

CAMILA FERNANDA PINSINATO COLUCCI

**PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA:
CONSTRUÇÃO TEÓRICA E APLICAÇÃO PRÁTICA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de São
Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em
Direito Civil

Orientador: Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho

Pesquisa concluída com auxílio financeiro da FAPESP

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2014

BANCA EXAMINADORA

SIGLAS

AC – Apelação Cível

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Ag. – Agravo

Agr. – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário

AREsp – Agravo em Recurso Especial

Câm. – Câmara

CC – Código Civil

CC – Conflito de Competência

CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CESE – Coordenadoria dos Estabelecimentos Sociais do Estado

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

Des. – Desembargador

Dir. – Direito

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EDecl – Embargos de Declaração

FEBEM – Fundação do Bem-Estar do Menor

FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor

HC – *Habeas Corpus*

j. – julgado

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação

LOPJM – Lei Orgânica de Proteção Jurídica do Menor
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro
MS – Mandado de Segurança
ONU – Organização das Nações Unidas
PL – Projeto de Lei
PNE – Plano Nacional de Educação
Priv. – Privado
Públ. – Público
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
REO – Recurso *Ex Officio*
REsp – Recurso Especial
RN – Reexame Necessário
SAM – Serviço de Assistência a Menores
SAP – *Sentencia Audiencia Provincial*
SE – Sentença Estrangeira
SEC – Sentença Estrangeira Contestada
SLS – Suspensão de Liminar e de Sentença
STC – *Sentencia del Tribunal Constitucional*
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STS – *Sentencia del Tribunal Supremo*
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPB – Tribunal de Justiça da Paraíba
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
v.u. – votação unânime

RESUMO

Esta pesquisa objetivou estudar o princípio do melhor interesse da criança tanto em seu viés teórico quanto prático, na tentativa de se concluir se é possível ou não adotar-se critérios predeterminados para serem seguidos na tomada de decisões em questões envolvendo crianças e adolescentes.

Na primeira parte, teórica, estudou-se o conteúdo do melhor interesse, e se poderia ele ser entendido como regra de interpretação, direito fundamental ou princípio.

Já a segunda parte, prática, buscou analisar como os tribunais vêm decidindo algumas questões que resvalam no melhor interesse. Para tal, alguns institutos foram selecionados (guarda, adoção, parto anônimo, visitas e educação).

A análise da guarda passou pela sua diferenciação entre colocação em família substituta e atribuição a um dos pais em caso de separação. Discutiui-se a possibilidade de atribuição a terceira pessoa e de imposição da modalidade compartilhada. Estudou-se o direito de visitas para o caso de a guarda ter sido atribuída a somente um dos pais. Estendeu-se a pesquisa para a hipótese de garantir-se esse direito a amigos, padrastos, madrastas e padrinhos. A adoção foi estudada nas modalidades à brasileira, *intuitu personae* e internacional. Ainda, analisou-se a possibilidade de adoção por casal homoafetivo. Embora inexistente no direito brasileiro, o parto anônimo foi analisado para se observar se viável e necessário em nosso ordenamento.

Por fim, estudou-se o direito à educação, realçando-se alguns aspectos como a possibilidade de o ensino ser realizado fora de estabelecimentos oficiais, transporte de crianças até suas escolas e a possibilidade de exigirem-se vagas em creches.

Palavras-chave: melhor interesse da criança – teoria – prática – guarda – adoção – parto anônimo – visitas – educação.

ABSTRACT

This research aimed to study the principle of the best interest of the child, both in theory and in practice, in an attempt to conclude whether it is possible or not to adopt predetermined criteria to be followed in making decisions on issues involving children and adolescents.

In the first part, theoretical, the content of the best interest was studied, as well as the possibility of understanding it as a rule of interpretation, fundamental right or principle.

The second part, practical, sought to analyze how the courts have been deciding issues involving the best interest. In doing so, some institutes were selected (guardianship, adoption, anonymous childbirth, visits and education).

The analysis of the guardianship passed by differentiating between placement in foster family and its assignment to one of the parents in case of separation. The possibility of assigning it to a third person and the imposition of shared custody were discussed. The visitation rights in case when the custody has been awarded to only one parent was studied. The research was extended to the hypothesis of granting this right to friends, stepfathers, stepmothers and godfathers or godmothers. The research studied Brazilian, *intuitu personae* and international adoptions, as well as the possibility of adoption by homosexual couples. Although non-existing under Brazilian law, the anonymous childbirth was analyzed to observe if it is viable and needed in our system.

Finally, the right of education was studied, and aspects such as the possibility of homeschooling, transportation of children to their schools and the requiring of vacancies in childcare facilities were highlighted.

Key words: best interest of the child – theory – practice – guardianship – adoption – anonymous childbirth – visits – education.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA.....	12
1.1 Breve histórico da legislação brasileira protetiva da criança e do adolescente.....	12
1.2. Proteção internacional à criança e ao adolescente.....	22
2. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	25
2.1. Origem do melhor interesse.....	25
2.2. Conteúdo do princípio.....	28
2.2.1. Melhor interesse x proteção integral.....	40
2.3. O melhor interesse como direito fundamental.....	42
2.4. O melhor interesse como princípio.....	43
3.FAMÍLIA.....	48
3.1. Do vínculo biológico ao vínculo afetivo.....	48
3.2. Do pátrio poder ao poder familiar.....	67
4. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA.....	74
4.1. Colocação em família substituta.....	74
4.1.1. Guarda e tutela.....	75
4.1.2. Adoção.....	78
4.1.2.1. Adoção por casal homoafetivo.....	83
4.1.2.2. Adoção à brasileira.....	102
4.1.2.3. Adoção <i>intuitu personae</i>	109
4.1.2.4. Adoção internacional.....	113
4.1.3. Parto anônimo.....	115
4.2. Guarda e Código Civil.....	119
4.2.1. Guarda compartilhada.....	128
4.2.2. Direito de visita.....	134
4.3. Educação.....	142
4.3.1. Educação básica.....	148
4.3.2. O direito à creche.....	156
5. ANÁLISE QUANTITATIVA DE DECISÕES DO STF E DO STJ.....	163
5.1. Introdução.....	163

5.2. Supremo Tribunal Federal.....	163
5.3. Superior Tribunal de Justiça.....	164
6. DIREITO ESTRANGEIRO.....	166
6.1. Inglaterra.....	166
6.2. Portugal.....	181
6.3. Espanha.....	195
6.4. Argentina.....	216
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	226
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	236
DECISÕES JUDICIAIS.....	251
SITES CONSULTADOS.....	261

INTRODUÇÃO

Tema de grande relevância, o princípio do melhor interesse da criança não vem sendo tratado adequadamente pela doutrina e jurisprudência. Muito se tem escrito sobre ele, mas sem que se chegue a uma conclusão sobre o que, afinal, significa tal princípio. Assim, a ideia da presente pesquisa surgiu do fato de este princípio ser ainda obscuro e afetar diretamente crianças e adolescentes, já que as decisões judiciais os envolvendo são, muitas vezes, nele baseadas.

É sabido que o “melhor interesse da criança” é intuitivo ao ser humano. Mesmo leigos em Direito têm noção sobre o que estaria abrangido por esse melhor interesse. A pesquisa aqui desenvolvida, porém, evitará conceitos indeterminados, buscando enfrentar o tema utilizando critérios objetivos e rigor jurídico que possam levar a uma ampla compreensão do assunto tratado.

A proposta é atual e, tendo em vista a influência exercida no destino de crianças e adolescentes, o melhor interesse merece um enfoque sistematizado. Ademais, faz-se necessário seu estudo já que, tendo-se em vista os inúmeros modelos de família então existentes, bem como toda a problemática que pode surgir frente aos variados institutos de direito civil, uma proteção efetiva e célere de crianças e adolescentes se impõe.

Além do escopo do estudo teórico do princípio, na busca de uma tentativa de determinação objetiva, ao menos delineadora de sua utilização, buscou-se a análise de como ele vem sendo aplicado nas decisões judiciais, especialmente com o fito de verificar se estão surgindo sentenças contraditórias, todas elas por ele embasadas. Afinal, devido à sua falta de delimitação mais objetiva, situações totalmente opostas são definidas tendo-o por base. Não se pode olvidar que o interesse a prevalecer é efetivamente o da criança e do adolescente, e não os interesses dos adultos envolvidos, travestidos em proteção aos primeiros.

Iniciou-se a pesquisa com a investigação da proteção dada à criança e adolescente em seara nacional e internacional. Foram analisadas convenções internacionais que

propões aos países signatários que tratem do melhor interesse em seus ordenamentos internos.

Foi feita a análise histórica da origem do princípio, bem como o estudo de seu conteúdo, momento em que foram apresentadas visões de diferentes doutrinadores sobre o que consideram ser o melhor interesse da criança. Em seguida, estudou-se o viés de direito fundamental do princípio, bem como as diferenças entre princípios e regras, para caracterizar se o melhor interesse pode, de fato, ser considerado como princípio jurídico.

Colocou-se como mandatário o estudo da família e sua evolução ao longo do tempo, partindo-se do vínculo biológico e evoluindo até a vinculação afetiva, e isso porque é dentro dos mais diversos cenários familiares hoje existentes que se desenrolarão as questões envolvendo crianças e adolescentes. Com isso, a transformação do pátrio poder em poder familiar também mereceu destaque.

O princípio do melhor interesse da criança foi realçado tendo-se por parâmetro o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como institutos do Código Civil (guarda, adoção, direito de visitas entre outros). Com isso, tratou-se de demonstrar a importância deste tema na prática, pela análise de jurisprudência, observando-se a orientação de alguns tribunais pátrios (em especial STF, STJ e TJSP) quanto à resolução dos mais variados conflitos envolvendo crianças e adolescentes.

Pelo fato de ser esta pesquisa afeta, basicamente, ao direito da infância e da juventude e ao direito de família, toda a formulação apresentada acerca do princípio sob análise teve em vista estes ramos do direito. Fez-se, assim, corte metodológico, optando-se por analisar a atuação do princípio do melhor interesse na seara da família e da infância e juventude. Resvalou-se, porém, no direito público ao se analisar o princípio do melhor interesse e o direito à educação.

Foi realizada, em seguida, pesquisa quantitativa junto ao STF e STJ, utilizando-se o termo “melhor interesse” e algumas variações do mesmo, tendo por objetivo analisar se a pesquisa junto aos Tribunais Superiores retornaria decisões que de fato se referissem ao tema.

