos anteriores à adoção e for constatado interesse da criança em preservá-los – o que pode ser apurado pela perícia –, deve-se admitir a visita⁵⁰⁵.

5.4.2.3. Visita dos pais em caso de guarda concedida a terceiros

YUSSEF SAID CAHALI⁵⁰⁶ considera tal direito impostergável, aduzindo que mesmo na vigência do Código anterior sempre se entendeu ser irrenunciável, não se podendo privar os pais do mencionado direito, ainda que o filho seja colocado sob a guarda de terceiros.

Mesmo que verificado o desejo da criança de estar sob a guarda de terceiro, se persiste o poder familiar e o interesse em manter contato com seus pais, a visita deve ser assegurada⁵⁰⁷: é através dela que os pais cumprirão seu dever de fiscalização da manutenção e a educação dos filhos (artigo 1.589 do Código Civil).

Note-se, conforme referido anteriormente, que mesmo diante da suspensão ou da perda do poder familiar, o direito de visita dos pais em relação ao filho poderá ser exercido se for conveniente ao interesse da criança.

Também não pode ser negada a visita dos genitores no caso de filhos abrigados em decorrência da precariedade das condições em que vivem os pais. Esse contato, aliás, servirá para reforçarem-se os laços afetivos existentes, assim como para tentar suprir a necessidade da criança do contato com a família⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Em relação a outros parentes consanguíneos, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que “Há peculiares situações em que a manutenção de vínculos de afeto com parentes biológicos deve ser preservada, uma vez comprovado que tal vem ao encontro dos interesses do adotando. Os vínculos de afeto devem ser somados, e não excluídos” (TJRS – Agravo Regimental nº 70024258766 – Sétima Câmara Cível, Relatora Maria Berenice Dias, julgado em 28-5-2008, Diário da Justiça de 5-6-2008).

⁵⁰⁶ CAHALI, Yussef Said. *Separação e divórcio*, cit., p. 235-236.

⁵⁰⁷ Ação de manutenção de posse do menor. Guarda requerida por ex-patrão da mãe. Concordância do pai biológico. Discordância da mãe, sem condições de criá-la. Vontade da menor em permanecer com o guardião de fato, que garante sua criação desde o nascimento. Prevalência do interesse da criança. Direito de visitação assegurado. Desprovemento do recurso (TJRJ – Apelação Cível nº 2002.001.24244 – Décima Câmara Cível – Relator Sylvio Capanema – j. 18-3-2003).

⁵⁰⁸ “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 abrigo 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

5.4.3. Os avós

A figura dos avós ganha crescente relevo na família contemporânea, diante do ativo papel por eles realizado, seja no cuidado direto das crianças da família, seja na colaboração para o sustento da casa.

Apesar disso, devido aos muitos conflitos que cercam a desagregação familiar – e que também podem ocorrer na constância do casamento ou da união estável –, em decorrência de um relacionamento ruim entre os pais (ou um deles) e os avós dos filhos, a relação entre avós e netos pode ser gravemente comprometida, com a privação do contato entre as referidas pessoas.

Embora a lei não o preveja⁵⁰⁹, doutrina e jurisprudência admitem o direito de visita dos avós⁵¹⁰.

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES alerta que o impedimento, pelos pais, da realização da visita e da troca de correspondência entre o menor e seus avós constitui abuso no exercício do dever de vigilância compreendido na guarda. Segundo o autor, inclusive, cabe aos pais, diante da obrigação de educarem seus filhos, transmitir-lhes os deveres de respeito e afeição em relação aos ascendentes⁵¹¹.

Conforme ressalta FABIO BAUAB BOSCHI, não se necessita de lei para afirmar o que é da natureza do homem, de sua personalidade, como o direito de estabelecer laços afetivos recíprocos com outra pessoa, de conviver com quem se ama⁵¹².

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” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70014348072 – Sétima Câmara Cível – Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – julgado em 19-4-2006, Diário da Justiça de 4-5-2006).

⁵⁰⁹O artigo 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.471/2003) assegura às pessoas maiores de 60 anos a convivência familiar e comunitária. Entretanto, tal dispositivo não constitui fundamento do direito de visita dos avós por duas razões. A primeira delas é a simples constatação de que há muitos avós aos quais não se aplica o referido estatuto e, a segunda, é o fato de ser o interesse da criança o principal fator a nortear o direito de visita.

⁵¹⁰Conforme referido, a lacuna verificada no artigo 1.589 do Código Civil, relativa ao direito de visita dos avós e outros parentes, é objeto do Projeto de Lei 6.960/2002, do qual se tratará adiante. Já os Projetos de Lei 4.486/2001 e 6.858/2006 referem-se apenas ao direito de visita dos avós, como se pode examinar no apêndice.

⁵¹¹GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*, cit., p. 362.

⁵¹²BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*, cit., p. 67.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO insere a visita entre avós e netos nos direitos e deveres recíprocos e da personalidade⁵¹³. No direito de visita do avô ao neto, o autor vislumbra a continuidade que existe entre gerações que se vão seguindo em cuidados recíprocos”⁵¹⁴.

O convívio entre as gerações assume tanta importância na família contemporânea que a Segunda Assembléia das Nações Unidas sobre Envelhecimento, realizada em abril de 2002, abordou a questão da solidariedade intergeracional em dois dispositivos de seu relatório final: no n. 42 ressalta a solidariedade entre gerações nas famílias, comunidades e nações como fundamental à realização de uma sociedade para todas as idades e, no n. 43, constata serem as relações intergeracionais valiosas para todos, tanto no âmbito familiar como no comunitário⁵¹⁵.

ORLANDO GOMES diz estender-se o direito de visita aos avós dos menores, mesmo havendo oposição dos pais. Em relação a outros parentes, entende que podem pretendê-lo, sujeitando-se a pretensão à análise do caso concreto⁵¹⁶.

EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA entende decorrer o direito de visita dos avós do princípio constitucional segundo o qual “se deve garantir à criança e ao adolescente plena integração na comunidade familiar”, imperando em favor das relações entre avós e netos “os fundamentos do direito natural e da solidariedade entre os membros da família”⁵¹⁷.

Como ressaltam ROSA MARTINS e PAULA TÁVORA VÍTOR, o fundamento de tal direito está na relação de parentesco – cujos efeitos também se dão na esfera sucessória e alimentar –, mas não se exaure exclusivamente nos laços de sangue,

⁵¹³“Os direitos e os deveres dos avós são da personalidade, com todas as características a eles inerentes. (...) Como se pode perceber, os direitos e deveres dos avós, nas relações de alimentos e de visita, são recíprocos, a justificar o brocardo *ius et officium sunt correlata* (o direito e o dever são correlatos)” AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visita, cit., p. 40-41).

⁵¹⁴AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visita, cit., p. 53.

⁵¹⁵ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Second World Assembly on Ageing*. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/397/51/PDF/N0239751.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 02 dez. 2008.

⁵¹⁶GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 271.

⁵¹⁷OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de visita dos avós aos netos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 82, abr./jun. 2002.

pois tem sua razão primordial de ser na relação afetiva que em geral se estabelece em decorrência do parentesco entre avós e netos⁵¹⁸.

O direito de visita dos avós, como ocorre com aquele relativo aos pais, deve ser entendido como “*direito às relações pessoais entre avós e netos*”, expressão que deixa claro existir, além do direito dos avós, principalmente o “direito dos netos a estas mesmas relações subordinado ao seu interesse”⁵¹⁹.

ROBERTO JOÃO ELIAS também vê no contato dos avós com os netos um direito dos últimos, diante da convivência familiar consagrada no artigo 227 da Constituição Federal, que, para o autor, é direito referente “aos avós e a outros parentes próximos”. Para que o desenvolvimento pleno da personalidade do menor, “é relevante a companhia daqueles que o amam”, sendo o principal fundamento do direito de visita dos avós a solidariedade presente na família⁵²⁰.

Observe-se, ainda, que o direito de visitas dos avós independe do exercício do poder familiar pelo progenitor do menor do qual sejam ascendentes⁵²¹: a suspensão ou a perda do poder familiar atribuível ao pai do menor não afasta o direito de avós e netos manterem relações pessoais.

Da lição de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO se extrai estar inserido no direito de visita dos avós o direito e o dever de fiscalizar a educação dos netos, atuação que não deve conflitar com a dos pais, mas complementá-la e com ela se harmonizar⁵²².

⁵¹⁸MARTINS, Rosa; VÍTOR, Paula Távora. A propósito do “direito de visita” dos avós no contexto português – algumas reflexões acerca do seu fundamento e natureza jurídica. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *O cuidado como valor jurídico*, cit., p. 212.

⁵¹⁹MARTINS, Rosa; VÍTOR, Paula Távora. A propósito do “direito de visita” dos avós no contexto português – algumas reflexões acerca do seu fundamento e natureza jurídica, cit., p. 209.

⁵²⁰ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*, cit., p. 67-68.

⁵²¹“REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PEDIDO FORMULADO PELO AVÔ PATERNO, QUANDO O PAI TEVE SUSPENSO O PODER FAMILIAR. 1. É cabível a regulamentação do direito de visita pelo avô paterno, na medida em que o genitor teve suspenso o poder familiar, podendo a visitação ser aproveitada pelos tios, pois não se pode estabelecer uma barreira absoluta e intransponível do infante com a família paterna, como se a conduta do genitor fosse avalizada pelos seus familiares ou se todos tivessem o propósito de prejudicar o infante. 2. Existindo uma relação de afeto, a criança tem o direito de receber também o carinho e as atenções da sua família paterna. 3. Estando proibida qualquer forma de aproximação do genitor com o filho, a visitação ao infante pelo avô não pode ser livre, não podendo ser tratadas com a criança questões relativas ao genitor, pois está sendo submetida a tratamento psiquiátrico, precisamente para elaborar melhor as situações traumáticas que foram vivenciadas. 4. É adequada a regulamentação provisória da visitação do avô paterno ao infante de forma quinzenal, aos sábados, com duas horas de duração, devendo ser acompanhado por assistente social ou por psicólogo a ser indicado pelo juiz e remunerado pelo recorrente. Recurso provido em parte” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70014242176 – Sétima Câmara Cível – Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – julgado em 3-5-2006 – Diário da Justiça de 11-5-2006).

⁵²²AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação, cit., p. 55.

Trata-se, portanto, de direito informado pela solidariedade familiar, tendo como sujeitos recíprocos os avós e o neto menor⁵²³, fundado não unicamente no parentesco, mas principalmente na relação afetiva que dele em geral decorre, com sua função atrelada ao melhor interesse da criança na realização da convivência familiar.

5.4.4. Outros parentes e pessoas sem vínculo de parentesco

EDGARD DE MOURA BITTENCOURT reconhece o direito de visita relacionado a “parentes menos próximos, inclusive os espirituais (padrinhos) e até a pessoas estranhas ao parentesco”⁵²⁴, como também se verifica em FÁBIO MARIA DE MATTIA⁵²⁵.

FABIO BAUAB BOSCHI entende que o direito de visita deve ser estendido a terceiros que tenham laços afetivos com a criança, por não decorrer exclusivamente do poder familiar, nem se restringir às relações de parentesco. Refere-se à situação em que uma pessoa não-parente tenha exercido por longo período a guarda de fato de uma criança durante a ausência dos pais: esse terceiro tem o direito de manter os laços afetivos desenvolvidos, com o direito de visitar a criança de quem cuidou, na hipótese de o menor não continuar sob sua guarda⁵²⁶.

Se há interesse da criança em conviver com determinada pessoa com quem tem vínculo afetivo, é este o interesse a ser atendido⁵²⁷, sendo oportuno observar, conforme se mencionou em 5.1, que dependendo as circunstâncias atinentes ao terceiro e ao menor, a visita pode ser um direito ou um direito-dever.

⁵²³Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. 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 inexistente um relacionamento pacífico entre a guardiã 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)” (TJRS – Apelação Cível nº 70011465523 – 7ª Câmara Cível – Relatora MARIA BERENICE DIAS – julgado em 16-11-2005 – DJ 24-11-2005).

⁵²⁴BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, cit., p. 120.

⁵²⁵DE MATTIA, Fábio Maria. Visita (direito de), cit., v. 77, p. 428-429.

⁵²⁶BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*, cit., p. 32-33.

⁵²⁷“Desimporta a existência de vínculo biológico para o estabelecimento do direito de visita se presente vínculo afetivo. Mostrando-se salutar a convivência, há que se atender prioritariamente o interesse do menor” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70002412328 – Sétima Câmara Cível – Relatora MARIA BERENICE DIAS – julgado em 9-5-2001).

Diante da omissão legislativa a respeito, conforme referido, o Projeto de Lei 2.285/2007 aborda expressamente o tema, admitindo em seu artigo 100 a extensão das visitas a quem mantenha ligação de afetividade com a criança, seja ou não parente.

O juiz, ao apreciar pedido de regulamentação de visita de terceiro, deve agir com cautela a fim de não desviar a finalidade do instituto. O direito de visita não se presta a suprir quaisquer sentimentos de frustração ou de rejeição de terceiros que se considerem prejudicados por serem alijados da convivência com a criança, mas se destina à proteção desta.

Com esse raciocínio, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro indeferiu o pedido de visitação de tias aos sobrinhos menores, pois a interferência na vida das crianças lhes seria prejudicial⁵²⁸.

Por outro lado, em julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o direito de visita entre tios e sobrinha foi admitido, não por fundar-se no parentesco, mas se considerando o vínculo afetivo presente no caso concreto – os tios haviam criado a sobrinha desde tenra idade⁵²⁹. Nesse julgado, a visita foi autorizada por períodos curtos, justamente para não se interferir no desenvolvimento psicológico da criança.

