UNIFIEO

CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

Mestrado em Direito

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A PROTEÇÃO DA FILIAÇÃO NO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS

ANTHERO MENDES PEREIRA JUNIOR

Osasco - SP

2006

ANTHERO MENDES PEREIRA JUNIOR

PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A PROTEÇÃO DA FILIAÇÃO NO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivação e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto “Afirmação Histórica, Problematização e Atualidade dos Direitos”; inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais e sua Dimensão Material”, sob a coordenação do professor Doutor Antonio Carlos de Campos Pedroso.

Osasco - SP

2006

Nº. de
Classificação

PEREIRA JUNIOR, Anthero Mendes.
Princípio da dignidade humana e a proteção da filiação no instituto da guarda dos filhos / Osasco-SP, 2006.

Cutter/
Pha

Centro Universitário Fieo-SP - 2006
150 p.

Notas

1. Dissertação.
I. PEREIRA JUNIOR, Anthero Mendes.
II. Princípio da dignidade humana e a proteção da filiação no instituto da guarda dos filhos

CDU:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus Nosso Pai, aos meus pais Anthero e Bil, irmãos Thiago e Thelma, à minha esposa Josiane e amigos que com muita compreensão se propuseram a ajudar-me durante a pesquisa e elaboração da presente dissertação de mestrado.

HOMENAGEM

Ao professor e orientador, Doutor Antonio Carlos de Campos Pedroso, pelas valiosas orientações, paciência e perseverança na arte de ensinar.

AGRADECIMENTOS

A elaboração e apresentação deste trabalho só têm sentido com o agradecimento a todos que direta e indiretamente contribuíram, com conselhos, sugestões, idéias e ensinamentos, para realização deste estudo científico.

UNIFIEO
CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
Mestrado em Direito

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A
PROTEÇÃO DA FILIAÇÃO NO INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS

Por:
Anthero Mendes Pereira Junior.

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

Unifieo, _____ de _____ de 2006

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade".

Emanuel Kant

RESUMO

Este ensaio dissertativo versa sobre as noções básicas do instituto da guarda de filhos após a dissolução da sociedade conjugal, juntamente com o dever de manutenção destes enquanto menores dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sob os aspectos da dignidade da pessoa humana, face ao enquadramento do infante, tendo em vista os respaldos doutrinários, práticos, jurisprudenciais e legais juntamente com as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 que impôs o respeito à dignidade humana dos infantes, o Código Civil - Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, bem como, pelos projetos de leis que em prática já estão sendo utilizados para a fixação da guarda dos filhos.

Palavras-chave: Guarda de Filhos - Dignidade da Pessoa sob o enfoque do Menor - Melhor Interesse do Menor - Importância da família.

ABSTRACT

The present work discusses basic notions regarding the institute of child custody upon the dissolution of a marriage, along with the legal duty to support any children, fruit of this marriage, while minors, according to the Brazilian legal system, taking into consideration the dignity of the human being and characterization of an infant, in light of the literary, practical, jurisprudential and legal aspects, along with the innovations brought about by the for the Federal Constitution of 1988 that she imposed the respect to the dignity human being of the infants and the Civil Code - Brazilian Federal Law nº 10.406 of January 10th, 2002, as well as future laws that, although still in project state awaiting approval, are already being currently applied within the courts to establish custody rights.

Key Words: Child Custody - Dignity of the Person regarding Minors - Best interest of the Minor - Importance of Family.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO 17
1.1 Conceito 17
1.2 Histórico 24
1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988 32
1.4 A Dignidade da Pessoa Humana no Direito de Família 34

2 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO 40
2.1 Gênese do Direito de Família no Brasil 40
2.2 A Família Constitucionalizada 45
2.3 Núcleo Familiar em Conformidade com a Legislação Brasileira 50
2.3.1 Casamento 50
2.3.2 Família Mononuclear ou Monoparental 53
3.3.3 União Estável 54
2.4 Ruptura Conjugal e Ruptura Parental 58

3 DA GUARDA DOS FILHOS 64
3.1 Conceito de Guarda de Filhos 64
3.2 Evolução da Guarda 67
3.3 As Inovações Trazidas pelo Código Civil de 2002 75
3.4 Modalidades de Guarda de Filhos 85
3.4.1 Aspectos Gerais 85
3.4.2 Guarda Comum, Natural ou Originária 87
3.4.3 Guarda de Fato 88
3.4.4 Guarda Provisória e Definitiva 89
3.4.5 Guarda Alternada 90
3.4.6 Guarda Compartilhada ou Conjunta 91
3.4.7 Guarda Monoparental 98
3.4.8 Guarda para Fim Específico 100

3.4.9 Aninhamento ou Nidação 100
3.4.10 Guarda Derivada 101
3.4.11 Guarda Através da Visita 102
3.5 Modalidades de Guarda por Terceiros 103
3.5.1 Guarda Previdenciária 104
3.5.2 Guarda em Estabelecimentos do Estado 106
3.5.3 Guarda Extraconjugal 108
3.5.4 Guarda Através da Tutela 110
3.5.5 Adoção 111

4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A GUARDA DE FILHOS 116
4.1 Vínculo Familiar em Conformidade com a Legislação Brasileira 116
4.2 Tutela da Dignidade Humana no Instituto da Guarda dos Filhos 132

CONCLUSÃO 137

BIBLIOGRAFIA 142

INTRODUÇÃO

Na atualidade, tem-se observado grandes mudanças nas relações sociais, sejam elas nos vários ramos da sociedade, e também, com grande ênfase nas relações interpessoais dos indivíduos dentro da instituição familiar. Instituição essa que o direito vem tentando respaldar, através de suas normas, a fim de preservar a paz social entre indivíduos nela inseridos, ou seja, solucionando, quando necessário, os conflitos que lhe são apresentados.

Dentro do ordenamento jurídico, o direito de família, ramo das ciências jurídicas, destaca-se por sua complexidade, na medida em que se propõem resguardar e interpretar os direitos das partes integrantes do núcleo familiar e atender às necessidades de resolução de conflitos que assim surgirem.

O direito de família brasileiro tem suas raízes no direito canônico e no direito português, sob influência dos colonizadores lusitanos que aqui chegaram. O conceito de “família” estava diretamente ligado ao aspecto patriarcal e hierarquizador, retratado na codificação civil brasileira de 1916, a qual era fundamentada no casamento, onde somente os filhos provenientes do enlace matrimonial eram reconhecidos juridicamente.

Esse modelo familiar já não existe, pois, a realidade social se constitui numa família que se une por laços afetivos. O “divisor de águas” na questão da igualdade entre os entes familiares, incluindo os filhos extramatrimoniais, se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, modificando assim os paradigmas familiares.

A Constituição Federal de 1988 contém princípios de extrema importância na preservação da dignidade dos membros de uma família, dente eles, destacam-se o artigo 3º, inciso IV, o artigo 226 e o artigo 227. Outros instrumentos importantes foram os posicionamentos jurisprudenciais, os quais buscaram sobrepujar as omissões encontradas na codificação civil.

O debruçar desta pesquisa consiste em fazer uma reflexão crítica e analítica do posicionamento das legislações brasileira referentes ao direito de família no que se refere à guarda dos filhos, para defender que a norma civil e as legislações correlatas que, de alguma forma, regulam o direito de família, precisam ser lidos a partir do princípio da dignidade da pessoa humana amplamente garantido e tutelado pela Constituição Federal de 1988.

Na família, a tutela da dignidade da pessoa humana, em todo o alcance desta expressão, deve ser assegurada tanto no curso das relações familiares como diante de seu rompimento, cabendo ao direito infraconstitucional oferecer instrumentos para impedir a violação deste valor maior.

O que se observa no ordenamento pátrio é a necessidade de adequação das normas jurídicas a essas realidades vivenciadas pela sociedade, resolvendo os

conflitos familiares não apenas no âmbito das relações civis, mas, principalmente, no contexto emergente a partir da Constituição Federal de 1988, tendo como fundamento a dignidade humana.

Para tanto, mediante a técnica de pesquisa bibliográfica, com base em levantamento das referências bibliográficas, leitura analítica, fichamento de material, estudo de jurisprudências, visitas a bibliotecas, pesquisas em revistas e *Internet*, informada pelo método histórico-funcionalista.

Ressalte-se, porém, que o objetivo deste trabalho está longe de querer contestar ou muito menos inovar conceitos legais ou doutrinários acerca do tema abordado. O intuito é elaborar estudo sintetizando, fornecendo uma visão panorâmica ao leitor sobre todas as formas que se pode dar a guarda dos filhos menores aos pais.

Informe-se, ainda, que embora o ordenamento jurídico brasileiro permita ao juiz deferir a guarda dos filhos menores à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade, de acordo com lei específica, não será dado destaque a esta forma de guarda, pois o que motivou a escrever este ensaio é a preservação da dignidade humana, enfocada na pessoa do menor, no contexto da guarda de filhos em virtude da separação conjugal dos pais e a atribuição dessa a eles.

Considerando para isto, as opiniões e críticas à luz dos costumes sociais e da legislação em vigor como, por exemplo, o artigo 227 da Constituição Federal

de 1988, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), no texto do artigo 4º, que dispõe sobre a absoluta prioridade que todos devem ter, a fim de garantirem os direitos fundamentais para o bem estar do infante, e o Código Civil de 2002, na parte que trata da guarda dos filhos.

Pretende-se confirmar a hipótese de que a guarda é um direito constitucional que impõe extensos deveres para com o infante, garantindo a este o direito de ter um guardião que o proteja e lhe preste toda a assistência. Entretanto, como dito acima, visando uma abordagem mais centralizada acerca do extenso instituto da guarda do infante, o mesmo foi delimitado neste ensaio, enfocando apenas o estudo da guarda de filhos na sociedade brasileira, sob a égide do princípio da dignidade humana.

Com isso, esta pesquisa fará apenas breve abordagem, em capítulo específico, sobre as possibilidades de terceiros, fora os pais, exercerem tal instituto como prevê o artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que em tese garante ao infante o direito a convivência familiar em família substituta.

Salienta-se ainda que as nomenclaturas utilizadas neste estudo para identificar o filho como sujeito passivo do instituto da guarda, foram às denominações: “infante e filhos menores”, ao invés de Criança e Adolescente, como vem sendo utilizado em matérias de cunho jurídico, tendo em vista o enfoque destas palavras no ramo jurídico expressarem o contexto de incapaz ou

relativamente incapaz aos atos da vida civil, porém nada impede que se leia “Criança e Adolescente” no lugar de “infante”.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1.1 Conceito

Em se tratando da proteção da filiação no instituto da guarda dos filhos, sob o enfoque do princípio da dignidade humana, imperioso iniciar a pesquisa definindo este princípio.

Os princípios consagrados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dentre eles o princípio da dignidade humana, se irradiaram universalmente, contribuindo de maneira decisiva para o avanço democrático dos povos.

Nos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, no Estado Democrático de Direito todos os princípios que o regem devem se basear no respeito à pessoa humana, pois esta funciona como princípio estruturante, ou seja, representa o arcabouço político fundamental constitutivo de um Estado e sobre o qual se deve assentar todo o ordenamento jurídico de um país. Por isso, é considerado como princípio maior na interpretação de todos os direitos e garantias da pessoa humana[1].

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1099.

A proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade conquistou importância relevante no final do século XX, especialmente em função do desenvolvimento científico e tecnológico. A dignidade da pessoa é, hoje, princípio fundamental, um valor essencial, que promove unidade ao sistema constitucional, concebido como verdadeiro núcleo da hermenêutica e da interpretação constitucional[2].

No cenário brasileiro atual, embora se saiba que nem sempre o princípio da dignidade da pessoa humana é devidamente respeitado na prática, é pacífica sua aceitação e reconhecimento. Conforme Edilson Pereira Nobre Júnior, essa adesão decorre da tendência dos ordenamentos ao reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do direito. Nas suas palavras, "[...] essa inclinação, bastante reforçada depois da traumática barbárie nazi-fascista, encontra-se plasmada pela adoção da dignidade da pessoa humana, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito"[3].

A palavra "dignidade" vem do latim *dignitas*, que significa honra, consideração, respeito, com base nesta definição literal, pode-se ousar a definir dignidade da pessoa humana como sendo à base do direito justo e comum a todos[4].

---

[2] LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 37 e 54.
[3] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Maio.2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>. Acesso em: 15.Nov.2006. p. 1.
[4] SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 458.

A expressão “dignidade humana” é concebida, na atualidade, como o “reconhecimento de um valor”. Trata-se de um “princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não na sua utilização como um meio”. Significa dizer que a dignidade humana tem como fundamento

> [...] a própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio[5].

Para a doutrina portuguesa:

> Esse projecto de auto-realização exige, da parte de outros, reconhecimento, respeito, liberdade de acção e não instrumentalização da pessoa. Essa auto-realização pessoal que seria o objecto e a razão da dignidade, só é possível através da solidariedade ontológica com todos os membros da nossa espécie. Tudo o que somos é devido a outros que se debruçaram sobre nós e nos transmitiram uma língua, uma cultura, uma série de tradições e princípios. Uma vez que fomos constituídos por esta solidariedade ontológica da raça humana e estamos inevitavelmente mergulhados nela, realizamo-nos a nós próprios através da relação e ajuda ao outro. Não respeitaríamos a dignidade dos outros se não a respeitássemos no outro (*sic*)[6].

É nesse sentido a visão kantiana sobre a dignidade da pessoa:

> [...] se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus[7].

Para Immanuel Kant, a dignidade humana parte da autonomia ética do ser humano, ou seja, o ser humano não pode ser tratado como objeto nem por si próprio. Nas suas palavras:

> [...] todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as

---

[5] DIREITO português. **Reflexão ética sobre a dignidade humana**. *In: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. 05.Jan.1999. Disponível em: <http://www.cnecv.gov.pt>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 10.
[6] *Idem, ibidem,* p. 9.
[7] SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia**. *In: Revista de Direito Administrativo*, nº 212. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 92.

> suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, tem, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chama coisas, ao passo, que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não poder ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)[8].

Reconhece, portanto o ser humano enquanto valor, tanto pela essência quanto pela simples existência humana. Rizzatto Nunes sintetiza a dignidade humana em seu conceito dizendo que "[...] a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência"[9].

Já Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como:

> [...] a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos[10].

Na definição ampla de José Joaquim Gomes Canotilho:

> A dignidade da pessoa humana fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais, desde os pessoais (direito à vida, à integridade física e moral) até aos direitos sociais (direito ao trabalho, à saúde, à habitação), passando pelos direitos dos trabalhadores direito à segurança no emprego, liberdade sindical, mas também à organização econômica (principio da igualdade da riqueza econômica e dos rendimentos). Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia aprioristica do homem, não podendo reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a no caso dos direitos sociais ou invocá-la para

---

[8] KANT, Immanuel. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constiuição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 32.
[9] RIZZATTO NUNES, L.A. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.
[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2004. p. 78.

> construir uma "teoria do núcleo da personalidade" individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana[11].

Dessa forma, pode-se resumir a prática de tal definição com os dizeres de Tércio Sampaio[12], o qual faz compreender o motivo de tal princípio ser considerado a base literal do ordenamento jurídico brasileiro[13]:

> [...] o sentido da dignidade humana alcança, assim, a própria distinção entre Estado e sociedade civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos. Significa que, constitucionalmente, está reconhecido que o homem tem um luar no mundo político em que age [...].

É importante enfatizar que a "pessoa" é distinta do "indivíduo", pois aquela é um valor e o seu princípio correspondente, a dignidade humana, é absoluto, e há de prevalecer sempre sobre qualquer outro valor ou princípio[14]. Neste enfoque, "a proclamação do valor distinto da pessoa humana teve como conseqüência lógica à afirmação de direitos específicos de cada ser humano"[15]. Como decorrência, a dignidade da pessoa humana passa a ser concebida como:

> [...] o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, a fonte ética, que confere unidade de sentido de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, o valor que atrai a realização dos direitos fundamentais[16].

É por isso que a Constituição Federal de 1988, ao expressar em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, elevou o ser humano

---

[11] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1993. pp. 58-9.
[12] FERRAZ JUNÍOR, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência, eficiência e supremacia. São Paulo: Atlas, 1989. p 36**.**
[13] "Artigo 1º: a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana" (Constituição Federal de 1988).
[14] SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 27.Dez.1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>. Acesso em: 11.Nov.2006. p. 1.
[15] *Idem, ibidem*, p. 1.
[16] *Ibid*, p. 1.

ao grau máximo como verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, o Estado brasileiro existe, desde então, em função das pessoas e não o contrário. “O valor da dignidade humana impõe-se como centro basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, servindo como parâmetro de valoração a nortear a interpretação e compreensão do sistema jurídico”. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado[17].

Desta forma, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesma ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e “um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro”[18].

Portanto, a pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito o que, não implica um conceito "fixista" da dignidade da pessoa humana, o *homo clausus*, ou o

[17] CARDOSO, Renata. **Transexualismo e o direito à redesignação do estado sexual**. 07.Jul.2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/21/64/2164/>. Acesso em: 14.Ago.2006. p. 1.
[18] FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 51.

antropologicun fixo. Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma "integração pragmática"[19].

Neste sentido, ou seja, "que a pessoa é um *minimun* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar", considera-se que "a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto", porquanto, "ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa"[20].

Assim, a consagração da dignidade da pessoa humana, implica em considerar-se o ser humano, com exclusão dos demais seres, como o centro do universo jurídico. Esse reconhecimento, que não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados, de sorte que a projeção dos efeitos irradiados pela ordem jurídica não há de se manifestar, a princípio, de modo diverso ante a duas pessoas[21].

Com isso pode-se concluir que todas as leis devem ter em vista a mantença da preservação da dignidade da pessoa humana, seja para punir, seja para garantir um direito, e destaque-se que o infante é o início da sociedade de amanhã, logo seus direitos devem estar solidamente amparados desde o princípio de sua existência.

---

[19] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.
[20] *Idem, ibidem*, p. 1.
[21] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Op. cit.*, p. 1.

1.2 Histórico

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais de direito e como tal deve ser visto. Para Antônio Enrique Perez Luño, "princípios fundamentais" significa:

> [...] conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional[22].

E neste raciocínio cumpre destacar o ensinamento de Kelly Susane Alflen da Silva que traz a luz à importância dos princípios na Constituição Federal de 1988:

> [...] a elaboração dos elementos de concretização tem como ponto de partida o direito constitucional, e em especial, porque neste estão as condições para efetividade real dos importantes institutos jurídicos-privados, que, por conseqüência, disciplinas deste âmbito jurídico terminam por ter por seu intermédio orientação e impulsão ao seu desenvolvimento pela tarefa hermenêutica realizada no direito constitucional[23].

Porém, não foi sempre assim. O princípio da dignidade humana tem seu conceito elaborado ao longo do tempo. A própria acepção de "dignidade humana" vem sendo construída a partir do próprio conceito de "ser humano", antes indivíduo, hoje "pessoa".

Trata-se de uma construção histórico-conceitual em constante transformação, variando consoante as épocas e os locais. Consiste numa "idéia

---

[22] LUÑO, Antônio Enrique Perez. ***Derechos humanos****: estado de derecho y constitución.* 3. ed., Madrid: Tecnos. 1995. p. 43.
[23] SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Editor, 2000. p. 388.

força que actualmente possuímos e admitimos na civilização ocidental, que é à base dos textos fundamentais sobre direitos humanos" (*sic*)[24].

Na época greco-romana, o sistema escravista "implicava na privação do estado de liberdade do indivíduo, sendo reputada como a *capitis deminutio* máxima"[25].

Fernando Ferreira dos Santos, fazendo uso da terminologia utilizada por Miguel Reale, constata que, no processo histórico-evolutivo do conceito de dignidade da pessoa humana podem ser verificadas três concepções: a primeira definida a partir do individualismo; a segunda fundamentada no transpersonalismo e a terceira com base no personalismo[26].

O autor em comento ensina que o "individualismo" é caracterizado pelo entendimento de que cada ser humano, cuidando dos seus interesses, indiretamente protege e realiza os interesses coletivos. Assim, tem como ponto de partida, o indivíduo. Esse conceito de dignidade da pessoa humana é limitado, característico do liberalismo ou do individualismo-burguês, *dista de ser una respetable reliquia de la arqueologia cultural*, e compreende um modo liberal de entender-se os direitos fundamentais[27].

A concepção de dignidade humana, nessa época de reinado do liberalismo, traduz-se como direito inato e anterior ao Estado e imposto como

---

[24] DIREITO português. *Op. cit.*, p. 4.
[25] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Op. cit.*, p. 1.
[26] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 277.
[27] SANCHIS, Luis Prieto. ***Estúdios sobre derechos fundamentales***. p. 26. *Apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.

limites à atividade estatal, eis que não cabia ao Estado se intrometer na vida social. “São direitos contra o Estado, como esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado” razão pela qual eram denominados, os direitos humanos, de “direitos de autonomia e direitos de defesa”[28].

Segundo o entendimento de Paolo Grossi[29], este conceito libera, fundado na liberdade e na igualdade formais, foram os “instrumentos utilizados para garantir a desigualdade material”. Significa dizer que o Estado deveria existir apenas para a preservação, através do seu poder coativo, dos direitos individuais. A lei devia ser interpretada “com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o das interferências do Poder Público. Ademais, num conflito indivíduo *versus* Estado, privilegia-se aquele”[30].

A partir de meados do século XIX, o individualismo napoleônico é suplantado por um movimento jurídico solidarista que inaugurou uma nova fase do direito civil[31]. Os legisladores começaram a reconhecer a necessidade de garantir a proteção dos elementos economicamente mais fracos da sociedade e a intervenção do Estado na economia para planejar as atividades pública e particular no interesse da coletividade[32]. Surge, então, uma concepção “transpersonalizada” da dignidade humana.

---

[28] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.
[29] GROSSI, Paolo. *Apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.
[30] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.
[31] CUNHA, Rita Dione Araújo. **A propriedade no Código Civil**: uma visão histórica e uma visão nacional. Fev.1998. Disponível em: <http://geodesia.ufsc.br/Geodesia-online/arquivo/1998/02/Cunha.htm>. Acesso em: 11.Nov.2006. p. 1.
[32] *Idem, ibidem*, p. 1.