Por fim, procedeu-se à análise do direito estrangeiro, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, pela observação de algumas decisões dos tribunais internacionais. Quanto à doutrina, buscou-se descrever como funcionam os institutos discutidos no Capítulo 4 (colocação em família substituta, guarda e educação) e, na parte prática, destacaram-se situações que foram resolvidas tendo por base o melhor interesse. A Inglaterra foi escolhida para estudo por ser o berço do princípio aqui analisado. Portugal e Espanha, por apresentarem influência na formação do direito brasileiro, e Argentina, por ter realidade social semelhante à brasileira, também foram estudados.

Ao final, após ampla pesquisa sobre o tema, buscou-se apresentar entendimento próprio do princípio do melhor interesse da criança, bem como se é possível ter-se uma determinação prévia de seu conteúdo, ou se é realmente a análise casuística que deve prevalecer.

1. PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA

1.1. Breve histórico da legislação brasileira protetiva da criança e do adolescente

A atenção voltada à criança e ao adolescente no Brasil teve origem em 1823, quando foi apresentado, por José Bonifácio D'Andrada e Silva, por intermédio de uma Representação apresentada por ele à Assembléia Geral Constitucional e Legislativa do Império, projeto de lei que tratava sobre como lidar com a escravatura em épocas abolicionistas e, lateralmente, tratava um pouco, também, do menor escravo.¹ Não se pode dizer que foi particularmente uma tentativa de proteção à infância, mas, ao discutir o assunto da escravatura e da libertação dos escravos, o tema necessariamente passava pela discussão da infância escrava. Talvez uma semente da importância da convivência familiar possa ser encontrada no art. IX do Projeto, que previa que não se podia vender escravo casado com escrava sem vender, ao mesmo tempo, a escrava e seus filhos menores de doze anos. O mesmo ocorria com escrava que tivesse filhos menores de doze anos, cuja venda deveria ser realizada em conjunto^{2,3}.

A promulgação da Constituição Imperial de 1824 não melhorou a situação da infância, haja vista não trazer normas a respeito do assunto. Logo em seguida, surgiu o Código Criminal do Império, de 1830. No art. 10, 1º, o menor de quatorze anos não era considerado criminoso.⁴ Porém, o art. 13 determinava que, em caso de cometimento de crime, em havendo discernimento, o menor de quatorze deveria ser internado em casa de

¹ Exemplos do quanto afirmado podem ser encontrados nos seguintes artigos: “ART. XVI. Antes da idade de 12 annos não deverão os escravos ser empregados em trabalhos insalubre e demasiados; e o Conselho vigiará sobre a execução deste artigo para bem do Estado e dos mesmos senhores”; “ART. XVIII. A escrava durante a prenhez, e passado o terceiro mez, não será obrigada a serviços violentos e aturados; no oitavo mez só será occupada em casa; depois do parto terá hum mez de convalescença; e passado este, durante hum anno não trabalhará longe da cria”. Cf. D'ANDRADA E SILVA, José Bonifácio. *Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil sobre a escravatura*. Paris: Firmin-Didot, 1825, p. 31-32.

² D'ANDRADA, E SILVA, José Bonifácio. *Idem*, p. 29. No original: “Nenhum senhor poderá vender escravo casado com escrava sem vender ao mesmo tempo, e ao mesmo comprador a mulher e os filhos menores de 12 annos. A mesma disposição tem lugar a respeito da escrava não casada e seus filhos dessa idade”.

³ Disposição semelhante podia ser encontrada, conforme noticia Josiane Rose Petry Veronese (*Os direitos da criança e do adolescente*, São Paulo: LTr, 1999, p. 11), em projeto de lei apresentado ao Senado em 12.06.1862, pelo Senador Silveira da Mota, que estabelecia “a proibição de venda de escravos sob pregão e exposição pública, bem como a proibição de, em qualquer venda, separar o filho do pai e o marido da mulher”.

⁴ “Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos”.

correção, pelo tempo determinado judicialmente, desde que não excedesse a idade de dezessete anos.⁵

O Código Criminal do Império inaugurou a chamada fase do direito penal do menor. As outras fases de proteção da infância, que se seguiram a esta, são chamadas de fase da situação irregular (iniciada com o Código de Menores de 1979) e a fase em que nos encontramos atualmente, a da proteção integral. Esta primeira fase consistia em imputar responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de ato criminoso.⁶

Ainda com relação à preocupação abolicionista da época, em vinte e oito de setembro de 1871, foi promulgada a Lei n. 2.040, chamada de Lei do Ventre Livre, ou Lei Rio Branco, que previa, basicamente, que seriam livres os filhos nascidos de mulher escrava a partir de sua publicação.⁷ Joaquim Nabuco ressalta que, quando da publicação desta lei, o escravo de um ano podia ser resgatado por sua mãe por um preço insignificante. Pelo fato de ela não ter o dinheiro, conseqüentemente seu filho não era libertado.⁸ Curioso notar que seus demais artigos previam que esses filhos que nasciam livres poderiam ficar sob a autoridade dos senhores de suas mães, que deveriam criá-los e deles cuidar até os oito anos completos. Após tal idade, o senhor da mãe poderia receber indenização do governo por ele ou utilizar de seus serviços até a idade de 21 anos. Em caso de maus-tratos ou abandono por parte dos senhores, o governo poderia entregar a criança a associações, que poderiam utilizar seus serviços, gratuitamente, até os 21 anos de idade. As associações podiam, até mesmo, alugar os serviços dos filhos nascidos livres. Porém, havia um viés assistencialista nesta lei, que previa, por exemplo, que as associações deveriam criar os menores, constituindo um pecúlio para eles, bem como procurar-lhes colocação para após os 21 anos. O art. 2º, §2º, previa que essas regras para as associações também seriam aplicadas às Casas dos Expostos e “às pessoas a quem os juízes de órfãos encarregassem

⁵ “Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos”.

⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11.

⁷ “Art. 1º. Os filhos de mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei serão considerados de condição livre”.

⁸ NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000, p. 18. Este livro também pode ser consultado para análise de demais críticas à escravidão no Brasil.

da educação dos ditos menores, na falta de associações ou estabelecimentos criados para tal fim”.

Mais uma vez, deve-se observar o fato de que a legislação não tinha em vista a proteção à infância, mas fazia parte de uma crescente campanha em prol da abolição da escravidão no Brasil. Ainda sobre o tema de permanência dos filhos com a família, previa o art. 4º, §7º, da Lei n. 2.040 de 1871, que “em qualquer caso de alienação ou transmissão de escravos, é proibido, sob pena de nulidade, separar os cônjuges e os filhos menores de doze anos do pai ou da mãe”. Como havia a possibilidade de o senhor da mãe permanecer com seu filho até a idade de vinte e um anos, entendem alguns autores⁹ que se criava, aí, um novo tipo de escravidão, visto que o senhor poderia utilizar-se dos serviços do menor nascido livre, e a lei não previa qualquer tipo de regulamentação para esses serviços, como a jornada de trabalho ou a alimentação que deveria lhe ser prestada.

Todo esse processo abolicionista fez com que se iniciassem os movimentos migratórios para o Brasil, o que também gerava problemas para a infância e juventude. A realidade prometida era muito diferente da encontrada. Havia, inclusive, muitas doenças que vitimavam os colonos, fazendo com que seus filhos acabassem por ficar em orfanatos.¹⁰ Além disso, muitas crianças eram abandonadas.

O problema do abandono já era antigo, até mesmo anterior ao século XIX, e a solução encontrada era a Roda dos Expostos, também chamada de Roda da Misericórdia. Olívia Marcelo Pinto de Oliveira noticia que a primeira delas surgiu na cidade de Salvador, no ano de 1726.¹¹ O Vice-Rei Vasco Fernandes de Meneses, Conde de Sabugosa, tendo em vista o grande número de recém-nascidos que podiam ser encontrados nas ruas, abandonados por seus pais, demandou que a Santa Casa criasse uma roda para acolher os

⁹ NABUCO, Joaquim. Idem, p. 18-19; VERONESE, Josiane Rose Petry. Idem, p. 12.

¹⁰ Conforme noticia Josiane Rose Petry Veronese, “dos orfanatos surgidos a partir de 1870, alguns foram criados com a finalidade de abrigar os filhos de colonos italianos, vitimados pela febre amarela” (Idem, p. 15).

¹¹ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Parto anônimo e cuidado: efetivação do melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 239.

bebês abandonados.¹² Logo após, em 1734, foi criada a Roda dos Expostos no Rio de Janeiro, localizada no “Asylo dos Expostos”, fundado por Romão de Mattos Duarte.¹³

Em São Paulo, surgiu a primeira Roda dos Expostos em 1896, adaptada de roda que os conventos usavam para o recebimento de donativos. Devido ao grande número de crianças ali deixadas, transformou-se na Casa dos Expostos que, a partir de 1897, passou a funcionar na Chácara Wanderley, no bairro do Pacaembu, sendo que a sua primeira administração coube a Domingos Sertório.¹⁴

A Igreja Católica foi a primeira instituição a prestar assistência à infância, por intermédio das ordens religiosas.¹⁵ Porém, deve-se deixar claro que essa assistência não revelava de fato uma preocupação com a criança como sujeito de direito; o que se tinha era um viés assistencial, de caridade, e mesmo a assistência oferecida pelas ordens religiosas se limitava a ensino,¹⁶ saúde e alimentação. Ademais, não eram todas as crianças os alvos dessa assistência, apenas as consideradas abandonadas, órfãs e delinquentes.

Em 1890, foi promulgado novo Código Penal, que também usava do critério do discernimento para determinação da imputabilidade, prevendo, em seu art. 27, que os menores de nove anos não eram considerados criminosos, bem como os maiores de nove e menores de quatorze, desde que tivessem agido sem discernimento.¹⁷

O ano de 1890 pode ser visto como profícuo em termos de produção legislativa voltada para a infância. Em dezessete de janeiro de 1890, o Decreto n. 1.313 surgiu para tratar do trabalho de menores nas fábricas do Distrito Federal. Em trinta e um de maio de

¹² Flávio Guimarães Lauria menciona a existência da Roda dos Expostos na Santa Casa da Misericórdia da Bahia, no século XVIII (*A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 15). Tratando sobre a Roda dos Expostos, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que “No Brasil Colônia, por herança de Portugal foi largamente utilizada e estendeu-se até 1950, (...)” (O parto anônimo no direito brasileiro. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 190).

¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 62, 1992, p. 36-37.

¹⁴ Estas informações foram extraídas do site www.fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/a-fundacao/historia. Acesso em 10.07.13.