Em geral, a visita do terceiro deve ser concedida se presente o interesse da criança na convivência com o pretense visitante, sendo sua regulamentação pautada pelo bom senso, a fim de não afetar a rotina da criança, nem os períodos de convivência entre esta e seus genitores.

⁵²⁸“Tratando-se de Ação de Regulamentação de Visitas em que as tias de menores pleiteiam o direito de visitar seus sobrinhos, cabível é a recusa do genitor em conceder tal permissão, sob alegação de existência de graves atritos entre os entes familiares, com interferência direta das apelantes na vida das crianças e do apelado. Deve ser acrescido o fato de que os próprios menores afirmaram à Assistente Social que não desejam estabelecer visitas regulares às tias” (TJRJ – Processo 2003.001.17921 – Apelação 17.921/2003 – Relator Des. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE – 3ª Câmara Cível – julgado em 18-11-2003).

⁵²⁹“DIREITO DE VISITA. PARENTES (TIOS). POSSIBILIDADE. PERÍODO DA VISITAÇÃO. É razoável permitir que os tios avistem a sobrinha, eis que a criaram desde tenra idade, estabelecendo vínculos afetivos fortes, porém por períodos não prolongados para não afetar o desenvolvimento psicológico da criança” (TJRS – Apelação Cível nº 70002415537 – 7ª Câmara Cível – Relator JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS – julgado em 9-5-2001).

5.5. Limitações ao direito de visita e a visita monitorada

Nos casos em que haja risco para a integridade física ou psíquica do menor, o juiz, auxiliado por laudos psicológicos e sociológicos, deve determinar, se for o caso, que a visita seja assistida por um acompanhante da criança⁵³⁰, a monitoração da visita, com a realização em visitário público, ou, ainda, a sua suspensão.

A suspensão do direito de visita é medida grave, que apenas deve ser tomada se comprovado o prejuízo para os filhos. A respeito, ensina DARÍO LUIS CÚNEO:

O nexo de causalidade suficientemente adequado, entre o dano alegado e as condutas atribuídas ao “visitante” como fundamento de qualquer pedido de suspensão da comunicação também deverá ser provado por quem alegue.

Deverá ser dada a certeza sobre a existência de prejuízo para a prole que a não-comunicação com seu outro progenitor vise evitar, por razão de comportamento do não-guardião.

Está-se falando de um contato direto, íntimo, fluido e de certa permanência no tempo com o/a progenitor/a, que só poderá ser afetado nos casos em que se demonstre que a suspensão desse trato guarda nexo de causalidade adequado com a derivação de algum tipo de afetação física ou provoca distúrbios psíquicos que interferem negativamente na formação da personalidade dos menores.

A conduta do visitante deve ser diretamente relacionada com a produção de um dano real, atual e grave para o desenvolvimento dos menores interessados.⁵³¹

ROBERTO JOÃO ELIAS⁵³², após ressaltar que o direito de visitas pode ser temporariamente negado ao progenitor, ainda que no exercício do poder familiar, se para o bem da criança, acrescenta que pode haver casos em que são permitidas as visitas, mas com acompanhamento de psicólogo, até a adaptação entre a criança e o genitor visitante, podendo-se modificá-las até que o relacionamento permita sua normal fixação.

⁵³⁰“Não se pode tirar do genitor o direito de visitar o filho. Entretanto, como não há ainda o estudo social, o menor encontra-se em tenra idade, e, ainda, sofrendo o agravante de alcoolismo, razoável se mostra que sejam fixadas visitas em local diverso da casa da genitora, a ser definido pelo juízo, acompanhado o infante por um parente, que não sua mãe, a fim de que se evite o rompimento do vínculo entre pai e filho” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70010581114 – Sétima Câmara Cível – Relatora MARIA BERENICE DIAS – j. 2-3-2005).

⁵³¹CÚNEO, Darío Luis. Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación, cit., p. 21-22, tradução livre.

⁵³²ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*, cit., p. 66.

Quando há graves acusações contra o genitor que não detém a guarda, caso lhe seja concedido direito de visita e se o exercício deste for de interesse da criança, o juiz pode determinar a realização da visita em lugar diverso da residência do guardião, como a casa de um terceiro⁵³³ ou, em situações que exijam monitoração mais intensa, o visitário público.

Em São Paulo, o visitário público passou a denominar-se Centro de Visitas Assistidas do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵³⁴ (CEVAT) e tem como objetivo a prestação de “serviços de assistência e monitoramento nas visitas de crianças e adolescentes por seus genitores, decorrentes de ordem dos Juízes das Varas de Família e Sucessões da Comarca da Capital”⁵³⁵.

Para garantir que a visita se dê com segurança para a criança, os visitários públicos são regidos por normas rígidas, que limitam o ingresso de acompanhantes que não tenham autorização judicial para tanto, bem como qualquer comportamento que dificulte o monitoramento da visita⁵³⁶.

A negativa⁵³⁷ ou a suspensão⁵³⁸ do direito de visita dá-se em situações excepcionais, por motivos muito sérios, entre os quais estariam, como lembra

⁵³³“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE POSSE E GUARDA DE MENORES. Visitação. Direito da mãe dos menores. Laudo pericial que, após entrevistas com todos os envolvidos, sugeriu que as visitas ocorressem na residência de amiga comum, a qual os menores consideram como Tia. Concordância das partes. Recurso provido em parte. Decisão parcialmente reformada” (TJRJ – Agravo de Instrumento nº 2004.002.00055 – Décima Segunda Câmara Cível – Relator BINATO DE CASTRO – julgado em 26-10-2004).

⁵³⁴Criado pelo Provimento 1107/2006 do Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁵³⁵Artigo 2º do Provimento 1107/2006.

⁵³⁶O referido Provimento 1107/2006 dispõe: “Artigo 10: O ‘CEVAT’ rege-se pelas seguintes normas: I – Não é permitida a entrada antes do horário determinado para a visita; II – Todos serão identificados, tanto na entrada quanto na saída dos períodos de visitas; III – As portas permanecerão fechadas durante o período das visitas; IV – O tempo de espera para o comparecimento do visitante ou do visitado é de 40 minutos; V – É vedado o ingresso de pessoa não autorizada judicialmente a realizar a visita. O detentor da guarda do visitado, ou quem o conduzir para a visita, não poderá permanecer no recinto; VI – É proibida qualquer atividade ou brincadeira que dificulte a observação do visitante ou do visitado pelos plantonistas; VII – A critério dos técnicos poderá ser interrompida a visita, fato que será comunicado ao Juiz do processo no primeiro dia útil após o ocorrido; VIII – Não é permitida a realização de festas com a presença de convidados ou organizadas por empresas especializadas nesse tipo de atividade”.

⁵³⁷“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRORROGAÇÃO DA GUARDA PROVISÓRIA CONCEDIDA À TIA DA MENOR. INDEFERIMENTO DA VISITAÇÃO DOS AVÓS. A guarda da menor e o direito de visitação dos avós devem adequar-se ao interesse da criança, que vive uma situação conturbada, ora acusando de abuso sexual o companheiro da genitora, ora o avô, além dos indícios de manipulação da menor e do comportamento descontrolado da avó materna quando faz uso de bebida alcoólica, noticiados nos relatórios apresentados pelo Conselho Tutelar e Serviço Social do Juízo que, em seu conjunto, são desfavoráveis à pretensão dos agravantes. Manutenção da decisão recorrida, pois cautelosa diante dos fatos conturbados vividos pela menor” (TJRJ – Agravo de Instrumento nº 2004.002.18032 – 18ª Oitava Câmara Cível – Relatora CÉLIA MELIGA PESSOA – julgado em 3-2-2005).

⁵³⁸“Agravo de instrumento. Guarda da filha. Regulamentação de visita. Antecipação de tutela para suspender, provisoriamente, o direito de visitação materna compulsória. Razões relevantes assentadas na manifestação

GUILHERME GONÇALVES STRENGER⁵³⁹, aqueles relativos à assistência educativa, à situação de ambiente considerado “moralmente duvidoso”, a “um comportamento particularmente violento”, ou, ainda, diante do abuso de direito do não-guardião, como na hipótese de este levar os filhos a outras localidades sem a permissão do guardião.

5.6. A recusa da criança e a síndrome de alienação parental

A questão da recusa da criança em receber a visita, ou seja, de conviver com o genitor não-guardião, conduz inicialmente a uma reflexão acerca da valoração de sua vontade⁵⁴⁰, bem como do conflito entre os direitos-deveres dos pais e os direitos nascentes e evolutivos da criança⁵⁴¹.

Assim como referido ao versarmos sobre a guarda, surge novamente o problema acerca da oitiva da criança e da consideração de sua vontade, que, embora deva ser respeitada, conforme o grau de discernimento, não pode impedir uma gradual aproximação com o genitor não-guardião.

Em se tratando de direito à convivência, entendemos não se poder simplesmente aceitar a recusa da criança⁵⁴². A manifestação nesse sentido, muitas vezes, é contrária ao seu melhor interesse.

de vontade expressa pela menor. Riscos de impacto emocional negativo. Laudos de estudo social e psicológico que emprestam razoabilidade às alegações do autor. Não é teratológica, nem afronta à lei ou às provas dos autos a decisão que restabelece tutela antecipada, revogada por magistrado do mesmo grau de jurisdição, que suspende, provisoriamente, a visitação compulsória da mãe à filha, que se encontra sob a guarda do pai, até que se realize perícia psicológica, em razão de manifestações emocionais que vêm afetando a menor em seu relacionamento com a agravante. Nessas condições, não é recomendável a revisão da decisão lavrada através do prudente arbítrio do julgador de primeiro grau, a quem a lei processual confere o poder geral de cautela. Recurso ao qual se nega provimento” (TJRJ – Agravo de Instrumento nº 2002.002.01572 – 7ª Câmara Cível – Relator FERNANDO CABRAL – julgado em 25-6-2002).

⁵³⁹STRENGER, Guilherme Gonçalves. Regulamentação de visitas no novo Código Civil, cit., p. 145-147.

⁵⁴⁰ROBERTO JOÃO ELIAS entende ser conveniente a oitiva do adolescente, o que se coaduna com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e com o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*, cit., p. 66).

⁵⁴¹POUSSON-PETIT, Jacqueline. *Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe*, cit., p. 798.

⁵⁴²Nesse sentido, GUILHERME GONÇALVES STRENGER, para quem “a repulsa do filho ou sua recusa de se prestar ao exercício desse direito não pode ser absorvida na decisão judicial, pois essa resistência ou aversão não constitui uma escusa legal nem um fato justificativo, a não ser que ocorram circunstâncias excepcionais que autorizem o atendimento dessa manifestação”. Justifica sua posição no fato de que “muitas vezes a recusa do filho se deve a incitações que recebe por parte de um dos guardiões, estimulando na alma da criança sentimentos de ódio ou de hostilidade em relação ao seu antigo convivente” (STRENGER, Guilherme Gonçalves. Regulamentação de visitas no novo Código Civil, cit., p. 145-147).

A recusa pode representar uma forma de o filho exprimir contrariedade diante de um genitor mais exigente, uma chantagem para que este ceda a seus caprichos, como pode resultar da influência do guardião no sentido de afastar o filho de seu ex-cônjuge com o fim de destruir, para o filho, a figura materna ou paterna que o último represente. Tal comportamento é incompatível com os deveres dos pais, conforme se tratou ao abordar-se a postura do guardião nas visitas.

A situação referida, em que, durante e após o processo de desfazimento da união conjugal, há uma atuação de um dos genitores no intento de afastar o filho do outro, sendo o móvel os sentimentos de rejeição e de vingança, pode gerar a chamada síndrome de alienação parental, em que a recusa ao contato com um dos genitores torna-se patológica.

Como ensina PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, a síndrome em questão não se confunde com a mera alienação parental, a despeito de a primeira, em geral, decorrer da última, referindo-se a síndrome “às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem padecer a criança vítima daquele alijamento”⁵⁴³.

A síndrome de alienação parental, denominação introduzida por RICHARD A. GARDNER, refere-se a um distúrbio psicológico no qual as crianças depreciam e criticam de maneira obsessiva um dos pais, desmoralizando-o injustificada e/ou exageradamente. O distúrbio vai além da “lavagem cerebral”, por meio da qual um dos pais, de forma sistemática e consciente, leva a criança a denigrir o outro, pois inclui ainda fatores subconscientes e inconscientes de um dos pais, além de fatores que surgem na própria criança, a qual geralmente fala do genitor odiado de modo desprezivo e deturpado, sem qualquer sentimento de culpa⁵⁴⁴.

Entre os fatores atribuíveis à criança – em geral, aproveitados pelo pai que lhe impinge as idéias de ódio contra o outro – está o temor do afastamento do genitor preferido, geralmente o que saiu de casa, representando para a criança o “abandonador”. Com receio de perder o amor do outro genitor, o filho passa então a protegê-lo, demonstrando de forma ostensiva ódio pelo pai, embora o ame⁵⁴⁵.

RICHARD A. GARDNER considera sintomas da síndrome a deturpação declarada da figura do genitor odiado, sem transparecer culpa e de maneira tão

⁵⁴³FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Síndrome da alienação parental, cit., p. 607.

⁵⁴⁴GARDNER, Richard A. *Recent trends in divorce and custody litigation*, cit., p. 3-7.

⁵⁴⁵GARDNER, Richard A. *Recent trends in divorce and custody litigation*, cit., p. 3-7.

contundente, que a sintetiza como uma “ladainha”, bem como o caráter de ambivalência, isto é, enquanto a criança qualifica o pai alienado com todas as características pejorativas possíveis (o genitor mau), vê no outro genitor, amado declaradamente pela criança, o exemplo da verdade, com todos os traços positivos (o genitor bom)⁵⁴⁶.