Conforme Fernando Ferreira dos Santos[33], com o transpersonalismo, ao contrário do que acontecia com o individualismo, "é realizando o bem coletivo, o bem do todo, que se salvaguardam os interesses individuais; inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar, sempre, os valores coletivos". Portanto, nega-se a pessoa humana como valor supremo, já que "a dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo"[34]. Nas palavras do citado autor:

> Consectárias desta corrente serão as concepções socialista ou coletivista, do qual a mais representativa será, sem dúvida, a marxista. Com efeito, para Marx, os direitos do ser humano apregoados pelo liberalismo não ultrapassam "o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade". Distinguindo os direitos dos homens dos direitos do cidadão, aqueles nada mais são que os direitos do homem separado do homem e da comunidade[35].

Como conseqüência, a interpretação do direito passa a ser no sentido de limitar a liberdade em favor da igualdade, que tende a identificar os interesses individuais com os da sociedade, ou seja, privilegiam-se os interesses da coletividade em detrimento dos direitos meramente individuais, até então absolutos.

No entanto, esse reconhecimento da supremacia dos direitos coletivos aos direitos privados, resultou insuficiente para garantir a dignidade da pessoa humana. Não se efetivou a esperada garantia de direitos humanos a partir de uma concepção de "harmonia espontânea entre indivíduo e sociedade". Superou-

[33] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.
[34] REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 277.
[35] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.

se a preponderância do indivíduo sobre a sociedade, mas fomentou-se a subordinação de indivíduos à coletividade, sem que a garantia da dignidade da pessoa humana fosse preservada.

Surge, então, no século XX, a corrente denominada pela doutrina de "personalista", que rejeita quer a concepção individualista quer a coletivista, e busca, principalmente, a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e valores coletivos. Em suma, faz uma distinção entre indivíduo e pessoa[36].

Conforme Fernando Ferreira dos Santos, deixa-se de exaltar o individualismo, o ser humano abstrato, típico do liberalismo-burguês, para destacar que o indivíduo "não é apenas uma parte. Como uma pedra-de-edifício no todo, ele é, não obstante, uma forma do mais alto gênero, uma pessoa, em sentido amplo - o que uma unidade coletiva jamais pode ser" [37].

Neste novo conceito de "indivíduo" enquanto "pessoa":

> Não há que se falar, aprioristicamente, num predomínio do indivíduo ou no predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias; solução que pode ser a compatibilização entre os mencionados valores, fruto de uma ponderação na qual se avaliará o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo, mas que pode, igualmente, ser a preeminência de um ou de outro valor[38].

Assim, se não existe "valor que supere ao da pessoa humana", o predomínio do interesse coletivo (função social do direito) "não pode, nunca, sacrificar, ferir o valor da pessoa. A pessoa é, assim, *um minimun*, ao qual o

[36] REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 277.
[37] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.
[38] *Idem, ibidem*, p. 1.

Estado, ou qualquer outra instituição, ser, valor não pode ultrapassar". Concebe-se, portanto, a pessoa humana como "valor", e o correspondente princípio da dignidade humana, é absoluto, e há de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio[39].

As constituições atuais vêm aderindo à nova tendência voltada à humanização dos direitos.

A Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947 dispôs, em seu artigo 3º, inserido no espaço reservado aos princípios fundamentais, que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei"[40].

Também no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, consta que "os direitos humanos são a expressão directa da dignidade da pessoa humana, a obrigação dos Estados de assegurarem o respeito que decorre do próprio reconhecimento dessa dignidade" (*sic*). Esta definição tem as suas implicações ao nível dos direitos econômicos, sociais, culturais, indispensáveis à concretização dessa dignidade[41].

No entanto, a iniciativa considerada pioneira no sentido de concepção da dignidade humana nos moldes similares aos atuais, é a Lei Fundamental de Bonn de 23 de maio de 1949, responsável por solenizar, no seu artigo 1.1, o seguinte texto: "a dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão

---

[39] SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 1.
[40] COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1a.html>. Acesso em: 11.Nov.2006. p. 1.
[41] DIREITO português. *Op. cit.*, p. 4.

obrigados a respeitá-la e protegê-la”[42]. De acordo com a constatação de Edilson Pereira Nobre Júnior[43]:

> O preceito recolhe sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, sem olvidar o respeito aos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, propugnados pelos revolucionários franceses através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Informa ainda o autor em comento, que a Constituição portuguesa de 1976 enfatiza o princípio da dignidade humana, eis que no seu artigo 1º, enumerado como um dos princípios fundamentais daquele país, traz em seu texto que “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Da mesma forma, lembra que a Constituição da Espanha, advinda após a derrocada do franquismo, expressa que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”[44].

No Brasil, desde 1934 o constitucionalismo vem aderindo à tendência internacional, cujo ápice da garantia do princípio da dignidade humana se deu na Constituição Federal de 1988, quando manifesta expressamente em seu artigo

---

[42] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Op. cit.*, p. 1.
[43] *Idem, ibidem*, p. 1.
[44] *Ibid*, p. 1.

1º, inciso III, que Estado Democrático de Direito tem, como fundamento, a dignidade da pessoa humana.

Porém, no cenário jurídico brasileiro, antes da proteção da dignidade da pessoa humana se tornar um principio básico e fundamental, passou-se por períodos em que sequer era cogitado, como se pode ver na linha do tempo descrita abaixo, através da evolução histórica da entrada deste princípio na legislação brasileira.

O início do constitucionalismo brasileiro se deu em 1822, com a conquista da Independência do Brasil, que se estendeu até 1889, com o advento da República Federativa do Brasil, onde se firmou.

O constitucionalismo brasileiro passou por diversos estágios, como, por exemplo, o exercício da forma de Estado Federal, em substituição ao Unitarismo do Império; da forma de Governo Republicano, em substituição à Monarquia; e finalmente o sistema Presidencial de governo, em substituição ao Parlamentarismo.

No decorrer destas mudanças ocorridas no ordenamento central, conseguiu-se derrubar a visão do individualismo político, o qual não considerava o ser humano como membro integrante da sociedade, pois, não havia respeito à dignidade da pessoa humana a todos, visto que muitas pessoas não eram livres e viviam em condições sub-humanas.

No entanto, frise-se que desde os primórdios do direito brasileiro era pregado nos preâmbulos das constituições que: “[...] tendo-nos requerido os

povos deste Império [...]”[45] e “[...] nós, os representantes do povo brasileiro [...]”[46]. Só que na verdade a nomenclatura “povo” era restrita à elite social e não à todos como hoje prevê a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º[47].

1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988

Atualmente, com o advento da Constituição Federal de 1988[48] está consagrado, no sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, como um direito fundamental do cidadão, garantindo aos homens e às mulheres a igualdade de direitos e obrigações[49].

Conforme Gustavo Tepedino, a dignidade humana constitui verdadeira cláusula geral de proteção integral à pessoa, pois é fundamento da República Federativa do Brasil, na conformidade do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Como valor supremo do ordenamento jurídico brasileiro, deve

[45] Como preconizava o preâmbulo da primeira Constituição brasileira, datada de 25 de março de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I.
[46] Primeira Constituição Republicana, datada de 24 de fevereiro de 1891, que embora pregasse a idéia de soberania popular em seu preâmbulo, como ocorria na Constituição Brasileira de 1824, vinham mantendo em sua estrutura de aplicação o caráter individualista.
[47] “Artigo 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Constituição Federal de 1988).
[48] Constituição Federal de 1988 é a sétima constituição no país.
[49] Nos termos da Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I.

informar todas as relações jurídicas e está sob seu comando a legislação infraconstitucional[50].

E tal princípio é reforçado em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, como se pode visualizar, por exemplo, nos comentários dos artigos abaixo copilados:

O artigo 3º inciso I estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária;

O artigo 5º, inciso I, equipara homens e mulheres para todos os fins de direito, nos termos da Constituição; e no inciso III não permite que seja aplicado à ninguém tortura nem tratamento desumano e degradante;

O artigo 6º dispõe sobre os direitos sociais, entre eles a assistência aos desamparados;

O artigo 170 estabelece que a ordem econômica tem como fim assegurar a todos existência digna;

O artigo 193 estabelece que a ordem social tem como base o trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais;

O artigo 226, parágrafo 7º dispõe que a família tem especial proteção do Estado tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana;

---

[50] TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 47-8.

O artigo 227 estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade; e

O artigo 231 visa o respeito e a proteção digna aos índios, reconhecendo sua cultura, tradições, costumes, línguas, crenças, e direitos sobre as suas terras.

Assim, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa é a base legal e prática para o atingimento da ordem política e da paz social, independente de qualquer diferença existentes na pessoa, na família ou na sociedade.

Significa dizer que embora o Estado elabore e aplique suas leis, suas normas não podem, jamais, sobrepor a importância da dignidade da pessoa humana, seja para punir seja para garantir um direito de quem quer que seja.

No entanto, cumpre ressaltar que o objeto de análise desta pesquisa é o princípio da dignidade da pessoa humana sob o enfoque dos infantes brasileiros que são a base da sociedade, buscando assim, a permanência do Estado Democrático de Direito, aplicado desde o início da vida humana.

1.4 A Dignidade da Pessoa Humana no Direito de Família

Se a pessoa humana está no centro do universo, necessita do amparo jurídico para que seus direitos sejam respeitados. A garantia desses direitos se dá

desde o início da vida[51]; com isso, pode-se dizer que o princípio fundamental de direito constitucional, denominado “dignidade da pessoa humana”, deve ser embutido como base no direito de família, afinal, este princípio visa à proteção integral à pessoa, portanto, não pode ser negligenciado na ocorrência da dissolução da entidade familiar.

O princípio da dignidade da pessoa humana começou a ser efetivamente firmado no direito de família brasileiro, quando se concebeu a igualdade entre as pessoas, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ou seja, quando se elevou à garantia constitucional geral da igualdade exteriorizada através do princípio da isonomia, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Na Constituição Federal de 1988 são enumerados diversos artigos que tratam do princípio da isonomia, dentre eles, os que dizem respeito ao direito de família: a isonomia entre os cônjuges[52], a igualdade entre os filhos[53] e a proteção das uniões familiares, sejam estas constituídas ou não através do matrimônio[54].

---

[51] “Artigo 2º: a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (Código Civil de 2002).
[52] “Artigo 5º [...] I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (Constituição Federal de 1988)
[53] “Artigo 226 [...] parágrafo 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” (Constituição Federal de 1988).
[54] “Artigo 226 [...] parágrafo 3º: para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (Constituição Federal de 1988).

Conforme Silvana Maria Carbonera, a Constituição Federal de 1988 traçou novos destinos para a família brasileira. Nas suas palavras:

> O mais significativo efeito da metamorfose jurídica no que tange à família foi sentido com prioritária tutela da proteção à dignidade da pessoa, base comum de onde derivam todos os demais princípios que informam um ou outro ponto do direito de família[55].

Assim, a tutela da dignidade da pessoa humana, em todo o alcance desta expressão, deve ser assegurada no âmbito da família, tanto no curso das relações familiares como diante de seu rompimento, cabendo ao direito oferecer instrumentos para impedir a violação a este valor maior[56].

A família deve ser respeitada com toda a força do direito, tendo em vista que é o alicerce da sociedade, assim reconhecida pela Constituição Federal de 1988 (artigo 226), não porque é portadora de um direito superior em relação aos demais ramos do direito, mas por ser o ambiente onde se forma a pessoa humana. Conforme expressa Pietro Perlingieri:

> A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida[57].

Carlos Roberto Gonçalves ao abordar o princípio da dignidade humana no direito de família destaca que “o direito de família é o mais humano de todos os

---

[55] CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 38.
[56] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A tutela da dignidade da pessoa humana no casamento**. 11 jan., 2003. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u66402.shtml>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1.
[57] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243.

ramos do direito [...]", e é em razão disso que "[...] se torna imperativo pensar o direito de família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos direitos humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania"[58].

Ainda segundo seu pensar, todas as mudanças decorrentes da evolução do conhecimento científico, dos movimentos políticos e sociais do século XX e da globalização, transformaram a estrutura da família, trazendo novos ideais, provocando um declínio do patriarcalismo e lançando as bases de sustentação e compreensão dos direitos humanos, tudo isso "a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as instituições democráticas"[59].

A Constituição Federal de 1988 contém princípios de extrema importância na preservação da dignidade dos membros de uma família, cuja aplicação no instituto da guarda encontra-se regulamentado pelo direito de família sem seu aspecto amplo, tanto pelo Código Civil de 2002, quanto pelas leis protetivas esparsas, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente[60].

A clássica proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, foi substituída por uma tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos[61].

---

[58] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. V. VI. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.
[59] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 9.
[60] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op. cit.*, p. 1.
[61] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 9.

Como enfatiza Tânia da Silva Pereira, “não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida”, pois a família não é um elemento centralizador das manifestações religiosas, ou um ente de defesa ou assistência de seus membros contra agressões externas, ou mesmo um núcleo produtivo e reprodutivo. A família é o “*locus* privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”[62].

Ao tratar da dignidade humana no direito e família, Paulo Luiz Netto Lôbo assim se manifesta:

> [...] na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-as na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matrizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação aos filhos. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rigths*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “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-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas[63].

Portanto, cabe também aos pais a tutela do princípio da dignidade humana dos filhos, e essa obrigação se estende para depois da dissolução da sociedade conjugal, com a preservação da relação de ambos os pais com os filhos como

---

[62] PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 154.

[63] NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 24.Mar.2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>. Acesso em: 30.Nov.2006. p. 1.

havia anteriormente a separação. Afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana, no que tange o direito de família, deve ser assegurado tanto no curso da relação conjugal como em sua ruptura.

2 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Gênese do Direito de Família no Brasil

A origem do direito de família brasileiro reside, principalmente, no direito canônico e no direito português que, por sua vez, "sempre tiveram suas arestas direcionadas para o casamento como formação legítima de família", representado o direito português, sobretudo, pelos costumes que os lusitanos trouxeram para o Brasil com seus colonizadores[64].

Pelo direito canônico, a família é considerada instituição criada por Deus, gerando união indissolúvel, cuja finalidade, além dos deveres matrimoniais, envolvia a procriação[65].

Por essa razão, o sistema jurídico brasileiro, desde sua origem, mesmo reconhecida a existência do concubinato como fato social incontornável, sempre se mostrou extremamente resistente à outorga de efeitos positivos à relação extramatrimonial[66].

Para Orlando Gomes, "dentre os fatores influenciadores dos costumes familiares estão a religião e a moral, que conseqüentemente estão refletidos na

---

[64] CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **A união estável e o novo Código Civil**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3083>. Acesso em: 11.Nov.2006. p. 1.
[65] SCHWERTNER, Vera Maria. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.rj.apase.org.br/14007-guardacomp.htm>. Acesso em: 11.Nov.2006. p. 1.
[66] CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

legislação que o Estado dita para regular a composição da família e as relações que dela provém". O direito de família brasileiro sempre foi norteado pelas concepções religiosas e éticas do catolicismo, muito embora atualmente venha se afastando deste conceito. Enquanto direito regendo ações humanas, a ordenação jurídica da família reflete idéias morais e costumes predominantes na sociedade para a qual se elaboram costumes e idéias. A família brasileira, antes da Constituição Federal de 1988, era constituída pelo casamento[67].

Até a Proclamação da República, somente a família imperial mereceu atenção da Constituição Política do Império do Brasil (artigos 105 a 115)[68]. Era válido somente o casamento religioso realizado perante a Igreja, segundo as normas do Concilio Tridentino. Permaneceu a competência exclusiva da religião para regular as condições e a forma do casamento e para julgar a validade do ato.

A primeira Constituição republicana (1891) limitou-se a declarar que "a República só reconhece o casamento civil cuja celebração será gratuita" (artigo 72, parágrafo 4º), criando polêmica, em decorrência da anterior legitimidade do casamento religioso, quando a Igreja Católica estava unida ao Estado, durante o Império. Mais tarde, em 1950, através da Lei nº 1.110 de 23 de maio, o

[67] GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 32.
[68] SOARES, Orlando. **Comentário à Constituição Federativa do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 723.

casamento religioso acabou recebendo efeitos civis, desde que satisfeitas certas formalidades[69].

Mesmo assim, somente o casamento criava a família legítima, e apenas esta vinha acobertada pela proteção do Estado. Exemplo disso está no Código Civil de 1916, que fazia referência apenas ao concubinato adulterino[70], com a finalidade única de condená-lo. No entanto, essa limitação de direitos não era apenas decorrente de convicção ideológica e política, mas também refletia a orientação moral da época, ainda sob influências de valores religiosos que repudiavam o concubinato, mesmo o considerado "puro", enquanto forma de constituição de família[71].

A Constituição de 1934, embora não tenha fugido a essa regra, passou a considerar a família como um organismo social e jurídico, e, cinco anos mais tarde, estabelece-se a Comissão Nacional de Proteção à Família, pelo Decreto-Lei nº 1.764 de 1939. Em seguida foram regulados os aspectos eugênicos, morais e patrimoniais da família, pelo Decreto-Lei nº 3.200 de 1941. Contudo, foi tão somente com a Lei nº 4.121 de 1962 (Estatuto da Mulher Casada) que a mulher deixou de ser considerada relativamente incapaz[72].

---

[69] SOARES, Orlando. *Op. cit.*, pp. 723-4.
[70] Por exemplo, o "artigo 1.177: a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal" (Código Civil de 1916).
[71] CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 3.
[72] SOARES, Orlando. *Op. cit.*, p. 724.

A Constituição de 1967, mantendo a tradição, afirmava que a proteção do Estado só alcançava a família constituída pelo casamento formal (artigo 167, parágrafo 1º), procedimento mantido pela Emenda Constitucional nº 1 de 196. Com a Emenda Constitucional nº 9 de 1977, o divórcio foi instituído no Brasil (nova redação do artigo 175, parágrafo 1º, da Constituição de 1967). A família de fato, até então, sempre foi ignorada pelas constituições brasileiras[73].

A Lei nº 6.515 de 1977 ampliou as possibilidades de extinção do casamento por fatores diversos do adultério e da morte, através da introdução das normas referentes ao divórcio[74].

Aos poucos, diversas leis infraconstitucionais foram sendo criadas, que, embora timidamente, de uma forma ou outra concediam direitos patrimoniais à companheira, como, por exemplo, a Lei nº 8.971 de 1994, que dispõe sobre alimentos e sucessão entre companheiros e a Lei nº 9.278 de 1996, que estabelece os direitos e deveres de ambos, demonstrando o avanço do instituto da união estável.

Assim, a maior tolerância social às então chamadas “uniões livres” tornou paulatinamente possível o estabelecimento de direitos patrimoniais em benefício da companheira, tendo finalmente o reconhecimento das chamadas “uniões estáveis” ocorrido com a Constituição Federal de 1988.

---

[73] SANTOS, Giselda Maria Scalon Seixas. **União estável e alimentos**. São Paulo: Editora de Direito, 1996. pp. 56-7.
[74] CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 3.

forma igualitária, tanto pelo homem quanto pela mulher, ao invés do anterior "pátrio poder", que considerava o homem o chefe da família.

Ainda, determina que "o casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do civil, equipara-se a este, desde que inscrito em registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração" (o artigo 1.512) e denomina de "matrimônio" o casamento religioso e de "casamento" o ato civil.

Por fim, em atendimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, não mais se utiliza a expressão "casamento legítimo", aceitando, a par do casamento, a união estável como entidade familiar legítima.

Atualmente, o casamento é um instituto jurídico regido pelo direito de família, nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, e consiste num negócio jurídico (contrato), com a finalidade de promover a união de um homem e uma mulher, de acordo com a lei, para regular suas relações sexuais, cuidarem dos filhos comuns e prestarem assistência mútua[92].

[92] LISBOA, Roberto Senise. *Op. cit*., pp. 44 e ss.

2.3.2 Família Mononuclear ou Monoparental

No conceito atual de família, o elemento “afeto” é a razão de sua própria existência, responsável e indispensável para a sua formação, visibilidade e continuidade, desdobrando-se na solidariedade, companheirismo e respeito.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, parágrafo 4º, denomina família monoparental aquela constituída em torno do pai (paternocêntrica) ou em torno da mãe (maternocêntrica), ou seja, organizada por um dois pais e seus descendentes, sem a participação do outro genitor[93].

Um dos exemplos mais comuns é o caso das mães solteiras. Cada vez um número maior de mulheres vive só por opção, mas sem abrir mão da maternidade, até como forma de realização pessoal. Outro exemplo ocorre quando, após a separação, o pai assume a guarda dos filhos menores e a mãe conserva o direito de visita.

A doutrina brasileira chama de “família monoparental” aquela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, na entidade familiar em que o pai ou a mãe vive com o filho ou filha sem que haja uma relação afetiva ou um casamento com o outro (exemplo: mãe solteira)[94].

---

[93] ESTEVES, Antônio Joaquim. **A família numa sociedade em mudança**. Set.1990 e out.1991. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/artigo3051.pdf#search=%22fam%C3%ADla%20paternoc%C3%AAntrica%20ou%22>. Acesso em: 11.Nov.2006. p. 81.

[94] SANTOS, Magda Raquel Guimarães Ferreira dos. **Mãe solteira ou pai solteiro**: quando a família é formada apenas por um dos pais e o filho. Disponível em: <http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20dos%20Especialistas/df-08-04.htm>. Acesso em: 19.Set.2006. p. 1.

A constituição Federal de 1988 reconhece que “a mãe ou o pai solteiro, viúvo separado ou divorciado que vive com o seu filho ou filha é uma família com direitos e deveres assegurados por lei como outra qualquer”[95].

No entanto, essa acepção aconteceu a partir da Constituição Federal de 1988, porque antes dela concebia-se a família formada pelo casamento de um homem e uma mulher, ou seja, pessoas não casadas não eram consideradas família.