¹⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Idem*, p. 18.

¹⁶ O ensino, de acordo com Josiane Rose Petry Veronese, “se limitava ao aprendizado das atividades domésticas e educação familiar, esta fundamentada no binômio: autoridade – obediência, que geralmente preparava as crianças para os empregos domésticos”. (*Idem*. *Ibidem*).

¹⁷ “Art. 27. Não são criminosos: §1º Os menores de 9 annos completos; §2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento”.

1890, o Decreto n. 439 estabeleceu as bases para a organização de assistência à infância desvalida, que seria levada a efeito pela Casa de S. José e pelo Asylo de Meninos Desvalidos.¹⁸ Em doze de agosto de 1890, o Decreto n. 658 deu nova regulamentação administrativa ao Asylo de Meninos Desvalidos.

Em seguida, em 1891, tem-se promulgada a Constituição Republicana, que não tratou do tema da infância. Nessa época, o governo se apercebeu do fato de que somente entidades assistenciais e a Igreja não davam mais conta do problema da infância, e uma tomada de providências se fazia necessária. O Estado, então, encampou a prestação assistencial à infância. Conforme ressalta Josiane Rose Petry Veronese,

os intelectuais da época, impulsionados pelos ideais progressistas e nacionalistas, concluíram que assistir uma criança não significava somente dar-lhe casa e comida. Fazia-se necessário que as instituições formassem o indivíduo na moral, bons costumes, educação elementar e que lhe fornecessem ainda uma capacitação profissional, a qual mais tarde lhe permitiria o seu próprio sustento.¹⁹

Com o tempo, passou-se a ver que para a infância não bastava apenas o fornecimento de casa e comida. A infância moralmente abandonada também oferecia risco à sociedade.

É ainda no final do século XIX que o médico Moncorvo Filho, preocupado com o bem-estar das crianças, criou o Instituto de Proteção e Assistência à Infância do Rio de Janeiro, sendo seguido em sua iniciativa pelos outros Estados brasileiros.²⁰

Em cinco de janeiro de 1921, foi sancionada a Lei n. 4.242, que era lei orçamentária para aquele ano, mas que trazia várias disposições relativas às crianças,

¹⁸ De acordo com o art. 1º do Decreto 439, eram desvalidos os menores, de seis a vinte e um anos, que tivessem sido abandonados em via pública, órfãos ou, tendo pai e mãe, não pudessem ser por eles mantidos.

¹⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Idem*, p. 21.

²⁰ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *A adoção em relações homoafetivas*. Ponta Grossa: UEPG, 2011, p. 32. Segundo a autora, “Tais iniciativas marcam o princípio de uma política de inclusão, que caminha para o reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes como cidadãos”.

especialmente autorização para organização do serviço de proteção da infância abandonada e delinquente.²¹

Com a encampação da infância pelo governo, foi criado, a partir dos esforços realizados por Mello Matos, o primeiro Juizado de Menores, no Rio de Janeiro, através do Decreto n. 16.272, de vinte de dezembro de 1923. Apesar da criação do Juizado, a menoridade ainda não contava com legislação específica e protetiva para ela e, conseqüentemente, não havia previsão de órgãos e estabelecimentos que pudessem dar cumprimento às sentenças exaradas pelo Juizado. E, novamente, não eram todas as crianças abrangidas pelo Juizado, mas apenas as abandonadas ou delinquentes.

Devido à falta de órgãos e estabelecimentos que executassem as decisões proferidas pelo Juizado de Menores, foi criado o Patronato de Menores, que recebeu, para integrar seu patrimônio, a Escola de Menores Abandonados.²²

Ainda no ano de 1924, o Decreto n. 16.388, de vinte e sete de fevereiro, aprovou o regulamento do Conselho de Assistência e Proteção dos Menores. Em dois de abril do mesmo ano, foi criado o Abrigo de Menores do Distrito Federal, pelo Decreto n. 16.444. Pode-se mencionar, ainda, o Decreto n. 17.508, de quatro de dezembro de 1926, que aprovava o regulamento da Escola João Luiz Alves, cujo objetivo era receber menores entre quatorze e dezoito anos, que haviam sido julgados pelo Juiz de Menores e sentenciados à internação, para regenerá-los pelo trabalho, educação e instrução.

Em 1927, foi aprovado o Código de Menores (Decreto n. 17.943-A), que nasceu como projeto apresentado por Mello Mattos em 1921, gerando, assim, oficialmente para o Estado, o dever de assistência à infância. A grande novidade encampada pelo Código de Menores foi a visão moderna de pátrio poder, pela qual o filho deixaria de ser totalmente submisso à vontade do pai,²³ além de obrigar os pais a certos deveres para com os filhos,

²¹ Seu art. 3º, por exemplo, previa a construção de abrigos para os menores e a nomeação de um juiz de direito privativo de menores. O mesmo artigo, em seu §1º, trazia a definição de quem seriam os menores abandonados.

²² VERONESE, Josiane Rose Petry. *Idem*, p. 24.

²³ Vale lembrar que na origem romana do pátrio poder, o pai tinha até mesmo o direito de vida e morte sobre o filho (Nesse sentido: PEREA, José Manuel de Torres. *Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel, 2009, p. 101; LASARTE, Carlos. *Derecho de familia*. 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 324; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO,

como o de educá-los. Ademais, “(...) o poder do pai sobre o filho passou a ser regulado e o Estado poderia intervir sobre esta relação”.²⁴ Para Tânia da Silva Pereira, o Código Mello Mattos representou “(...) a abertura de uma visão legislativa sobre o problema da criança e do adolescente em todos os seus aspectos”, o que colocou o Brasil na vanguarda dos países latino-americanos na discussão sobre o enfrentamento da questão da infância desassistida.²⁵

O Código de Mello Mattos definia como menor a pessoa com menos de 18 anos, de ambos os sexos, abandonado ou delinquente (art. 1º). Nessas situações, seria o menor submetido a medidas de assistência e proteção, que eram definidas pelo Código em seu art. 55.²⁶ Em seu art. 26, trazia hipóteses de abandono; as hipóteses de delinquência podiam ser encontradas nos arts. 68 em diante. Vê-se que, mais uma vez, a legislação preocupava-se não com a totalidade de crianças, mas apenas os que traziam algum problema – os menores abandonados ou delinquentes. Seu art. 69²⁷ dispensava a pesquisa de discernimento exigida pela legislação penal (Códigos de 1830 e 1890).

Ao tratar sobre este Código, Tânia da Silva Pereira afirma que foi a partir de seu advento que o Estado assumiu o trabalho de assistência e proteção, elaborando programas de ação direta e intensiva, além de partir para o enfrentamento de questões de política social.²⁸

Maria Cristina Rauch Baranoski critica o Código Mello Mattos afirmando que, apesar de ter havido alteração para o sistema tutelar, embora de viés assistencialista, na

Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1426; HASSELMANN, Elisa de Carvalho Laurindo. O melhor interesse da criança e do adolescente em face do projeto de código civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 362.

²⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. Idem, p. 25-26.

²⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e adolescência...*, p. 41.

²⁶ Como exemplo, podem ser citadas a entrega da criança aos pais, tutor ou guardião, com recomendações, ou ainda internação em hospital, asilo, instituto de educação ou oficina de reforma (“Art. 55. (...) a) entregal-o aos paes ou tutor ou pessoa encarregada de sua guarda, sem condição alguma ou sob as condições que julgar uteis á saude, segurança e moralidade do menor; b) entregal-o a pessoa idonea, ou internal-o em hospital, asylo, instituto de educação, officina escola de preservação ou de reforma; (...)”).

²⁷ “Art. 69. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda”.

²⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e adolescência...*, p. 45.

prática continuava a exclusão sendo a ferramenta usada pelo Estado para sanar os problemas relativos à criança e ao adolescente e para manter a ordem.²⁹

O Decreto-lei n. 5.452, de primeiro de maio de 1943, aprovou a CLT, trazendo normas de proteção ao trabalho infantil. Foi alterada pelo Decreto n. 31.546, de seis de outubro de 1952, que mudou o conceito do empregado aprendiz.

Em 1964, instituiu-se a FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, em substituição ao SAM – Serviço de Assistência a Menores, criado pelo Decreto n. 3.779, de cinco de novembro de 1941, muito criticado pela população por se utilizar de métodos de repressão contra crianças e adolescentes.³⁰ A FUNABEM, criada pela Lei n. 4.513, de primeiro de dezembro de 1964, tinha como uma de suas metas implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, que, por sua vez, tinha por objetivo coordenar as entidades estaduais de proteção à infância. Comentando a instituição, Tânia da Silva Pereira ressalta que esse sistema “(...) propunha substituir a repressão e segregação por programas educacionais”.³¹

Em 1967, por intermédio do Decreto n. 49.165 de vinte e nove de dezembro, foi criada a Secretaria da Promoção Social do Estado de São Paulo, e o serviço social de menores foi transferido para essa Secretaria. Foi também criada a CESE – Coordenadoria dos Estabelecimentos Sociais do Estado que, além de administrar as unidades de atendimento, atendia outras pessoas, como famílias carentes, migrantes, alcoólatras etc. Isso acabou sobrecarregando a CESE, o que levou à criação da Fundação Paulista de Promoção do Menor, em 1974 (Fundação Pró-Menor). Em 1976, mudou de nome, passando a chamar-se Fundação do Bem-Estar do Menor – FEBEM/SP.

Toda esta primeira etapa de legislação voltada à infância é vista como a fase do direito penal do menor,³² e isso porque, embora muitas das leis tratassem de proteção à infância, vê-se que estavam mais preocupadas com o viés penal da situação, já que a

²⁹ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 32.

³⁰ Nesse sentido: PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. *Revista da ESMESC*. Florianópolis, v. 4, n. 5, 1998, p. 120.

³¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e adolescência...*, p. 42 e *Direito da criança...*, p. 120.