Trata-se, no dizer de MARÍA JUSTINA BOERI, PAULA VERÓNICA FREDES e ANA CAROLINA SOCCIA, de um processo de exclusão, definido da seguinte forma:

É a síndrome pela qual um progenitor, de forma aberta ou encoberta, fala ou age de forma a desqualificar ou de maneira destrutiva a respeito do outro progenitor, durante ou subseqüentemente a um processo de divórcio, no intento de alijar (alienar) ou indispor o filho ou filhos contra este outro progenitor.⁵⁴⁷

MARIA BERENICE DIAS relata esse processo de exclusão promovido por um dos ex-cônjuges como “implantação de falsas memórias”, consistente em uma campanha de desmoralização do outro genitor⁵⁴⁸.

Nessa atitude desmoralizadora do outro, o genitor patológico, por ciúme ou vingança, refere-se àquele por meio de palavras depreciativas, como imprestável, adúltero, omissor. Repete que o pai (ou a mãe) abandonou a família, que dilapida seu patrimônio com o novo cônjuge, que o valor de eventual pensão é mínimo, que a falta de condições financeiras para satisfazer um desejo do filho resultam do abandono do genitor.

A manipulação pode tornar-se tão profunda que se passa a atribuir ao genitor alienado acusações de abuso sexual:

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o genitor distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser a verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶GARDNER, Richard A. *Recent trends in divorce and custody litigation*, cit., p. 3-7.

⁵⁴⁷BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad, cit., p. 59. Tradução livre.

⁵⁴⁸DIAS, Maria Berenice. Falsas memórias. *Boletim IBDFAM*, n. 23, 26 ago. 2006.

⁵⁴⁹DIAS, Maria Berenice. Falsas memórias, cit.

Como alerta PABLO A. TOCALLI, em muitos casos produz graves transtornos psiquiátricos nas crianças, que podem aparecer na idade adulta. Os exemplos de transtornos advindos da implantação dessas “falsas memórias” são depressão, ataques de pânico, transtornos de identidade, inclinação às drogas, etc.⁵⁵⁰

O conflito entre os pais atinge, em tais situações, um grau extremo, sendo necessária cautela redobrada tanto do juiz quanto dos peritos que avaliarão a criança que tenha sofrido o suposto abuso sexual.

Em relação aos profissionais de saúde, RICHARD A. GARDNER recomenda atenção ao observar o modo pelo qual a criança faz a acusação do abuso para tentar concluir se constitui idéia implantada por alguém e, no caso de constatada a presença de síndrome de alienação parental, o elemento mais importante para o tratamento é a transferência imediata da criança para a casa do genitor alienado⁵⁵¹.

No entanto, as graves alegações que chegam ao juiz, como a de abuso sexual, tornam seu mister extremamente difícil: resta-lhe o dilema de suspender de imediato as visitas, no intuito de proteger a criança, e o temor de que a acusação seja falsa, prejudicando a relação paterno-filial de forma muitas vezes irreversível.

Diante do dever primordial de conferir proteção integral à criança, como ressalta MARIA BERENICE DIAS, o juiz acaba por reverter a guarda, suspender as visitas e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos – que às vezes não trazem resultado conclusivo –, procedimentos demorados em cujo ínterim a convivência do pai com o filho é cessada⁵⁵².

Desse modo, não há nem mesmo oportunidade para o pai alienado ter uma relação pessoal com o filho que afaste essas impressões negativas por meio de um contato positivo, com a tentativa de experiências novas nos momentos a compartilhar.

Se um dos genitores desqualifica o outro e impede o filho de nutrir um adequado contato com o outro pai, que passa a ser o alienado da convivência, viola o direito da criança ao desenvolvimento pleno de sua personalidade. A manutenção de

⁵⁵⁰TOCALLI, Pablo A. Ampliaciones sobre los conceptos de síndrome de alienación parental y tenencia compartida, cit., p. 132.

⁵⁵¹GARDNER, Richard A. *Recent trends in divorce and custody litigation*, cit., p. 3-7. No caso de crianças realmente abusadas, RICHARD A. GARDNER diz tenderem a mostrar-se ansiosas e constrangidas ao falar sobre o assunto, inclusive temendo contato com adultos do mesmo sexo do abusador, por sentirem-se ameaçadas, enquanto aquelas que “fabricaram” o abuso sexual na maior parte das vezes mostram-se confortáveis em relação às acusações, com discursos prontos para relatar o supostamente ocorrido.

⁵⁵²DIAS, Maria Berenice. Falsas memórias, cit.

contato com ambos os pais, sem as interferências nefastas de qualquer pessoa, é necessidade da criança e do genitor⁵⁵³.

No caso do guardião, para promover a realização do melhor interesse de seu filho, como referido, tem a obrigação de colaborar ativamente para que o último conviva com o outro genitor, sendo louvável a pretensão contida no Projeto de Lei 4.053/2008, que consta do apêndice, no sentido de sancionar a dificultação do contato entre o menor e o genitor não-residente.

Comprovado que o comportamento de qualquer dos pais, descumprindo seu dever de permitir o contato do filho com o outro genitor e desqualificando-o, ocasionou a referida síndrome e o conseqüente afastamento entre pai e filho, configura-se ato ilícito nos termos do artigo 186 – por violação ao direito de exercício do poder familiar pelo pai alienado –, assim como nos termos do artigo 187 – por ter excedido no exercício da guarda e do poder familiar, os limites impostos pela função social atinente ao instituto e pela boa-fé.

Há, portanto, possibilidade de indenização por dano moral, com vistas à compensação da dor pelo alijamento da convivência com a criança e à prevenção da continuidade das condutas ilícitas.

Seja diante da simples recusa da criança, seja nos casos mais graves, em que se verifica o distúrbio comportamental mencionado, superar a situação para restabelecer o contato com o genitor não-residente exige sensibilidade do juiz e profissionais qualificados para a realização da perícia.

Mesmo diante da recusa da criança, entendemos que deve ocorrer o contato, ainda que acompanhada por um terceiro a quem seja afetivamente ligada, por períodos de tempo curtos e sujeitos a aumento gradual, conforme avaliação psicológica, até que se estabilize a relação entre pai e filho.

⁵⁵³BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad, cit., p. 46.

5.7. Fixação de domicílio, guarda e visita

Questão relevante atinente ao conflito entre guarda e direito de visita é a relativa à fixação de domicílio do genitor guardião – ou do genitor residente, no caso de guarda compartilhada –, e da prole⁵⁵⁴.

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia) deixa claro em seu artigo 5º estar contida no direito de guarda a decisão sobre o lugar da residência da criança⁵⁵⁵.

No mesmo sentido se manifesta NORBERTO JOSÉ NOVELLINO, para quem é ínsito à guarda o direito de fixar a residência dos menores⁵⁵⁶.

FERNANDO MALHEIROS FILHO⁵⁵⁷ justifica estar tal decisão na esfera de prerrogativas do guardião pelo fato de o seu núcleo familiar não dever se condicionar exclusivamente ao direito de visitas do não-guardião. Todavia, reconhece que tal situação implicará prejuízo ao visitante e ao relacionamento com o filho, ponderando que a vida impõe ao ser humano decisões que acarretam vantagens e desvantagens. Não seria razoável “fraturar a família” devido ao interesse do visitante, pois a transferência de domicílio não significa ruptura no direito de visitas, mas adaptação ao novo estado de fato, que exige a regulamentação condizente, permitindo ao visitante o direito de estar com o filho por tempo apto à preservação da identidade genética e afetiva.

O autor conclui que mesmo alcançando o direito de visita e causando dificuldades no contato entre o visitante e a criança, se a mudança de domicílio é razoável e motivada, não pode embasar pedido de alteração de guarda, “posto que diz respeito ao

⁵⁵⁴ A respeito, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Menor. Viagem ao exterior. Genitora que recebeu proposta de emprego em Lisboa. Novo domicílio da detentora da guarda. Pretensão a envolver melhorias nas condições de vida. Pai que não ofereceu oposição séria e fundada ao pedido. Recurso provido” (TJSP – Agravo de Instrumento nº 278.124-4/4-00-SP – Relator JACOBINA RABELLO – 4ª Câmara de Direito Privado – julgado em 26-6-2003).

⁵⁵⁵ A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída em 25 de outubro de 1980, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000 dispõe: “Artigo 5 – Nos termos da presente convenção: a) o ‘direito de guarda’ compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência; b) o ‘direito de visita’ compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside”.

⁵⁵⁶ NOVELLINO, Norberto José. *Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvinculo matrimonial*, cit., p. 30.

⁵⁵⁷ MALHEIROS FILHO, Fernando. Os princípios e a casuística na guarda dos filhos, cit., p. 123.

bem maior, qual seja a integridade do novo grupo familiar onde o infante encontra-se inserido, ao qual deverá acompanhar em seus avanços e vicissitudes”⁵⁵⁸.

DARÍO LUIS CÚNEO entende ser possível que os genitores, ao romperem a união conjugal, acordem que a guarda dos filhos havidos em comum seja atribuída a um deles, mas limitem a possibilidade de determinação do domicílio dos menores a uma decisão comum. Para ele, não se trata de impor ao guardião ou aos filhos que habitem sempre um lugar determinado ou sujeitar a escolha do domicílio à vontade de terceiro – o que constituiria obrigação condicional proibida pelo artigo 531 do Código Civil argentino –, mas sim de outorgar uma possibilidade mais para o exercício funcional dos direitos-deveres correspondentes a ambos os pais⁵⁵⁹.

A participação do genitor não-residente na decisão sobre a mudança de domicílio do menor permitiria àquele cumprir com suas responsabilidades em relação ao filho, participando de decisão importante para sua vida – o que decorre do poder familiar –, e evitaria o exercício abusivo do direito de fixar residência por parte do outro genitor⁵⁶⁰.

Tal participação, contudo, pode se justificar tão-somente nos casos de guarda compartilhada, em que também é necessário definir a residência do menor, com um dos pais, não se podendo chegar ao extremo de incluir, no acordo de guarda, cláusula que proíba a mudança do genitor residente⁵⁶¹ para localidade diversa da que reside o outro pai⁵⁶², sob pena de atentar-se contra a liberdade da nova família na qual o menor está inserido e, até mesmo, contra o interesse deste.

CLÁUDIA STEIN VIEIRA, ao abordar a guarda compartilhada, adverte que “o domicílio dos filhos deve ser fixado levando-se em consideração os interesses dos

⁵⁵⁸MALHEIROS FILHO, Fernando. Os princípios e a casuística na guarda dos filhos, cit., p. 127.

⁵⁵⁹CÚNEO, Darío Luis. Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación, cit., p. 23.

⁵⁶⁰CÚNEO, Darío Luis. Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación, cit., p. 23-24.

⁵⁶¹“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA. GUARDA DE FILHA MENOR. Pretensão à guarda compartilhada ou concessão da guarda ao recorrente, com impedimento de mudança de residência (e cidade) por parte da mãe. Inadmissibilidade na espécie, já que a guarda compartilhada pressupõe convivência na mesma cidade, sob pena de enorme prejuízo à menor, considerando a distância (450 km) entre esta capital e a cidade onde alegadamente irá residir a mãe que, à evidência, pode mudar de cidade sendo acompanhada pela filha. Recurso desprovido” (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70021670724 – Sétima Câmara Cível – Relator RICARDO RAUPP RUSCHEL – julgado em 21-11-2007 – DJ de 28-11-2007).

⁵⁶²“O ajuste sobre a guarda de filho menor não pode inserir cláusula restritiva ao direito de mudar de residência fora do município, sob pena de ofensa ao direito constitucional de ir e vir. Ineficácia da cláusula” (TJRS – Apelação Cível nº 590064473 – Primeira Câmara Cível – Relatora CELESTE VICENTE ROVANI – julgado em 11-12-1990).

menores, inclusive com objetivo de permitir o mais amplo contato com o genitor com quem não residir”, sendo necessário, em caso de mudança, rever o regime de visitação⁵⁶³.

Desse modo, a alteração do domicílio deve contribuir para a realização do interesse do menor, que poderá, por exemplo, ter acesso à escolarização, a melhores condições de vida devido a eventual proposta de emprego recebida pelo genitor residente, ou mesmo para permanecer na família recomposta em que tenha sido inserido.

À mudança deve seguir a alteração do regime de visitação, quando necessário, de forma a tornar possível o contato entre o filho e o genitor não-residente.

Nesse aspecto, mais uma vez, deve haver um comportamento do genitor residente no sentido de esforçar-se (em relação a horários e disponibilidade para viagens, por exemplo) para manter o contato entre o filho e o outro genitor.

5.8. A visita quando o pai está preso

O direito de visita do qual é titular a pessoa presa⁵⁶⁴ não se confunde com o direito de visita do qual é titular o menor, quando o genitor ou outrem com quem a criança mantenha forte vínculo afetivo está preso⁵⁶⁵.

⁵⁶³VIEIRA, Cláudia Stein. Da guarda de filhos: ponderações acerca da guarda compartilhada, cit., p. 839.