Segundo Magda Raquel Guimarães Ferreira dos Santos:

> O fato do direito reconhecer duas pessoas como uma família faz diferença em algumas situações, como por exemplo, no reconhecimento do bem de família. O imóvel que a família reside é um bem de família que deve ser preservado e não pode ser penhorado, exceto quando a pessoa é fiadora em contrato de locação[96].

Em suma, o direito brasileiro em vigor não faz diferença entre a família monoparental e a família constituída pelo casamento.

2.3.3 União Estável

O constituinte de 1988 preferiu a expressão “união estável” em substituição ao vocábulo “concubinato puro” e substitui os termos “concubino” e “concubina” por “companheiros[97]” (a Lei nº 9.278 de 1996 utiliza a

[95] SANTOS, Magda Raquel Guimarães Ferreira dos. *Op. cit.,* p. 1.
[96] *Idem, ibidem,* p. 1.
[97] Por exemplo: “artigo 53 [...] inciso III: em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior” e “artigo 201 [...] inciso V: pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no parágrafo 2º” (todos da Constituição Federal de 1988).

nomenclatura “conviventes”)[98] Todavia, permanece a palavra “concubinato” e os termos “concubina” e “concubino” para significar “relação furtiva, passageira, não duradoura”, ou seja, o anterior “concubinato impuro”[99].

A união estável uma das espécies de “entidade familiar”, definida como “aquela existente entre pessoas desimpedidas, que não mantenham relação concubinária ou de casamento, que tenham objetivo de construir família e que também não estejam enquadrados naqueles impedimentos do casamento”[100].

Por sua vez, o concubinato não é considerada pela lei uma entidade familiar, e não recebe o amparo do direito de família, no entanto, é tutelado pelo direito em relação aos filhos e para se evitar enriquecimento ilícito no momento da dissolução de uma relação concubinária.

O concubinato pode ser adulterino, incestuoso ou desleal, como, respectivamente, o de um homem casado, que mantenha paralelamente ao seu lar, outro de fato; o de um pai com sua filha; e o de um concubino formando um outro concubinato.

Para Edgard de Moura Bittencourt ocorre concubinato quando houver impedimento legal que impossibilite oficializar a união. Muito embora a doutrina classifique, em geral, o concubinato apenas com adulterino e

---

[98] “Artigo 2º: são direitos e deveres iguais dos conviventes: [...]” (Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996).

[99] Para este estudo utilizam-se os termos “companheiro”, “companheira” e “companheiros”, a exemplo da Constituição Federal de 1988.

[100] SAEGER, Fernandes de Carvalho. **União estável e o novo Código Civil**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6197>. Acesso em: 11.Nov.2006. p. 1.

incestuoso, existem situações que não se encaixam nessas formas. Trata-se do concubinato dirimente ou impeditiva, que não encerra uma oposição à forma, mas uma situação especial que carece de uma solução de continuidade, diferentemente do que ocorre com o concubinato adulterino e o incestuoso[101].

As uniões adulterinas e as incestuosas nunca foram toleradas pelo direito, inclusive porque até a edição da Lei 11.106⁄05, o adultério era crime (art. 240 do Código Penal). No entanto, configura uma situação de vida que quando dissolvida pode acarretar feitos que devem receber a tutela do direito.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, houve uma alteração na nomenclatura empregada às modalidades de concubinato. O concubinato puro passou a ser chamado de "união estável", tendo sido elevado ao *status* de entidade familiar, restando o termo "concubinato" para todas as modalidades de concubinato impuro, conforme se depreende da análise do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, combinado com o artigo 1.723, *caput* e parágrafo 1º e artigo 1.727, ambos do Código Civil de 2002[102].

Em relação aos filhos, tema de interesse deste estudo que tem como tema especifico a guarda do infante, cumpre ressaltar que os filhos são equiparados

---

[101] BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**: família natural, direitos da concubina, investigação da paternidade, guarda de filhos, acidentes do trabalho e previdência, outros efeitos da união livre. 5. ed. São Paulo: LEUD, 1985. pp. 24 e 28.

[102] QUADROS, Tiago de Almeida. **O princípio da monogamia e o concubinato adulterino**. 23.Ago.2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614>. Acesso em: 11.Nov.2006. p. 1.

para todos os fins de direito, sejam estes advindos da família tradicional ou da família moderna "liberal", como estipula o artigo 226 parágrafos[103] 3º e 5ºda Constituição Federal de 1988, o qual foi dedicado à relação de parentalidade entre pais e filhos advindos de uniões estáveis e deixa claro que as obrigações são mútuas e igualitárias entre ambos os progenitores.

Em seqüência a este dispositivo legal vale citar o parágrafo 6º do artigo 227[104] do mesmo ordenamento jurídico, o qual equipara os filhos para todos os fins de direitos admitidos.

E com estes respaldos legais que garantem a equiparação de direitos (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I) entre homens e mulheres, vem sendo estendido à proteção legal da família como um todo para a valorização individual de seus membros em separado e de igual forma, amparando assim, o princípio da dignidade humana em cada um.

Conclui-se que a responsabilidade na criação dos filhos são de ambos os genitores, como foi determinado em 1988 pela Constituição Federal em seu artigo 229[105].

---

[103] "Artigo 226: [...] Parágrafo 3º: para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento; [...] Parágrafo 5º: direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (Constituição Federal de 1988).

[104] "Artigo 226: [...] Parágrafo 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" (Constituição Federal de 1988).

[105] "Artigo 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" (Constituição Federal de 1988).

Portando, as obrigações e deveres sobre os filhos são responsabilidade dos pais, bastando para tamto, a simples comprovação de filiação, independente da comprovação de sociedade conjugal.

2.4 Ruptura Conjugal e Ruptura Parental

O exposto até aqui evidencia a importância da família no corpo da sociedade, pois essa é responsável por gerar, formar e por vezes transformar uma pessoa, a qual, certamente viverá em sociedade exteriorizando seus aprendizados em família.

Por isso, é importante ter em mente que a ruptura conjugal, cessa os deveres apenas em relação ao ex-conjuge ou ex-companheiro(a), mantendo-se, sempre, a relação de parentalidade, seja qual for o tipo de guarda a ser adotado.

Essa preocupação voltada à ruptura conjugal e a ruptura parental, implicando na guarda dos filhos, assumiu maior relevância no contexto brasileiro depois da edição da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que passou a regular o instituto jurídico do divórcio que com ele trouxe debate em torno da guarda de filhos menores, eis que a ruptura conjugal "interfere tanto na comunicação entre cada um dos genitores e seus filhos como no aspecto econômico de todo grupo familiar"[106].

[106] GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: quem melhor para decidir a respeito? Disponível em: <http://www.apase.org.br/81005-gcquemmelhor.htm>. Acesso em: 15.Nov.2006. p. 1.

Enquanto a entidade familiar permanece unida, a criança desfruta da presença constante do pai e da mãe. Via de regra, ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida conjunta e igualitariamente pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel secundário (visita, alimentos e fiscalização)[107].

Porém, pelo princípio da dignidade humana, a questão deve ser analisada incluindo-se todos os interessados, menores e cada um de seus pais, para que a solução dada seja aquela que mais beneficie os filhos, mas também contemple os pais, a fim de que nenhum deles negligencie a criação e a educação dos filhos. “A ruptura conjugal, estabelecendo uma nova situação fática no ciclo familiar, afeta diretamente a vida dos filhos menores, porque modifica um de seus subsistemas, o parental”[108].

No entendimento Cleber Affonso Angeluci sobre o tema em estudo:

> A atribuição da guarda dividida ou exclusiva a um dos ascendentes, gerando ao outro o direito de visitas, não condiz mais com a realidade da sociedade atual, além de não garantir à criança o pleno desenvolvimento de sua personalidade, contrariando o princípio da dignidade humana. Apesar disso, a legislação pátria não dispõe expressamente a respeito do estabelecimento da guarda compartilhada. A doutrina fundamenta a possibilidade de sua instituição no texto do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, se houver consentimento dos pais. Em casos litigiosos, a decisão fica a critério do juiz, sempre pautada no melhor interesse da criança[109].

---

[107] GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. cit.,* p. 1.
[108] *Idem, ibidem,* p. 1.
[109] ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo**: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *In:* Revista CEJ, Brasília, nº 33, pp. 43-53, abr./jun. 2006. p. 48.

Cumpre reforçar, que a continuidade do convívio do infante com ambos os progenitores é indispensável para seu desenvolvimento emocional e conseqüentemente sociológico de forma saudável.

Muito embora tenha havido significativo progresso na seara do direito de família, especialmente nas questões relativas à separação conjugal e a situação dos filhos menores, não é incomum, ainda hoje, encontrar casos em que:

> [...] se pretende manter a criança como simples objeto a exibir o melhor direito do guardião, o que acaba por reduzir o papel dos pais na educação dos filhos, uma vez extinta a sociedade conjugal, a um feixe de prerrogativas e poderes a serem ostentados, exigidos e confrontados, a cada controvérsia envolvendo o destino da prole - verdadeiro duelo entre proprietários ciosos de seus confins.

É tradicional, no Brasil, a tendência de conceder a guarda a um dos genitores, onde geralmente a preferência é dada à mãe e resta ao pai os direitos de visitas, nos moldes de finais de semanas alternados, no qual favorece o paulatino afastamento do pai na relação com o filho, com grandes desvantagens para ambos, principalmente à criança.

Essa situação é reforçada pelo texto do artigo do artigo 1.584 do Código Civil de 2002 que define a guarda “[...] a quem revelar melhores condições para exercê-la”. Essa guarda dividida ou exclusiva, no entendimento de Cleber Affonso Angeluci não garante o desenvolvimento da criança e não defere aos pais tratamento de igualdade, pois, segundo seu pensamento, como a própria redação do artigo 1.589 estabelece, aquele privado da guarda dos 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", conferindo-lhe, portanto, um tratamento de coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos[110].

Essa imposição legal, além de ferir o direito à igualdade humana reconhecido na Constituição Federal de 1988, atribui a quem foi privado da guarda do infante apenas o direito de visita, devendo inclusive submeter-se muitas vezes às regras e determinações traçadas pelo detentor da guarda, e isso com um grau de maior prejuízo porque este tem o respaldo legal, podendo submeter o outro aos seus caprichos e, quando não, ao distanciamento dos filhos.

Nas palavras de Cleber Affonso Angeluci, tal comportamento é de todo prejudicial, eis que:

> [...] acarreta severos traumas à família desconstituída. O afastamento das pessoas configura, nesse contexto, o primeiro passo para a extinção dos vínculos sentimentais até então existentes, transformando o afeto positivo em negativo, o amor em ódio. No centro desse tormento, crianças em formação devem merecer o zelo necessário para que as desventuras não lhes impossibilitem o crescimento e a conquista da dignidade[111].

Ademais, conforme Raquel Pacheco Ribeiro de Souza:

> [...] não há nenhuma presunção legal de que a mãe é mais qualificada do que o pai para exercer a guarda das crianças. Ademais, é essencial a presença diuturna e vigilante de ambos os pais no período de formação da personalidade de seus filhos, transmitindo-lhes valores e preservando os laços de afetividade que apenas o convívio alimenta[112].

É importante ter em linha de conta que a ruptura conjugal cessam o casamento ou a união estável ou seus efeitos, porém não aniquilam a família,

---

[110] ANGELUCI, Cleber Affonso. *Op. cit.*, p. 48.
[111] *Idem, ibidem*, p. 48.
[112] SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **A tirania do guardião**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/11605-atirania.htm>. Acesso em: 24.Nov.2006. p. 1.

devendo haver ajustes para propiciar o desenvolvimento dos menores envolvidos em tais circunstâncias, visando sempre o interesse das crianças, concebidos esses como “direito à dignidade humana” em sua acepção amplíssima.

Com base neste pensamento, concebe-se que depois da ruptura conjugal a família se transforma e não se dissolve, pois o vínculo entre pais e filhos deve ser eterno, e independe da existência da sociedade conjugal para sua permanência.

No entanto, uma vez ocorrida à dissolução da entidade familiar ou até mesmo havendo o simples nascimento com vida de uma criança que não terá uma família tradicionalmente unida, conhecida por muitos como aquela reunida na mesma residência ou aquela concebida através do matrimônio, impõe-se aos responsáveis que regulamentem a guarda e o direito de visitas ao infante.

O objetivo da regulamentação de visitas é permitir que ambos os genitores mantenham contato com o infante, o que o ajudará a formar seu caráter e ter o senso de família mesmo com a convivência diária prejudicada.

Nas palavras de Raquel Pacheco Ribeiro de Souza:

> Compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos menores, circunstância que não se altera com a separação. Assim, na qualidade de titular do poder familiar o não-guardião é co-responsável pela formação integral do filho, tendo muitos outros deveres a cumprir, além do de sustento. Já é hora de ser respeitado o direito que os filhos possuem de desfrutar de um espaço psicofísico com cada um de seus pais. No cenário da organização familiar moderna não há mais lugar para o genitor espectador, visitante de finais de semana, pagador de pensão alimentícia e fiscal do guardião. Mesmo depois da separação, a criação dos filhos é peça a ser

> tocada a quatro mãos. Aqueles que a isso se negam ferem a ética das relações de família e fazem por desmerecer os filhos que têm[113].

Em suma, conclui-se que a ruptura conjugal e a ruptura parental são duas situações diferenciadas. Pode-se romper uma relação conjugal, porém, a relação parental sempre existirá, pois ambos sempre serão pai e mãe de seus filhos. Tendo em vista que a criança precisa do afeto do pai e da mãe para desenvolver-se nos meandros do princípio da dignidade humana, impõe-se aos pais conjugalmente separados que mantenham a relação parental efetiva, permanecendo unidos em tudo o que for necessário ao atendimento dos interesses dos filhos.

[113] SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 1.

3 DA GUARDA DOS FILHOS

3.1 Conceito de Guarda de Filhos

Primeiramente cumpre estabelecer o significado da palavra “guarda” e a expressão “guarda de filhos”. Veja-se como de Plácido e Silva[114] define tais expressões:

> Guarda: derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que se formou o francês *garde*, pela substituição pelo W em G, é empregado em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração. [...] Guarda de Filhos: é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil [...].

A guarda dos filhos cabe a ambos os genitores, sem preferência, salvo a hipótese de estes viverem em lares distintos, caso em que a guarda poderá ser exercida por apenas um, sob a observância do melhor interesse do infante, e resguardando ao outro o direito de visitas.

Pode-se dizer que os institutos da guarda de filhos e do poder familiar são “independentes, porém, harmônicos entre si”, já que a guarda, em tese, corresponde ao poder-dever dos pais de manter os filhos no recesso do lar enquanto infantes, e o poder familiar diz respeito ao conjunto de obrigações dos pais para a criação do menor, independente de residirem juntos.

---

[114] SILVA, De Plácido e. *Op. cit.*, p. 365.

Segismundo Gontijo define a guarda de filhos como um complexo de direitos e obrigações recíprocas, ao dizer que, no sentido jurídico, a "guarda":

> [...] é o ato ou efeito de guardar e de resguardar o filho enquanto infante, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere (infante de dezesseis anos) ou, se púbere (maior de dezesseis e infante de vinte e um[115] anos) de assisti-lo, agir conjuntamente com ele em situações ocorrentes [...]. A guarda é inerente ao pátrio-poder [poder familiar], compartilhado por ambos os genitores enquanto conviventes: numa separação quem perde a guarda não perde o pátrio poder [poder familiar], mas seu exercício efetivo, na prática, é do genitor guardião, o do outro permanece latente, sem prejuízo de fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos[116].

Assim, para um melhor entendimento, pode-se substituir a nomenclatura "poder" por "dever", tendo em vista que estes "poderes-deveres" constituem uma gama de responsabilidade dos pais para com seus filhos infantes.

É importante, ainda, lembrar que tais "deveres", inseridos em ambos os institutos são impostos para serem exercidos, sobretudo visando o melhor para a criação do menor, já que a dissolução conjugal não pode atingir a relação paterno-filial.

As próprias normas de poder familiar têm caráter protetivo à criança e ao adolescente, ou seja, visam seu melhor interesse. Significa dizer que num eventual conflito entre os direitos de poder familiar entre os pais, ou entre eles e o melhor interesse da criança, este sempre prevalece. Sabe-se que os pais dirigem a educação dos seus filhos, mas incumbe ao Estado assegurar que tal diretriz não seja desvirtuada, a ponto de prejudicar a formação moral das

---

[115] Hoje, a maioridade civil é adquirida aos dezoito anos, portanto cessa o poder familiar aos dezoito.
[116] GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filhos**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono44.html>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1.

crianças. Quando algum dos pais, que não tem a guarda do filho, divergir da orientação educacional ou de vigilância imposta ao filho, incumbe levar o caso ao Poder Judiciário, que decidirá à vista dos interesses do menor (artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Cabe ao Estado, portanto, promover, seja em relação às crianças, aos jovens ou aos demais membros da referida entidade, inclusive os idosos, projetos sociais que estimulem a preservação dos vínculos familiares[117].

O primeiro modelo de guarda surge com o nascimento do infante, e é a conhecida "guarda comum ou originária", a qual advém do vínculo familiar comum originado pela união matrimonial ou a estável. Tal modalidade de guarda é considerada a forma natural, onde ambos os progenitores exercem juntos todos os poderes e deveres inerentes ao poder familiar, concebido a partir do novo conceito de "poder-dever" limitado pela "necessidade e interesse dos filhos".

No entanto, com a cisão da guarda e o não acordo entre os pais sobre a guarda do menor, será necessário recorrer à guarda judicial, a qual será determinada pelo judiciário, que analisará caso a caso a fim de manter a melhor conveniência para o infante, estipulando o modelo e o titular da guarda adequados ao caso.

No cenário jurídico brasileiro, não há um modelo de guarda que deva primeiramente ser adotado, mas certamente aquele que não ficar com a guarda

[117] SILVA PEREIRA, Tânia da. *Op. cit.*,p. 156.

terá o direito da “guarda indireta” que é exercida através do regime de visitas, onde se dá para fiscalizar a guarda exercida pelo detentor, e verificando seu descumprimento poderá solicitar a modificação a qualquer tempo.

Ressalte-se que para escolha ou determinação de qualquer uma das modalidades de guarda, deve-se ter em mente o melhor interesse do infante e não a simples conveniência dos pais.

Para tanto, é preciso achar uma forma harmônica, entre estes, para que permita ao infante desfrutar da companhia de ambos os pais, sem perder seu referencial de moradia.

Afinal, o vínculo afetivo da relação familiar, contempla dentre outras, o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto dos pais como dos filhos, já que diversos estudos já comprovaram a importância da função parental na formação da pessoa.

3.2 Evolução da Guarda

De modo amplo, pode-se dizer que o direito contemporâneo da família teve grande influência, nas bases, do direito romano, o qual era dominado pela família patriarcal, isto é, o pai era o chefe da casa e tinha o poder de decidir sobre a vida, a morte ou a venda de um filho.

Porém, não se pode abster em dizer que o tema “guarda de filhos” funda-se apenas no direito romano, pois com a busca da modernidade, tal instituto

acabou por se veicular no direito natural, onde foi colocado um fim no modelo clássico de família, e os pais perderam o poder absoluto sobre os filhos.

Como visto no capítulo anterior, nos primórdios, a base da família sempre foi o casamento, porém, com advento da modernidade o casamento deixou de ser a única forma de constituir uma família, situação social que exigiu da lei tratamento isonômico entre homens e mulheres, que culminou na revogação do artigo 240 do Código Penal que dispunha sobre o adultério; a possibilidade de ser o casamento dissolvido com a validade do divórcio, e inúmeras outras modificações, que de certo modo acabou por fragilizar o instituto da família.

Com toda esta transformação em torno da sociedade, a legitimação da filiação passou a ter outras fontes que não o casamento. Assim, a determinação do titular da autoridade exercida sobre o infante foi substituída da autoridade marital para a conjugal, o que corresponde à autoridade parental[118], ou seja, aquela pertencente ao pai e a mãe conjuntamente.

A guarda tem por finalidade deixar o menor amparado para sua criação, seja pelos pais, seja por uma instituição ou por terceiros. No entanto, ao longo das décadas, o processo de evolução da guarda passou por grandes metamorfoses na sociedade brasileira e, conseqüentemente, na legislação.

118 “[...] o exercício da autoridade parental diz respeito à relação que há entre pais e filhos” (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 222).

Cumpre ressaltar que a evolução legal da guarda não conseguiu acompanhar a evolução da sociedade, na criação e extinção de laços familiares, como se pode visualizar em sua evolução abaixo relatada.

No âmbito social, por volta da década de trinta e meados de quarenta, a sociedade brasileira era puramente machista, na qual somente o homem possuía atividades laborativas, logo, era o único detentor econômico, e, portanto, a guarda tendia a ele sob a alegação que este poderia atender as necessidades financeiras do menor.

Após a revolução industrial, a mulher passou a ter a figura materna mais valorizada e o encargo de gerir a vida do menor, após a dissolução conjugal passou a tender a esta, mesmo sem ter a atividade laboral equiparada a do homem, pois o varão tinha o dever de alimentar o infante.

A partir da metade do século de XX os valores da sociedade brasileira sofreram uma metamorfose muito grande, onde se começou a equiparar o homem e a mulher, e esta passou a entrar de forma definitiva e aceita por toda a sociedade, no mercado de trabalho.

Assim, hoje, a figura frágil da mulher perdeu o valor, passando esta a ser tida, muitas vezes, como arrimo de família e os homens, em contrapartida, mantiveram seu espaço no mercado de trabalho e vem ganhando terreno para a equiparação na determinação da guarda, já que ambos os genitores, além de possuírem atividades laborais, desejam se relacionar por mais tempo com a prole.

Com estas mudanças no seio da sociedade brasileira, estão sendo idealizadas novas modalidades de guarda e projetos de leis que visam o convívio em família por parte dos filhos, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal de seus pais, ou seja, todo arcabouço doutrinário e legal caminha no sentido da manutenção, na amplitude necessário aos interesses do menor, da relação parental.

No aspecto legislativo, o instituto da guarda sofreu transformações desde a dissolução do casamento, ou de qualquer outra forma de sociedade conjugal e de formação da família, trazidas pelo Código Civil de 2002, bem como, pelas mudanças ocorridas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Essa previsão foi feita por Noberto Bobbio:

> [...] o direito do homem [...] são direitos históricos, ou seja, nascem em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas [...]. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem - que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. [...] Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre - com relação aos poderes constituídos - apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios[119].