³² Neste sentido: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 32; MICELI, Mariana Sant’Ana. Por uma visão crítica do direito da criança e do adolescente. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*. Franca, A. 14, n. 20, p. 276.

infância delinquente (bem como a abandonada) era reprimida, retirando-se as crianças das vistas da sociedade, institucionalizando-as. Não havia uma preocupação com a reinserção da criança na sociedade. A criança e o adolescente eram vistos “como ameaça à sociedade e o modelo vigente era o correcional repressivo, o qual se caracterizou pelos reformatórios para ‘menores infratores’”.³³

Em 1979 houve a promulgação do Código de Menores, com a Lei n. 6.697/79 e, com ele, pose-se dizer que é inaugurada a segunda fase de cuidados com a infância, a fase da situação irregular.³⁴

Nesta segunda fase, a criança e o adolescente que, por alguma razão (delinquência ou abandono), se viam fora da tutela da família, tornavam-se responsabilidade do Estado, que continuava institucionalizando-as, excluindo-as do convívio social. De acordo com Maria Cristina Rauch Baranoski, “o Brasil adota o sistema tutelar e mantém a linha do assistencialismo e a repressão com o poder do Estado frente aos problemas da criança e do adolescente”.³⁵ Segundo Mariana Sant’Ana Micelli, o Código de 1979 tem característica paternalista, baseado em política assistencialista e manutenção da repressão.³⁶ Não se preocupava com prevenção, agindo somente em casos de conflitos já instalados.³⁷ Sobre o paternalismo, ressalta Márcio Thadeu Silva Marques que essa perspectiva levava a criança a ser vista como objeto de medidas de proteção, como receptor da prática assistencialista, sem consideração de seus direitos e de sua dignidade.³⁸

Luiz Eduardo de Barros Figueirêdo critica o modelo trazido pelo Código de Menores pelo fato de que o Judiciário, por concentrar as funções de julgar, executar e editar portarias de caráter geral, “(...) queria ser, ao mesmo tempo, Judiciário, Executivo e Legislativo”.³⁹ Com isso, como o juiz ainda era visto como um “bom pai”, não precisava justificar suas decisões, utilizando-se de seu bom senso e experiência para definir o destino

³³ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 32

³⁴ No sentido de o Código de Menores de 1979 ter encampado a teoria da situação irregular: PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e adolescência...*, p. 42; PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse...*, p. 12.

³⁵ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 33.

³⁶ MICELI, Mariana Sant’Ana. Idem, p. 276-277.

³⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e adolescência...*, p. 43.

³⁸ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 468.

³⁹ FIGUEIRÊDO, Luiz Eduardo de Barros. Promoção da convivência familiar e comunitária. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 8.

das crianças, chegando a extrapolar o âmbito de sua jurisdição e restringir direitos de forma genérica, através da edição de portarias.⁴⁰

Apesar de o Código de Menores prever os superiores interesses do menor sobre qualquer outro, ressalta Tânia da Silva Pereira que o “(...) espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz”.⁴¹

Com a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 e, posteriormente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei n. 8.069/90), inaugura-se a terceira fase de proteção, a da proteção integral,⁴² fase na qual nos encontramos atualmente. A proteção à infância está expressamente prevista dentre os direitos sociais do art. 6º⁴³ da Constituição Federal, bem como em seu art. 227, *caput*.⁴⁴

Nesta última fase, muda-se o paradigma,⁴⁵ passando crianças e adolescentes a serem tratados como sujeitos de direito,⁴⁶ e não mais meros objetos, passíveis de proteção em caso de situação irregular, bem demonstrada pela tríade abandono, infração e carência. Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “como pessoas humanas em

⁴⁰ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. *Idem*. *Ibidem*.

⁴¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse...*, p. 13.

⁴² Nas palavras de Maria Cristina Rauch Baranoski, com a Constituição Federal e com o ECA, há “(...) outra forma de pensar, uma nova cultura, agora pautada no interesse da criança e do adolescente (...)” (*Idem*, p. 148). No sentido de ter sido introduzida a doutrina da proteção integral no ordenamento com a Constituição de 1988: LOPES, Jaqueline Ferreira. O “melhor interesse da criança” e o “cuidado” na interface psicologia e direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 111-112.

⁴³ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁴⁴ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

⁴⁵ Segundo Flávio Guimarães Lauria, valendo-se dos ensinamentos de Fábio Comparato, paradigma é o “conjunto de valores sociais que se impõe como normas de convivência social em determinado momento histórico” (*Idem*, p. 9).

⁴⁶ Neste sentido: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *Idem*, p. 34; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 357; MICELI, Mariana Sant’Ana. *Idem*, p. 275; PEREIRA, Tânia da Silva. O Estatuto da Criança e do Adolescente e os desafios do novo Código Civil. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, n. esp., 2002/2003, p. 118 e *Direito da criança...*, p. 126.

processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadores de condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas”.⁴⁷

Ponto interessante foi a tentativa da legislação de não utilizar mais do termo “menor”, que se encontrava estigmatizado, envolvido em carga pejorativa. Assim, deu-se preferência às expressões “criança”, “adolescente”, “infante”, entre outras. Ressalta Márcio Thadeu Silva Marques a troca de locuções também no referente à Justiça de Menores para Justiça da Infância e da Juventude.⁴⁸ Apesar disso, quando do estudo de decisões jurisprudenciais tratando do melhor interesse, constatou-se o uso indiscriminado da palavra “menor”, o que demonstra que a carga pejorativa encontra-se superada. A legislação, doutrina e jurisprudência estrangeiras também se utilizam normalmente do termo.

O grande objetivo da terceira fase é que, com a proteção integral e com o princípio do melhor interesse, bem como outros princípios que permeiam o direito de família e o direito da infância e juventude atualmente, como os da solidariedade, da afetividade e da paternidade responsável, entre outros, seja possível que a criança e o adolescente venham a se tornar adultos capazes no futuro.

1.2. Proteção internacional à criança e ao adolescente

Um dos primeiros diplomas legislativos a preconizar a necessidade de proteção especial a crianças foi a Declaração de Genebra, de 1924.⁴⁹ A ela se seguiram como diplomas de proteção à infância a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948;⁵⁰ a Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU, de 1959;⁵¹ o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, de 1966⁵² e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 101, 2008, p. 32.

⁴⁸ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. *Idem*, p. 470.

⁴⁹ Nesse sentido: MICELI, Mariana Sant’Ana. *Idem*, p. 277; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *Idem*, p. 247; PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança...*, p. 124.

⁵⁰ Art. XXV, 2: “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.

⁵¹ Toda esta Declaração é voltada para a proteção à infância. Faz-se destacar, logo no Preâmbulo, o quanto segue: “(...) Visto que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento, (...) Visto que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços (...)”.

⁵² Art. 24, 1: “Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado”.

Sociais e Culturais, de 1966.⁵³ Ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, de 1969) prevê, em seu art. 19, que as crianças necessitam de medidas de proteção, advindas da família, da sociedade e do Estado.⁵⁴

Destacam-se, também, as Regras de Beijing, de 1985 (Resolução n. 40.33 da Assembleia Geral da ONU de vinte e nove de novembro de 1985). As regras conhecidas como Regras de Beijing são as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, cujo objetivo é trazer as regras básicas que devem ser observadas considerando jovens infratores. Assim, tratam de investigação e processamento, decisões judiciais e medidas aplicáveis, por exemplo. Já as Diretrizes de Riad, de 1988, são as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, cujo objetivo é evitar a delinquência através de um processo de socialização do jovem, por intermédio da família, da comunidade, dos meios de comunicação, educação e adoção de políticas sociais dedicadas a eles.

Não podem ser olvidadas, ainda, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989;⁵⁵ a Declaração Mundial sobre Educação para Todos, de 1990;⁵⁶ a Declaração do Panamá, de 2000, entre outras. Esta última, que traz como subtítulo “Unidos pela infância e adolescência, base da justiça e da equidade no novo milênio”, visa fortalecer as medidas e políticas públicas em prol da infância e juventude. Exemplos da preocupação com crianças e adolescentes podem ser encontrados nos seus itens 1 e 7, que enfatizam a importância de se dedicar especial atenção à infância e adolescência, com a formulação de políticas para promoção de programas e ações para garantia de seus direitos e de seu desenvolvimento integral, além de ressaltar a importância de fatores socioeconômicos e seu impacto sobre os laços familiares.⁵⁷ No item 9, traz a Declaração

⁵³ Art. 10, 3: “Devem-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. (...)”.

⁵⁴ “Artigo 19 – Direitos da criança. Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

⁵⁵ Art. 3º, item 1: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

⁵⁶ Tal Declaração visa a educação de todos – criança, jovem ou adulto, segundo seus termos, com especial relevo à educação básica, como bem o demonstra o art. 1, item 4: “A educação básica é mais do que uma finalidade em si mesma. Ela é a base para a aprendizagem e o desenvolvimento humano permanentes, sobre a qual os países podem construir, sistematicamente, níveis e tipos mais adiantados de educação e capacitação”.

⁵⁷ “1. (...) é de importância estratégica dedicar especial atenção à infância e à adolescência, decidimos, mais uma vez, examinar em conjunto, a situação das crianças e adolescentes Ibero-americanos com o propósito de formular políticas e promover programas e ações que garantam o respeito dos seus direitos, seu bem-estar e desenvolvimento integral. 7. Dessa forma, é preciso salientar que a população infantil e adolescente constitui

várias medidas a serem tomadas em prol da infância e adolescência, como direito de registro ao nascer, educação integral, programa de segurança alimentar, educação sexual, políticas de fomento ao desporto, dentre outras.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, que pode ser considerada um dos documentos mais importantes na seara da infância, foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 99.710/99. Mariana Sant'Ana Miceli vê, nesta ratificação, o momento em que o direito da criança e do adolescente passou a se orientar, no Brasil, pela doutrina da proteção integral, abarcando todas as crianças, e não apenas as que estariam em 'situação irregular'.⁵⁸ Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires, por sua vez, a veem como o momento da incorporação do princípio do melhor interesse ao sistema jurídico brasileiro.⁵⁹ Nas palavras de Tânia da Silva Pereira, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, “representa o mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis”.⁶⁰

Heloisa Helena Gomes Barboza, ao tratar de algumas declarações internacionais protetivas dos direitos das crianças e adolescentes, afirma que

(...) foram reconhecidos, no âmbito internacional, direitos próprios da criança, que deixou o papel de apenas parte integrante do complexo familiar para ser mais um membro individualizado da família humana, o qual, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.⁶¹

uma faixa etária que, pela sua própria natureza, é particularmente afetada pelos fatores socioeconômicos negativos, sobre os quais é necessário atuar com firmeza, a fim de evitar ou reduzir de modo sensível os efeitos perturbadores do enfraquecimento dos laços sociofamiliares, causa de situações irregulares, tais como o abandono familiar, a paternidade irresponsável e os conflitos da lei”.

⁵⁸ MICELI, Mariana Sant'Ana. Idem, p. 278. Nesse sentido: LOPES, Jaqueline Ferreira. Idem, p. 134; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Idem, p. 247.