⁵⁶⁴Dispõe a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984: “Art. 41 – Constituem direitos do preso: (...) X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; (...)”. Regulamentando o direito do preso no âmbito dos estabelecimentos penais federais, dispõe a Portaria nº 122, de 19 de setembro de 2007, do Departamento Penitenciário Nacional: “Art. 1º A visita do cônjuge, da (o) companheira (o) de comprovada união estável, um ou outro, parentes e amigos aos presos realizar-se-á, semanalmente, em local apropriado nos horários e dias determinados pelo Diretor do estabelecimento penal federal. (...) § 2º Será permitida a entrada de até três visitantes, por preso, por dia de visita, sem contar as crianças. (...) Art. 5º O ingresso de menores no estabelecimento penal federal para visita será admitido somente para os filhos do preso, exceto mediante determinação da autoridade judiciária competente. § 1º O menor, durante o ingresso e a permanência, deverá estar devidamente acompanhado pelo visitante. § 2º O responsável pelo menor proverá todas as necessidades do mesmo, antes do início da visita. § 3º Havendo necessidade, após os procedimentos de segurança, será autorizado o ingresso na área de visitação de 01 (uma) mamadeira de plástico com leite ou suco, destinada a alimentação de crianças de até 04 (quatro) anos, além de material para higienização das mesmas.”

⁵⁶⁵O tema ganhou destaque na mídia com a reportagem veiculada pela revista *Veja*, intitulada “A vida atrás das grades: o dia-a-dia do casal Alexandre Nardoni e Anna Carolinha Jatobá, há 200 dias na prisão, acusado da morte da menina Isabella”. Segundo a revista, o casal recebeu pela primeira vez a visita dos filhos, de 1 e 3 anos de idade, que estão sob a guarda dos avós maternos, em outubro, após quase 6 meses de prisão. Diante da repercussão do caso – o casal é acusado pela morte da filha de Alexandre, a menina Isabella –, a visita realizou-se em dias da semana, com autorização judicial, para poupar os filhos do assédio da imprensa. (DINIZ, Laura. A vida atrás das grades: o dia-a-dia do casal Alexandre Nardoni e Anna Carolinha Jatobá, há 200 dias na prisão, acusado da morte da menina Isabella. *Revista Veja*, São Paulo, ed. 2088, p. 92-98, 26 nov. 2008).

Diante de condenação criminal, os pais que cumprem pena em regime fechado não têm como exercer a guarda e podem ter o poder familiar suspenso, conforme parágrafo único do artigo 1.637 do Código Civil⁵⁶⁶, ou, até mesmo, perdê-lo, se houverem procedido nos termos do artigo 1.638⁵⁶⁷ ou se o seu afastamento do filho em decorrência da prisão acarretar ao menor situação de abandono⁵⁶⁸.

Apesar de o genitor encontrar-se em presídio, se a criança mantinha vínculo afetivo com ele, há interesse e necessidade da última na preservação do vínculo familiar para se evitarem maiores danos emocionais a que se submete o filho afastado do genitor que cumpre pena em regime fechado.

O contato da criança de tenra idade, principalmente com a mãe, é tão importante que constou da Declaração Universal dos Direitos da Criança (Princípio VI, referido supra) e do artigo 5º da Constituição Federal, cujo inciso L prevê como direito fundamental a garantia de condições para que as presidiárias permaneçam com seus filhos no período de amamentação. Embora o dispositivo dirija-se “às presidiárias”, contém norma destinada a promover o melhor interesse do filho, a fim de suprir-lhes as necessidades mínimas de manter contato com sua mãe e ser amamentado.

O menor que é afastado de um dos pais – ou de ambos – devido à prisão já sofre graves danos psicológicos. Impedir qualquer forma do contato com o genitor preso pode representar uma punição à própria criança, titular do direito à convivência familiar.

De fato, o ambiente prisional está longe de constituir o lugar ideal para pais e filhos se relacionarem. Em geral se trata de ambiente caótico e nefasto, que pode, a princípio, chocar a criança que assiste às condições carcerárias. Daí ser necessário

⁵⁶⁶“Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

⁵⁶⁷“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

⁵⁶⁸Nesse sentido: “APELAÇÃO CÍVEL. DSTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Inequivocamente demonstrado nos autos que ambos os genitores não têm condições de exercer as funções parentais, devem ser destituídos do poder familiar, com a confirmação da adoção do infante à autora, que já exerce a guarda há quase quatro anos, de forma satisfatória. Abandono caracterizado. Não é o fato puro e simples de se encontrar preso o genitor que conduz à destituição do seu poder familiar, à evidência, mas a circunstância de sua ausência ter contribuído para o abandono e a colocação do filho em família substituta, mormente considerando-se que mesmo depois de solto, reside na rua. Apelação desprovida” (TJRS – Apelação Cível nº 70022068563 – 8ª Câmara Cível – Relator JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE – julgado em 14-2-2008 – DJ 20-2-2008).

questionar-se no caso concreto se o direito à convivência familiar deve prevalecer sobre o risco de dano emocional e à segurança da criança.

O Estado tem o dever de garantir a integridade dos menores, nos termos do *caput* do artigo 227 – e do próprio artigo 1º, III – da Constituição Federal, bem como dos artigos 15, 17, 18 e 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente nos presídios e delegacias. É notório, porém, que isso não ocorre na prática. Havendo esse risco à integridade, mesmo que detentora do direito de relacionar-se com a pessoa presa (genitor ou alguém com quem mantenha forte laço afetivo), não se pode permitir à criança a visita⁵⁶⁹, pois sua proteção constitui a principal preocupação do juiz.

MARIA CLARA SOTTOMAYOR critica acórdão da Relação do Porto de 26 de março de 1998, no qual, mesmo diante de “forte tensão emocional” pela qual passava o menor, decidiu-se que as visitas ocorreriam “no estabelecimento prisional onde se encontrava o pai do menor em prisão preventiva por factos relacionados com a morte do sogro e acompanhadas por um técnico de psicologia ou assistente social”⁵⁷⁰.

Segundo a autora, nas decisões acerca da regulação do poder familiar (“poder paternal”), o principal critério é a proteção do interesse do menor de perturbação emocional e não a imagem social do pai, que no julgado foi considerado trabalhador e bom pai. Conclui que a referida decisão, “obrigando um menor, que tem sentimentos de repulsa por um dos pais, a conviver com o mesmo, considera o menor como um objecto que se transfere coercivamente das mãos de um dos pais para as de outro”⁵⁷¹.

Em tais situações, o direito de visita do qual é titular a criança acaba sendo exercido em decorrência do direito de visita de quem é titular o genitor preso, tema de competência penal. Porém, o apenado pode promover ação de regulamentação de visitas, caso quem exerça a guarda dos filhos menores se negue a levá-los para o contato com o genitor preso.

Ao julgar apelação contra sentença que proibiu a visita em ação de regulamentação de visitas proposta pelo pai, que cumpria pena em regime semi-aberto, o

⁵⁶⁹ Segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “Há de se resguardar a criança e o adolescente de ambiente tão degradante, ainda mais diante das circunstâncias locais: presídio com superlotação carcerária. (...) Negaram provimento ao agravo interposto por (...), mantendo-se a decisão que indeferiu o direito à visita” (TJRS – Agravo nº 70011208402 – 1ª Câmara Criminal – Relatora ELAINE MARIA CANTO DA FONSECA – julgado em 25-5-2005, DJ 13-7-2005).

⁵⁷⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 78-79.

⁵⁷¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 79.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁷² entendeu ser o ambiente prisional prejudicial à filha, embora fosse benéfica a esta a convivência com o pai. Diante das circunstâncias do delito de que o pai era acusado no caso concreto – atentado violento ao pudor praticado contra enteada – , a solução dada pelo Tribunal, na busca do melhor interesse da menor, após estudo social para afastar distúrbios de ordem psicológica do pai, foi autorizar as visitas, acompanhadas por pessoa de confiança da mãe, em dias nos quais o genitor estava fora do presídio, pois a manutenção do vínculo afetivo contribuiria para o desenvolvimento emocional da adolescente, satisfazendo o seu interesse.

No caso de o genitor cumprir pena em regime fechado, o direito-dever que lhe atribui o artigo 1.589 do Código Civil não pode ser por ele diretamente exercido, por óbvio, pela própria condição de estar preso em estabelecimento penitenciário. A pessoa presa tem, por outro lado, o direito à visitação regido pela Lei de Execuções Penais, que não se confunde com o direito de visita da criança.

O direito de visitas do filho menor, titular do direito à convivência familiar, sendo condicionado à realização do melhor interesse da criança, torna necessária a análise do caso concreto: mesmo diante do interesse em manter contato com o pai, não se deve submetê-la a risco à sua integridade física ou psíquica. A situação é diferente daquela relativa à síndrome de alienação parental e, se a criança manifestar-se contrária à visita no estabelecimento prisional, cujo ambiente é notoriamente degradante, não pode ser obrigada às visitas, sob pena de atentado contra sua saúde psíquica e violação do artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵⁷²TJRS – Apelação Cível nº 70010524676 – 7ª Câmara Cível – j. 16-3-2005. Constatou do relatório e do voto do Relator, Desembargador SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES: “(...) O fato do pai estar na prisão e a própria causa certamente não são ignorados pela filha, mas o ambiente é desaconselhável. De outro lado, é preciso considerar que a manutenção do vínculo afetivo entre pai e filha é também importante para o desenvolvimento saudável desta e os laudos elaborados não desconsideram essa necessidade, nem trazem qualquer contra-indicação, motivo pelo qual não encontro também óbice algum para a regulamentação das visitas, ainda que o quadro desenhado nos autos, sobretudo tendo em mira a condenação criminal e a natureza do fato delituoso praticados pelo recorrente, reclamem alguma cautela. Diante disso, estou reformando a sentença para deferir a visitação do pai à filha, devendo a visitação ser acompanhada de pessoa de total confiança da genitora, preferencialmente a avó materna ou a tia, no primeiro e no terceiro sábados de cada mês, entre 13 horas e 18 horas, podendo ser na casa da genitora ou da avó materna, sendo facultado ao pai sair com a infante para passearem, mas sempre com o acompanhamento referido. Penso que esta modalidade de visitação é capaz de atender satisfatoriamente os interesses da adolescente, propiciando a aproximação e a convivência dela com o genitor, mas com absoluta segurança.”

6. NOTAS SOBRE O DIREITO ESTRANGEIRO

6.1. Itália

Na Itália, o artigo 6 da lei do divórcio⁵⁷³ acrescentou ao disposto no artigo 155 do Código Civil a possibilidade de atribuição da guarda conjunta, mas a regra geral do Código Civil, até a edição da Lei 54/2006 (*Legge 8 febbraio 2006, n. 54*), era a guarda exclusiva⁵⁷⁴.

Com essa lei, introduziram-se no Código Civil novos princípios em matéria de guarda de filhos, derrubando a opção normativa e jurisprudencial anterior, favorável à guarda exclusiva dos filhos ao genitor considerado mais idôneo,⁵⁷⁵ para dar lugar à guarda compartilhada como escolha preferencial do juiz.

IRENE MASINI considera que, com as inovações introduzidas pela Lei 54/2006, a tutela dos direitos do menor é realizada pela introdução e por uma releitura de diversos instrumentos que visam uma efetiva continuidade das relações entre filho e pais, dentre os quais, o direito de visita. A autora se refere à decisão em que a Corte de Cassação menciona o princípio da bigenitorialidade (*bigenitorialità*), que privilegia o interesse existencial da criança e prescinde tanto da relação patrimonial entre os ex-cônjuges quanto dos aspectos econômicos da vida do menor, disciplinados em outro parágrafo do artigo 155⁵⁷⁶.

O artigo 155 reconheceu ao filho menor não apenas o direito a um relacionamento equilibrado e continuativo com cada um dos genitores, recebendo

⁵⁷³ A lei italiana sobre o divórcio (*Legge 1 dicembre 1970, n. 898 – Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) dispõe, no item 2 de seu artigo 6, substituído pelo artigo 11 da *Legge 6 marzo 1987, n. 74*: “2. O Tribunal que decreta a dissolução ou a cessação dos efeitos civis do matrimônio declara a qual genitor os filhos são confiados e adota qualquer outra medida relativa à prole, com exclusiva referência ao interesse moral e material desta. Onde o Tribunal o considere útil ao interesse dos menores, também quanto à idade dos mesmos pode determinar a guarda conjunta ou alternada” (tradução livre).

⁵⁷⁴ Dispunha o artigo 155 do Código Civil italiano: “Art. 155 – Medidas relativas aos filhos – O juiz que decreta a separação declara a qual dos cônjuges os filhos são confiados e adota qualquer outra medida relativa à prole, com exclusiva referência ao interesse moral e material esta. Em particular o juiz estabelece a medida e o modo com o qual o outro cônjuge deve contribuir à manutenção, à instrução e à educação dos filhos, assim como as modalidades de exercício dos seus direitos nas relações com esses” (tradução livre).

⁵⁷⁵ MASINI, Irene. Dagli orientamenti giurisprudenziali in tema di affidamento congiunto alla nuova disciplina dell'affidamento condiviso, cit., p. 137-138.

⁵⁷⁶ MASINI, Irene. Dagli orientamenti giurisprudenziali in tema di affidamento congiunto alla nuova disciplina dell'affidamento condiviso, cit., p. 139.

cuidados, educação e instrução de ambos, mas também previu o direito de visita relativo aos avós e a outros parentes⁵⁷⁷ – já admitido pela jurisprudência⁵⁷⁸ –, o que demonstra estar a legislação italiana, em tal aspecto, mais adiantada que a brasileira.

A guarda exclusiva torna-se exceção no ordenamento italiano, passando a ser aceita apenas no caso de o exercício da guarda por um dos pais ser contrário ao interesse da criança⁵⁷⁹.

Os filhos maiores de doze anos devem ser ouvidos quanto à atribuição de sua guarda e, caso o juiz entenda necessário, pode levar as partes, se estas consentirem, a socorrer-se de peritos, por meio da mediação familiar, a fim de que cheguem a um acordo, sobretudo, quanto ao interesse dos filhos⁵⁸⁰.