Assim, ao que tange a proteção do infante, o ordenamento jurídico vem buscando a proteção dos princípios constitucionais fundamentais de direitos e deveres inerentes à dignidade da pessoa, tanto física como moral, a fim de

---

[119] BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: *Campus*, 1992. p. 05.

garantir às crianças brasileiras, condições dignas de cidadãos, desde cedo, considerando seus direitos pessoais e sociais.

Indiscutivelmente, tanto o ordenamento civil[120] anterior, como o vigente, prevêem a sujeição ao poder familiar (antes pátrio poder) em relação aos infantes para com seus pais até que estes adquiram sua maioridade civil (antes aos vinte e um anos e atualmente aos dezoito anos de idade).

Porém, numa visão mais moderna, vista já do final da regulamentação do Código Civil de 1916, era certo que após a separação dos genitores os filhos ficariam sob a guarda da mãe, salvo situações excepcionais. Já no atual ordenamento a guarda passou a ser atribuída ao cônjuge que tiver melhores condições de exercê-la.

Destaca-se que a expressão "melhores condições" para se exercer a guarda nada tem a ver com a falta de recursos, pois o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente já previu tal acontecimento definindo sua solução no artigo 23 parágrafo único, ao dispor o que segue:

> Artigo 23: a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder. Parágrafo Único: Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977), ao determinar no artigo 27[121] que a dissolução judicial da sociedade conjugal não

[120] Vejam-se artigo 379 do Código Civil de 1916 e artigo 1.630 do Código Civil de 2002.
[121] "Artigo 27: o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. O novo casamento de qualquer dos pais ou de ambos também não importará restrição a esses direitos e deveres" (Lei do Divórcio).

modifica a responsabilidade dos pais na criação dos filhos, apenas vem reafirmar a plausibilidade do exercício da “guarda conjunta” na legislação e reforçar o fato da ruptura conjugal não poder se estender à relação paterno-filial.

No entanto, a primeira regra do direito brasileiro que regulamentou expressamente o destino da guarda dos filhos decorrente de pais não conviventes ocorreu no artigo 90[122] do Decreto nº 181 de 1890, que regulamentou o casamento civil na fase da República, na qual também concedia à viúva o “pátrio poder” sobre os filhos do casal, salvo hipóteses desta constituir novas núpcias, caso em que era nomeado um tutor para o filho infante, o que não ocorre mais nos dias de hoje, já que a o cônjuge bínubo não perde mais o pátrio poder, como previsto pelo Decreto Lei nº 3.725 de 15 de janeiro de 1919, salvo se comprovado que o infante não é tratado convenientemente pelos genitores e seu atual companheiro.

Esta previsão foi ratificada no Código Civil de 1916, o qual, previa no artigo 325 e seguintes[123], que após a separação os filhos ficariam com a mãe, se esta não desse causa a dissolução da sociedade conjugal. Mas, com a revogação do Código Civil de 1916, ficou estabelecido pelo Código Civil de 2002, que a

[122] “Artigo 90: a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e infantes ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre” (Decreto nº 181 de 1890).

[123] “Artigo 325: no caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”. Artigo 326: sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. Parágrafo 1º: se ambos os cônjuges foram culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles” (Código Civil de 1916).

determinação da guarda dos filhos na falta de acordo amigável entre as partes será atribuída ao genitor que revelar ter melhores condições[124] para garantir uma saudável criação ao infante, ao tratar da proteção da pessoa dos filhos em seus artigos 1.583 e 1.584.

No primeiro artigo supra citado, o legislador civil repetiu o texto trazido pelo artigo 325 do Código Civil de 1916, apenas acrescentando a hipótese da dissolução ocorrer em qualquer vínculo conjugal.

No artigo 1.584 do Código Civil de 2002 trata-se da disposição sobre a hipótese de não haver concordância entre os cônjuges acerca do exercício da guarda, extinguiu-se o direito prioritário antes deferido à mãe, ficando assim, a atribuição da guarda destinada ao cônjuge que melhor demonstrar condições de exercê-la, resguardado, no entanto o melhor interesse do infante, como prevê a nova redação dos citados artigos[125]. Neste sentido vem sendo o entendimento dos tribunais brasileiros[126], que tem que ter em tese o melhor interesse do menor, na fundamentação de suas decisões que envolvam estes.

---

[124] No artigo 1.584, a expressão "melhores condições" referente ao exercício da guarda, significa atender melhor ao interesse da criança, como cita Theotonio Negrão em nota de rodapé do Código Civil de 2002 - Enunciado 102 do Centro de Estudos Judiciários - CEJ.

[125] "Artigo 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" (Código Civil de 2002). "Artigo 1584: 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" (Código Civil de 2002).

[126] "Filhos. Guarda e posse. Interpretação legal. Prioridade. Cuidando-se de guarda e posse de crianças e adolescentes, as decisões referentes aos menores não devem guardar, inclusive por determinação legal, uma aplicação extremamente dogmática e fria. Em primeiro lugar, deve-se observar que situação é mais vantajosa para a criança" (BRASIL, Jurisprudência. **Ap. nº 47702-9-Paripiranga**. Ac. unân. da 4ª Câm. Cív. Tribunal de Justiça da Bahia. Relator Desembargador Paulo Furtado. Julgado em 24 de março de 1999. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-236521748>. Acesso em: 15.Nov.2006. p. 1).

Assim, procurando zelar pelo bem estar do infante em detrimento da velocidade das mudanças sociológicas que vêm acarretando a desestruturalização das famílias brasileiras, o direito de família vem tendo que se socorrer nas intervenções doutrinárias e jurisprudenciais, que trataram de ampliar as hipóteses de fixação do regime de guarda de filhos.

Esta amplitude de novos modelos de guardas, é o resultado da busca para regulamentação do princípio da dignidade da pessoa humana nos membros da família, devido à existência do surgimento de novas modalidades de constituições e dissoluções de famílias na sociedade brasileira, bem como em decorrência da equiparação de direitos e deveres entre os sexos, conquistados pelas feministas.

Afinal, cumpre ressaltar que a matéria envolvendo a guarda de filhos diz respeito ao poder familiar e não ao vínculo existente entre os genitores.

Assim, o Código Civil de 2002 procurou abordar a proteção da pessoa dos filhos, e embora não tenha inovado modalidades de guarda, trouxe a luz para a doutrina e a jurisprudência criá-las, com a simples substituição da nomenclatura do antigo “pátrio poder”, por “poder familiar”, o qual hoje é exercido em igualdade de condições por ambos os pais que demonstrarem ter boa idoneidade e sejam capazes para tal encargo.

Cumpre citar o parecer de Rodrigo da Cunha Pereira, acerca do princípio da igualdade de condições por ambos os genitores, o qual definiu, em seu estudo, “igualdade conjugal”, concebendo-a como um princípio, pois, “não

apenas se revela como diretiva essencial da aplicação do direito, mas igualmente da produção do direito”[127].

Além disso, o fato da separação, seja esta judicial, de fato, ou ainda o divórcio, nada podem interferir neste instituto que visa sempre o bem estar do infante e não da autoridade parental, pois, como visto, a dissolução ocorre na sociedade conjugal e não há o que se falar em dissolução “filial”.

3.3 As Inovações Trazidas pelo Código Civil Brasileiro de 2002

O Código Civil de 2002, atendendo aos primados constitucionais, trouxe para o direito civil o reconhecimento de igualdade entre os sexos, tanto requerido pelos movimentos feministas e que na prática há muito tempo já vinha sendo exercido, tendo em vista a realidade da sociedade brasileira que há muito se modificou.

Hoje há quase um tratamento igualitários entre os sexos; diga-se “quase” tendo em vista ter sido abolido do ordenamento jurídico anterior a submissão exercida pela mulher em relação ao marido e em contrapartida, a igualdade torna os cônjuges igualmente aptos para a condução do lar conjugal, porém, lhes retira alguns benefícios.

---

[127] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 223.

No que concerne ao direito igualitário tão requerido pelas mulheres em relação ao tema deste trabalho, ou seja, sobre a guarda dos filhos, pode-se dizer que o atual ordenamento jurídico lhes retira alguns benefícios como, por exemplo, o favorecimento que o ordenamento anterior concedia à mãe em relação à guarda de filhos, visto que na atual legislação o princípio básico para escolha de a quem será deferida a guarda é àquele que revelar melhores condições para exercê-la.

O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406 de 2002) substituiu a expressão do Código Civil de 1916 “pátrio poder” por “poder familiar”, apagando a aparência da exclusiva titularidade do pai como detentor de todas as responsabilidades, direitos e obrigações para com os filhos. Tal mudança legislativa é o reflexo da realidade dos novos tempos como já havia “previsto” a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso I, ao equiparar homens e mulheres em todos os direitos e obrigações.

Assim, o novo modelo denominado “poder familiar”, apenas estendeu este princípio constitucional à família, deixando as obrigações equiparadas a ambos os genitores, ou seja, passou a concepção da paternidade responsável, ser vista e aplicada dentro da modernidade que as famílias estão sendo formadas e criadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990 em seu artigo 21, também deixa clara a relação de igualdade entre os pais:

> Artigo 21: o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a Legislação Civil, assegurado a qualquer deles o direito de em caso de discordância, recorrer à autoridade

> judiciária competente para a solução da divergência" (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nesta linha evolutiva, o artigo 1.567[128] do Código Civil de 2002 suprimindo a versão do código revogado que afirmava taxativamente em seu artigo 233 que o marido era o chefe da sociedade conjugal e a mulher era apenas sua colaboradora, equiparou as obrigações de ambos os genitores.

O instituto do poder familiar[129] vem evoluindo incessantemente devido à modernidade da sociedade brasileira e, por conseqüência, vem sofrendo algumas alterações decorrentes dos princípios constitucionais atingidos.

O instituto em questão teve a mudança em sua nomenclatura, de pátrio poder[130] para poder familiar, na revogação do Código Civil de 1916, pois antes, o poder "dever" sobre o filho era de responsabilidade do pai com a mera colaboração da mãe, enquanto hoje, com o advento da igualdade entre os sexos, amparados por Constituição Federal de 1988[131], o poder "dever" passou a ser exercido em igualdade de direitos entre ambos os genitores.

---

[128] "Artigo 1.567: a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos" (Código Civil de 2002).

[129] "Pátrio poder" e "poder familiar", expressões utilizadas respectivamente pelo Código Civil de 1916 e 2002.

[130] Pois, assim previa o ordenamento jurídico de 1916: "artigo 380: durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo 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" (Código Civil de 1916).

[131] O artigo 5º, inciso I e o artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, estabelecem a igualdade de direitos entre homens e mulheres de forma explícita.

Assim, este poder "dever" não mais se refere a um poder exercido exclusivamente pelo pai, pois se trata de uma conduta de proteção, orientação e acompanhamento de ambos os pais para com seus filhos.

Dessa forma, qualquer ato jurídico que envolva o exercício do poder familiar deve conter a anuência do pai e da mãe, salvo na falta de um ou de outro, caso em que o responsável presente exercerá com exclusividade, ou sem concordância de ambos os pais, poderão recorrer ao judiciário.

Em contrapartida, a revogação do dispositivo em tela veio cumprir o mandamento constitucional que prevê a igualdade dos direitos e deveres concernentes aos pais na criação dos filhos, no artigo 1.631, parágrafo único do Código Civil de 2002[132].

Aqui é importante esclarecer, tendo como fundamentação teórica à doutrina de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka[133], a concepção de "pátrio poder" e "poder familiar", já que o instituto da guarda, normalmente, decorre do poder familiar (com exceções da guarda institucional ou por terceiros). A princípio parece que ocorreu uma substituição de nomenclatura, ou seja, de "pátrio poder" exercido pelo pai na família patriarcal, para o "poder

[132] "Artigo 1.631: durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único: Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo" (Código Civil de 2002).

[133] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Jun.2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>. Acesso em: 04.Dez.2006. pp. 1-2.

familiar", exercido pelo pai e pela mãe, na entidade familiar ou família constitucionalizada.

Porém, o que aconteceu foi uma mudança de paradigmas na relação pais/filhos. O "pátrio poder" fundava-se numa acepção de dependência e subordinação dos filhos em relação ao pai. Nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

> Se a família, nessa concepção clássica e reiteradamente patriarcal, foi tida como uma relação de poder praticamente despótico, cujo *pater* era o detentor exclusivo ou principal de todo o poder de decisão quanto à liberdade e o destino dos integrantes da família, então os filhos estiveram, certamente, numa posição muito próxima à escravidão: sua dependência física, material e moral foi eternamente a causa do seu dever incessante de obediência. [...] Vale dizer: na concepção antiga e tradicional de família, o *pater* tinha obrigações, mas tinha também poder suficiente para arbitrar *quais* seriam essas obrigações, já que era senhor de suas mulheres e de seus filhos[134].

Na acepção contemporânea, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. A autora em comento enfatiza que:

> [...] ser chefe de família continuou significando deter um poder privilegiado e amplo, mas que já não é mais um poder superior à capacidade, cada vez mais visível, dos outros integrantes da família. A modernidade abre espaço para uma transformação lenta, mas radical, na concepção de família, já que investe pela primeira vez [...] na idéia de igualdade entre homem e mulher quanto à capacidade para chefiar a família.

O "pátrio poder" sempre foi exercido pelos pais como dominação sobre os filhos. Pressupunha, de acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, "algo semelhante à antiga concepção da subordinação da mulher ao homem: ela

---

[134] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. *Op. cit.*, p. 1.

é devida segundo a natureza. Ela é devida porque à parte dominada na relação é mais fraca, é mais débil. Numa palavra, é dependente da outra"[135].

Já o "poder familiar" baseia-se no fundamento de que a autoridade dos pais existe somente enquanto corresponde a uma obrigação de prover o sustento e a formação, "definida cada vez mais pelas necessidades dos filhos e cada vez menos pelos arbítrios dos pais". A autoridade dos pais (poder familiar) funda-se na sua responsabilidade para garantir segurança aos filhos, ou seja, "o índice a determinar se a relação entre pais e filhos é uma relação entre formadores mútuos ou entre inimigos mútuos é, especialmente, a necessidade dos filhos"[136].

O poder familiar consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total da idéia antiga e maximamente patriarcal de "pátrio poder". Hoje a "compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar"[137].

Outra situação importante envolvendo "poder familiar" diz respeito à sua titularidade. Conforme Denise Damo Comel:

> Embora a locução "poder familiar" possa dar a entender que no pólo ativo se incluiriam outros integrantes da família, além dos pais, tal interpretação não se afigura correta. Primeiro, pela própria natureza do poder familiar, estabelecido em virtude do vínculo da paternidade e maternidade. Depois, porque eventual inclusão de terceiro não encontra qualquer amparo no ordenamento jurídico vigente, pois certo é que tanto as normas da Constituição Federal de 1988, quanto às do Código Civil de 2002, não se

[135] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 1.
[136] *Idem, ibidem,* p. 1.
[137] *Ibid,* p. 1.

> compatibilizam com esse entendimento. A propósito, a Constituição Federal de 1988 estabelece serem "os pais" que têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (artigo 229). De outra banda, o *caput* do artigo 1.634, do Código Civil de 2002, preceitua que o exercício do poder familiar compete "aos pais". Ainda, o artigo 1.635, inciso I, do Código Civil de 2002, prescreve que se extingue o poder familiar pela morte "dos pais", ou o *caput* do artigo 1.638, que pune com a perda do poder familiar apenas "o pai ou a mãe". Assim, então, o poder familiar tem como titulares, no pólo ativo, o pai e a mãe, e lhes é privativo[138].

Prossegue, dispondo que:

> Por sua vez, a sujeição ativa ao poder familiar independe do estado dos pais, a despeito do contido na primeira parte do caput do artigo 1.631 do Código Civil: "durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais [...]". Aliás, a redação desta primeira parte do artigo se afigura adaptação grosseira e não refletida do revogado artigo 380, do Código Civil de 1916, substituída, apenas, a expressão "pátrio poder" por poder familiar, e incluída a união estável. A toda evidência, não parece ter sido acertado colocar, nas disposições gerais sobre o poder familiar e já no segundo artigo, que o poder familiar compete aos pais durante o casamento e a união estável[139].

A autora em tese argumenta, ainda, que:

> Se a própria Constituição Federal de 1988, também o Código Civil de 2002, concebem outras formas de constituição de família que não apenas a oriunda do matrimônio e da união estável, se o artigo anterior do próprio Código estabelece que os filhos menores (sem qualquer distinção, ou seja, todo e qualquer filho) estão sujeitos ao poder familiar, enfim, se todos os filhos são iguais em direitos e obrigações, havidos ou não da relação de casamento (Constituição Federal de 1988, artigo 227, parágrafo 6º), não poderia, de modo algum, ter o legislador estabelecido como disposição geral, e em primeiro plano, que ele compete aos pais durante o casamento e a união estável[140].

E sugere, ao final, a "supressão de parte do texto do *caput* do artigo 1.631, do Código Civil de 2002, para que fique apenas "compete o poder familiar aos pais", mantidos os demais termos que se seguem ao ponto e vírgula"[141].

---

[138] COMEL, Denise Damo. **Poder familiar**: titularidade - inconstitucionalidade da primeira parte do *caput* do artigo 1.631 do Código Civil. 05.Jun.2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5414>. Acesso em: 04.Dez.2006. p. 1.
[139] *Idem, ibidem,* p. 1.
[140] *Ibid,* p. 1.
[141] *Ibid,* p. 1.

Portanto, o poder familiar é exclusivo dos pais, cujo exercício se dá nos limites dos interesses dos filhos, e o instituto da guarda é um complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e a mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse do bem estar da família e do filho infante.

Maria Helena Diniz[142] define poder familiar como:

> [...] um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e os bens do filho menor, não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Este poder "dever", referente ao poder familiar exercido pelos pais na criação dos filhos, perdura até a maioridade dos mesmos, (antes vinte e um e hoje dezoito anos), independente de ocorrer à ruptura conjugal neste ínterim, tendo em vista a legislação brasileira adotar a gestão bipartida[143] dos interesses dos filhos infantes para com os seus genitores, ou seja, ambos os pais são os representantes legais dos filhos.

Agora, tendo em vista a família ser o berço da sociedade brasileira, o ordenamento jurídico não pode ficar estático, vez que o mundo está constantemente em evolução.

Seguindo essa linha evolutiva, conforme Raquel Pacheco Ribeiro de Souza, está em tramitação na Câmara Federal, o Projeto de Lei nº 6.937 de 2006, que objetiva tornar criminosa a conduta do guardião que muda de

---

[142] DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.,* p. p. 475.
[143] Artigo 5º, inciso I e artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal de 1988.

domicílio sem avisar previamente o outro genitor ou a justiça. O fato poderá ensejar também a perda do exercício da guarda[144].

Informa a autora em comento que no Distrito Federal, em razão da Lei nº 3.849 de 2006, todas as instituições de ensino fundamental e médio passaram a ser obrigadas a encaminhar a ambos os pais, guardiões ou não, as informações referentes à vida escolar dos filhos[145].

Ao analisar a referida Lei, Denise Damo Comel assim se manifesta:

> É aqui que se afigura louvável a Lei nº 3.849/06, do Distrito Federal, na medida em que, em seu artigo 1º, abre a possibilidade de um novo espaço à relação paterno-filial, legitimando a incursão do pai não-guardião na vida do filho fora dos momentos da visita (que, de regra, são bastante restritos e rigorosamente controlados), independentemente de intervenção judicial ou de autorização do pai guardião, favorecendo e estimulando o pai não-guardião a tomar parte, de modo ativo e continuado, de todo o processo de ensino e aprendizagem a que o filho é submetido na escola, elemento de extrema importância à construção da personalidade do filho[146].

Destaca, também, o texto do artigo 2º da referida Lei, que permite o pleno acesso ao pai não-guardião às instalações físicas da escola, bem como aos projetos pedagógicos, quando se sabe que, muitas vezes, o pai guardião chega a proibir expressamente o ingresso do outro pai na escola, inclusive o contato dele com o filho no local, ordem que, de regra, é obedecida pela escola. E finaliza:

> Merece aplausos o Legislador do Distrito Federal - que inclusive superou veto do Governador do Estado - pela norma inovadora e salutar, que seguramente vai reverter em benefício de inúmeras crianças e adolescentes privados da convivência com um dos pais sem maiores questionamentos ou cautelas, assegurando a eles, ao menos no âmbito escolar, senão a possibilidade de efetivo apoio e envolvimento de ambos os pais, ao menos a riqueza e a alegria da presença deles (pais) na escola, favorecendo o melhor

---

[144] SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 1.
[145] *Idem, ibidem*, p. 1.
[146] COMEL, Denise Damo. **O poder familiar e a inovadora Lei nº 3.849/06, do Distrito Federal**. 07.Jun.2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8477>. Acesso em: 04.Dez.2006. p. 1.

> desempenho das funções inerentes ao poder familiar e no manifesto interesse do filho[147].

Raquel Pacheco Ribeiro de Souza segue esse pensamento ao expor que "são bem-vindas as inovações, já que certamente irão contribuir para o esclarecimento da significação do instituto da guarda", eis que "o Código Civil de 2002 não reservou tratamento isolado para a guarda, a ela fazendo menção apenas em situações pontuais, tornando confuso o entendimento das regras que lhe são pertinentes"[148].

Lembra que embora a guarda seja exercida unilateralmente, o poder familiar cabe a ambos os genitores, casados ou não. Nas suas palavras:

> É comum assistirmos a um verdadeiro vilipêndio da essência do poder familiar quando o guardião monopoliza em suas mãos as decisões que dizem respeito à vida dos filhos, recusando a participação do não-guardião nessa tarefa. O filho, já abalado pela separação dos pais, vê-se ainda mais prejudicado, diante do sentimento de vazio e de abandono causado pelo afastamento do não-guardião. A ruptura, embora dolorida para os filhos, poderia ser muito melhor vivenciada se os genitores continuassem a ser pais e mães, de forma efetiva, apesar da separação. O maior sofrimento da criança não advém da separação em si, mas do conflito, e do fato de se ver abruptamente privada do convívio com um de seus genitores, apenas porque o casamento deles fracassou. Os filhos são cruelmente penalizados pela imaturidade dos pais quando estes não sabem separar a morte conjugal da vida parental, atrelando o modo de viver dos filhos ao tipo de relação que eles, pais, conseguirão estabelecer entre si, pós-ruptura[149].