⁵⁹ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. A dissolução da relação conjugal e o melhor interesse da criança: uma abordagem interdisciplinar. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 21, 2004, p. 11. Também nesse sentido: TAVARES, Mára Barbosa. Considerações preliminares para a divulgação do ECA no âmbito escolar: um dos caminhos para atender o princípio “melhor interesse”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 630.

⁶⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do ‘melhor interesse da criança’: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 6, 2000, p. 31.

⁶¹ BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. Melhor interesse da criança e do adolescente (princípio do). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 836.

2. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

2.1. Origem do melhor interesse

Conforme Tânia da Silva Pereira,⁶² a origem do princípio do melhor interesse da criança advém do instituto inglês do *parens patriae*, cujo objetivo era a proteção de pessoas incapazes, bem como de suas propriedades. No início do século XVIII, houve uma divisão no *parens patriae* entre proteção infantil e proteção dos loucos. Ao se exercitar o *parens patriae* o que deveria ser levado em conta eram os interesses dos infantes.

Esse instituto evoluiu para o princípio *best interest of child*. Foi esse princípio majoritariamente traduzido, no Brasil, como “melhor interesse da criança”, embora possam ser encontradas expressões como “maior interesse” ou, ainda, “melhor interesse existencial da criança”.⁶³

Fato curioso a se notar, quanto à tradução, é que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança trazia, em seu art. 3.1, a expressão *the best interests of the child*.⁶⁴ Ao ser ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 99.710/90, a versão oficial trouxe como tradução a expressão ‘o interesse maior da criança’. Porém, não é a nomenclatura que deve ser levada em conta, mas o objetivo da Convenção e do Decreto que introduziram o melhor interesse na legislação pátria.⁶⁵ Como bem ressalta Tânia da Silva Pereira,

estamos, portanto, diante de dois conceitos diversos: a versão original vinculada a um conceito qualitativo – *the best interest* – e a versão brasileira dentro de um critério quantitativo – *o interesse maior da criança*. Optamos pelo conceito qualitativo – *melhor interesse* – considerando-se o conteúdo da Convenção, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro.⁶⁶

⁶² PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio...*, p. 32; PEREIRA, Tânia da Silva. *O Estatuto da Criança e do Adolescente...*, p. 119. Também apresenta esta notícia Mára Barbosa Tavares (Idem, p. 631).

⁶³ Conforme o art. 103, parágrafo único, do Projeto do Estatuto das Famílias (PL n. 2.285/2007): “Parágrafo único. Nesta hipótese deve ser assegurado aos pais o direito à convivência familiar, salvo se não atender ao melhor interesse existencial da criança”.

⁶⁴ “Art. 3.1: *In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”.

⁶⁵ Nesse sentido: MICELI, Mariana Sant’Ana. Idem, p. 287.

⁶⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio...*, p. 32.

Também Flávio Guimarães Lauria trata da diferença entre as expressões “melhor interesse” e “maior interesse”, elegendo a primeira delas como a mais correta a ser usada, já que, “melhor”, por se tratar de qualidade, valoriza o que é único, em oposição ao corriqueiro: “(...) é a valorização do que é original, raro, irreparável. O que é único torna-se valioso por essa própria característica”. Conclui ele afirmando que a proteção é devida à infância por seu caráter único, por ser a criança pessoa em desenvolvimento, bem como pela transitoriedade desta situação, e pela possibilidade de sequelas irreparáveis. Assim, para ele, “Essas as razões pelas quais se prefere a expressão “melhor interesse da criança”.⁶⁷

O que se deve colocar em primeiro lugar tanto na implementação de políticas públicas quanto na sua execução é o interesse da infância e da juventude, seja ele o ‘melhor interesse’ seja ele o ‘maior interesse’.

É no direito costumeiro inglês que parece ter surgido a primeira referência ao melhor interesse. O primeiro caso a dele tratar é o caso *Finlay v. Finlay*, julgado pelo Juiz Cardozo, em 1925,⁶⁸ no qual se concluiu que, em hipótese de conflitos entre os interesses da criança e os interesses de seus pais, são os primeiros que devem prevalecer. Na decisão, ficou claro que o pai ou a mãe agiriam como *parens patriae* para fazer o que é melhor para o interesse da criança. Os pais devem se colocar na posição de genitor sábio, carinhoso e cuidadoso.⁶⁹

Outros dois casos emblemáticos, *Rex v. Delaval*,⁷⁰ de 1763, e caso *Blissetts*,⁷¹ de 1765, foram julgados pelo Juiz Lord Mansfield, e são considerados como os precedentes a tratar da primazia do interesse da criança.⁷² Em *Rex v. Delaval*, entendeu-se, pela primeira

⁶⁷ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 31-33.

⁶⁸ *Finlay v. Finlay*, 240 N.Y. 429, 434, 148 N.E. 624, 626 (1925).

⁶⁹ No original: “*He acts as parens patriae to do what is best for the interest of the child. He is to put himself in the position of a wise, affectionate and careful parent*”. Extraído do site: https://mainelaw.maine.edu/academics/maine-law-review/pdf/vol41_2/vol41_me_1_rev_361.pdf. Acesso em 21.09.13. Tânia da Silva Pereira menciona este caso em sua obra *O princípio...*, p. 32.

⁷⁰ 97 Eng. Rep. 913 (K.B. 1763) (Mansfield, C.J.).

⁷¹ 98 Eng. Rep. 899 (K.B. 1774) (Mansfield, C.J.).

⁷² As informações sobre os dois casos foram extraídas do artigo *The tender years doctrine: a defense*, p. 337-338 (<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2206&context=californialawreview>. Acesso em 21.09.13, de autoria de Ramsay Laing Klaff. *California Law Review*. California, v. 70, issue 2). Tânia da Silva Pereira se refere aos casos em sua obra *O princípio...*, p. 33.

vez, que não haveria inviolabilidade dos direitos paternos. Tratava-se de caso em que foi negado ao pai o direito de requerer que sua filha de dezoito anos retornasse para casa. Ao invés de devolver a garota ao lar parental, Lord Mansfield a emancipou. Como não havia precedentes recusando a custódia paterna de um menor, o Juiz alegou que os julgados anteriores que garantiam a devolução dos filhos aos pais o faziam devido aos fatos de cada caso. Assim, a regra seria a que os Tribunais deveriam julgar de acordo com as circunstâncias do caso sob análise.⁷³ Já no segundo caso, Lord Mansfield seguiu a regra por ele criada no caso *Rex v. Delaval*, permitindo, assim, que uma criança de seis anos permanecesse com a mãe em caso em que o pai havia abandonado a família previamente. Foram utilizados dois argumentos para corroborar a decisão. O primeiro deles é que se os litigantes não entram em acordo, a corte fará o que aparentar ser o melhor para a criança. O segundo argumento aduzia que, ao abandonar a família, o genitor estaria abrindo mão de seus direitos parentais.

Nos Estados Unidos, o *best interest* apareceu primeiramente no caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, em 1813, em que, em processo de divórcio ocasionado pelo adultério da mulher, a Corte considerou que sua má conduta em relação ao marido não se estendia aos cuidados que ela tinha para com o filho do casal.⁷⁴

O melhor interesse é previsto pela Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, em seu Princípio II, primeira parte,⁷⁵ e em seu Princípio VII, segunda parte.⁷⁶ Também, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, o declara em seu art. 3.1.⁷⁷

No Brasil, mesmo antes da Constituição Federal de 1988 ou do ECA, o princípio do melhor interesse já vinha sendo diuturnamente aplicado. Heloísa Helena Gomes Barboza

⁷³ No original: “*The true rule therefore was that the Court are (sic) to judge upon the circumstances of the particular case, and to give their directions accordingly*”.

⁷⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio...*, p. 33.

⁷⁵ “Princípio II, primeira parte. A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

⁷⁶ “Princípio VII, segunda parte. O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais”.

⁷⁷ “Art. 3.1: Em todas as ações concernentes às crianças, sejam tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, cortes judiciais, autoridades administrativas ou câmaras legislativas, o melhor interesse da criança deve ser a consideração primária”.

defende essa posição, exemplificando com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), que já acolhia a “tutela do bem do menor como objetivo preponderante”.⁷⁸

Com relação à positivação do melhor interesse no Brasil, autores de nomeada entendem que foi ele previsto pelo art. 227 da Constituição Federal de 1988. Ao comentar seu §6º, Silmara Juny Chinelato o considera como “uma das mais importantes diretrizes do novo Direito de Família”,⁷⁹ sendo que seu *caput* “consagra a diretriz do melhor interesse da criança”.⁸⁰ Guilherme Calmon Nogueira da Gama também afirma estar o princípio do melhor interesse da criança localizado no art. 227, *caput* e parágrafos da Constituição Federal.⁸¹

2.2. Conteúdo do princípio

O princípio do melhor interesse da criança vem coroar todo um avanço relativo ao direito da criança e do adolescente no Brasil. O Código de Menores (Lei n. 6.697/79) não era um diploma legal voltado para a totalidade da infância e juventude, sendo aplicado apenas aos menores que se encontrassem em “situação irregular”. Com o advento do ECA (Lei n. 8.069/90), altera-se totalmente o paradigma, passando crianças e adolescentes a serem vistos como sujeitos de direito, passíveis da mais ampla proteção e assistência, condizentes com sua condição de pessoas em formação. Assim, o princípio do melhor interesse surge para reforçar essa proteção, tutelando a infância e a juventude mais amplamente.⁸²

O melhor interesse deve ser o princípio norteador de toda política voltada para a infância e adolescência. Deve ele ser considerado quando da feitura de leis, quando de sua execução, quando da formulação de políticas públicas. Tal princípio vai mais além, devendo ser utilizado também em casos de conflitos entre interesses de crianças e de

⁷⁸ BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Melhor interesse...*, p. 837.

⁷⁹ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*. V. 18. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

⁸⁰ CHINELATO, Silmara Juny. *Idem*, p. 18.

⁸¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Paternidade responsável (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 934.

⁸² Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, foi exatamente o princípio do melhor interesse o grande responsável por alçar crianças e adolescentes à posição de sujeitos de direito, merecendo tutela com absoluta prioridade (*Paternidade responsável...*, p. 934).

terceiras pessoas.⁸³ Segundo Marcelo Truzzi Otero, em conflitos de idêntica grandeza, os da criança desfrutarão de primazia.⁸⁴ Como exemplo, pode-se citar caso em que pai e filho são baleados e levados a hospital para atendimento. Caso a situação de ambos seja idêntica, será a criança atendida em primeiro lugar. Se a situação do pai for mais grave, não restando problema para a criança se houver delonga no tratamento, será o genitor atendido previamente, já que, então, não se terá conflito de interesses de idêntica grandeza.