Mesmo no caso de guarda exclusiva, o poder familiar (*potestà genitoriale*) é exercido por ambos os pais, que devem decidir conjuntamente as questões de maior interesse para o filho⁵⁸¹.

Ainda que defina o exercício conjunto do poder familiar, a lei faculta ao juiz a atribuição das decisões mais corriqueiras, a serem tomadas no dia-a-dia dos filhos, a apenas um dos genitores, o que pode contribuir para se diminuir as questões levadas ao Judiciário.

Em relação ao direito de visita, houve uma profunda mudança.

⁵⁷⁷O Código Civil italiano, com as alterações promovidas pela Lei 54/2006, passou a dispor o seguinte: “Art. 155. (Medidas em relação aos filhos). Mesmo no caso de separação pessoal dos pais, o filho menor tem o direito de manter um relacionamento equilibrado e continuativo com cada um deles, de receber cuidados, educação e instrução de ambos e de conservar relações significativas com os ascendentes e com os parentes de cada ramo parental. (...)” (tradução livre).

⁵⁷⁸LINA BREGANTE refere-se a uma decisão do Tribunal de Nápoles, segundo a qual “não está em conformidade com o adequado desenvolvimento do menor o pacto efetuado entre os cônjuges em sede de separação que negue o direito de visita aos avós do referido menor” (tradução livre) (Trib. Napoli 18.6.90, GM, 1991, 15)” (BREGANTE, Lina. *Doveri e diritti dei genitori*, cit., p. 228).

⁵⁷⁹Dispõe o Código Civil italiano: “Art. 155-bis. – (Guarda a um só genitor e oposição à guarda compartilhada). O juiz pode dispor a guarda dos filhos a um só dos genitores se, por decisão motivada, entender que a guarda ao outro seja contrária ao interesse do menor. (...)” (tradução livre).

⁵⁸⁰IRENE MASINI refere-se a uma relevância progressiva que a mediação familiar assumiu no ordenamento italiano, ressaltando a existência de uma ligação entre mediação familiar e guarda compartilhada. Isso porque um dos objetivos fundamentais da mediação é o de promover a continuidade do vínculo parental depois da separação, garantindo aos filhos um relacionamento significativo com ambos os pais, o que se realizaria por meio da guarda compartilhada (MASINI, Irene. *Dagli orientamenti giurisprudenziali in tema di affidamento congiunto alla nuova disciplina dell'affidamento condiviso*, cit., p. 179).

⁵⁸¹O terceiro parágrafo do artigo 155 dispõe: “O poder familiar (“potestà genitoriale”) é exercido por ambos os genitores. As decisões de maior interesse para os filhos relativas à instrução, à educação e à saúde são tomadas de comum acordo, tendo em conta as capacidades, a inclinação natural e as aspirações dos filhos. Em caso de desacordo, a decisão é remetida ao juiz. Limitadamente às decisões sobre questões de administração ordinária, o juiz pode estabelecer que os pais exerçam o poder separadamente” (tradução livre).

Antes da reforma, o genitor não-guardião tinha seu relacionamento com o filho regulado pela chamada *facoltà di visita*. Como a regra passou a ser a guarda compartilhada, o juiz determina em relação aos dois genitores o tempo de que disporão junto à criança – o que corresponde ao exercício da visita entendida como direito a manter relações pessoais efetivas com o filho –, razão pela qual, para BRUNO DE FILIPPIS, a terminologia deverá ser abandonada⁵⁸².

Na hipótese de guarda exclusiva, o juiz pode ouvir a criança para decidir sobre a visita e até mesmo suprimir tal direito do genitor não-guardião caso haja recusa do filho⁵⁸³, em respeito à Convenção dos Direitos da Criança de 1989, da qual a Itália também é signatária.

6.2. França

No Direito francês, a proteção da criança por meio da guarda e da visita foi objeto de diversas alterações legislativas.

Houve a substituição da expressão *puissance paternelle* (poder paternal) pelo termo *autorité parentale* (autoridade parental), por meio da Lei nº 459, de 4 de junho de 1970 e, através da Lei nº 570 de 22 de julho de 1987, abandonou-se o termo *garde* (guarda)⁵⁸⁴, substituído por *exercice de l'autorité parentale* (exercício da autoridade parental), com a introdução da entre nós denominada guarda compartilhada.

Com a Lei nº 93-22, de 8 de janeiro de 1993, o exercício comum da autoridade parental se tornou o modelo de referência⁵⁸⁵.

A evolução legislativa culminou com a Lei nº 305, de 4 de março de 2002, que suprimiu do Código Civil a seção relativa às consequências do divórcio para os filhos todas

⁵⁸²DE FILIPPIS, Bruno. *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 88.

⁵⁸³Sobre a supressão do direito de visita e a limitação, sempre por motivos graves: SESTA, Michele. *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 166-167.

⁵⁸⁴Em sua versão dada pela Lei nº 617, de 11 de julho de 1975, antes da modificação de 1987, o Código Civil francês referia-se ao termo *garde* e dispunha: “Artigo 287 Segundo o interesse dos menores, sua guarda é confiada a um ou a outro cônjuge. A título excepcional, e se o interesse das crianças o exigir, esta guarda pode ser confiada seja a uma outra pessoa escolhida preferencialmente pelos pais, seja, se isso for impossível, a um estabelecimento de educação” (tradução livre).

⁵⁸⁵TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil: les personnes la famille les incapacités*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 965.

as disposições sobre a matéria, as quais passaram a constar do capítulo próprio, relativo à autoridade parental.

Atualmente, reconhece-se por regra a guarda compartilhada após o divórcio, considerada como o exercício conjunto do poder familiar⁵⁸⁶. O juiz pode, entretanto, atribuir guarda exclusiva, com o exercício unilateral do poder familiar, se interesse da criança assim determinar.

A guarda foi absorvida pelo poder familiar, que engloba as funções de proteção e educação da criança, mas conserva sua característica de permitir aos pais, de modo particular, o direito e o dever de fixar o domicílio do menor⁵⁸⁷. Portanto, no Direito francês, o exercício da autoridade parental equivale, além do exercício conjunto do poder familiar, também o específico exercício da guarda.

ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA elogia não apenas a extinção do termo guarda pelos franceses, mas também a utilização da expressão “responsabilidade parental conjunta”, caracterizada pelo respeito à igualdade entre homem e mulher, com a retirada da discriminação de guardião e visitante, considerada lamentável pela autora⁵⁸⁸.

Excepcionalmente, a guarda pode ser confiada a um terceiro, de preferência parente da criança, hipótese em que “a autoridade parental continua a ser exercida pelo pai e pela mãe. Mas o terceiro realiza todos os atos usuais relativos à vigilância e à educação da criança (art. 373-4, 1)”⁵⁸⁹ (tradução livre).

De modo diverso ao que se verifica em nosso Código, o direito de visita relativo aos ascendentes é previsto no artigo 371-4⁵⁹⁰ do Código Civil francês, que o disciplina de modo explícito como direito da criança, obstaculizado apenas se houver motivos graves⁵⁹¹. O direito de visita de terceiros, parentes ou não, também é autorizado

⁵⁸⁶O poder familiar, chamado no Direito francês de *autorité parentale*, tem a seguinte definição, segundo François Terré e Dominique Fenouillet: “(...) é um poder atribuído aos pais não para seu interesse egoístico, mas para o interesse de seus filhos” (tradução livre). Embora os autores destaquem a característica de poder do instituto, o artigo 371-1 do Código Civil Francês o considera “um conjunto de direitos e deveres que têm por finalidade o interesse da criança” (TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil: les personnes la famille les incapacités*, cit., p. 961).

⁵⁸⁷TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil: les personnes la famille les incapacités*, cit., p. 974.

⁵⁸⁸BARBOSA, Águida Arruda. Responsabilidade compartilhada, cit., p. 7.

⁵⁸⁹COURBE, Patrick. *Droit civil: les personnes la famille les incapacités*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 158.

⁵⁹⁰O Código Civil francês dispõe: “Artigo 371-4 – A criança tem o direito de manter relações pessoais com seus ascendentes. Somente motivos graves podem obstaculizar este direito. Se de interesse da criança, o juiz de família fixa as modalidades de relações entre a criança e um terceiro, parente ou não” (tradução livre).

⁵⁹¹Sobre o tema: ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*, cit., p. 69.

pelo mesmo dispositivo, cabendo ao juiz de família fixá-lo, se do interesse da criança, o que denota o avanço da legislação ora investigada em relação à brasileira.

6.3 Alemanha

No Direito alemão, o poder familiar é chamado *elterliche Sorge*, ou seja, cuidado parental, sendo definido como o dever e o direito de proteger o filho, o que inclui o cuidado de sua pessoa e de seus bens.

No que tange aos pais, para WILFRIED SCHLÜTER⁵⁹², o poder familiar tem natureza jurídica de direito subjetivo, nele estando contidos o cuidado e a educação do filho, o que é constitucionalmente protegido⁵⁹³.

As normas sobre o poder familiar protegem também interesse próprio dos pais de cuidar de seus filhos, educá-los e neles impingir suas idéias, o que é reconhecido pela essência do artigo 6º da Constituição e também pelo § 1626 do Código Civil (BGB)⁵⁹⁴.

Note-se, todavia, que o dever correspondente ao direito dos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos não é apenas um dos limites à atuação parental, mas seu componente determinante⁵⁹⁵.

A guarda dos filhos em caso de separação dos pais não é tema obrigatório do processo judicial: se não há conflito quanto à guarda, o tema é simplesmente omitido do processo⁵⁹⁶.

Antes da reforma ocorrida em 1998, a regra era a Corte de Família (*Familiengericht*) decidir de ofício a quem atribuir o poder familiar. Após a referida reforma, o divórcio não altera o poder familiar dos pais, que, mesmo com o desfazimento da união, continua a pertencer a ambos como regra⁵⁹⁷.

⁵⁹²SCHLÜTER, Wilfried. *BGB – Familienrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2005. p. 239-240.

⁵⁹³Dispõe a Constituição Alemã, em seu artigo 6º, item 2: “O cuidado e a educação dos filhos são direito natural dos pais e o dever primordial que lhes incumbe. A comunidade estatal fiscaliza o seu exercício” (tradução livre).

⁵⁹⁴Dispõe a primeira parte do § 1626 do Código Civil alemão: “Os pais tem o dever e o direito de cuidar de seu filho menor” (tradução livre).

⁵⁹⁵SCHLÜTER, Wilfried. *BGB – Familienrecht*, cit., p. 239-240.

⁵⁹⁶SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*, cit., p. 326.

⁵⁹⁷CAPONI, Remo. Il processo per le cause in materia di famiglia in Germania. In: MARIANI, Isabella; PASSAGNOLI, Giovanni. *Diritti e tutele nella crisi familiare*. Padova: CEDAM, 2007. p. 354.

Conforme se mencionou no em 4.6, o BGB prevê, no § 1687b⁵⁹⁸, o exercício da guarda pelo padrasto ou pela madrasta. O Direito alemão o considera uma forma de guarda em menor grau, relativa às decisões necessárias ao cotidiano da criança.

Tal exercício é possível nos casos de o padrasto ou a madrasta ser cônjuge ou companheiro do genitor que é o guardião legal, diante da previsão semelhante à do dispositivo supracitado do BGB constante do § 9 da lei aplicável aos companheiros (*Lebenspartnerschaftsgesetz*).

Também nos termos anteriormente mencionados, ao padrasto ou à madrasta é conferido o direito de adotar decisões ligadas ao dia-a-dia da criança em conjunto com o genitor que detém a guarda e não de maneira isolada. Somente diante de urgências pode exercer por si próprio os atos essenciais ao interesse da criança, devendo, contudo, comunicar imediatamente os pais. O tribunal de família pode, ainda, diminuir ou excluir esse direito de decisões conjuntas do padrasto⁵⁹⁹.

O direito de visita, por sua vez, é considerado direito de convivência. O § 1684, 1, do BGB garante expressamente ao filho o direito de conviver com ambos os pais, tendo estes, de forma recíproca, o direito e a obrigação de relacionar-se com seu filho. Para DIETER SCHWAB, por ser esse direito de convivência concebido como um direito autônomo da criança, sua vontade deve ser considerada no acordo sobre o modo e a frequência das visitas⁶⁰⁰.

6.4. Portugal

De acordo com o Código Civil português⁶⁰¹, ocorrendo divórcio, separação judicial, declaração de nulidade e anulação de casamento, o interesse da criança determina

⁵⁹⁸ Dispõe a primeira parte do § 1687b do Código Civil alemão: “O cônjuge do genitor que é o guardião legal da criança, não sendo o primeiro (o cônjuge) pai ou mãe do menor, tem o direito de decidir em conjunto com o guardião sobre os assuntos da vida diária da criança” (tradução livre).

⁵⁹⁹ SCHLÜTER, Wilfried. *BGB – Familienrecht*, cit., p. 246.

⁶⁰⁰ SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*, cit., p. 326.

⁶⁰¹ Dispõe o Código Civil português: “Artigo 1905º 1. Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor, incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade. 2. Na falta de acordo, o Tribunal de harmonia com o interesse do menor, incluindo em manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado, podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º, a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência.”

a escolha de quem terá sua guarda – e, conseqüentemente, o exercício do poder familiar (denominado “poder paternal”). Havendo acordo quanto à guarda, este se sujeitará à homologação judicial, que observará se foi resguardado o interesse do menor, incluindo o de manter com o progenitor não-guardião relação de grande proximidade.