Nesse contexto, se os pais tiverem equilíbrio suficiente para manter um diálogo construtivo, os filhos estarão protegidos, caso contrário, acabarão por se tornar artilharia de um cônjuge contra o outro. É o que acontece no das Varas de Família, de acordo com Raquel Pacheco Ribeiro de Souza, ao constatar que:

> [...] poucos genitores não-guardiões conseguem manter hígidos os vínculos afetivos com seus filhos, depois de uma separação conflituosa. Muitas vezes

---

147 COMEL, Denise Damo. *Op. cit.*, p. 1.
148 SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 1.
149 *Idem, ibidem*, p. 1.

> porque as mães, quase sempre guardiãs das crianças, criam empecilhos ao convívio dos filhos com seus genitores, favorecendo um distanciamento que, com o passar do tempo, gera um fosso intransponível entre eles. Outras vezes porque os próprios pais parecem se demitir da função paternal, agindo como se fossem desprezíveis e inúteis, aceitando como verdadeiro o mito de que as mulheres sempre são privilegiadas quando o assunto é a guarda dos filhos[150].

Parece que o legislador vem tentando adequar o direito aos primados constitucionais. Porém, as inovações trazidas com o ordenamento civil e legislações infraconstitucionais, não devem ser vistas isoladamente no núcleo do direito, devem sim, ser reconhecidas e exercidas no cotidiano da vida em sociedade, sobre a qual fundam-se as normas do direito.

3.4 Modalidades de Guarda de Filhos

3.4.1 Aspectos Gerais

Como visto, a guarda cabe a ambos os genitores do infante enquanto conviventes, desde que não seja contestada sua idoneidade moral, bem como o poder familiar, mas este perdura independente da convivência diária com o menor.

Havendo a cisão da família, seja pela dissolução da sociedade conjugal ou outra forma qualquer, que não permita o convívio de ambos os pais na mesma residência que os filhos, e não havendo acordo mútuo entre os progenitores

[150] SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 1.

acerca de quem ficará com a companhia diária e conseqüente responsabilidade de manter a guarda do infante sob seus cuidados, ocorre o surgimento da “guarda judicial”.

Este tipo de determinação de guarda vem a ser a deferida pelo magistrado, que deve se ater em assegurar o bem estar e o interesse do infante sob todos os ângulos, visando para tanto o princípio da dignidade da pessoa, principalmente a do infante.

No ordenamento jurídico brasileiro, não existe uma regra pré-estabelecida para que o magistrado determine com quem ficará a guarda do filho infante, bem como não proíbe nenhuma modalidade, podendo ser acordada pelo casal ou determinada pelo juiz, da maneira que melhor convier para cada caso, desde que sempre esteja em tela resguardado o interesse do infante, concebido aqui dentro do conceito de dignidade humana.

Dessa forma, para preservar o interesse do infante, o direito está tendo que se moldar à modernização e aos costumes da sociedade dentro dos diferentes tipos de formação de família existentes, o que vem desencadeando diversas formas de guarda.

Estas modalidades de guarda, em síntese, apenas diferenciam as formas de exercê-la, porém, cumpre lembrar que na falta de acordo mútuo entre os genitores, confere-se ao juiz a missão de escolher entre as soluções que lhe são apresentadas, a modalidade entre qualquer das hipóteses abaixo enumeradas, aquela que melhor resguardar os interesses do infante.

3.4.2 Guarda Comum, Natural ou Originária

Cumpre salientar que aos filhos é garantido o direito de guarda por seus pais, desde que estes não tenham nada que os desabonem na mantença do poder familiar, e isto, independente do modelo de união conjugal de seus pais, seja esta advinda do casamento válido, nulo ou anulável, seja através da união estável, e até mesmo do concubinato, afinal, não pode haver qualquer distinção de filhos e estes têm o direito de serem criados no seio de sua família.

Assim, dentro de qualquer modalidade de constituição de família, a guarda comum é, em tese, natural, ou seja, é aquela exercida em igualdade de condições na constância da união conjugal, que consiste na convivência e comunicação diária entre os pais e os filhos, integrando-se completamente ao poder familiar, vez que o conceito de guarda alia-se ao de responsabilidade (poder familiar).

No entanto, sua origem não é judicial nem legal e sim meramente natural, decorrente do poder familiar e resultante do vínculo de filiação, motivo pelo qual o exercício se dá em igualdade de condições, tendo em vista o preceito constitucional de igualdade entre homens e mulheres, enfatizado no artigo 226 parágrafo 5º, que estabelece que os direitos e deveres da sociedade conjugal deverão ser exercidos em igualdade tanto pelo homem como pela mulher.

Portanto, as relações paterno-filiais que se estabeleçam não devem se alterar com as situações que venham a ocorrer na convivência conjugal[151].

3.4.3 Guarda de Fato

É a modalidade de guarda caracterizada como sendo aquela em que uma pessoa, por sua vontade própria, fica responsável por um infante, sem qualquer atribuição legal ou judicial.

A guarda de fato é muito comum nas famílias carentes brasileiras, na qual algum parente, ou até mesmo pessoas estranhas à família, assumem a criação do infante, sem antes requerer a regularização da mesma por determinação judicial.

O "titular" da guarda de fato, não possui nenhum direito de autoridade, este apenas cumpre com as obrigações de assistência e educação referente ao infante que consigo se encontra.

No entanto, a guarda de fato gera direitos reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, apesar de não haver nenhuma atribuição judicial ou legal (emanada do poder familiar, reconhecida aos pais ou tutores) para sua ocorrência.

Para a regularização da guarda de fato, basta apenas à concordância dos pais biológicos, a recomendação do laudo social no sentido de aferir as reais

[151] Como prevê os artigos 1631, 1632 do Código Civil de 2002 e o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

condições em que vive o infante, tendo em vista sua concessão ter a condição de zelar pelos interesses do infante.

Para tanto, haverá a interferência do curador de infantes, e através de parecer, caberá ao juiz proferir a decisão atribuindo a guarda definitiva aos pretendentes e atuais detentores da guarda de fato, tendo como benefício à inclusão do infante na previdência social dos mesmos, como seu dependente.

3.4.4 Guarda Provisória e Definitiva

Os termos aqui utilizados para o exercício da guarda, “provisória e definitiva” são, na verdade, um paradoxo, tendo em vista ser considerada como definitiva a guarda determinada e homologada por decisão judicial, mas cumpre ressaltar que a mesma pode ser modificada a qualquer momento.

A guarda provisória e a definitiva nada mais fazem do que expressar o modelo de guarda que está sendo imposto, imposição esta que pode ser alterada a qualquer tempo, visto que o que regula a guarda é a cláusula *rebus sic stantibus*[152], já que sua concessão não faz coisa julgada material.

Na concessão da chamada “guarda provisória”, visando detectar o bem-estar do infante, leva-se em consideração sua rotina, a opinião da família e de

[152] Manutenção das coisas no estado que se encontram (assim estando as coisas).

pessoas que convivam com estes, e em alguns casos, ainda, até mesmo o próprio depoimento do infante.

Pode, também, servir de meios de prova para comprovar a justa e melhor concessão da guarda, até mesmo o depoimento de um profissional de outras ciências como um psicólogo, por exemplo, que esteja acompanhando o infante, o que poderá ajudar a avaliar as circunstâncias do melhor para sua criação.

3.4.5 Guarda Alternada

A modalidade de guarda alternada difere da guarda compartilhada e é muito criticada pelos juristas, que acreditam ser prejudicial à formação da personalidade do infante, bem como de seus valores e padrões de vida.

Nesta modalidade, ambos os genitores detém a guarda do filho segundo um esquema pré-estabelecido, cujos papéis se invertem de acordo com a inversão da guarda, ficando o infante em períodos[153] distintos e pré-determinados com cada um dos pais, que em seu período assumem todos os atributos próprios da guarda.

Tal modalidade é criticada porque tanto os juristas como psicólogos acreditam que a criança vira um "ioiô"[154], o que pode vir a provocar no infante uma grande instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal

[153] Período este que pode ser de uma semana, um mês, um ano.
[154] "Ioiô" é um brinquedo constituído de uma bobina ou carretel a que se enrola um cordel e se dá um movimento de rotação.

desenvolvimento devido a repetidas quebras na continuidade das relações afetivas advindas do elevado número de separações e reaproximações de seu educador.

Ressalte-se que a criança, neste tipo de guarda, estabelece residência nas duas casas e por conseqüente terá dois modos e ritmos de vida diferentes. A modalidade alternada mais utilizada no ordenamento jurídico[155] brasileiro é a alternância de final de semana.

3.4.6 Guarda Compartilhada ou Conjunta

Há muita confusão entre “guarda alternada” e “guarda compartilhada”, porém ambas são distintas, tendo em vista que a primeira se caracteriza pela possibilidade de cada um dos pais deterem a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo pré-estabelecido, enquanto a segunda é um dos meios de exercício da autoridade parental em que os pais dividem a responsabilidade legal sobre o infante, sendo que esse tem residência física única.

---

[155] “Menor. Guarda alternada. Direito de visita. Técnica. No exame da guarda de menor o escopo da justiça de bem decidir fixa-se exclusivamente nos interesses do menor - sua segurança, seu bem-estar. O direito de visitas em fins de semana alternados é, hoje, de técnica mais moderna e salutar, posto que não é justa, recomendável e psicológica, a obrigação de convivência laboral semanal com o menor apenas para um dos pais, enquanto o outro fica com a convivência do descanso e do lazer exclusivamente” (BRASIL, Jurisprudência. **Agr. 19.611/3-Betim**. Ac. da 4ª Câm. Cív. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator Francisco Figueiredo. Publicado no DJ de 12 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-467774282>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1).

Na primeira modalidade, como visto, o infante estabelece duas residências, passando metade do tempo na casa do pai e a outra metade na casa da mãe, enquanto na segunda modalidade denominada “guarda conjunta”, o infante tem uma vida uniresidêncial, ou seja, o infante firma domicílio no lar de um dos genitores, mas em contrapartida terá seu lugar na residência do outro, porém os dias e horários que os pais ficarão com o infante são combinados com mais maleabilidade entre as partes.

Assim, na guarda compartilhada, ambos os genitores têm a chance de conviver com os filhos, já que esta consiste na situação jurídica em que ambos os pais, residentes em lares separados, possam conservar mutuamente o direito de guarda e responsabilidade do filho, alternando em períodos pré-determinados, sua posse, tendo em vista que a dissolução ou a inexistência se dá em relação à sociedade conjugal e não a situação parental.

O presidente da Associação de Pais Separados do Brasil - APASE, Carlos Roberto Bonato, comenta que o Código Civil de 2002 procura visar o bem estar do infante no que confere os dispositivos, dizendo que “é um avanço, mas ainda não deixa claro o que é melhor para o filho. Isso pode manter o foco nos pais. Na guarda compartilhada o foco de atenção é a criança”[156].

Ao tratar do tema, Silvana Maria Carbonera entende que a guarda compartilhada compreende o universo de responsabilidades relacionadas aos

[156] BONATO, Carlos Roberto. **O direito de ter pai e mãe**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/16032-crescer.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1.

filhos com o propósito em atender o melhor interesse da criança e do adolescente. Nas suas palavras:

> Seu conteúdo transcende a questão da localização espacial do filho, pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta. Pai e mãe deverão existir como referenciais, embora possam estar morando em casas diferentes[157].

No entanto, deve-se optar pela guarda compartilhada apenas os genitores que tenham discernimento em distinguir a ruptura conjugal da criação dos filhos, para isto, é necessário uma boa relação de mútuo respeito e consideração entre os pais e desde que não haja conflitos em relação à forma de educação dos filhos, bem como, uma aceitação de diálogo amigável em relação à criação do filho comum.

Assim, embora caiba a custódia física dos filhos a um progenitor, ao outro caberá o livre acesso às crianças, em consonância com as regras estipuladas entre o detentor da guarda e o visitante, ou seja, a essência da guarda compartilhada ou conjunta é a permanência do exercício da autoridade parental, onde os pais tentam manter os vínculos da relação com seus filhos, após a dissolução conjugal.

Esse modelo de guarda proporciona maior contato da criança com ambos os pais, além de não sobrecarregar apenas um dos genitores na árdua tarefa de formar um ser humano pleno.

---

[157] CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit.*, p. 150.

Porém, essa modalidade de guarda traz pontos positivos e negativos tanto para os pais quanto para os filhos. Veja-se como são enumerados por Guilmanie[158] esses benefícios e malefícios da guarda compartilhada:

a) vantagens para os filhos

> Propicia acesso a ambos os pais; reduz sentimento de perda e abandono; diminui a pressão sobre a criança, que não terá que escolher entre um e o outro; será mais fácil falar "tchau" para o pai ou para mãe; elimina os conflitos de lealdade; garante a manutenção de relações e ligações com as duas famílias e os avós maternos e paternos; expõe os filhos a especificidade de cada um dos pais; e garante a permanência dos cuidados parentais.

b) desvantagens para os filhos

> Acarreta mudanças de estilo de vida, que podem tornar-se motivo de conflitos entre os pais; ocasiona problemas de adaptação nos dois lares e a estilos de vida diferentes; acarreta contatos interrompidos entre um e outro; os filhos se sentem em trânsito entre os dois lares; favorece a manipulação por parte dos filhos; e leva a esperança de reconciliação por parte dos filhos em relação a seus pais.

c) vantagens para os pais

> Proporciona uma percepção mais realista das necessidades dos filhos; favorece a implicação do pai não guardião; ressalta a estima perante os pais; favorece a qualidade da relação entre pais e filhos; favorece a divisão de responsabilidades parentais; proporciona maior segurança para os pais e oferece oportunidades de crescimento; e encoraja a tomada de decisão comum e reduz os recursos nos Tribunais.

d) desvantagens para os pais

> Favorece a manipulação por parte dos filhos; implica em contatos freqüentes entre os ex-conjugês; implica problemas práticos e despesas adicionais; implica problemas de horários e organização da vida; favorece a intromissão na vida privada de cada um dos cônjuges; favorece problemas de comunicação entre os pais; e demanda muita energia e esforços para as constantes adaptações. Por exemplo: um período com as crianças e outros sem ela.

---

[158] GUILMANIE, 1991. *Apud* ÁVILA, Eliedite Mattos. **Mediação familiar**: formação de base. Mai.2004. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/institucional/ mediacaofamiliar/apostila.pdf>. Acesso em: 13.Jun.2006. p. 1.

Cumpre salientar que já há decisões acerca de guarda compartilhada nos tribunais brasileiros[159] e no âmbito legislativo, já foram elaborados dois projetos de lei (Projeto de Lei nº 6.315 de 2002 e Projeto de Lei nº 6.350 de 2002) acerca da guarda compartilhada que acabaram apensados visto possuírem a mesma proposta em sua essência e tramitam hoje no Congresso Nacional.

Tais projetos visam instituir a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, definindo-a e estabelecendo os casos em que será possível aplicá-la, propiciando assim, a facilitação da vida de pais separados que têm filhos em comum, acabando em tese com a hora marcada para as visitas e agilizando os trâmites legais para a mudança de casa de um genitor para outro, respeitando, em princípio, a opção do infante.

Lembra-se aqui, que o estado trocado é o da residência, pois nesta modalidade de guarda, os pais a exercem conjuntamente, então não há o que se falar em perda do referencial de parentalidade, tanto pregado nas demais modalidades de guarda. Assim, a guarda compartilhada frustra a idéia da simples obrigação alimentar e algumas horas de visitas pelo genitor que não convive na mesma residência que o infante, pois tal modelo de guarda visa

---

[159] "Guarda de menor compartilhada. Alimentos. Direito de visita a filho. Provimento parcial guarda compartilhada. Cuidados. Menor, nascido aos 23 de dezembro de 1998, não mais necessita dos cuidados especiais, inerentes aos de poucos meses de vida. Visita. Imprescindível, nos primeiros anos de vida do filho, a presença do pai, por meio de visitas regulares, ensejando-lhe estabilidade e delineamento satisfatório da personalidade, nada justificando contato rápido que não possibilita mínimo de convivência. Agravo provido parcialmente (MCT)" (BRASIL, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 2000.002.06792**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ely Barbosa. Julgado em 08 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-456343080>. Acesso em: em 14.Nov.2006. p. 1).

dividir mutuamente as responsabilidades dos pais para com os filhos em todas as esferas da vida do infante, desde a sustentação material até a formação social e educacional da criança.

Cumpre reforçar assim, que nos projetos de leis em questão, a guarda dos filhos após a separação conjugal, fica dividida igualmente entre o pai e mãe e o princípio norteador à não ser perdido pelos filhos é o referencial dos pais e não o da moradia.

Os projetos ainda prevêem a nomeação de uma equipe interdisciplinar composta por um psicólogo, um assistente social e um pedagogo, para subsidiar o juiz na decisão; caso não seja possível a formação desta equipe, o magistrado será auxiliado pelo conselho tutelar de sua jurisdição.

Em suma, a proposta do Projeto de Lei n° 6.350 de 2002[160] visa o acréscimo de um parágrafo ao artigo 1.583 e a revogação do 1.584 do Código Civil de 2002 dando uma definição à guarda compartilhada, estabelecendo ainda os casos em que será possível empregá-la, após a ruptura conjugal, seja esta amigável ou litigiosa[161].

---

[160] Protocolado em 24 de janeiro de 2002, pelo Deputado Tilden Santiago, por iniciativa das Associações Brasileiras.

[161] Projeto de Lei nº 6.350 de 2002 visa à revogação do artigo 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, para a seguinte redação. Parágrafo 1º: o juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada. Parágrafo 2º: guarda compartilhada é o sistema de co-responsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar. Artigo 1.584: declarada a separação judicial, ou o divórcio, ou separação de fato, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança. Parágrafo 1º: a guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre o melhor interesse da criança (Projeto de Lei n° 6.350 de 2002).

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 6.315 de 2002[162] tem por escopo homologar a guarda compartilhada após a ruptura conjugal amigável, dando ao artigo 1.584[163] nova redação após a sua validação, mas como em todos os casos será sempre analisado o melhor interesse do menor.

Assim, após a aprovação e compilação dos projetos de leis supra citados para a implantação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, o projeto de lei manteve o número 6.350 de 2002[164], e foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça pela Comissão de Seguridade Social e Família e foi recentemente aprovado pelo Congresso Nacional (junho de 2006) com o seguinte texto:

O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º: esta lei institui a possibilidade de guarda compartilhada dos filhos menores pelos pais em caso de separação judicial ou divorcio; artigo 2º: o artigo 1.583 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

> Artigo 1.583: [...]. Parágrafo 1º: na audiência de conciliação, o juiz explicará para as partes o significado da guarda compartilhada, incentivando a adoção desse sistema. Parágrafo 2º: guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização dos pais dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar para garantir a guarda material, educacional, social e de bem-estar dos filhos. Parágrafo 3º: os termos do sistema de guarda compartilhada

[162] Protocolado em 18 de março de pelo Deputado Feu Rosa.

[163] Projeto de Lei nº 6.315 de 2002 prevê nova redação ao artigo 1.584 do Código Civil de 2002, ficando assim: declarada a separação judicial ou o divórcio, ou ocorrendo a separação de fato, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá o sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja essa possibilidade, será a guarda atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

[164] Identificação no Senado: Número na origem: Projeto de Lei nº 6.350 de 2002. Autor: Deputado: Tilden Santiago. Situação em 06 de junho de 2006: Aguardando Designação do Relator (após quatro anos e dois meses de avaliação e trâmite). Sendo aprovação pelo Senado, o Projeto de Lei seguirá para a sanção do presidente da República.

> consensual deverão ser estabelecidos de acordo com as regras definidas pelos pais (NR[165]).

Artigo 3º: o *caput* do artigo 1.584 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos 2º e 3º, renumerando-se o atual parágrafo único para parágrafo 1º:

> Artigo 1.594: decretada a separação judicial ou o divórcio sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, ela será atribuída segundo o interesse dos filhos, incluído, sempre que possível, o sistema da guarda compartilhada. Parágrafo 1º: Parágrafo 2º: deverá ser nomeado equipe interdisciplinar composta de psicólogo, assistente social e pedagogo, que encaminhará relatório com informações psicossociais dos pais e da criança, incorporada a sugestão dos pais, objetivando subsidiar o juiz, nos termos do acordo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias. Parágrafo 3º: na impossibilidade do cumprimento do disposto no parágrafo 2º deste artigo, o Judiciário utilizar-se-á do conselho tutelar relacionado com aquela jurisdição para emitir relatório psicossocial, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias (NR).

Artigo 4º: esta lei entra em vigor na data de sua publicação[166].

3.4.7 Guarda Monoparental

Modelo de guarda também conhecido como “guarda singular, exclusiva e única”, mas para alguns é tida como “guarda dividida”, tendo em vista ser considerado o direito a visita, mesmo de forma restrita, um modelo de guarda secundária.

A palavra “monoparental” no sentido literal da língua portuguesa, significa “que tem a presença de apenas um dos progenitores”[167]. Apesar de no

---

[165] NR: nova redação.
[166] BRASIL, Legislativo. **Diário do Senado Federal**. Quarta-feira, 7 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/06062006/19137.pdf>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1.
[167] LÍNGUA Portuguesa *on-line*. **Monoparental**. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em: 13.Jun.2006. p. 1.

sistema jurídico vigente no Brasil não existir um modelo de guarda que o magistrado deva primeiramente adotar, esta é a modalidade mais exercida na sociedade brasileira.

Tal modalidade proporciona o direito à convivência diária com a prole a um dos pais, limitando ao outro, geralmente este é o pai, o papel secundário na criação dos filhos, ao qual é estipulada uma pensão alimentícia e um convívio restrito, muitas vezes aos finais de semana, ainda assim, com horários pré-determinados, alguns feriados e parte das férias.