A proteção a ser dada a crianças e adolescentes nesta fase peculiar de seu desenvolvimento visa que eles passem de incapazes a adultos capazes de se sustentarem e realizarem adequadamente sua função na sociedade. Deve-se ressaltar que, a cada dia, cada criança e cada adolescente caminham na direção de sua plena capacidade, sendo que, conforme se desenvolvem, devem passar a participar de forma mais ativa das decisões sobre suas vidas.

Muitos autores⁸⁵ entendem que o princípio do melhor interesse é uma regra de interpretação, e isso devido ao art. 6º do ECA, ao prever que “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. Dentre eles, destacam-se as palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira, afirmando ser o melhor interesse o “(...) vértice interpretativo do ordenamento (...)”,⁸⁶ e as de Flávio Guimarães Lauria, entendendo que o melhor interesse “(...) passou a desempenhar sua função interpretativa a tal ordem ao ponto de impor uma reinterpretção de dispositivos ao próprio Código Civil, com vistas à sua adaptação aos

⁸³ No sentido de ser o princípio do melhor interesse diretriz para resolução de conflitos: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. V. 5. 24. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23-24; MICELI, Mariana Sant’Ana. *Por uma visão crítica do direito da criança e do adolescente*, p. 286.

⁸⁴ OTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*. Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, v. 5, n. 1, 2010, p. 165.

⁸⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. O cuidado como critério do princípio do melhor interesse da criança. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 101, 2008, p. 12; DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 321-322; LOPES, Jaqueline Ferreira. *Idem*, p. 115; LÓBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 19, 2003, p. 144; PEREA, José Manuel de Torres. *Idem*, p. 22.

⁸⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75.

novos paradigmas”.⁸⁷ Afirma, ainda, que o art. 6º “(...) representa o principal instrumento normativo para efetivação do melhor interesse da criança”.⁸⁸

Analisando o viés hermenêutico do princípio, Heloísa Helena Gomes Barboza sustenta que o melhor interesse deve ser considerado também como cláusula genérica traduzida nos direitos fundamentais constitucionais de crianças e adolescentes.⁸⁹ Segundo ela, o *best interest* “(...) adquiriu, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela *cláusula geral de tutela da pessoa humana* introduzida pelo art. 1º, III, da CF/88 e determinado especialmente no art. 6º da Lei n. 8.069/1990”.⁹⁰ Tânia da Silva Pereira traz posição semelhante, identificando o melhor interesse como princípio especial, o qual, “(...) a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma”.⁹¹ Para Izabel Cristina Arelhano, o art. 6º, do ECA, é o dispositivo-eixo que deve orientar todas as suas demais disposições,⁹² enquanto que para José Manuel de Torres Perea é princípio geral de direito, norma de interpretação, norma de aplicação supletiva e critério para resolução de conflitos de interesses envolvendo crianças.⁹³

Por intermédio deste artigo, abre-se a possibilidade de, em casos em que uma determinada disposição legal leve a uma solução, no caso concreto, que contrarie algum interesse da criança, o juiz possa decidir de modo diferente do quanto previsto na lei, privilegiando o melhor interesse naquele caso sob julgamento. Flávio Guimarães Lauria exemplifica esta situação com casos de atribuição de guarda a pessoa diferente da dos pais. É preferível que a guarda seja atribuída a terceiro com relação de parentesco com a criança, mas pode ocorrer que esta pessoa não tenha qualquer contato ou afinidade com ela. Para

⁸⁷ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 42.

⁸⁸ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 43. Esta também é a posição de Paulo Lúcio Nogueira (*Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 15).

⁸⁹ BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Melhor interesse...*, p. 838. Guilherme Calmon Nogueira da Gama também entende ter o melhor interesse certa dualidade, sendo um princípio geral da ordem jurídica nacional e também um critério de interpretação (*Paternidade responsável...*, p. 936).

⁹⁰ BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Melhor interesse...*, p. 838. A posição da autora é tomada tendo por base os ensinamentos de Gustavo Tepedino no artigo “A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional”.

⁹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *O Estatuto da Criança e do Adolescente...*, p. 123.

⁹² ARELHANO, Izabel Cristina. *Compensação psíquica na formação e educação da criança e do adolescente*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 104.

⁹³ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 21-22.

atender seu melhor interesse, se faz mais interessante que a guarda seja deferida a quem não é parente, mas com quem tenha relação de afinidade.⁹⁴

Essa visão do art. 6º deve irradiar-se para todo o sistema jurídico, sendo aplicado para além de dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁹⁵

O melhor interesse deve sempre ser a fundação em que se basear para qualquer decisão que se possa tomar e que envolva crianças e adolescentes. E isso tanto da parte dos pais quanto da parte do Poder Judiciário. Nos casos de conflitos, em que há vários direitos a serem analisados e sopesados, surge esse princípio como ferramenta a auxiliar na decisão.⁹⁶ E o critério do melhor interesse será válido tanto no caso de conflito entre interesses de crianças e de terceiras pessoas, quanto em caso de conflitos entre dois interesses fundamentais das crianças.⁹⁷ Esse critério é válido, ainda, para casos de inexistência de conflitos, isto é, para situações nas quais se deve decidir sobre os interesses de uma criança específica, como qual o melhor estabelecimento de ensino para ser matriculada.

O princípio do melhor interesse tem importância quando analisado frente a institutos jurídicos que envolvam a criança e o adolescente. Sempre que, ao se discutir alguma situação, houver criança ou adolescente envolvido, o primeiro passo a ser seguido é levar em conta seu melhor interesse. Nas palavras de Tânia da Silva Pereira, “atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”.⁹⁸

⁹⁴ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 42 e 74.

⁹⁵ Nesse sentido: HASSELMANN, Elisa de Carvalho Laurindo. Idem, p. 362; SIMAS, Ulisses Fialho. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimentos cíveis da Lei 8.069/90. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 609; BARBOZA, Heloísa Helena. *O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 104.

⁹⁶ CHINELATO, Silmara Juny. Idem, p. 73. Nesse sentido: LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 41; RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 11; PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 99.

⁹⁷ Alexandre Moraes da Rosa exemplifica esta situação com o conflito entre o direito fundamental da criança à convivência familiar e algum outro de seus direitos fundamentais. É o melhor interesse o critério que deve ser usado na resolução da pendência (*O cuidado...*, p. 12).

⁹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio...*, p. 34.

Ponto importante que pode ser destacado é a importância do princípio não só como forma de resolver conflitos, mas também como garantidor de que se faça valer, na prática, decisões tomadas tendo-o por base.

Grande problema que gira em torno do princípio do melhor interesse é sua falta de definição exata e objetiva.⁹⁹ Rodrigo da Cunha Pereira entende que seu conceito é relativo, sofrendo variações culturais, sociais e axiológicas.¹⁰⁰

Heloísa Helena Gomes Barboza, ao comentar sobre a proteção integral e a dignidade da pessoa humana, faz ilações que podem ser utilizadas também quanto à indeterminação do princípio do melhor interesse. Para ela, apesar de ter conteúdo indeterminado, o conceito não pode ser estabelecido aleatoriamente, mas de modo a adimplir o espírito da Constituição e as garantias por ela previstas. Se assim não o for, os princípios serão conjuntos de palavras vazias, e não será difícil a distorção de seus objetivos superiores.¹⁰¹

Não se pode olvidar que o melhor interesse é aplicado em situações que envolvem crianças e adolescentes e relações familiares. É impensável tentar-se relacionar toda a gama possível de arranjos e conflitos que podem advir destas situações. Conforme ressalta José Manuel de Torres Perea, a tentativa de definição do princípio seria temerária, já que não seria precisa e completa.¹⁰² Não é possível tratar de forma exclusivamente objetiva situações que não o são na realidade. As relações familiares não cabem dentro de regras fixas. Assim, os critérios determinadores do melhor interesse da criança não poderiam mesmo estar expressamente declarados em legislação. Pode-se tentar estabelecer um norte,

⁹⁹ Ressaltam a falta de definição rígida do princípio do melhor interesse: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 76; DE MATTIA, Fábio Maria. Avô: direito de visita e limites à autoridade parental. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 9. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 536; LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 36; ROSA, Alexandre Morais da. *O cuidado...*, p. 12; SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Revista Direito e Justiça*. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. XVI, 2002, p. 197; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e homossexualidade*. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 19; MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Idem, p. 469; SIMAS, Ulisses Fialho. Idem, p. 609; PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse...*, p. 21.

¹⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

¹⁰¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.

¹⁰² PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 21.

ou diretrizes que devem ser observadas na sua busca. Uma determinação concreta e prévia do que é este instituto só depararia contra ele, visto que somente analisando-se todos os diferentes fatores que estão a atuar em determinado caso concreto é que se poderá tentar chegar ao melhor interesse naquela situação. Nos dizeres de Giselle Groeninga,

o conceito de ‘no melhor interesse da criança’ e o de responsabilidade parental conjunta têm sua força e sua fraqueza na falta de conteúdo preciso, na medida em que permitem ao Direito de Família adaptar-se e responder às mudanças sociais, mas, ao mesmo tempo, emprestam das ideologias prevalentes o que se acredita ser ‘bom’ para a criança e o que devem ser ‘bons’ pais e ‘boas’ mães.¹⁰³

Também favoráveis à indeterminação do critério, por não haver soluções gerais e aplicáveis em todas as situações, se posicionam Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires, que ressaltam que isso se deve ao fato de que “O conceito de infância não é universal, as idéias sobre a infância devem necessariamente variar ao longo do tempo e do espaço e ela é melhor compreendida como socialmente construída”.¹⁰⁴ Para elas, “Tampouco o melhor interesse será o mesmo em todos os casos, em todas as idades e, por vezes, numa mesma família para todas as crianças envolvidas”.¹⁰⁵ Ulisses Fialho Simas entende que as particularidades de cada caso devem ser consideradas, mas que a identificação do melhor interesse somente será possível com participação de equipe interdisciplinar.¹⁰⁶

Com isso, a indeterminação do princípio deve ser vista com bons olhos, já que é exatamente sua falta de previsão concreta que faz com que seja possível utilizá-lo na mais variada gama possível de situações. Caso contrário, se previstas todas as suas nuances em lei, é bem provável que muitos casos (talvez até mesmo a maioria), viessem a se quedar fora da aplicação do princípio. Sua elasticidade faz com que possa ser averiguado em todos os casos de conflitos de interesses que envolvam crianças e adolescentes. Nestas situações,

¹⁰³ GROENINGA, Giselle. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança: contribuições da mediação interdisciplinar. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 62, 2001, p. 82.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. *Idem*, p. 21.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. *Idem*, p. 22.