Em Portugal, somente com a reforma ocorrida em 1995 foi permitida a manutenção da titularidade do “poder paternal” a ambos os pais após o divórcio, e, por uma lei de 1999, alterou-se o Código Civil para admitir-se o exercício conjunto daquele poder apenas se houver acordo⁶⁰² entre eles, não havendo que se falar em preferência pela guarda conjunta⁶⁰³.

Quanto à visita, nunca houve uma referência expressa no Direito português⁶⁰⁴ como um direito do pai não-guardião. Embora o Código Civil determinasse, no artigo 1.905º, nº 3, o estabelecimento de um “regime de visitas” para o progenitor a quem não se houvesse confiado a guarda, nas hipóteses de ausência de acordo a respeito, tal disposição foi revogada pela Lei 84/95, que a substituiu pela previsão acerca do interesse da criança “em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade”, conforme o art. 1.905º, nº 1.

Com a reforma ocorrida em 1995, o Código Civil passou a prevê-lo em relação aos avós e irmãos na valorização da convivência familiar, por meio da redação conferida ao artigo 1887º-A, segundo o qual “Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”.

Tal previsão espelha a observância, pelo legislador português, da proteção à criança efetivada por meio da convivência familiar, no mesmo passo da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990.

⁶⁰²A Lei 59, de 30 de junho de 1999, alterou o artigo 1906º do Código Civil Português para dar-lhe a seguinte redação: “Artigo 1906º 1 – Desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio. 2 – Na ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado. 3 – No caso previsto no número anterior, os pais podem acordar que determinados assuntos sejam resolvidos entre ambos ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem o menor não tenha sido confiado. 4 – Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.”

⁶⁰³A respeito: SOTTOMAYOR, Maria Clara. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio, cit., p. 52-61.

⁶⁰⁴A respeito: SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*, cit., p. 77.

7. CONCLUSÕES

A idéia de autoridade dentro da família cedeu lugar à concepção do ambiente familiar como local de realização dos indivíduos que a compõem, pautado pela solidariedade e pelo afeto.

Diante das mudanças sociais, a família hierárquica transformou-se em democrática, trazendo em si os reflexos dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana – traduzido no respeito à individualidade e à pessoa de cada um dos membros familiares –, à igualdade entre homem e mulher e entre os filhos, bem como à prioridade absoluta dispensada à criança.

O privilégio do interesse do menor, quando confrontado com o interesse individual dos pais, relaciona-se à socialidade que inspirou o Código Civil de 2002: é à sociedade que interessa a proteção à criança – a qual, como referido, tem a “absoluta prioridade” no exercício dos direitos fundamentais, conferida expressamente pela Constituição Federal (artigo 227, *caput*).

Os ditames constitucionais referidos influenciaram o Direito de Família, que deve ter uma releitura dos seus institutos, em especial, da guarda e do direito de visita, para que estes, na sua função tutelar, voltem-se à proteção especial atribuída à criança pela Constituição.

Os mencionados institutos devem ser compreendidos como destinados à proteção da criança e à realização de seu melhor interesse quando há uma ruptura na família – que ocorre geralmente com a separação, o divórcio, a anulação do casamento ou a dissolução da união estável – e o afastamento da convivência com pessoas com as quais o menor tem necessidade de se relacionar e de obter contribuição para o desenvolvimento sadio de sua personalidade.

Observe-se que a parentalidade e os deveres a ela atinentes não estão necessariamente ligados à conjugalidade. Tanto é assim que o vínculo paterno-filial sobrevive ao desfazimento da união dos pais, ensejando a atribuição aos genitores de direitos e deveres relativos ao filho ainda que não habitem a mesma casa familiar.

Essa circunstância torna-se clara diante da especial característica do poder familiar no Direito brasileiro, reconhecida no artigo 1632 do Código Civil de 2002 – e já

presente no Código Civil de 1916 quanto ao pátrio poder (artigo 381) – , de manter-se na titularidade de ambos os pais, mesmo com o desfazimento da união conjugal e a atribuição da guarda do filho menor a apenas um deles.

A autonomia e a liberdade reconhecida aos indivíduos no plano conjugal da família devem se amoldar, portanto, à maior tutela proporcionada aos filhos menores.

O poder familiar, fundado na necessidade natural que a criança tem de proteção, situação de dependência reconhecida pela Constituição Federal no artigo 229, é hoje visto como o conjunto de direitos e deveres conferidos aos pais com o intuito de possibilitar o amparo, a criação e a educação dos filhos. Os direitos nele contidos voltam-se ao crescimento físico e espiritual da criança, cujo melhor interesse deve se realizar por seu intermédio, seja por meio do cuidado a ser fornecido ao menor, seja por meio da condução da educação para que a criança possa, com o tempo, adquirir autonomia.

Os institutos da guarda e da visita, embora possam estar contidos no poder familiar, devido à postura ativa que este impõe aos pais no exercício dos deveres explicitados no artigo 1.634, em especial nos incisos I e II, com ele não se confundem, mas manifestam contornos próprios. Tais contornos ganham visão apenas quando há disputas e discordâncias a respeito, principalmente na hipótese mencionada de desfazimento da união conjugal.

Com a finalidade de proteção, ambos os institutos desvestem-se da anterior condição de prerrogativas dos pais ou mesmo de terceiros para adquirirem, como ocorreu com o próprio poder familiar, a natureza jurídica de direito-dever: o exercício dos direitos outorgados aos pais ou a terceiros pelos institutos são vinculados à realização do melhor interesse da criança.

No caso da guarda, a titularidade é reconhecida em regra aos pais para o exercício dos cuidados diários com o filho, a fim de suprir suas necessidades biológicas e sociais, implicando presença física e os deveres para sua criação e educação. A doutrina tradicional atrela à guarda, em particular, o dever de vigilância, cuja interpretação deve ser direcionada à idéia de vigiar para garantir a segurança do menor e para evitar que este cause danos a outrem.

O Código Civil de 2002, ao trazer como regra o compartilhamento da guarda e, na atribuição unilateral, impor como principal critério as “melhores condições” do genitor, deslocou o principal critério de atribuição da guarda do interesse dos pais para atender ao

interesse do filho menor, indo ao encontro da Constituição, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre os Direitos da Criança. Da mesma forma, o reconhecimento da afetividade como principal critério para conceder a guarda a terceiro ratificou a presença do afeto na base das relações familiares e corroborou para efetivar-se a proteção da criança cujo direito a crescer em “ambiente de felicidade, amor e compreensão” é previsto no preâmbulo da Convenção referida.

A positivação da guarda compartilhada, por sua vez, deve incrementar a diligência do genitor não-residente quanto à criação dos filhos, mas o Direito brasileiro, antes mesmo da expressa previsão do instituto, já trazia o dever dos pais pelo cuidado e educação dos filhos por meio da manutenção do exercício do poder familiar após o desfazimento da união conjugal.

A guarda constitui, ainda, instituto apto a promover a proteção da criança separada dos pais por meio de sua roupagem atribuída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Enquanto o Código Civil contém a guarda de crianças no desfazimento da união conjugal, o Estatuto disciplina a guarda a ser atribuída em decorrência de violação dos direitos fundamentais do menor, isto é, quando a proteção da família se revela insuficiente ou em face de outras ocorrências que acarretem seu desamparo, fazendo-se preciso inseri-lo em família substituta, ou, ainda, em situações especialíssimas – e alheias às hipóteses de tutela e adoção –, para regularizar a posse excepcional e provisória do menor.

O direito de visita, por sua vez, configura instituto cuja evolução se dá por meio da doutrina e da jurisprudência, em face da parca abordagem legislativa direta que recebe – sendo informado, contudo, pelas normas gerais de proteção à criança e pela particular previsão constitucional sobre o direito à convivência familiar. Apesar de o termo “direito de visita” não trazer a dimensão de seu papel na proteção da criança, garantindo a manutenção de relações pessoais por meio da aludida convivência, a denominação está consolidada pelo uso e pela própria legislação, referindo-se o artigo 1.589 do Código Civil ao verbo “visitar”.

De prerrogativa dos ascendentes, a sua orientação à proteção da criança hoje lhe confere dúplice titularidade, ou seja, do visitante e do visitado. Apresenta, quanto aos pais, natureza jurídica de direito-dever atrelado à paternidade responsável e ao dever de assistência, e, quanto aos filhos menores, revela a natureza de direito relacionado à

convivência familiar e à sua criação, com a finalidade de reforçar os laços afetivos que lhe sejam significativos.

O fundamento do direito de visita não se restringe ao parentesco, estando principalmente embasado na necessidade de troca de afeto que tem a criança nas diversas fases de sua vida, traduzida no direito à convivência familiar, assegurado pelo artigo 227, *caput*, da Constituição Federal.

A despeito de sua dúplice titularidade, ou seja, do visitante e do visitado, é o interesse da criança em exercer o direito de manter relações pessoais com pessoas a ela vinculadas por afeto que rege a visita e fixa os seus limites, determinando a manutenção – ou não – de relações pessoais com os pais, avós ou terceiros.

Tanto a guarda quanto a visita, para serem compreendidas no contexto da família democrática, que é o paradigma vigente, e promover a proteção prioritária da criança, devem se adequar à influência do afeto como condição para o crescimento sadio em família.

Assim, os artigos 1.583, 1.584 e 1.589 do Código Civil devem ser entendidos em conjunto com os princípios presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança, e, primordialmente, com a Constituição Federal, a qual, além de impor à família o dever de assegurar à criança de modo prioritário seus direitos fundamentais (*caput* do artigo 227), incumbe os pais do dever de assistir o filho menor (artigo 229), e traz como princípio a paternidade responsável (artigo 226, parágrafo 7º). Também devem atuar na interpretação daqueles dispositivos do Código Civil a doutrina e a jurisprudência, a fim de que neles se compreenda que o melhor interesse da criança é o principal critério a ser adotado na regência das relações do menor com a família, inclusive a socioafetiva, seja no momento da atribuição da guarda, seja na manutenção de vínculos pessoais e afetivos por meio do direito de visita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBALADEJO, Manuel. *Manual de derecho de familia y sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1974.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 161-179.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALVES, Rubem. ...O melhor de tudo são as crianças... Disponível em: <<http://www.aliancapelainfancia.org.br/biblioteca/textos/detalhe.asp?nt=26>> Acesso em: 11 jul. 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AOKI, Luiz Paulo Santos. Arts. 28 a 32. In: CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 9. ed. atual. por Maria Júlia Kaial Cury. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 129-152.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. *Boletim AASP*, São Paulo, n. 2377, 26 jul. a 1º ago. 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaza. Abandono moral [Entrevista]. *Jornal do Advogado*, São Paulo, n. 289, dez. 2004.

_____. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 98, p. 39-58, jul. 2008.

BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 36-50, abr./jun. 2000.

BARBOSA, Águida Arruda. *Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

BARBOSA, Águida Arruda. O direito de família e a mediação familiar. In: NAZARETH, Eliana Riberti (Coord.). *Direito de família e ciências humanas*. 1. ed. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1997. p. 23-32. (Caderno de estudos n. 1).

_____. Responsabilidade compartilhada. *Boletim IBDFAM*, ano 8, n. 50, p. 7, maio/jun. 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano 4, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.

_____. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 881-889.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

BELLUSCIO, Claudio A. *El derecho de niños y adolescentes a ser oídos en los procesos judiciales y en los ámbitos administrativos*. Disponível em: <http://www.cpacf.org.ar/verde/vAA_Doctr/archDoctri/Belluscio.htm> Acesso em 7 jul. 2008.

BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*. Milano: Giuffrè, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: LEUD, 1981.

BOERI, María Justina; FREDES, Paula Verónica; SCOCCIA, Ana Carolina. El abuso de poder en el ejercicio de la patria potestad. In: CÚNEO, Darío Luis; HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*. 1. ed. Rosario: Juris, 2007.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coords.). *Código civil: do direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BREGANTE, Lina. *Doveri e diritti dei genitori*. Padova: CEDAM, 2005.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Direito de visita: descumprimento de visitação e a questão penal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 18-29, jan./mar. 2001.

_____. Impasses na condição da guarda e da visitação: o palco da discórdia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 433-447.

_____; AYRES, Lygia Santa Maria. Destituição do poder familiar e dúvidas sobre a filiação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 26, p. 129-43, out./nov. 2004.

BRUNO, Denise Duarte. Direito de visita: direito de convivência. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BRYNER JR, Charles L. Children of divorce. *The Journal of the American Board of Family Practice*, v. 14, n. 3, p. 201-210, maio/jun. 2001.

CAHALI, Yussef Said. Arts. 33 e 34. CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 9. ed. atual. por Maria Júlia Kaial Cury. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 153-158.

_____. A importância do instituto de guarda. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 9-18, nov./dez. 1991.

_____. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Separação e divórcio*. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. rev. actual. Coimbra: Almedina, 2005.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 737-755.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 5-25, fev./mar. 2005.

CANO, Maria Aparecida Tedeschi. *A percepção dos pais sobre sua relação com os filhos adolescentes: reflexos da ausência de perspectivas e as solicitações de ajuda*. 1997. Tese (Livre Docência) - Departamento de Enfermagem Materno-Infantil e Saúde Pública da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo 1997.

CAPONI, Remo. Il processo per le cause in materia di famiglia in Germania. In: MARIANI, Isabella; PASSAGNOLI, Giovanni. *Diritti e tutele nella crisi familiare*. Padova: CEDAM, 2007. p. 335-364.

CÉZAR, José Antônio Daltoé. *Projeto depoimento sem dano: direito ao desenvolvimento sexual saudável*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/docs/noticias/2008/projeto_DSD.pdf> Acesso em: 10 nov. 2008.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. v. 5, t. 2.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte especial: do direito de família: arts. 1.591 a 1.710*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

_____. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Questões controvertidas no novo Código Civil: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 43-81.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Guarda compartilhada não é solução salomônica*. 5.6.2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=422>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

_____. *O que esperar do direito de família no código civil: breves considerações a partir do artigo 1.636*. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/21274>>. Acesso em: 6 set. 2008.