Este "modelo" de guarda, normalmente atribuído à mãe a preferência[168] de deter a guarda exclusiva do filho, reserva ao pai o direito de visitas a ser acordado entre as partes ou, na impossibilidade de acordo, o juiz verificará cada caso determinando que sejam feitas dentro da conformidade a ele apresentadas, visando, no entanto, o bem estar do infante e o contato mútuo com ambos os genitores.

No entanto, tal modelo acaba acarretando conseqüências negativas ao convívio familiar, assim, tem-se procurado distinguir o conceito "guarda" do conceito "custódia".

Não se pode equiparar a guarda monoparental, como sendo aquela proveniente da presença real de apenas um de seus progenitores com a presença física. Pois tendo o infante pai e mãe, a decisão dos moldes de sua criação

[168] Preferência pelo costume e não legal, já que os direitos e obrigações foram equiparados entre homem e mulher.

cabem aos dois, por isso a importância de haver um diálogo amigável entre os cônjuges, no que se refere à criação da prole.

3.4.8 Guarda para Fim Específico

O pedido de guarda pode ainda ser feito somente para representar o infante em um ato individualizado, caso haja necessidade passageira, que é a denominada “guarda para fim específico”.

Como exemplo de finalidade desta modalidade cita-se sua utilização para: efetuar a matrícula em uma escola, o acompanhamento para tirar documentos como o Registro Geral e Carteira de Trabalho, bem como para acompanhar um tratamento de saúde em estabelecimentos próprios.

3.4.9 Aninhamento[169] ou Nidação[170]

Neste modelo de exercício da guarda, os filhos possuem uma vida uniresidencial, é a conhecida, “guarda legal conjunta”, na qual, os pais revezam

[169] APASE - Associação de Pais e Mães Separados (orgs). **Guarda compartilhada**: aspectos psicológicos e jurídicos. 2005. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>. Acesso em: 16.Jun.2006. p. 1.

[170] A origem da palavra “nidação” vem do latim que significa fazer ninho. No dicionário virtual Priberam significa fenômeno pelo qual se faz a fixação do ovo fecundado num ponto da mucosa uterina.

o período em que cada qual permanecerá na residência em que vive o infante, o que ocorrerá em períodos alternados e pré-estabelecidos pelas partes.

Na prática, esta é a modalidade mais rara de exercício da guarda, pois de fato, configura-se uma situação surreal, tendo em vista o alto custo e a dificuldade de permanência num ambiente em que os pais deverão ter que estabelecer residência na casa do menor e em uma própria, por períodos pré-determinados, além das dificuldades de locomoções dos pertences necessários para o cotidiano dos pais.

Em suma, nesta modalidade de guarda, os pais acabam tendo que administrar duas residências e por vezes até dois domicílios.

3.4.10 Guarda Derivada

A guarda derivada é a que resulta de lei e corresponde a quem exerça a tutela do infante, seja este um particular de forma dativa, legítima ou testamentária, ou seja, por um organismo oficial pelo qual o Estado cumpre sua função social de zelar pelo infante.

Conforme Alberto Atência Taveira, a guarda derivada é aquela que se impõe por força da lei, representada pela tutela em qualquer uma de suas formas, segundo os artigos 1.729, 1.731 e 1.732 do Código Civil de 2002 ou

pelo Estado no desempenho de sua função social, de acordo com o artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990)[171].

3.4.11 Guarda Através da Visita

Uma das questões mais complexas, no direito de família, vem a ser a guarda dos filhos menores decorrente da separação dos pais, quando estes não conseguem acordar amigavelmente o destino da guarda e criação de sua prole, tendo, portanto, que recorrer às vias judiciais.

No entanto, como é sabido, o direito à guarda ou a visitas é muito mais que um dever dos pais, é sim, um direito ao infante, ou seja, não se pode olvidar que "tal direito que têm o pai de manter o filho sob a sua companhia e guarda, não pode ser obstado por ato discricionário de quem quer que seja[172]".

Assim, a modalidade de visitas pode ser tida como uma sub espécie de guarda, isto é, uma guarda indireta, já que no período em que o infante está sob a companhia do genitor que não tem a guarda exclusiva este responde como se fosse o titular.

A regulamentação de visitas pode ser na forma livre ou restrita a um acordo pré-estipulado entre as partes e homologado pelo magistrado. Com base

---

[171] TAVEIRA, Alberto Atência. **Guarda compartilhada**: uma nova perspectiva sobre os interesses psicológicos, sociais e culturais do menor integrante de famílias monoparentais. S/d. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1088275524>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1.
[172] ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. 2. Ed. São Paulo: LEUD, 1978. p. 23.

neste entendimento, houve a reedição do artigo 1.121 da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), o qual foi acrescido do parágrafo 2º[173].

Dessa forma, a determinação da guarda exclusiva a um dos progenitores, não pode implicar no afastamento com o outro genitor, por isso é estipulada a regulamentação de visitas, ou seja, para que o não-detentor da guarda possa manter contato com os filhos, bem como fiscalizar a guarda exercida pelo seu detentor, a fim de que possa de tal forma zelar pelo maior interesse do menor. Afinal, é de suma importância que o menor tenha contato com ambos os progenitores, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

Nunca é demais ressaltar que o convívio mútuo com ambos os pais auxilia o desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do infante fazendo-o sentir a importância da família, mesmo depois do rompimento dos pais.

3.5 Modalidades de Guarda por Terceiros

Além das modalidades de guarda de filhos por seus progenitores, o ordenamento jurídico brasileiro trata de outras espécies de guarda, que vão sendo legalizadas a partir de sua existência fática, no decorrer do costume da

[173] "Artigo 1.121, parágrafo 2º: entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos (Código de Processo Civil).

sociedade, e que carecem da atuação da doutrina e do legislador na elaboração dos tipos usuais e legais das formas de se exercê-la.

Embora fuja um pouco da delimitação do tema em estudo, que vem a ser guarda de filhos, vale a pena suscitar a existência de outras formas de guarda de menores, a fim de demonstrar que a guarda do infante pode ser exercida por um terceiro, desde que esteja sendo resguardado o melhor interesse do menor.

As modalidades mais comuns de guarda exercida por terceiros em no sistema jurídico brasileiro são: guarda previdenciária, guarda em estabelecimentos do estado, guarda extraconjugal, guarda através da tutela e adoção.

3.5.1 Guarda Previdenciária

A guarda também pode ser deferida para fins previdenciários[174], para inclusão do infante como dependente em plano de saúde ou na Previdência Social, o que não acarreta perda do poder familiar[175].

---

[174] Artigo 33, parágrafo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[175] Guarda para fins previdenciários não acarreta perda do poder familiar, conforme decisão descrita: "Menor. Guarda. Interesse. Prevalência. Ainda que a Lei nº 8.069 de 1990 não tenha cuidado explicitamente da concessão de guarda para efeitos previdenciários, o Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra, em toda a sua extensão, nas suas linhas e entrelinhas, que nada mais visa senão ao bem-estar do menor. Tratando-se, pois, de uma adequação de guarda, sobre a qual todos os interessados estão de acordo, impõe-se a concessão da medida, uma vez que não há renúncia de direito ou implicação do pátrio poder" (BRASIL, Jurisprudência. **Ap. 3.655-8/90.489-4-Itabira**. Ac. da 4ª Câm. Cív. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator Francisco Figueiredo. Publicado em 26 de abril de 1994. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-236521748>. Acesso em: 15.Nov.2006. p. 1).

A guarda previdenciária, apesar de criticada e muitas vezes indeferida pelos ordenamento jurídico brasileiro, é muito utilizada por avós paternos ou maternos para a inclusão de netos como seus dependentes.

A finalidade legal desta modalidade vem sendo questionada, porém, até o presente não foi lograda nenhuma visão uniforme.

Para maior clareza, cita-se o entendimento de Mário Romera:

> A guarda apresenta várias modalidades: a "permanente" (quando é um fim em si mesma), a "temporária" (concedida liminarmente ou incidentalmente em processos) e a "especial" (para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável)[176].

Tendo em vista este último tipo de guarda denominado "especial", e com fulcro no artigo 33, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, vem se propiciando o deferimento, pelos tribunais brasileiros, das conhecidas "guardas para efeitos previdenciários"[177].

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe o seguinte:

> Artigo 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. [...] Parágrafo 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; Parágrafo 3º: a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins de direito, inclusive previdenciários (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Da lição de Yussef Said Cahali, em comentário a esse artigo extrai-se que:

---

[176] ROMERA, Mário. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente**. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 29, s/d. p. 133. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>. Acesso em: 15.Nov.2006. p. 1.

[177] Artigo 33: a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Parágrafo 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 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

> Com a Constituição Federal de 1988 assegurou-se, no artigo 227, à criança e ao adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado, o direito à "convivência familiar e comunitária", com a mesma garantia que o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade. Daí ter procurado o Estatuto aprimorar o instituto da guarda do menor, buscando tornar efetivo o seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária, o que, aliás, antes já havia sido afirmado no artigo 19: "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária"[178].

Portanto, a própria Constituição Federal de 1988 cuidou dos direitos das crianças e dos adolescentes, objetivando assegurar-lhes as melhores condições para um desenvolvimento saudável e digno, fazendo expressa referência à garantia de direitos previdenciários.

3.5.2 Guarda em Estabelecimentos do Estado

O menor pode ter guarda em estabelecimentos próprios, seja por ser considerado um infrator das normas penais, seja por não ter ninguém que possa zelar pelo seu bem estar, como é o caso do menor abandonado.

O tema em estudo não versa sofre as conseqüências advindas do menor infrator, cabendo, portanto, breve apresentação dos casos ligados a falta do pátrio poder e guarda por seus pais ou responsáveis.

Assim, cumpre ao Estado na falta de responsáveis para a criação do infante o dever de prover sua proteção e cuidados necessários, zelando assim, pelos princípios da dignidade da pessoa humana em consonância com o melhor

---

[178] CAHALI, Yussef Said. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 130.

interesse do menor, como dispõe a Convenção das Nações Unidas[179] em seu artigo 3º, o qual foi ratificado em 24 de setembro de 1990, pelo Decreto 99.710 de 1990, também artigo 3º, sobre os direitos da criança[180].

O princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança - UNICEF[181] que reafirma o princípio constitucional brasileiro da dignidade da pessoa humana, com a seguinte redação:

> 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 de cuidar excepcionalmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para manutenção dos filhos de famílias numerosas. Direito à educação gratuita e ao lazer infantil.

Tendo em vista estas circunstâncias inegáveis, deve-se proceder à entrega do infante ao estabelecimento adequado, seja a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor - FEBEM, seja orfanato ou outra instituição que a lei dispuser que se

---

[179] REBIDIA, Rede Brasileira de Informação e Documentação sobre Infância e Adolescência. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**: adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.rebidia.org.br/noticias/direito/conven.html>. Acesso em: 15.Jun.2006. p. 1.

[180] Artigo 3º: 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança. 2. Os Estados-parte se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por ela e, para este propósito, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas. 3. Os Estados-parte assegurarão que as instituições, serviços e instalações responsáveis pelos cuidados ou proteção das crianças conformar-se-ão com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, particularmente no tocante à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal, e à existência de supervisão adequadas (MINISTÉRIO da Justiça. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dca/convdir.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1).

[181] DHNET - Direitos Humanos na Internet. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças - UNICEF**. 20 de Novembro de 1959. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 15.Jun.2006. p. 1.

enquadre ao caso concreto. Lembrando sempre que cada caso é um caso e na modalidade de guarda em questão, o fato causador da guarda também é um critério importante a ser analisado para a destinação do infante.

3.5.3 Guarda Extraconjugal

A guarda extraconjugal também é uma modalidade de guarda que, como o próprio nome induz, é a guarda do infante atribuída à um terceiro fora da relação conjugal, como já previa a Lei do Divórcio n° 6.515 de 26 de dezembro de 1977 em seu artigo 13[182] combinado com o parágrafo 2º do artigo 10 da mesma Lei[183]

Cumpre reforçar que o Código Civil de 2002[184] e o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA[185], procuraram seguir a mesma linha da Lei do Divórcio no que tange a atribuição da guarda do infante, ou seja, procuram atribuí-la à quem melhor puder zelar pela sua guarda, mesmo que seja um terceiro.

---

[182] O artigo 1.586 do Código Civil manteve a redação do antes trazido pela Lei do Divórcio.
[183] "Artigo 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". E "artigo 10: [...] parágrafo 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" (Lei do Divórcio).
[184] "Artigo 1.584: [...] 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" (Código Civil de 2002).
[185] "Artigo 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" (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Assim, deve-se ter em mente que a guarda do infante deve visar o princípio da dignidade de sua pessoa, e para tanto, deve ser atribuída a quem tiver melhores condições para exercê-la, independente da forma e da existência de união dos pais.

Saliente-se, pois, que na falta dos pais possuírem idoneidade para manter a guarda do infante esta normalmente e atribuída aos avós, independente de preferência entre os paternos ou maternos, e logo após, aos parentes mais próximos, visando com isso, a mantença do vínculo familiar, mas sempre levando em consideração as maiores vantagens para a criança.

Vale, ainda, ressaltar que aos pais, cuja guarda não estejam os filhos, terão o direito de visitá-los e até de tê-los sob sua companhia, conforme determinar o juiz, e através destas visitas poderão fiscalizar a manutenção e a educação ofertada pelo guardião do infante como preconiza o artigo 15 da Lei do Divórcio[186].

Redação esta que também foi ratificada pelo Código Civil de 2002[187], no artigo 1.589, o qual prevê a necessidade do convívio mútuo com ambos os pais, após a ruptura conjugal, através da regulamentação das visitas ao não detentor da guarda.

---

[186] "Artigo 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" (Lei nº 6.515 de 1977).

[187] "Artigo 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" (Código Civil de 2002).

Quando a guarda for deferida a um terceiro que viva em sociedade conjugal, seja esta advinda do matrimônio, união estável e até mesmo do concubinato, será necessária a anuência do outro consorte, visto que a responsabilidade da guarda deverá ser compartilhada, já que o infante deve ser acolhido no seio da família que, embora seja estranha a relação parental, deverá zelar pela proteção judiciária do infante, tanto no plano educacional como no plano afetivo.

3.5.4 Guarda Através da Tutela

Um exemplo claro de guarda exercida por terceiros é a guarda através da tutela, que por sua vez, possui um caráter jurídico-familiar, o qual visa suprir a falta de capacidade do infante que esteja sob o pátrio poder de seu responsável.

Na definição de Sílvio Rodrigues, a tutela é o "[...] instituto de nítido caráter assistencial e que visa substituir o pátrio poder (renomeado poder familiar no novo Código Civil) em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal"[188].

Em suma, a tutela confere, a um terceiro, um complexo de direitos e obrigações com poderes, indivisíveis e indelegáveis, a fim de assistenciar e

[188] RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 436.

representar o infante não emancipado, bem como seus bens, enfim, tem como finalidade substituir o poder familiar.

No entanto, cumpre ressaltar que na prática há atos em que o tutor deverá requerer autorização judicial para exercer certos atos.

Cessa a tutela do terceiro em face do menor quando ocorrer à morte, emancipação, maioridade, superveniência do poder de família e serviço militar, bem como logo após o término do prazo da tutela.

3.5.5 Adoção

Vários autores definiram a adoção. Entre eles, Clóvis Beviláqua entende que "a adoção é o ato pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho"[189]. Sílvio Rodrigues afirma, por sua vez, que "a adoção é o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha" [190].

Essas posições doutrinárias caracterizam o ato unilateral do adotante, situação, essa, que não se coaduna com o verdadeiro sentido do instituto.

Em posição diversa, segundo o qual a adoção é um ato jurídico de filiação, está Arnold Wald[191], ao definir a adoção como "[...] ficção jurídica que

---

[189] BEVILÁQUA, Clóvis. Curso de direito de família, p. 473. *Apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção internacional**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 30.
[190] RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 333.
[191] WALD, Arnoldo. **Curso de direito de família**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 154.

cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente".

Mais atual é a definição daqueles juristas que apresentam a adoção como um ato jurídico solene em virtude do qual à vontade dos particulares, com a permissão da lei, cria, entre pessoas naturalmente estranhas uma à outra, relações análogas às oriundas da filiação legítima. Maria Helena Diniz traz a seguinte definição jurídica de adoção:

> A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau em linha reta[192].

Portanto, adoção também é uma modalidade de guarda, bem como de fixação do poder familiar, vez que nada mais é do que a imitação da filiação legítima.

Deve-se, então, traçar um paralelo de igualdade sobre todos os aspectos em relação ao filho adotado do biológico, tendo como prisma que ambos são legitimamente filhos.

Sabe-se que o ideal é "que os filhos sejam planejados e desejados por seus pais e que estes possam garantir-lhes a sobrevivência nas condições

[192] DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 281.

adequadas[193]". Entende-se por planejado e desejado tanto o filho concebido biologicamente, como o adotado.

Como dispôs Edson Luiz Fachin:

> [...] a disciplina jurídica das relações de parentesco entre pais e filhos não atendem exclusivamente quer valores biológicos, quer juízos sociológicos. É uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos[194].

Seguindo este entendimento, Paulo Luiz Lobo Neto diz que: "[...] o afeto, como demonstram a experiência e as ciências psicológicas, não é fruto da origem biológica. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência, e não do sangue[195]".

Historicamente a adoção sempre foi tida como uma forma de constituição de família, como se pode visualizar na sua previsão legal já desde o Código de Hamurabi[196] (1728 - 1686 a.C.)[197].

Cumpre ressaltar que entre os filhos não pode haver distinção, portanto, equiparam-se para todos os deveres e direitos dos pais, os filhos adotivos e os

---

[193] CINTRA, Maria do Rosário Leite; *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 84.
[194] FACHIN, Edson Luiz. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.
[195] NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **O exame de ácido desoxirribonucléico - DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana**. *In: Revista brasileira de direito de família*, nº 01. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999. p.
[196] DHNET - Direitos Humanos na Internet. **Código de Hamurabi**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 15.Jun.2006. p. 1.
[197] "Artigo 185: se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado" e "artigo 192: se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz diz a seu pai adotivo ou a sua mãe adotiva: 'tu não és meu pai ou minha mãe', dever-se-á cortar-lhe a língua" (Código de Hamurabi) (DHNET - Direitos Humanos na Internet. **Código de Hamurabi**. *Op. cit.*, p. 1).

biológicos, como preconiza o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente[198].

A Constituição Federal, artigo 226, parágrafo 6º; o Código Civil de 2002, artigo 1.596 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 20, trazem sobre a adoção a mesma redação[199], reafirmando que não há diferença entre os filhos independente de sua forma de entrada na família, o que vem a enaltecer o princípio da dignidade da pessoa humana e põe a salvo toda e qualquer distinção entre os filhos.

Em suma adoção "é o instituto jurídico que procura imitar a filiação natural[200]" transferindo assim, a autoridade parental ao pai adotivo, já que o adotado passa a integrar a família como um "membro oficial", vivendo, portanto, sob a guarda do adotante, então não haveria o que se justificar a detenção do poder de família por parte do pai natural, esse vínculo extinto com os pais biológicos tem determinação própria na legislação civil brasileira em seu artigo 1.626[201].

Cumpre ressaltar que a adoção é irrevogável, ou seja, a criança ou adolescente sempre será considerado filho do adotante, para todos os fins de

---

[198] "Artigo 41: a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais" (Estatuto da Criança e do Adolescente).
[199] "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".
[200] OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 147.
[201] "Artigo 1.626: a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento" (Código Civil de 2002).

direitos previstos, mesmo após a morte, como ocorre com a relação biológica, enfim o filho adotado se torna um filho legítimo, embora não biológico.

Portanto, a adoção não é uma modalidade de guarda por terceiros, mas decorrente do próprio poder familiar.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A GUARDA DE FILHOS

4.1 Vínculo Familiar em Conformidade com a Legislação Brasileira

A família sempre foi considerada a base da própria existência humana. É visualizada, atualmente, e por todas as ciências dentre elas as sociais e jurídicas, como o berço do desenvolvimento de um indivíduo, já que sua primordial função é dar condições materiais e morais para que seus membros sobrevivam e criem ligações afetivas, aprendendo assim, a viver em grupo e, conseqüentemente, a se portar em sociedade.

A dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental de direito constitucional e de direito de família. A consagração da igualdade entre homem e mulher e entre filhos é indispensável para que se garanta o cumprimento do princípio fundamental da preservação da dignidade da pessoa humana.

Esse pensar tomou forma no cenário brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. Verifica-se, portanto, a relevância da Constituição Federal de 1988 que, além dos princípios gerais de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]”, estatuídos no artigo 5º, *caput* e inciso I, bem como que “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" (parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988), estabeleceu, expressamente, no artigo 227 que:

> 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.

Ainda, determina no texto do artigo 229 que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]". Assegurada, portanto, pela Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana dos infantes.

Conforme dispõe o direito constitucional brasileiro, os filhos estão sujeitos ao poder familiar de ambos os pais em igualdade de condições enquanto infantes, desde que estes possuam idoneidade moral adequada e zelem pelo bem estar do infante, garantido-lhes o direito a uma vida digna e saudável.

Neste sentido é a visão de Sérgio Resende de Barros que amplia a importância da família à luz do direito:

> [...] também não é possível pensar outros direitos humanos fundamentais sem pensar na família. O direito à liberdade e à igualdade, à fraternidade e à solidariedade humana, à segurança social e à felicidade pessoal, bem como outros direitos humanos fundamentais, todos eles dão fundamento ao direito à família e remetem ao recinto familiar - o lar -, onde eles se realizam mais efetivamente, desde que envolvidos e amparados pelo afeto[202].

No mesmo pensar são os dizeres de Daniel Goleman, que sintetizam a importância do convívio familiar:

> [...] a vida familiar é nossa primeira escola de aprendizagem emocional, neste caldeirão íntimo, aprendemos sobre os nossos sentimentos e como as pessoas reagem a eles; como refletir sobre nossos sentimentos e a escolha que nossa relação permite; como ler e expressar esperanças e temores. Essa

[202] BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais**. *In:* CUNHA, Rodrigo Pereira da. Afeto (coord.). **Ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.