¹⁰⁶ SIMAS, Ulisses Fialho. *Idem*, p. 615.

deverão ser analisadas todas as variantes do caso concreto para ser possível que se chegue a uma solução que de fato privilegie o melhor interesse.¹⁰⁷

Apesar disso, ressalta Maria Clara Sottomayor que, embora o conceito estudado seja vago e elástico, seu núcleo conceitual deve ser preenchido por valorações objetivas, atreladas à estabilidade de condições de vida, às relações afetivas e o ambiente físico e social da criança e do adolescente.¹⁰⁸ Mostra ela, assim, alguns critérios minimamente objetivos que devem ser levados em conta ao se investigar o melhor interesse em algum caso concreto. Nesse ponto, concorda-se com a posição acima expressada, já que há necessidade de estabelecimento de critérios mínimos para que não se corra o risco de cair em soluções diferentes, embora todas prolatadas em prol do melhor interesse.

Outros autores também apresentam o que, no seu entender, deve-se considerar ínsito a esse princípio. Para Giselle Groeninga, “o melhor interesse das crianças é de terem a proteção da Sociedade e dos pais, e que estes se entendam e se referendem mutuamente”.¹⁰⁹ Continua afirmando que “o melhor interesse das crianças é entender suas prioridades e o que elas representam (...)”.¹¹⁰ O ECA, a princípio, determina o que sejam as prioridades da infância e juventude em seu art. 4º.¹¹¹

Já José Manuel de Torres Perea, analisando o instituto no direito espanhol, vê no melhor interesse funções de contrapeso, por ser a criança a parte débil nas relações sociais, e de controle, diante de todo perigo que a ameace ou afete, e sua concretização deve ser feita considerando grupos de casos que devem ser sistematizados para que sejam obtidas características que possam atingir situações posteriores semelhantes. Apesar disso, como

¹⁰⁷ No sentido de que o melhor interesse será determinado analisando-se o caso concreto: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Parto anônimo, planejamento familiar e direitos fundamentais da criança e do adolescente. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 101, 2008, p. 16; LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, p. 36; LOPES, Jaqueline Ferreira. *Idem*, p. 113; HASSELMANN, Elisa de Carvalho Laurindo. *Idem*, p. 367; PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio...*, p. 34; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais...*, p. 151.

¹⁰⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Quem são...*, p. 197.

¹⁰⁹ GROENINGA, Giselle. *Idem*, p. 80.

¹¹⁰ GROENINGA, Giselle. *Idem*, p. 82.

¹¹¹ “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

muitos outros, também entende que, na tomada de decisões, é o caso concreto que fornecerá as alternativas possíveis que melhor se adequarão ao interesse da criança.¹¹² Ressalta que o melhor interesse se trata de respeitar os princípios básicos do direito da criança, e proporcionar a ela afeto, carinho e condições mínimas para se desenvolver.¹¹³ Deve-se ter em conta, ainda, que o superior interesse é prioritário, que os pais são os primeiros que devem garantir o bem dos filhos, que somente cabe a separação do menor e de sua família como última medida e que a criança deve crescer no seio de uma família.¹¹⁴

Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que o núcleo conceitual do melhor interesse está na possibilidade de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela criança e pelo adolescente.¹¹⁵ Ana Carla Harmatiuk Matos entende que o jurista preencherá o conteúdo do superior interesse com sua experiência, ponto de vista e conhecimento.¹¹⁶ Já segundo Maria Helena Diniz, o instituto contém “(...) elementos voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade, à boa formação educacional, à integridade moral, física e psíquica da prole”.¹¹⁷

Luiz Edson Fachin, embora estivesse se referindo a processos envolvendo guarda, direito de visita e adoção, traz alguns critérios que podem vir a ser observados, na tentativa de maior objetivação do conteúdo do princípio do melhor interesse:

o amor e os laços afetivos entre o pai ou titular da guarda e a criança; a habitualidade do pai ou titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habitualidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica; qualquer padrão de vida estabelecido; a saúde do pai ou titular da guarda; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a preferência da criança, se a criança tem idade suficiente para ter opinião; e a habilidade do pai de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai.¹¹⁸

¹¹² PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 21, 29 e 30. Vide nota 107.

¹¹³ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 37.

¹¹⁴ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 56. No original: “(...) hay que tener en cuenta que el interés del menor es prioritario, que son los padres los primeros y preferentes garantes del bien del niño, que sólo cabe la separación del menor como última medida cuando cualquier otra opción ha sido descartada y que el menor debe crecer en el seno de una familia”.

¹¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Parto anônimo...*, p. 16.

¹¹⁶ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 20.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Idem, p. 321.

¹¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98.

Esta orientação, proposta por Fachin, baseada na tradição anglo-saxã, é reproduzida por vários autores que tratam do princípio estudado.¹¹⁹

Flávio Guimarães Lauria, por sua vez, também apresenta alguns tópicos que devem ser ponderados, como expressão do melhor interesse da criança, ao tratar da atribuição da guarda em caso de separação de seus pais. Tais critérios são elaborados a partir da análise do que sói ocorrer na jurisprudência dos tribunais pátrios. São eles:

a) Uso habitual de drogas, alcoolismo, maus-tratos, agressividade e descontrole emocional são fatores que desaconselham a atribuição da guarda e recomendam a sua perda; b) A guarda deve ser atribuída preferencialmente à pessoa (seja a mãe, o pai, avós ou outros), com quem a criança se encontra, sendo maior a preferência quanto maior for o tempo de convivência; reconhecido que a criança tem dificuldade de lidar com as mudanças, estas devem ser evitadas o quanto possível; c) A partir do momento em que as crianças se tornam aptas a expressar sua vontade (o que vai variar de caso a caso, sendo regra nos casos de adolescentes e havendo registro de precedente admitindo a manifestação da criança com 7 anos de idade), a guarda deverá ser decidida de acordo com a opção da criança, salvo no caso de algum motivo recomendando solução contrária revelado pelos laudos social e psicológico; d) Quanto aos filhos em idade pouco avançada, registra-se uma preferência pela mãe; todavia, cresce a tendência de superação dessa prioridade pelo critério segundo o qual a guarda deve ser atribuída preferencialmente ao genitor que exerça as ‘funções maternas’, seja ele o pai ou a mãe; e) a disparidade de recursos econômicos não gera preferência em favor do genitor abastado que, se for o caso, proverá os meios necessários à manutenção do padrão de vida da criança através da suficiente pensão alimentícia.¹²⁰

¹¹⁹ Entre eles: PEREIRA, Tânia da Silva. O ‘cuidado’ chega ao Superior Tribunal de Justiça: decisão comentada. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 370 e *O princípio...*, p. 43 e *O melhor interesse...*, p. 33-34; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade...*, p. 33-34 e *Paternidade responsável...*, p. 936; RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. *Idem*, p. 12.

¹²⁰ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 77-79.

Jaqueline Ferreira Lopes também apresenta alguns critérios norteadores de decisões judiciais: “a idade da criança/estágio de desenvolvimento, os vínculos estabelecidos, a preferência da criança/oitiva e o cuidado e o afeto”,¹²¹ ressaltando, ainda, que o melhor interesse tem mais chance de ser atendido quando desenvolvido no ambiente privado das relações interfamiliares, através do diálogo e de acordos que considerem “(...) aspectos sociais e psicológicos, objetivos e subjetivos nas relações entre as partes”.¹²²

Segundo Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires, o principal critério a ser utilizado para a identificação do melhor interesse, em casos de conflitos, deve ser a relação afetiva entre a criança e o adulto que a disputa.¹²³ Ressaltam elas que a legislação brasileira tem alguns critérios definidores do melhor interesse, como o bem dos filhos, previsto no art. 13 da Lei n. 6.515/77, em caso de determinação da guarda quando da separação dos pais; a relação de afinidade e afetividade existente entre a criança e a pessoa que postula sua colocação em família substituta (art. 28, §2º, ECA); a existência de motivos graves o suficiente que podem fazer com que o magistrado determine que a guarda da criança fique com pessoa diversa dos pais, em caso de separação (art. 1.586, CC).¹²⁴ Entendem, ainda, que a mediação poderia ser usada como possibilidade de solução de conflitos para se atingir o melhor interesse,¹²⁵ bem como a oitiva da criança, de forma completa, incluindo-se sua linguagem verbal e não verbal, sua interação com os outros e sua representação das figuras parentais.¹²⁶

Eduardo de Oliveira Leite, discorrendo sobre adoção, apresenta alguns critérios definidores do instituto, utilizados pela maioria dos países:

(...) melhoria de suas condições de vida em relação à sua situação anterior, à sua segurança, à sua proteção, aos seus cuidados, educação, afeição, integração em uma família com a qual a criança adotada desenvolva laços afetivos, o respeito à sua origem étnica, religiosa, cultural, enfim todas as condições de desenvolvimento de sua

¹²¹ LOPES, Jaqueline Ferreira. Idem, p. 119.

¹²² LOPES, Jaqueline Ferreira. Idem, p. 133.

¹²³ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 12.

¹²⁴ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 12-14.

¹²⁵ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 17.

¹²⁶ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 24.

personalidade, as vantagens de ordem moral sendo unanimamente privilegiadas em relação às vantagens de ordem econômica.¹²⁷

José Manuel de Torres Perea apresenta seus critérios objetivos para se alcançar o melhor interesse, mas de forma bem mais ampla que os demais autores já citados: permissão para a criança evoluir, desenvolver suas faculdades e capacidades volitivas e físicas, desfrutando de liberdade suficiente para que tenha um desenvolvimento pleno como ser humano. É possibilitar à criança poder realizar projeto de vida válido.¹²⁸

Apesar de a indeterminação trazer suas vantagens, um mínimo de diretrizes deve existir. Assim, para esta pesquisa, devem ser considerados critérios a serem analisados na busca do melhor interesse: o bem da criança e do adolescente, suas relações afetivas, a continuidade de suas rotinas, seu atendimento prioritário e, por fim, suas preferências.