CORDER, Paolo. Accordi tra i coniugi coevi o successivi alla separazione consensuale. MARIANI, Isabella; PASSAGNOLI, Giovanni. *Diritti e tutele nella crisi familiare*. Padova: CEDAM, 2007. p. 489-549.

CORREIO BRAZILIENSE. *Maioria das crianças e adolescentes já marcou encontro com estranho que conheceu pelo computador*. Ullisses Campbell. Publicação, 10 out. 2008. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/html/sessao_18/2008/10/10/noticia_interna,id_sessao=18&id_noticia=39492/noticia_interna.shtml>. Acesso em: 18 nov. 2008.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Jean Melville. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

COURBE, Patrick. *Droit civil: les personnes la famille les incapacites*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2005.

CÚNEO, Darío Luis. Regímenes de tenencia de hijos y derecho a una adecuada comunicación. In: CÚNEO, Darío Luis; HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*. 1. ed. Rosario: Juris, 2007. p. 3-27.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Art. 1º. In: CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 9. ed. atual. por Maria Júlia Kail Cury. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 17-19.

DE FILIPPIS, Bruno. *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2007.

DE MATTIA, Fabio Maria. Avô (direito de visita e limites à autoridade paterna). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 9.

_____. Visita (direito de). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 77.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 689-739.

DIAS, Maria Berenice. *As famílias e seus direitos*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=30&isPopUp=true> Acesso em: 30 set. 2008.

_____. Falsas memórias. *Boletim IBDFAM*, n. 23, 26 ago. 2006.

DÍAZ ALABART, Silvia. El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 345-371, mayo/jun. 2003.

DINIZ, Laura. A vida atrás das grades: o dia-a-dia do casal Alexandre Nardoni e Anna Carolinha Jatobá, há 200 dias na prisão, acusado da morte da menina Isabella. *Revista Veja*, São Paulo, ed. 2088, p. 92-98, 26 nov. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

_____. Direito à convivência familiar. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 799-815.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESPINOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 7-35, abr./maio 2003.

_____. Elementos críticos do direito de família. In: LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Síndrome da alienação parental. *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, v. 3, n. 19, p. 604-608, 1ª quin. out. 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Cíveis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

GARDNER, Richard A. Parental alienation syndrome vs. parental alienation: which diagnosis should evaluators use in child-custody disputes? Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2007.

_____. *Recent trends in divorce and custody litigation*. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2007.

GELLI, Rebecca. Affidamento della prole, assegnazione della casa familiare e convivenza *more uxorio* del genitore affidatario. *Famiglia e Diritto*, Milano, n. 2, p. 119-128, 2005.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1930. v. 2.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito à família [Entrevista]. *Boletim IBDFAM*, n. 51, ano 8, p. 3-5, jul./ago. 2008.

_____. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 645-663.

_____. O valor da palavra e o valor da escuta. *Boletim IBDFAM*, ano 6, n. 36, p. 5, jan./fev. 2006.

GROSMAN, Cecilia P. Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el MERCOSUR y países asociados. In: GROSMAN, Cecilia P. (Dir.); HERRERA, Marisa (Coord.). *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 85-122.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Do patriarcalismo à democracia. *Revista EPD - Escola Paulista de Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 231-255, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material*. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=952&pagina=artigo_busca_form.php>. Acesso em: 10 jan. 2007.

_____. *Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>> Acesso em: 30 nov. 2008.

_____. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Revista EPD*, São Paulo, v. 1, p. 203-216, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afeto: um devaneio acerca da ética no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2005. p. 425-423.

IBGE. Estatísticas do registro civil, v. 33, 2006. Análise dos resultados. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2006/comentarios.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2008.

_____. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2007/indic_sociais2007.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008.

_____. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2008. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2008/indic_sociais2008.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e à insuficiência dos direitos humanos. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 99, p. 7-14, set. 2008.

KELLY, Joan B. *The determination of child custody*. Disponível em: <http://www.futureofchildren.org/information2826/information_show.htm?doc_id=75568>. Acesso em: 20 dez. 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito (não sagrado) de visitas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Guarda familiar. Disponível em: <http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/artigos_doutrinarios/convivencia_familiar/guarda_familiar.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2008.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil: parte general*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. t. 1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505-530.

_____. Do poder familiar. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8731>> Acesso em: 21 out. 2008.

_____. Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 6, p. 23-35, out./nov. 2008.

_____. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v. 5, p. 5-22, ago./set 2008.

_____. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 11 ago. 2005.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. A guarda e o exercício do direito de visita. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 91, p. 93-102, jul. 2007.

LOTUFO, Renan. Guarda de filhos. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 25, p. 38-47, maio 1988.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007.

MALHEIROS FILHO, Fernando. Os princípios e a casuística na guarda dos filhos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, p. 107-127, abr./jun. 2002.

MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Claudia; VITORIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 764, p. 11-32, jun. 1999.

MARTINS, Rosa; VÍTOR, Paula Távora. A propósito do “direito de visita” dos avós no contexto português – algumas reflexões acerca do seu fundamento e natureza jurídica. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *O cuidado como valor jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 207-217.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 47-58, jun. 1992.

MASINI, Irene. Dagli orientamenti giurisprudenziali in tema di affidamento congiunto alla nuova disciplina dell'affidamento condiviso. In: MARIANI, Isabella; PASSAGNOLI, Giovanni. *Diritti e tutele nella crisi familiare*. Padova: CEDAM, 2007. p. 137-180.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Medidas cautelares em direito de família. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 6, jul./set. 1981.

MINHA luta por Chicão. *Revista Crescer*, ed, 110, jan. 2003. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Crescer/0,19125,EFC464801-2213,00.html>>. Acesso em: 13 out. 2008.

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 Figueiredo. *Questões controvertidas no novo Código Civil: direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v. 3, p. 105-128.

_____. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 613-640.

MORAIS, Fernando. *Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

MORAIS, Walter. *Programa de direito do menor*. São Paulo: Cultural Paulista, 1984.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda compartilhada: novas soluções para novos tempos*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/91001-gcnovassolucoes.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2006.

NAZARETH, Eliana Riberti. Com quem fico, com papai ou com mamãe? – considerações sobre a guarda compartilhada – contribuições da psicanálise ao direito de família. In: _____ (Coord.). *Direito de família e ciências humanas*. 1. ed. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1997. p. 77-85. (Caderno de estudos n. 1).

NOVELLINO, Norberto José. *Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvínculo matrimonial*. 1. ed. Buenos Aires: García Alonso, 2008.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de visita dos avós aos netos. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 77-84, abr./jun. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Second World Assembly on Ageing*. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/397/51/PDF/N0239751.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 02 dez. 2008.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O princípio do ‘melhor interesse da criança’ no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *O cuidado como valor jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERICICH, Rosana; MADDOZ, Ingrid. El niño y el mayor como sujetos acreedores y deudores del derecho de visitas y las sanciones a aplicar ante la obstaculización o incumplimiento. In: CÚNEO, Darío Luis; HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*. 1. ed. Rosario: Juris, 2007. p. 159-212.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza, 1999.

PORRECA, Wladimir. *Famílias recompostas: casais católicos em segunda união*. 2004. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-25012005-150705/>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Filipino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'el-Rei D. Filipe I. Ed. fac-similar da 14. ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821 por Cândido Mendes de Almeida. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, t. 3, v. 38-C.

POUSSON-PETIT, Jacqueline. Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 44, n. 4, p. 795-848, 1992.

RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Planeta, 2007.

REALE, Miguel. *Função social da família no Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

_____. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

REZENDE, Joubert R. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no direito de família humanizado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano 6, n. 28, p. 150-160, fev./mar. 2005.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 1978.

RODRIGUES, Silvio. *Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família*. Do casamento (arts. 1.511 a 1.590). Coord. Antônio Junqueira de Azevedo São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17.

_____. *Direito civil*. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. Derecho de relación: el régimen de visitas. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 20, ano 5, p. 307-326, out./dez. 2004.

SAFERNET BRASIL. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br>>.

SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. In: BORDALLO, Galdino Augusto Coelho; LEITE, Heloisa Maria Daltro (Coord.). *Código Civil: do direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. Título do trabalho da Ângela

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

SARTI, Cynthia A. Família e individualidade: um problema moderno. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Cortez Ed., 2005.

SAYÃO, Rosely. *Os desafios das novas famílias*. Disponível em: <<http://blogdaroselysayao.blog.uol.com.br/>>. Acesso em: 18 set. 2008.

SAYN, Isabelle. Une relation «dans l'intérêt de l'enfant»? Le juge de la famille et les lieux d'accueil pour l'exercice du droit de visite. *Droit et Société*, Paris, n. 33, p. 329-340, 1996.

SCHLÜTER, Wilfried. *BGB – Familienrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2005.

SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 2005.

SEM discussão. *Veja on line*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/160102/p_088.html>. Acesso em: 13 out. 2008.

SESTA, Michele. *Manuale di diritto di famiglia*. Padova: CEDAM, 2005.

SHAHINPOOR, Sheerin N. *Parental rights in myspace: reconceptualizing the state's parens patriae role in the digital age*. Disponível em: <http://works.bepress.com/sheerin_shahinpoor/2>. Acesso em: 30 set. 2008.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz – busca pela interpretação do sistema*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, n. 3, p. 56-74, abr./maio 2008.

SOLARI, Ubaldino Calvento. Art. 2º. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 9. ed. atual. por Maria Júlia Kaial Cury. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 20-21.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 8, p. 52-61, jan./mar. 2001.

_____. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 2. reimpr. da 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

STILERMAN, Marta Noemi. *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1991.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. 2. ed. São Paulo: DPJ Ed., 2006.

_____. Regulamentação de visitas no novo Código Civil. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. 3, n. 6, p. 145-147, 2003.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 103-123.

_____. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____ et al. O cuidado com o menor de idade na observância de sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *O cuidado como valor jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 335-356.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil: les personnes la famille les incapacités*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2005.

TOCALLI, Pablo A. Ampliaciones sobre los conceptos de síndrome de alienación parental y tenencia compartida. In: CÚNEO, Darío Luis; HERNÁNDEZ, Clayde U. *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*. 1. ed. Rosario: Juris, 2007. p. 131-157.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 42. ed. Padova: CEDAM, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>.

UM mundo para as crianças. *UNICEF*. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/um_mundo.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Cláudia Stein. Da guarda de filhos: ponderações acerca da guarda compartilhada. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial: estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 831-842.

VILLELA, João Batista. A desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, p. 401-19, 1979.

VINEY, Geneviève. Du “droit de visite”. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 63, p. 225-260, 1965.

WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

APÊNDICE

OS PROJETOS DE LEI SOBRE A PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS: INOVAÇÕES QUANTO À GUARDA DE FILHOS E AO DIREITO DE VISITA⁶⁰⁵

Neste capítulo serão abordados os projetos que tramitam no Congresso Nacional relacionados à questão da guarda e do direito de visita.

PROJETOS DE LEI 4.486/2001, DA SENADORA LUZIA TOLEDO, E 6.858/2006, DA DEPUTADA ANN PONTES

Os projetos foram apensados, tramitando atualmente em conjunto na Câmara dos Deputados. A ambos se referem ao direito de visita dos avós, não mencionando outros parentes ou terceiros sem vínculos de parentesco.

O primeiro projeto foi apresentado com a finalidade de alterar o art. 15 da Lei 6515/77, tendo recebido emenda para que a modificação se fizesse no art. 1.589 do Código Civil de 2002, ao qual acrescentaria o seguinte parágrafo único:

Art. 1.589 (...)

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Já o Projeto 6.858/2006 acrescenta ao art. 1.589 o parágrafo único nos termos abaixo:

Art. 1.589 (...)

Parágrafo único. Em qualquer caso de separação, desde que não ocasione prejuízo ao menor, será permitida as visitas dos avós ao neto; os casos controversos serão resolvidos pelo juiz. (sic)

⁶⁰⁵ O esforço do legislador brasileiro em fortalecer a proteção à criança está em conformidade com o *caput* do artigo 227 da Constituição – que responsabiliza o Estado, juntamente com a família e a sociedade, do dever de assegurar à criança, com prioridade, os direitos previstos no dispositivo –, com o artigo 4 da Convenção sobre os Direitos da Criança e com o documento “Um mundo para as crianças”, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2002, que ao tratar da implementação de seu plano de ação, dispõe: “(...) 32. (...) 4. Os parlamentares e os membros das câmaras legislativas são os elementos-chave para a implementação desse plano de ação, cujo êxito requer que eles promovam a conscientização; promulguem leis necessárias; facilitem e destinem recursos financeiros necessários para esse fim; e acompanhem e controlem sua utilização eficaz (...)”

Entendemos que a redação do segundo projeto quanto à resolução pelo juiz dos casos controversos é desnecessária, pois o Judiciário somente será provocado para apreciar a matéria em caso de resistência do guardião ao contato dos avós com o neto.

PROJETO DE LEI 356/2004, DO SENADOR CÉSAR BORGES

Como os projetos citados acima, pretende acrescentar parágrafo único ao artigo 1.589, mas com o fim de garantir a executoriedade do direito de visita do pai ou da mãe em cuja guarda não estejam os filhos.

Art. 1.589 (...)

Parágrafo único. Havendo oposição injustificada por parte do cônjuge que detiver a guarda dos filhos, o pai ou a mãe prejudicado poderá requerer ao juiz que lhe assegure o exercício dos direitos previstos no *caput* deste artigo”.