> escola emocional não só opera através das coisas que os pais dizem e fazem diretamente com as crianças, mas também nos modelos que eles oferecem ao lidar com seus próprios sentimentos e com os que perpassam a relação marido - mulher[203].

Com base nestes comentários, pode-se destacar a relevância da família na formação de um indivíduo, visto esta ser o início da própria sociedade, como preconizava Aristóteles ao dizer que "as sociedades são o que são suas famílias"[204].

O modelo de família, na forma como regulado no Código Civil de 2002, na primeira parte do artigo 1.631, ou seja, em que os pais exercem conjuntamente todos os direitos e obrigações relativas à criação dos filhos, chama-se de "guarda comum".

A guarda comum é decorrente da autoridade parental, e como hoje, o homem e a mulher foram equiparados para todos os fins de direito, o pai e a mãe exercem em igualdade de direitos as obrigações de todos os atos relativos à criação dos filhos e é pacífico o entendimento de que o vínculo familiar é indispensável para um desenvolvimento saudável do ser humano. De forma geral, para o pleno desenvolvimento de uma criança é importante à convivência familiar com ambos os pais.

No entanto, o mundo vive de transformações, onde a sociedade busca incessantemente a modernização em todos os ramos da vida, seja em hábitos ou

---

[203] GOLEMAN, Daniel. *Apud* ELIAS, Maurice J. **Pais e mães emocionalmente inteligentes**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999. p.11.
[204] JORGE, Rosely. **As sociedades são o que são suas famílias**: Aristóteles. Disponível em: <http://www.nota10.com.br/artigo/arquivo/2006/agosto/14.html>. Acesso em: 16.Nov.2006. p. 1.

em tecnologia, seja para fazer o bem seja para fazer o mal, o que acarreta conseqüências à sociedade como um todo, atingindo assim, a família que é a base para a formação desta.

Hoje em dia a família nem sempre se mantém unida como preconiza à célebre "promessa dogmática"[205] do casamento "[...] respeitar e amar até que a morte os separe" o que vem acarretando a construção e o rompimento da convivência conjugal com certa facilidade.

As transformações sociais vivenciadas nas últimas décadas, resultante da busca dos direitos igualitários entre os sexos e a predominância do liberalismo tanto enfocado pela mídia, vêm desencadenado o surgimento de famílias instáveis decorrentes muitas vezes de aventuras amoras, devido ao "pouco caso" com que muitas pessoas acabam lidando com o instituto da família em detrimento destes novos costumes.

E sem o devido respeito aos princípios familiares e com as transformações em torno da sociedade brasileira, a prática de famílias monoparentais é cada vez mais comum no cenário social brasileiro[206].

Em decorrência desta instabilidade familiar, estudiosos vêm se debruçando sobre as possíveis conseqüências deste fato na vida dos seres humanos que, enquanto crianças, foram "vítimas" de lares desfeitos. Diversos

---

[205] Promessa matrimonial, firmada no ritual consagrado no casamento realizado na igreja, no qual o Padre pergunta aos nubentes no final da cerimônia: "promete ser fiel na alegria e na tristeza, na saúde e na doença amando-lhe e respeitando-lhe até que a morte os separe?" Em caso de respostas afirmativas o Padre termina a cerimônia com a frase "sendo assim, declaro-os marido e mulher".
[206] Famílias monoparentais - famílias constituídas por um pai ou uma mãe e filho(s).

estudos demonstram que os infantes sofrem com a ausência de um de seus genitores, o que acaba muitas vezes por propiciar a apresentação de transtornos psíquicos que se manifestam na forma de comportamentos sociopatas[207] desde a infância o que vai agravando na adolescência e dificilmente se modifica na vida adulta. Evandro Luiz Silva, depois de analisar as pesquisas sobre os efeitos da ruptura parental para os filhos, conclui que:

> A ausência de um dos genitores depois da separação traz claros sintomas: o infante apresenta dificuldades nos seus processos cognitivos, ansiedade, agressividade, estresse, diminuição no seu rendimento na escola, baixa auto-estima e depressão [208].

Lulli Milman[209] complementa:

> [...] mais importante do que a presença física do pai é o que ele significa para a mãe: a mulher que respeita o homem, independentemente de ele estar ou não ao seu lado, esta criando uma pessoa melhor. A criança nasce de um homem e de uma mulher. Se a mulher desvaloriza o homem, mesmo casada com ele, esta criança sofrerá de miséria psíquica, porque parte de sua identidade foi aniquilada pela mãe, não importa onde esteja o pai.

Com base nestes entendimentos, pode-se concluir que antes da importância que a presença física de um dos genitores representa na vida da criança, deve-se ater a imagem que será passada a esta do outro genitor,

---

[207] "Sociopapia" segundo Eunofre Marques é sinônimo de psicopatia, transtornos de conduta e muitos outros congêneres, entendidos como "transtornos da personalidade", enfim é a denominação de "personalidade psicopática amoral" (ou, simplesmente, "PP"), a qual conceitua dizendo que "[...] o PP amoral é um indivíduo incapaz de incorporar valores, ele funciona sempre na relação prazer-desprazer imediato. São indivíduos incapazes de se integrar a qualquer grupo, devido ao seu egoísmo absoluto e a não aceitarem qualquer tipo de regras. Só o que eles querem é o que interessa. No início, eles até fazem amizades com facilidade, mas, diante dos primeiros conflitos, a sua amoralidade aparece em todo o seu potencial. Terminam por serem rejeitados pelos grupos em pouco tempo. São, por isso, em geral indivíduos solitários, que migram de grupo em grupo até que não restem mais grupos para os aceitarem [...] (MARQUES, Eunofre. **Transtornos da personalidade**. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/forense/border2.html>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1).

[208] SILVA, Evandro Luiz. **Guarda compartilhada**: uma esperança para os filhos do pós-divórcio. Disponível em: <http://www.reginahelena.com.br/artigo/Noticia.asp?Codigo=184>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1.

[209] MILMAN, Lulli *Apud* CEZIMBRA, Márcia. **Um guia para pais de adolescentes**. *In: Jornal O Globo*, Caderno Jornal da Família, Edição de 29 de agosto de 1999. p.

independentemente de conviverem juntos ou não. Ressalta-se, mais uma vez, que o problema não está na ruptura conjugal, mas na ruptura parental.

A falta do contato do filho com um dos genitores, sem sequer cogitar na obrigação alimentar, caracteriza-se abandono afetivo, que pode acarretar um dano à personalidade do indivíduo, que muitas vezes tem difícil recuperação. Pois, como informa Mário Aguiar Moura, "a guarda é dever que supõe não só a presença física do detentor, pai ou mãe, mas a presença na educação e na formação do menor [...][210]".

Com toda essa convivência conjugal instável, o instituto da guarda se leva em importância, pois visa determinar o lar em que o infante viverá, considerando para tanto as melhores condições para seu desenvolvimento.

Conforme Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Pisano Motta:

> [...] ser genitor guardião, não significa intrinsecamente ser periférico ou secundário. O que determina a boa continuidade da relação entre pais e filhos é a qualidade do contato que se estabelece, a proximidade afetiva dos momentos de encontro e a segurança de poder contar com esta figura de apoio[211].

Em princípio não cumpre distinguir quem exerce a função mais importante para a criação dos filhos, já que ambos são essencialmente importantes para um desenvolvimento psíquico, moral e material saudáveis.

---

[210] MOURA, Mário Aguiar. **Guarda de filho menor**. *In: Ajuris*, nº 19, 1980. pp. 14-33.
[211] MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda de filhos**: algumas diretrizes psicanalíticas. *In: Revista dos Tribunais,* nº 716, 1995. p. 353.

No entanto, se houver desacordo entre os genitores para exercer algum ato relativo ao poder familiar, os mesmo poderão levar o caso para o judiciário[212] que solucionará a questão visando o bem estar do infante.

Como visto até agora, é de suma importância o convívio dos filhos com os pais, principalmente na fase de criação, o que acarreta conseqüências na sua formação psíquica e moral, e por isso, frisa-se tanto que a ruptura conjugal não pode e nem deve interferir de forma alguma na relação entre os pais e os filhos.

Em conformidade a esta necessidade de vínculo mútuo com os pais e em consonância com o princípio constitucional de plena igualdade entre homens e mulheres e ao princípio da proteção a criança e ao adolescente, o Código Civil de 2002 extinguiu toda e qualquer preferência sobre o direito da guarda à mulher, bem como eliminou a possibilidade de perda da guarda ao cônjuge que deu causa à ruptura conjugal.

Pode-se então, dessa maneira, concluir que o bem-estar do infante deve sempre prevalecer em detrimento de qualquer outra circunstância.

Assim, não havendo acordo entre as partes quanto à guarda dos filhos, esta será atribuída a quem revelar as melhores condições de exercê-la, mas sempre visando o bem estar desses.

---

[212] “Artigo 1.630: os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto infantes”. “Artigo 1.631: durante o casamento e a união estável compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único: divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo” (Código Civil de 2002).

Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro atribui diversas formas de caracterizar o direito do infante em ser criado no seio de sua família, onde se visualizam tanto o aspecto físico, como também o psíquico, seja na família unida, seja em uma família desfeita, afinal, o dever de criar o filho incumbe aos seus genitores, independente de serem coniventes ou não.

De início vale citar a mais recente lei vigente no Distrito Federal sobre tal tema (Lei n° 3.849 de 2006, de 27 de abril de 2006), a qual em seu artigo 1º, obriga os estabelecimentos de ensino fundamental e médio, seja da rede pública ou privada, a encaminhar todas as informações sobre a vida escolar de seus alunos a ambos os genitores, mesmo após a dissolução conjugal.

No entanto a referida Lei deixa a salvo a faculdade da escola em realizar tal ato, sendo obrigada apenas nos casos do pai ou responsável, não detentor da guarda, manifestar seu interesse em receber tais informações no ato da matrícula ou da renovação desta.

Importa, ainda, relembra o disposto pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, *caput*, que descreve ser dever da família assegurar, dentre outros, o direito da criança e do adolescente à “convivência familiar”, além de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, [...]”.

A Convenção das Nações Unidas, sobre os Direitos da Criança adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989,

proclama, em seu artigo 7.1, o direito da criança "a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles"[213].

Silvana Maria Carbonera expõe que:

> [...] com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança pela Assembléia das Nações Unidas, em 1989, ingressou no universo jurídico a Doutrina da Proteção Integral que, junto aos valores inscritos na Constituição Federal de 1988, informaram o conteúdo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por conseguinte, toda criança e todo adolescente têm garantidos, além dos direitos fundamentais como pessoa, outros próprios e especiais de pessoa em desenvolvimento, uma proteção especializada, diferencial e integral, tendo no Estatuto um padrão a ser observado, um conjunto de direitos a serem garantidos ininterruptamente. Desta sorte, a decisão acerca do destino da criança, não mais pode ser feita de forma mecânica sob pena de ofensa a sua dignidade, bem como a dos demais sujeitos que fazem parte do mesmo grupo familiar, permitindo que cada um desempenhe seu papel de forma livre, na busca da realização pessoal e da felicidade. Cada situação específica deve vir revestida da promoção do interesse do filho, rompendo-se a barreira que separava filho do menor, tutelado por diploma legal próprio[214].

Conforme Tânia da Silva Pereira, a referida Convenção proclama a prioridade absoluta e imediata da infância e da juventude, conduzindo a criança e o adolescente a uma consideração especial, devendo ser seus direitos fundamentais universalmente salvaguardados. Além disso, impõe aos pais e responsáveis o dever de dirigir às crianças cuidados especiais, corolário do princípio do melhor interesse da criança[215].

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990, artigo 19 e 22) reafirma o direito do infante "a ser criado e educado no seio da sua família [...]", incumbindo aos pais "o dever de sustento, guarda e educação dos filhos infantes" (artigo 22).

---

[213] REBIDIA, Rede Brasileira de Informação e Documentação sobre Infância e Adolescência. *Op. cit.,* p. 1.
[214] CARBONERA, Silvana Maria. *Op. cit., p*p. 197-8.
[215] PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.,* p. 26.

Nos ensinamentos de Tânia da Silva Pereira, o Estatuto da Criança e do Adolescente garante-lhes o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana com prioridade absoluta. Dentre os direitos fundamentais reproduzidos pelo Estatuto, ressalta a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando esta convivência quer na família natural, quer na substituta[216].

O Código Civil de 2002 expressa no capítulo da "eficácia do casamento", dentre um dos deveres deste, artigo 1.566, inciso IV, o dever de "sustento, guarda e educação dos filhos" feito por ambos os cônjuges.

O mesmo ordenamento jurídico dispõe, ainda, de um capítulo especial à "proteção da pessoa dos filhos[217]", o qual, também, deve assegurar o melhor interesse do infante, assim foi resguardado nesse o "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"[218]. Enfim, compete aos pais, como elencado no artigo 1.634, incisos[219], do Código Civil de 2002, quanto à pessoa dos filhos infantes, o dever de zelar pela sua criação material e psicológica. Constata-se, portanto, que a legislação

---

[216] PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 80.
[217] Artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil de 2002.
218 TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação**. *In*: Direito da família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1993. p. 239.
[219] "Artigo 932: são também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos infantes que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; [...]" (Código Civil de 2002).

brasileira enfatiza a importância da interação da família na criação dos filhos, buscando sempre, como princípio norteador da elaboração das leis, a dignidade da pessoa humana.

No quadro em tela, o enfoque desta dignidade está no infante, que deve ser criado sob tal prisma, para que haja a preservação e o desenvolvimento dos membros que integram a sociedade brasileira, a qual tem sua base geradora nos princípios da família.

Aos pais incumbe o “dever de sustento, guarda e educação dos filhos infantes, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Ressalte-se que a legislação brasileira, tanto na esfera civil como na penal e ainda em lei específicas, destacou capítulos e seções imputando deveres, responsabilidades e crimes praticados por ação ou omissão da conduta dos pais perante seus filhos, tudo tendo como fundamento a dignidade humana do infante.

O arcabouço jurídico brasileiro, além de garantir a dignidade humana, oferece mecanismos para que essa seja efetivamente implementada, deixando de ser previsão abstrata para se tornar direito concreto e efetivo.

Abaixo, citam-se algumas das tipificações ilícitas praticadas contra os menores. No Código Penal encontram-se:

a) o abandono material[220];

b) a entrega do filho a pessoa inidônea[221]; e

c) o abandono intelectual[222].

Não se pode deixar de lado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como base a proteção integral ao infante, realizada pela família, pela sociedade em geral, bem como pelo Estado.

Assim, cumpre salientar que em tal Estatuto há uma seção sobre os crimes em espécie praticados contra a pessoa do infante, onde convém ressaltar neste ensaio, os crimes praticados por seus genitores e guardiões tipificados nos artigos 232; 237; 238 e 249, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente[223].

Além das obrigações para com os filhos, os pais ainda possuem a responsabilidade objetiva quanto aos atos praticados pelos filhos infantes sobre

---

[220] "Artigo 244: deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo" (Código Penal).

[221] "Artigo 245: entregar filho infante de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o infante fica moral ou materialmente em perigo [...]. Parágrafo 2º: incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de infante para o exterior, com o fito de obter lucro" (Código Penal).

[222] "Artigo 246: deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. Artigo 247: permitir alguém que infante de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública [...]" (Código Penal).

[223] "Artigo 232: submeter criança ou adolescente sob sua autoridade guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento [...]. Artigo 237: subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto. Artigo 238: prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa [...]. Artigo 249: descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou conselho tutelar [...]" (Estatuto da Criança e do Adolescente).

seu poder familiar ou guarda, independente de sua culpa, é a chamada culpa *in vigilando*[224], que decorre da falta de atenção ou cuidado com as condutas praticadas por terceiro que esteja sob sua guarda ou responsabilidade.

É que, competindo aos pais o dever de guarda e de educação, o legislador torna-os também responsáveis pelos danos causados pelo menor, conforme estabelece o artigo 932, inciso I, do Código Civil de 2002: "são também responsáveis pela reparação civil: os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia [...]". Trata-se de uma contrapartida de sua autoridade, ou seja, direitos e vantagens de um lado, obrigações e ônus, de outro.

Porém, para que se desencadeie a responsabilidade dos pais em relação à reparação do dano causado, segundo Wellington Lopes Alves, três condições são necessárias: a presunção de responsabilidade diz respeito ao pai e a mãe, enquanto exercem o direito de guarda; a responsabilidade dos pais só é presumida enquanto se referir a um filho menor com eles coabitando e a responsabilidade dos pais só é considerada se a criança cometeu um fato culposo[225].

Porém, no entendimento de Yussef Said Cahali:

> [...] mesmo admitindo-se como certa a existência de presunção *júris tantum* e afastando-se a idéia, mais radical, de que a presunção é absoluta, visto que,

[224] "Culpa *in vigilando* (falta de vigilância) é a que se imputa à pessoa, em razão de prejuízos ou danos causados a outrem, por atos de pessoas, sob sua dependência, ou por animais de sua propriedade, conseqüentes da falta de vigilância ou atenção que deveria ter, de que resultaram os fatos, motivadores dos danos e prejuízos" (SILVA, De Plácido e. *Op. cit.*, p. 591).
[225] ALVES, Wellington Lopes. **Guarda compartilhada dos filhos**. S/d. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-2030446165>. Acesso em: 30.Nov.2006. p. 1.

> para se entender assim, seria preciso haver lei expressa, algumas observações, tendo em vista os novos tempos, merecem ser feitas. [...] No nosso modo de entender, a prova, pelos pais, de sua não-culpa deve ser, atualmente, considerada com mais liberalidade pelos juízes. A intensidade com que as crianças recebem educação fora do lar é muito maior hoje do que antigamente; especialmente nas grandes cidades do país, o papel de educador, dos pais, está, em grande parte, dividido com o Estado, os educadores profissionais e os meios de comunicação. Desde os três anos, são muitas as crianças que têm, hoje, a formá-los outras figuras além de pai e mãe. [...] Se o ato danoso é cometido por menor infante (menor de 07 anos), é praticamente inarredável a responsabilidade dos pais (responsabilidade que poderia dizer-se direta, por ato próprio). [...] Acima dessa idade, a incidência vai passando progressivamente da culpa *in vigilando* para a culpa *in educando*[226].

Afinal o preconizado no artigo 186 do Código Civil de 2002 quanto à imputação do ato ilícito, é estendido aos guardiões[227] dos infantes.

E como preceitua José Antônio de Paula Santos Neto[228] "[...] o direito consiste na posse do menor oponível a terceiros a que acarreta deveres de vigilância e ampla assistência em relação a este". Na esfera civil, cumpre ainda analisar o artigo 932, inciso I, que trata da responsabilidade subjetiva dos pais[229]. Entendimento este que se tem estendido à culpabilidade dos atos ilegais, aos seus guardiões, que descumprirem com seus deveres de educação, deixando ocorrer o ilícito penal.

---

[226] CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 60-5.

[227] "Artigo 186*: a*quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (Código Civil de 2002).

[228] SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 139.

[229] "Artigo 932: são também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos infantes que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; [...]" (Código Civil de 2002).

Neste sentido vem sendo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a fim de determinar a guarda do infante àquele que tiver melhores condições de criá-lo de forma digna[230].

Portanto, vale ressaltar que a responsabilidade dos pais vai muito além do dever moral em criá-los, trata-se, pois, de um dever religioso e legal, o qual na sua inobservância pode acarretar desde uma mera desaprovação da sociedade como uma punição criminal acarretando ainda a perda do poder familiar, da guarda e até mesmo o direito de visitas livre[231] "sem a monitoração de um terceiro".

Destaque-se que cabe ao judiciário determinar a aplicação da guarda monitorada, toda vez que apresentar risco ao menor, seja psíquico, seja emocional, físico, em suma a guarda monitorada serve para garantir a segurança do menor.

Visando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os danos causados à personalidade do infante pelo descaso de seu genitor em cumprir a relação paterno-filial, tem sido cada vez mais freqüente a busca ao

---

[230] "São responsáveis os pais pela reparação dos danos causados pelos filhos infantes sob sua guarda, por lhes caber precipuamente os deveres de disciplina e vigilância, de acordo com a sua idade" (BRASIL, Jurisprudência. 3ª C. AP do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgado em 11 de novembro de 1998. RT nº 394, p. 223. Disponível em: <http://www.apase.org.br/83003-guarda.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1).

[231] "Filhos. Direito de visita. Pai confessadamente maconheiro. Presença da babá. Necessidade. Embora inderrogável o direito dos pais de visitação dos filhos, pode a visita ser monitorada se assim exigirem a segurança e o bem-estar físico-psíquico do filho menor. E tal ocorre na espécie por ser o pai confessadamente dependente de uso de maconha, o que lhe tira a confiabilidade necessária para ter o filho menor em sua companhia sem a presença da babá" (BRASIL, Jurisprudência. **Agr. 177/97-Capital**. Ac. unân. da 2ª Câm. Cív. reg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Sérgio Cavalieri Filho. Julgado em 06 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.apase.org.br/83003-guarda.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1).

judiciário brasileiro para requerer o reparo da ausência deste descaso e muitas vezes da rejeição do genitor em relação ao filho.

Em contrapartida a Justiça vem reconhecendo tais pedidos, basicamente sob a fundamentação de que a guarda e educação dos filhos não se resumem apenas na obrigação alimentar e manter o infante matriculado em instituição de ensino, tal dever vai muito além destas obrigações básicas e fundamentais, deve sim, abranger o dever de convivência que acarreta a forma de transmitir afeto, respeito e participação na vida do infante.

Tais comportamentos devem ser seguidos tanto pelo detentor da guarda como pelo detentor do direito de visitas, nas formas convenientes para ambas as partes, (infante e genitores).

Vale destacar a decisão da Justiça de Belo Horizonte acerca do tema em tela, a qual, determinou que "[...] a família não é apenas o núcleo econômico e de reprodução, mas também um espaço de amor, companheirismo e afeto [...][232]".

Decisões neste sentido estão sendo cada vez mais corriqueiras no judiciário brasileiro, que vem reconhecendo o dano psíquico sofrido pelo filho,

[232] "Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. 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" (BRASIL, Jurisprudência. **Ap. Civ. n° 408.550-5**. 7ª C. Cív. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator Juiz Unias Silva. Julgado em 01 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.apase.org.br/83007-danomoral.htm>. Acesso em: 15.Nov.3006. p. 1).

quando configurado o abandono afetivo dos pais em decorrência do afastamento, desinteresse e completa ausência de contato.

4.2 Tutela da Dignidade Humana no Instituto da Guarda dos Filhos

Como diz o velho ditado popular “não basta ser pai, tem que participar!”. Esta é uma frase que vai muito além de um simples “puxão de orelha”, àquele que simplesmente registrou seu filho no cartório e às vezes ainda acha que faz “a sua parte” limitando-se a pagar uma pensão ao filho.

No entanto, ser pai ou mãe vai muito além desta limitação. Ser “pai” é estar presente e ser presente, por isso, é relevante que se mantenha a mesma relação pai e filho após a dissolução conjugal.

A importância de ser pai e mãe presentes na criação dos filhos, vai muito além de apenas simbolizar um modelo de família feliz e unida.

A presença constante dos pais na vida dos filhos direciona sua criação, ajudando a formar o caráter do infante e conseqüentemente uma sociedade melhor.

Pode-se visualizar o desfalque que a falta de convívio com a família pode causar ao infante, através do acompanhamento estatístico efetuado pelos órgãos responsáveis do Governo americano, onde ficou demonstrado a importância do vínculo familiar na criação dos filhos, e se comprovou que a maioria das meninas que crescem sem um forte referencial paterno, possui maiores chances

de engravidar na adolescência e de cometerem suicídio, enquanto que os meninos criados sem a presença do pai apresentam maior tendência a fugir de casa ou a consumir drogas.

> Mais de ¼ das crianças americanas- aproximadamente 17 milhões – não vivem com seus pais. Meninas sem um pai em suas vidas têm 2 ½ vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai em suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chance de abandonarem a escola, duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento[233].

Esses estudos reforçam, cada vez mais, a imperiosodade do entendimento de que a ruptura conjugal não poder se estender à relação paterno/materno-filial; afinal, o infante necessita de ambos os genitores para ter um bom desenvolvimento psíquico, cognitivo e emocional que certamente refletirá em sua vida social.

Importante frisar que o genitor que não detém a guarda exclusiva do filho não perde o poder familiar sobre este, e ainda tem o direito de visitas a este, onde poderá exercer a guarda indireta.

Não só quem tem a guarda, como quem tem o direito de visita deve zelar pelo bem estar do infante no que tange a sua criação e educação para uma formação digna.

Pois, como Guilherme Gonçalves Strenger define o instituto da guarda de filhos e menores, esta é "[...] o poder-dever submetido a um regime jurídico-

---

[233] *HSS Press release, Friday, March* 26, 1999. Departamento de Serviços Humanos e Sociais do Governo dos Estados Unidos. Colaboração - Apase Rio Grande (APASE - Associação de Pais e Mães Separados (orgs). *Op. cit.*, p. 1).

legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição"[234].

Esse dever legalmente pertence à sociedade como um todo, bem como ao Estado, mas neste ensaio, cumpre destaque especial a análise da obrigação em questão apenas no enfoque dos pais como responsáveis.

A legislação brasileira na área de família, através de suas regulamentações e decisões judiciárias, visam apenas resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana para a formação dos filhos, seja na criação dentro do seio da família natural de direito, seja em qualquer outra forma de família, e até mesmo após a ruptura conjugal.

Assim, longe do direito está a pretensão de obrigar um pai a amar seu filho. O direito apenas visa proteger segurança para o crescimento da criança, a qual se deve originariamente ao seu "criador", ou seja, seus pais. Álvaro Villaça Azevedo considera acerca do assunto abordado que:

> [...] o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença [...][235].

Neste sentido, vem sendo discutido nos tribunais brasileiros o fato do abandono moral poder gerar indenização ou não ao infante que cresce sem o

---

[234] STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 22.

[235] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *In: Jornal do Advogado*, OAB/SP, n° 289, dez/2004, p. 14. *Apud* MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral**: fundamentos da responsabilidade civil. 10.Fev.2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6247>. Acesso em: 18.Nov.2006. p. 1.

carinho, a companhia e até mesmo sem o reconhecimento de seu genitor, independente deste ter cumprido com a obrigação alimentar, bastando para a configuração do abandono de assistência moral a simples ausência do genitor durante o desenvolvimento da criança.

Tal tema tem sido visto de forma controvertida pelos magistrados brasileiros, no entanto, recentemente o juiz gaúcho Mário Romano Maggioni, condenou um pai a pagar indenização vultosa por abandono moral e afetivo de sua filha[236]. Esta não foi a única decisão favorável acerca de tal matéria, pois, tem-se como exemplo outra decisão do Poder Judiciário, agora em São Paulo, através do juiz Luis Fernando Cirillo que condenou um pai a pagar indenização por danos morais à sua filha pelo abandono afetivo[237].

---

[236] Para fundamentar a decisão o magistrado considerou que "[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (artigo 22, da Lei nº 8.069 de 1990). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança". Concluindo que "a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos" (BRASIL, Jurisprudência. **Proc. nº 1030012032-0**. Comarca de Capão da Canoa - Rio Grande do Sul. Juiz Mario Romano Maggioni. Sentença proferida em 12 de agosto de 2003. *Apud* ESPAÇO Vital: seu site de notícias jurídicas. **Menina gaúcha ganha reparação em dinheiro que será paga pelo pai que a abandonou**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/colunaespacovital18062004a.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1).

[237] Ao fundamentar a decisão o magistrado considerou que "[...] paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia". Apesar de considerar não ser razoável que um filho "pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai", o ilustre magistrado sentenciante, ponderou de outro norte que "não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens" (BRASIL, Jurisprudência. **Processo n° 000.01.036747**. 1ª Vara Cível Central de São Paulo. Julgado em 07 de junho de 2004. *Apud* ERDELYI, Maria Fernanda. **O preço do desprezo**: justiça paulista condena pai a indenizar filha por abandono. 23.Jun.2004. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/25557,1>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1).

Cumpre ressaltar que a configuração do abandono moral deve ser analisada cada caso, para que tal matéria não seja alvo de sobrecarga no judiciário com picuinhas de vingança familiar ou tentativa de enriquecimentos ilícitos.

Nesse sentido é a advertência de Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Pisano Motta[238]:

> Nem sempre o que é de interesse dos pais é a melhor alternativa para seus filhos [...]. Muitas vezes sua posição fica contaminada por problemas pessoais e por questões residuais da separação conjugal, o que desvia e obscurece a prioridade que devem dar às necessidades dos filhos.

Portanto, o melhor interesse do menor é o que vale, e esse "interesse" consiste no próprio conceito amplo de dignidade humana.

[238] MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Op. cit.*, p.

CONCLUSÃO

Este estudo abordou a importância do instituto da guarda na legislação brasileira, que visa tão somente o bem estar do infante, respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana sob o enfoque do menor.

Para tanto, considera-se o desenvolvimento emocional e sociológico do infante, enfatizado nos valores e sentimentos familiares, através da continuidade do convívio do menor com ambos progenitores, após a ruptura da sociedade conjugal e até mesmo na inexistência desta, já que, nos tempos atuais, a modernidade da sociedade brasileira permite o relacionamento carnal entre homem e mulher fora do casamento.

Portanto, como a paternidade hoje não advém, necessariamente, da existência de um lar conjugal e este quando existente nem sempre perdura “até que a morte os separe”, foi necessária à existência do instituto “guarda de filhos”, bem como da regulamentação de visitas ao não detentor dessa, já que a relação parental nada pode sofrer com base na dissolução ou inexistência de uma relação conjugal.

Além do mais, a doutrina e a jurisprudência demonstram que nem sempre a atribuição automática da guarda do infante à mãe representava o melhor interesse da criança, o que é ponto de origem da existência do instituto estudado.

Afinal, pode-se observar que no decorrer da história da sociedade brasileira, a maioria dos homens aceitavam a simples condição de exercer o papel de provedor material na vida do infante, enquanto a mulher se encarregava da criação e educação pelos meios do convívio direto com o filho.

Porém, com o passar do tempo, houve grandes mudanças no seio das famílias brasileiras. Com o advento da modernidade e da busca incessante da mulher, atrás de direitos igualitários entre os sexos, hoje, as mulheres que antes zelavam única e exclusivamente pelo bem estar da família, por meio de sua atuação direta, mudou e passou a dividir com os homens todas as obrigações e direitos na vida existentes, e por conseqüência a criação dos filhos também.

Assim, hoje, o homem (pai) está cada vez mais presente na participação da vida e na educação de seus filhos, tendo em vista as obrigações materiais estarem sendo divididas por ambos os genitores, o que por derradeiro trouxe a necessidade de atribuir ao pai, a mesma possibilidade de reivindicar a guarda do filho, bastando apenas que seja comprovado o melhor interesse para um desenvolvimento digno, psicológico e sociológico do infante.

O Código Civil de 2002 não adotou um ou outro modelo de guarda dos filhos, apenas disciplinou a necessidade de haver a discussão, nos termos de seu artigo 1.584. Agindo dessa maneira, permite maior liberdade para os pais

decidirem qual espécie de guarda de filhos melhor se adapta ao seu perfil, porém, essa liberdade de escolha jamais pode se sobrepor ao princípio da dignidade humana do infante. Trata-se, portanto, de uma liberdade direcionada exclusivamente ao atendimento dos interesses dos menores.

Significa dizer que as distintas modalidades de se exercer a guarda dos filhos descritas no ordenamento jurídico brasileiro visam a conveniência do infante, e não de seus progenitores, eis que em todas as modalidades está resguardado ao não detentor da guarda a oportunidade de visitas, na qual, por conseqüência, se é possível acompanhar e fiscalizar se a guarda exercida pelo detentor vem sendo exercida da melhor maneira para o infante, sob pena de ser requerida a modificação desta, a qualquer tempo.

Saliente-se, ainda, que a forma de constituição de família e até mesmo a validade legal desta, não teve qualquer importância para a elaboração da presente dissertação, pois o que se deve ter em mente para garantir o melhor interesse do menor são os princípios norteadores da dignidade da pessoa humana, independente da forma de sua concepção, pois considerado o fato do nascimento do menor é necessário o amparo de seus direitos e garantias de melhores condições possíveis para seu desenvolvimento.

Portanto, basta que a escolha da modalidade da guarda esteja amparada no princípio fundamental do topo do ordenamento jurídico brasileiro, que vem a ser o zelo pela dignidade da pessoa humana, no caso em tela, deve ser visto o princípio sob maior enfoque no menor.

Assim, este trabalho é concluído, mas não cumpre aqui destacar a legalidade ou ilegalidade, ou a melhor e mais benéfica modalidade de guarda a ser exercida, pois cada uma deve ser analisada e aplicada ao caso concreto, de acordo com sua adaptação, para um conseqüente resultado que sempre deverá ser o melhor para o desenvolvimento da felicidade, integridade física, mental e moral do infante.

Afinal, o que faz a magnitude do direito em consonância com o judiciário brasileiro é a busca incessante pela justiça e a decorrente paz social, e não a mera imposição incondicional da lei escrita, e não que esta tenha um baixo valor relevante, pois a maior justiça está em achar a solução condizente entre o fato e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Não se pode esquecer, nunca, que as relações familiares têm conteúdo afetivo, sendo indispensável que o direito confira a devida proteção à família e aos membros que a integram, bem como que os Poder Judiciário e o Poder Executivo contribuam com a concretização do direito.

Nessa aplicação da norma abstrata ao caso concreto, exerce especial destaque a tutela à dignidade da pessoa nas relações conjugais, em especial à figura dos filhos, com base na isonomia entre homens e mulheres e entre filhos, e por meio do respeito recíproco aos direitos da personalidade, eis que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, bem como compete ao Estado através de seus

poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dar especial proteção à família, base da sociedade; bem como, 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.

BIBLIOGRAFIA

INTERNET

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A constitucionalização do direito de família**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>. Acesso em: 11.Nov.2006.

ALVES, Wellington Lopes. **Guarda compartilhada dos filhos**. S/d. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-2030446165>. Acesso em: 30.Nov.2006.

APASE - Associação de Pais e Mães Separados (orgs). **Guarda compartilhada**: aspectos psicológicos e jurídicos. 2005. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>. Acesso em: 16.Jun.2006.

ÁVILA, Eliedite Mattos. **Mediação familiar**: formação de base. Mai.2004. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/institucional/ mediacaofamiliar/apostila.pdf>. Acesso em: 13.Jun.2006.

BONATO, Carlos Roberto. **O direito de ter pai e mãe**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/16032-crescer.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006.

CARDOSO, Renata. **Transexualismo e o direito à redesignação do estado sexual**. 07.Jul.2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/21/64/2164/>. Acesso em: 14.Ago.2006.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **A união estável e o novo Código Civil**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3083>. Acesso em: 11.Nov.2006.

COMEL, Denise Damo. **Poder familiar**: titularidade - inconstitucionalidade da primeira parte do *caput* do artigo 1.631 do Código Civil. 05.Jun.2004.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5414>. Acesso em: 04.Dez.2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1a.html>. Acesso em: 11.Nov.2006.

CUNHA, Rita Dione Araújo. **A propriedade no Código Civil**: uma visão histórica e uma visão nacional. Fev.1998. Disponível em: <http://geodesia.ufsc.br/Geodesia-online/arquivo/1998/02/Cunha.htm>. Acesso em: 11.Nov.2006.

DHNET - Direitos Humanos na Internet. **Código de Hamurabi**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 15.Jun.2006.

_____. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças - UNICEF**. 20 de Novembro de 1959. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 15.Jun.2006.

DIREITO português. **Reflexão ética sobre a dignidade humana**. *In: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. 05.Jan.1999. Disponível em: <http://www.cnecv.gov.pt>. Acesso em: 14.Nov.2006.

ERDELYI, Maria Fernanda. **O preço do desprezo**: justiça paulista condena pai a indenizar filha por abandono. 23.Jun.2004. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/25557,1>. Acesso em: 14.Nov.2006.

ESPAÇO Vital: seu site de notícias jurídicas. **Menina gaúcha ganha reparação em dinheiro que será paga pelo pai que a abandonou**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/colunaespacovital18062004a.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006.

ESTEVES, Antônio Joaquim. **A família numa sociedade em mudança**. Set.1990 e out.1991. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/artigo3051.pdf#search=%22fam%C3%ADla%20paternoc%C3%AAntrica%20ou%22>. Acesso em: 11.Nov.2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GONTIJO, Segismundo. **Guarda de filhos**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono44.html>. Acesso em: 14.Nov.2006. p. 1.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: quem melhor para decidir a respeito? Disponível em: <http://www.apase.org.br/81005-gcquemmelhor.htm>. Acesso em: 15.Nov.2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil na relação paterno-filial**. Jun.2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>. Acesso em: 04.Dez.2006.

JORGE, Rosely. **As sociedades são o que são suas famílias**: Aristóteles. Disponível em: <http://www.nota10.com.br/artigo/arquivo/2006/agosto/14.html>. Acesso em: 16.Nov.2006.

LÍNGUA Portuguesa *on-line*. **Monoparental**. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx>. Acesso em: 13.Jun.2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito civil**: direito de família e das sucessões. V. 5. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Eunofre. **Transtornos da personalidade**. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/forense/border2.html>. Acesso em: 14.Nov.2006.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral**: fundamentos da responsabilidade civil. 10.Fev.2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6247>. Acesso em: 18.Nov.2006.

MINISTÉRIO da Justiça. **Convenção sobre os Direitos da Criança**: adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/dca/convdir.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 24.Mar.2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>. Acesso em: 30.Nov.2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Maio.2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>. Acesso em: 15.Nov.2006.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de família no novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.advocaciaconsultoria.com.br/dirfamilia/familiancc1.htm>. Acesso em: 19.Set.2006.

QUADROS, Tiago de Almeida. **O princípio da monogamia e o concubinato adulterino**. 23.Ago.2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5614>. Acesso em: 11.Nov.2006.

REBIDIA, Rede Brasileira de Informação e Documentação sobre Infância e Adolescência. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**: adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.rebidia.org.br/noticias/direito/conven.html>. Acesso em: 15.Jun.2006.

ROMERA, Mário. **O instituto da guarda no estatuto da criança e do adolescente**. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 29, s/d. p. 133. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>. Acesso em: 15.Nov.2006.

SAEGER, Fernandes de Carvalho. **União estável e o novo Código Civil**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6197>. Acesso em: 11.Nov.2006.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 27.Dez.1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>. Acesso em: 11.Nov.2006.

SANTOS, Magda Raquel Guimarães Ferreira dos. **Mãe solteira ou pai solteiro**: quando a família é formada apenas por um dos pais e o filho. Disponível em: <http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20dos%20Especialistas/df-08-04.htm>. Acesso em: 19.Set.2006.

SCHWERTNER, Vera Maria. **Guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.rj.apase.org.br/14007-guardacomp.htm>. Acesso em: 11.Nov.2006.

SILVA, Evandro Luiz. **Guarda compartilhada**: uma esperança para os filhos do pós-divórcio. Disponível em: <http://www.reginahelena.com.br/artigo/Noticia.asp?Codigo=184>. Acesso em: 14.Nov.2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A tutela da dignidade da pessoa humana no casamento**. 11 jan., 2003. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u66402.shtml>. Acesso em: 14.Nov.2006.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **A tirania do guardião**. S/d. Disponível em: <http://www.apase.org.br/11605-atirania.htm>. Acesso em: 24.Nov.2006.

TAVEIRA, Alberto Atência. **Guarda compartilhada**: uma nova perspectiva sobre os interesses psicológicos, sociais e culturais do menor integrante de

famílias monoparentais. S/d. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=1088275524>. Acesso em: 14.Nov.2006.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

JURUSPRUDÊNCIAS

BRASIL, Jurisprudência. 3ª C. AP do Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgado em 11 de novembro de 1998. RT nº 394, p. 223. Disponível em: <http://www.apase.org.br/83003-guarda.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006.

_____, Jurisprudência. **Agr. 177/97-Capital**. Ac. unân. da 2ª Câm. Cív. reg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Sérgio Cavalieri Filho. Julgado em 06 de junho de 1997. Disponível em: <http://www.apase.org.br/83003-guarda.htm>. Acesso em: 14.Nov.2006.

_____, Jurisprudência. **Agr. 19.611/3-Betim**. Ac. da 4ª Câm. Cív. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator Francisco Figueiredo. Publicado no DJ de 12 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-467774282>. Acesso em: 14.Nov.2006.

_____, Jurisprudência. **Agravo de Instrumento nº 2000.002.06792**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ely Barbosa. Julgado em 08 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-456343080>. Acesso em: em 14.Nov.2006.

_____, Jurisprudência. **Ap. 3.655-8/90.489-4-Itabira**. Ac. da 4ª Câm. Cív. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator Francisco Figueiredo. Publicado em 26 de abril de 1994. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-236521748>. Acesso em: 15.Nov.2001.

_____, Jurisprudência. **Ap. Civ. n° 408.550-5**. 7ª C. Cív. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator Juiz Unias Silva. Julgado em 01 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.apase.org.br/83007-danomoral.htm>. Acesso em: 15.Nov.3006.

_____, Jurisprudência. **Ap. nº 47702-9-Paripiranga**. Ac. unân. da 4ª Câm. Cív. Tribunal de Justiça da Bahia. Relator Desembargador Paulo Furtado. Julgado em 24 de março de 1999. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-236521748>. Acesso em: 15.Nov.2006.

_____, Legislativo. **Diário do Senado Federal**. Quarta-feira, 7 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/pdf/06062006/19137.pdf>. Acesso em: 14.Nov.2006.

LIVROS

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais**. *In:* CUNHA, Rodrigo Pereira da. Afeto (coord.). **Ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Concubinato**: família natural, direitos da concubina, investigação da paternidade, guarda de filhos, acidentes do trabalho e previdência, outros efeitos da união livre. 5. ed. São Paulo: LEUD, 1985.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: *Campus*, 1992.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1993.

CINTRA, Maria do Rosário Leite; *et alli*. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

CUNHA, Rodrigo Pereira da. Afeto (coord.). **Ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 10. ed., v. 5. São Paulo: Saraiva, 1995.

ELIAS, Maurice J. **Pais e mães emocionalmente inteligentes**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999.

FACHIN, Edson Luiz. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRAZ JUNÍOR, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência, eficiência e supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. V. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 1. Porto Alegre: Síntese, abr.mai.jun/1999.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção internacional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

LUÑO, Antônio Enrique Perez. ***Derechos humanos****: estado de derecho y constitución*. 3. ed., Madrid: Tecnos. 1995.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Guarda, tutela e adoção**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 277.

RIZZATTO NUNES, L.A. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. 2. Ed. São Paulo: LEUD, 1978.

RODRIGES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SANTOS, Giselda Maria Scalon Seixas. **União estável e alimentos**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constiuição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Editor, 2000.

SOARES, Orlando. **Comentário à Constituição Federativa do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação**. *In*: Direito da família e do menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1993.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito de família**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REVISTAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono afetivo**: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *In:* Revista CEJ, Brasília, nº 33, pp. 43-53, abr./jun. 2006.

CEZIMBRA, Márcia. **Um guia para pais de adolescentes**. *In: Jornal O Globo*, Caderno Jornal da Família, Edição de 29 de agosto de 1999.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **O exame de ácido desoxirribonucléico - DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana**. *In: Revista brasileira de direito de família*, nº 01. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda de filhos**: algumas diretrizes psicanalísticas. *In: Revista dos Tribunais*, nº 716. 1995.

MOURA, Mário Aguiar. **Guarda de filho menor**. *In: Ajuris*, nº 19, Porto Alegre, 1980.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia**. *In: Revista de Direito Administrativo*, nº 212. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.