Ao justificar o projeto, o Senador diz que “O termo ‘visita’” **não se restringe** “(...) a um ato de **cortesia**”, mas envolve “a **companhia**, a **comunicação**, o **pernoite** e o **exercício dos deveres e direitos decorrentes do poder parental, que se conserva mesmo diante da inexistência da guarda**” (grifos do original).

Hoje, no caso de resistência injusta pelo guardião ao exercício do direito de visita, o interessado utiliza, muitas vezes, ação de execução de obrigação de fazer – com a intenção de evitar, até mesmo, aparente configuração de abandono afetivo –, ou requer se caracterize crime de desobediência à ordem judicial.

A norma contida no projeto pretende dar efetividade ao cumprimento de determinação judicial ou mesmo a acordo que, de qualquer forma, é sujeito à homologação pelo juiz, eficácia já contida na decisão que fixa a visita.

Por tal razão, o projeto, que tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 240/2007, aguarda a publicação de parecer aprovado por unanimidade na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania pela sua rejeição, considerando-o “despiciendo”⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶Parecer do Deputado Ricardo Tripoli, designado relator do Projeto na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=342729> Acesso em: 19 dez. 2008.

**PROJETO DE LEI 276/2007, DO DEPUTADO LÉO ALCÂNTARA, APRESENTADO
EM SUBSTITUIÇÃO AO PROJETO DE LEI 6.960⁶⁰⁷, ORIGINALMENTE
APRESENTADO PELO DEPUTADO RICARDO FIÚZA**

O projeto, que aguarda parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, altera diversos dispositivos do Código Civil e, quanto à guarda de filhos, propõe alterações aos artigos 1.583, 1.584 e 1.586, que passariam dispor⁶⁰⁸:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, **preservados os interesses destes.**

Parágrafo único. **A guarda poderá ser conjunta ou compartilhada.**

Art. 1.586. Na fixação da guarda, em qualquer caso, seja de filhos oriundos ou não de casamento, o juiz deverá, a bem dos menores, sempre levar em conta a relação de afinidade e afetividade que os liga ao guardião.

Parágrafo único. **A qualquer tempo, havendo justo motivo, poderá o juiz modificar a guarda, observando o princípio da prevalência dos interesses dos filhos.**

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.

§ 1º **Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade.**

§ 2º **O juiz, havendo justo motivo, poderá modificar as regras da visitação, com observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos.** (grifos nossos)

A pretendida alteração ao artigo 1.583 foi proposta antes da edição da Lei 11.698/2008, que modificou profundamente seu texto original, razão pela qual não deve prevalecer o pretendido pelo projeto de lei, pois o parágrafo único projetado corresponde à atual redação do *caput* do dispositivo.

⁶⁰⁷ O último projeto havia sido arquivado em janeiro de 2007, razão pela qual foi reapresentado em 1º de março do mesmo ano pelo Deputado Léo Alcântara.

⁶⁰⁸ Alterações pretendidas em destaque.

O projeto não revela preferência pela atribuição da guarda compartilhada, mas como não altera o artigo 1.584 atualmente em vigor, a guarda conjunta continua a assumir posição prioritária.

Quanto ao artigo 1.586, embora importante a observância à relação de afinidade e afetividade entre o pretense guardião e a criança, este critério já pode ser albergado pela referência às “melhores condições”, presente no parágrafo 2º do atual artigo 1.583.

Por outro lado, o parágrafo único cuja inserção se pretende, conforme consta da justificção do projeto, segundo REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, reporta-se ao princípio da mutabilidade da sentença que fixa a guarda de filhos, “reconhecido na doutrina e na jurisprudência (...), sendo relevante o estabelecimento de norma legal a respeito, que deve submeter a revisão ao princípio da proteção dos interesses dos filhos”⁶⁰⁹.

No que tange às modificações do artigo 1.589 propostas, a previsão relativa à visitação dos avós e de outros parentes, apesar de tencionar garantir o direito à convivência familiar da criança, é restritiva, por não considerar terceiros sem laços de parentesco, mas que tenham vínculos afetivos com o menor cujo interesse determina a conservação.

PROJETO DE LEI 2.285/2007, DO DEPUTADO SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO

Trata-se de projeto cujos dispositivos foram muito debatidos no Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, visando à elaboração de uma lei autônoma que associe as normas de ordem material com as normas específicas de Direito Processual. Objetiva, assim, à criação do “Estatuto das Famílias”.

Como se constata na justificção do projeto, a razão para buscar a autonomia legal da matéria⁶¹⁰ está na dificuldade de tratar-se das questões eminentemente pessoais da vida familiar, dotadas de reconhecida peculiaridade, com base nas mesmas normas relativas às questões patrimoniais, constantes do Código Civil. O outro motivo trazido pelo

⁶⁰⁹A justificção, que se refere às palavras de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, estão anexas ao Projeto de Lei 276/2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343231> Acesso em: 20 dez. 2008.

⁶¹⁰Sobre o tema: BARBOSA, Águida Arruda. *Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

autor do projeto é a quantidade de projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal com o propósito de modificar o Livro relativo ao Direito de Família do Código Civil: se a lei reclama tantas mudanças em poucos anos de vigência, não é adequada⁶¹¹.

Além de pretender revogar todo o Livro IV do Código Civil, dispositivos do Código de Processo Civil, o Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941, a Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, dispositivos da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973), bem como a própria Lei do Divórcio (Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977) e a lei que trata da investigação de paternidade (Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992), o projeto traz profundas alterações, seja quanto ao reconhecimento das diversas modalidades de família e na valorização da afetividade, quanto à própria denominação de institutos (não fala em poder familiar, mas em “autoridade parental”, nem em direito de visita, mas em “direito à convivência”).

O projeto não restringe a obrigatoriedade de definição da guarda às hipóteses de separação, divórcio e invalidade do casamento, protegendo os filhos advindos de qualquer espécie de família ao abordar a dissolução da união estável e da união homoafetiva, bem como as situações em que os pais já não viviam juntos.

Além disso, não traz a denominação “proteção da pessoa dos filhos”, como faz o Código Civil, referindo-se diretamente à guarda dos filhos e ao direito à convivência, substituindo a expressão “direito de visita”.

Denota preferência pela guarda compartilhada – inclusive quando não houver acordo entre os pais, situação em que, conforme expusemos na dissertação, consideramos tal modalidade de guarda inconveniente – e estende o direito de convivência a terceiros.

Entre os avanços do projeto está a expressa referência à mediação familiar, importante instrumento para possibilitar o diálogo entre as partes envolvidas no desfazimento da união conjugal e na disputa pelos filhos.

Assegura, ainda, a convivência familiar no caso de guarda concedida a terceiros, pretendendo a criação dos seguintes dispositivos:

Capítulo IV

DA GUARDA DOS FILHOS E DO DIREITO À CONVIVÊNCIA

⁶¹¹ Integra do projeto e justificção disponíveis em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf> >
Acesso em: 21 jan. 2009

Art. 96. A guarda dos filhos e o direito à convivência devem ser definidos nos casos de:

I – separação dos pais;

II – divórcio;

III – invalidade do casamento;

IV – dissolução da união estável e da união homoafetiva;

V – os pais não coabitarem.

Art. 97. Não havendo acordo entre os pais, deve o juiz decidir, preferencialmente, pela guarda compartilhada, salvo se o melhor interesse do filho recomendar a guarda exclusiva, assegurado o direito à convivência do não-guardião.

Parágrafo único. Antes de decidir pela guarda compartilhada, sempre que possível, deve ser ouvida equipe multidisciplinar e utilizada a mediação familiar.

Art. 98. Os filhos não podem ser privados da convivência familiar com ambos os pais, quando estes constituírem nova entidade familiar.

Art. 99. O não-guardião pode fiscalizar o exercício da guarda, acompanhar o processo educacional e exigir a comprovação da adequada aplicação dos alimentos pagos.

Art. 100. O direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade.

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.

Art. 102. As disposições relativas à convivência familiar dos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

Art. 103. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deve deferir a guarda a quem revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afetividade.

Parágrafo único. Nesta hipótese deve ser assegurado aos pais o direito à convivência familiar, salvo se não atender ao melhor interesse da criança.

O referido projeto é o mais consentâneo com o Direito de Família contemporâneo, assegurando de modo mais claro o interesse da criança como determinante nas relações a ela afetas.

PROJETO DE LEI 4053/2008, DO DEPUTADO REGIS DE OLIVEIRA

O projeto versa sobre a alienação parental, contendo normas relativas à guarda e à visitação.

Conforme consta da justificção, visa “inibir a alienação parental e os atos que dificultem o efetivo convívio entre a criança e ambos os genitores”, entendendo constituir a referida alienação “forma de abuso no exercício do poder familiar e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação”⁶¹².

O projeto elenca condutas passíveis de constituir alienação parental, reconhecendo em sua prática a afronta ao direito da criança à convivência familiar, além de traçar regras atinentes à perícia.

Seu artigo 6º contém disposição que se enquadra no disposto no parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil após as alterações promovidas pela Lei 11.698/2008, fazendo referência, ainda, ao procedimento de mediação.

Originalmente, o Projeto trouxe em seu artigo 1º definição para alienação parental, bem como os seguintes dispositivos:

Art. 1º Considera-se alienação parental a interferência promovida por um dos genitores na formação psicológica da criança para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Parágrafo único. Consideram-se formas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por equipe multidisciplinar, os praticados diretamente ou com auxílio de terceiros, tais como:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício do poder familiar;

III - dificultar contato da criança com o outro genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de visita;

V - omitir deliberadamente ao outro genitor informações pessoais relevantes sobre a criança, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra o outro genitor para obstar ou dificultar seu convívio com a criança;

⁶¹² Íntegra e justificção disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/601514.pdf>> Acesso em: 21 jan. 2009

VII - mudar de domicílio para locais distantes, sem justificativa, visando dificultar a convivência do outro genitor.

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, o juiz, se necessário, em ação autônoma ou incidental, determinará a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes e exame de documentos.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental apresentará, no prazo de trinta dias, sem prejuízo da elaboração do laudo final, avaliação preliminar com indicação das eventuais medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança.

Art. 4º O processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança.

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte o convívio de criança com genitor, o juiz poderá, de pronto, sem prejuízo da posterior responsabilização civil e criminal:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - estipular multa ao alienador;

III - ampliar o regime de visitas em favor do genitor alienado;

IV - determinar intervenção psicológica monitorada;

V – alterar as disposições relativas à guarda;

VI - declarar a suspensão ou perda do poder familiar.

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabilize o efetivo convívio da criança com o outro genitor, quando inviável a guarda compartilhada.

Art. 7º As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas a alienação parental.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Na Comissão de Seguridade Social e Família, o Projeto recebeu emenda, com parecer favorável, que aguarda apreciação. A emenda amplia os agentes e as pessoas passíveis de sofrer a alienação parental, nos seguintes termos:

Art. 1º Considera-se alienação parental a interferência promovida por um dos genitores, ***pelos avós ou pelos detentores da guarda*** na formação psicológica da criança ***ou do adolescente*** para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Parágrafo único. ...

I - ...

II - ...

III - dificultar contato da criança ***ou do adolescente*** com o outro genitor; com familiares deste ou com avós;

IV - ...

V - omitir deliberadamente ao outro genitor informações pessoais relevantes sobre a criança, ***ou o adolescente***, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra o outro genitor, ***contra familiares deste ou contra avós***, para obstar ou dificultar seu convívio com a criança ***ou o adolescente***;

VII - mudar de domicílio para locais distantes, sem justificativa, visando dificultar a convivência do outro genitor, ***de familiares deste ou de avós com a criança ou o adolescente***.

Art. 2º A prática de ato de alienação parental fere o direito fundamental da criança ***ou do adolescente*** ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança ***ou o adolescente*** e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 3º ...

§ 1º ...

§ 2º ...

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental apresentará, no prazo de trinta dias, sem prejuízo da elaboração do laudo final, avaliação preliminar com indicação das eventuais medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ***ou do adolescente***.

Art. 4º O processo terá tramitação prioritária e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ***ou do adolescente***.

Art. 5º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte o convívio de criança *ou adolescente* com genitor, o juiz poderá, de pronto, sem prejuízo da posterior responsabilização civil e criminal:

I - ...

II - ...

III - ...

IV - ...

V - ...

VI - ...

Art. 6º A atribuição ou alteração da guarda dará preferência ao genitor que viabilize o efetivo convívio da criança *ou do adolescente* com o outro genitor, quando inviável a guarda compartilhada.

Art. 7º ...

§ 1º ...

§ 2º ...

§ 3º ...

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (grifos do original)

As referências, pela emenda, a “adolescente” onde aparece o termo “criança” no projeto original são desnecessárias. De acordo com o artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, conforme exposto no capítulo 1, “entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

A distinção, feita pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dirige-se apenas a situações específicas, como aquelas referentes à prática de ato infracional.

No que tange às pessoas consideradas agentes e vítimas da alienação parental, à qual pode ou não estar associado o distúrbio psicológico de que se tratou em 5.6 desta dissertação, o projeto original alude à atitude de um dos genitores no sentido de afastar o outro do convívio de seu filho – daí a adjetivação “parental”. Nesse sentido, ensina PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA:

(...) a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. (...) a alienação

parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.⁶¹³

Caso se pretendam ampliar as sanções e procedimentos constantes do projeto de lei em questão às demais pessoas relacionadas na emenda, talvez fosse conveniente referir-se à alienação parental e ao afastamento do convívio com os avós e outros familiares do genitor alienado.

⁶¹³FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Síndrome da alienação parental, cit., p. 607.