Porém, justamente devido à sua falta de concretude, deve-se estar atento e tomar cuidado para que outros interesses não sejam atendidos, afirmando-se estar em busca do melhor interesse da criança. Tânia da Silva Pereira afirma que esta falta de definição pode levar a decisões injustas para as crianças.¹²⁹ Alexandre Morais da Rosa alerta que “(...) em um lugar tão vago, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ das crianças e dos adolescentes e, antes, o da sociedade”. Continua ele afirmando que “Nada garante que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria”.¹³⁰ Ainda, nas palavras de Márcio Thadeu Silva Marques, a ideia de que os pais tinham o poder de definir o que seria melhor para seus filhos foi assimilada pelas instituições públicas e privadas, “(...) redundando em um sistema cheio de “boas intenções” e lotado de “infernos”, como os espaços de institucionalização que menos os atendiam e mais os segregavam”.¹³¹

¹²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais: adultocentrismo x interesse das crianças. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 82.

¹²⁸ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 23-24.

¹²⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 48.

¹³⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *O cuidado...*, p. 12.

¹³¹ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Idem, p. 467.

Giselle Groeninga divide a preocupação expressada pelos autores acima, ressaltando que “(...) frequentemente, a criança tem sido alvo, indefeso, de uma ‘adultomorfização’, sendo vista a partir do conhecimento e interesses dos adultos e menos a partir de seu referencial (...)”. Mariana Sant’Ana Miceli afirma que, pelo fato de a Lei n. 8.069/90 não ter envolvido crianças e adolescentes em sua elaboração, acaba por apresentar uma visão adultocêntrica do mundo.¹³² Eduardo de Oliveira Leite concorda que a solução aos conflitos familiares sempre é dada a partir da ótica dos adultos, havendo “(...) verdadeiro ‘adultocentrismo’ que passa a dominar soberano o terreno jurídico, sem margem para apreciação de outras perspectivas, fundamentais quando se fala da relação pais e filhos”.¹³³

Interessante exemplo do acima mencionado é a descrição de caso ocorrido com uma criança etíope, adotada na Espanha, narrado por Diana Marre Cífolo (em tradução livre):

No seu melhor interesse e na possibilidade de um futuro promissor na Europa disse que pensou sua mãe biológica, mulher sozinha com outro filho para criar, a quem nenhuma instituição, seja etíope ou seja espanhola, alertou que seu filho já não estava com uma família na Espanha, mas era um órfão social, vivendo em um centro de menores, porque pela perspectiva jurídica e para todos os efeitos, Ángel já não era mais seu filho, já que ela o declarou órfão para que pudesse ser adotável. Sua família adotiva também disse que pensou no seu melhor interesse, renunciando a ele para que os serviços de proteção catalães pudessem assumir sua tutela para buscar para ele uma nova família. (...) Os técnicos da administração que aceitaram seu abandono porque ‘não havia outra solução’, também dizem que pensaram em seu ‘melhor interesse’, e seguem pensando nele quando o mantém em um centro de menores porque ‘é muito difícil buscar uma nova família para o menino devido à sua desestabilização emocional’. O que não se sabe é o que pensa Ángel sobre seu melhor interesse, porque quando ingressou no centro, não havia aprendido nem castelhano, nem catalão, e foi necessário buscar um intérprete, mas, fundamentalmente, porque, por ser menor, ninguém perguntou nada a ele.¹³⁴

¹³² MICELI, Mariana Sant’Ana. Idem, p. 279.

¹³³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 69.

¹³⁴ CÍFOLA, Diana Marre. Entre el ‘superior interés del menor’ y el ‘derecho al hijo’: los dilemas de la adopción en España. In: VILLALTA, Carla (compiladora). *Infancia, justicia y derechos humanos*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2010, p. 136: “En su ‘mejor interés’ y en la posibilidad de un futuro promisorio en Europa, dice que pensó su madre de nacimiento, una mujer sola con otro hijo mayor a su

Logo, e devido à subjetividade, arbítrios ou injustiças podem ser cometidos, utilizando-se o melhor interesse como justificativa. Mas, ao se analisar o caso concreto, chega-se à conclusão de que direitos diversos estavam sendo buscados. Jaqueline Ferreira Lopes ressalta que “(...) se os sujeitos não estiverem comprometidos com a resolução do conflito, o “princípio do melhor interesse” passa a ser uma expressão utilizada como mera reprodução textual para “atender” a norma jurídica na recorrência de decisões judiciais”.¹³⁵

Com isso, toda a equipe que trabalha com crianças e adolescentes deve estar atenta para observar se, naquele caso específico, o interesse prevalecente foi o da criança ou adolescente. Essa medida deve ser observada mesmo antes de o conflito de interesses chegar ao Judiciário. Já na formulação de políticas públicas os interesses da infância e juventude devem prevalecer.

2.2.1. Melhor interesse x proteção integral

Faz-se mister, por fim, a distinção entre o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da proteção integral, tema nebuloso por existir, de um lado, doutrina categórica a frisar a distinção entre ambos,¹³⁶ mas, de outro, uma abordagem minoritária que parece

cargo a quien ninguna institución, etíope o española, le ha dicho que 'su' hijo ya no está con una familia en España sino que es un 'huérfano social' que vive en un centro de menores, porque desde la perspectiva jurídica y a todos los efectos, Ángel ya no es su hijo porque se lo declaró huérfano para que pudiera ser 'adoptable'. También en su 'mejor interés' dice que pensó su familia adoptiva, renunciando a él para que los servicios de protección catalanes pudieran asumir su tutela y buscarle una nueva familia. (...) Los técnicos de la administración que aceptaron su abandono porque 'no había otra solución' también dicen que pensaron en su 'mejor interés' y dicen seguir pensando en ello cuando lo mantienen en un centro de menores porque es 'muy difícil buscar una nueva familia para el niño por su desestabilización emocional'. Lo que no se sabe es qué piensa Ángel de 'su mejor interés', porque cuando ingresó en el centro no había aprendido castellano ni catalán y hubo que buscar un intérprete, pero fundamentalmente porque, en tanto menor, tampoco se le preguntó nada”.

¹³⁵ LOPES, Jaqueline Ferreira. Idem, p. 132.

¹³⁶ Nesse sentido: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 2 e 77; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Dos princípios da proteção integral e do interesse maior da criança e do adolescente como critérios de interpretação. In: CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; FREITAS, Alina da Silva (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos em comemoração aos 20 anos*. São Paulo: LTr, 2010, p. 39; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Melhor interesse...*, p. 836; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 68; MICELI, Mariana Sant’Ana. Idem, p. 281; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A família em nova moldura. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 52; FRANCO, Natália Soares. A entrega de um filho em adoção como ato de cuidado e responsabilidade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 236; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Idem, p. 256; PEREIRA, Tânia da Silva; DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. O melhor interesse da criança e do adolescente como critério de fixação da competência. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, n. 42, 2008, p. 145;

indicar que inexistia diferença entre eles, já que ora se refere a um princípio e ora se refere a outro, indistintamente.¹³⁷

Para Roberto João Elias, a “proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”.¹³⁸ Analisando a proteção integral, Francismar Lamenza entende que:

Compreendem-se, em se tratando de proteção integral, todas as iniciativas por parte da família, da sociedade e do próprio Estado (...) no sentido de garantir à criança e ao adolescente um ambiente propício a seu regular e peculiar desenvolvimento. O paradigma da proteção integral dos infantes e jovens é estabelecido numa tomada de atitudes positivas, amplas e irrestritas por todos os envolvidos nesse processo ligado intimamente à vida das crianças e dos adolescentes, de modo que não se excluam quaisquer gestos tendentes a assegurar seus direitos fundamentais.¹³⁹

Rodrigo da Cunha Pereira justifica a doutrina da proteção integral pelo fato de a criança e o adolescente encontrarem-se em situação de maior fragilidade e vulnerabilidade, o que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, com o objetivo de se estruturar enquanto pessoa humana.¹⁴⁰

Wilson Donizeti Libertati, por sua vez, ao tratar do tema, afirma que a proteção a ser dada à criança e ao adolescente deve ser integral por alguns motivos: primeiramente, é a própria Constituição Federal que assim determina, em seu art. 227, ao tratar dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes; ainda, porque a proteção integral se contrapõe à teoria do direito tutelar do menor, que era a adotada pelo Código de Menores de 1979.¹⁴¹

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. *Idem*, p. 492; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais...*, p. 150; BARBOZA, Heloísa Helena. *O estatuto da criança...*, p. 111.

¹³⁷ TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 33-34.

¹³⁸ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2.

¹³⁹ LAMENZA, Francismar. *Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado*. São Paulo: Manole, 2011, p. 20.

¹⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais...*, p. 154.

¹⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 13.

Na verdade, ambos se referem a situações distintas: a doutrina da proteção integral se refere a toda proteção que deve ser conferida às crianças e adolescentes, e tal proteção deve ser dada visando seu melhor interesse.

2.3. O melhor interesse como direito fundamental

Muitos autores¹⁴² entendem que o melhor interesse da criança deve ser considerado direito fundamental, tendo-se em vista a ratificação pelo Brasil (Decreto n. 99.710/90), da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU), de 1989. Isso se dá porque a Convenção Internacional prevê, expressamente, em seu art. 3º, item 1, o melhor interesse da criança. Devido ao art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que prescreve que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, pode-se, então, considerar que o melhor interesse tem *status* de direito fundamental.

Outros também entendem ser o melhor interesse um direito fundamental, mas, ao invés de se basearem nos argumentos acima expostos, debruçam-se diretamente sobre o art. 227 da Constituição Federal, que trata da proteção da família e da doutrina da proteção integral. Apesar de se encontrar fora da topografia típica dos direitos fundamentais (art. 5º, CF), os defensores desta corrente entendem que ele deve assim ser considerado.¹⁴³ Maria Berenice Dias defende tal posição baseando-se nos ensinamentos de Ingo Sarlet, que entende que, embora não conste do rol do art. 5º, da Constituição Federal, o art. 227 é direito fundamental por ser idêntico ao art. 5º quanto à sua técnica de positivação e de eficácia.¹⁴⁴ Já Ana Carolina Brochado Teixeira considera, ainda, que os arts. 3º a 6º do

¹⁴² Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. V. 6. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 282; MICELI, Mariana Sant’Ana. *Idem*, p. 286; PEREIRA, Tânia da Silva; DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. *Idem*, p. 156.

¹⁴³ Nesse sentido: PEREIRA, Tânia da Silva. *Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988*. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 262; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 81; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 68; PEREIRA, Tânia da Silva. *O Estatuto da Criança e do Adolescente...*, p. 117 e *O “cuidado” chega...*, p. 372.

¹⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 68; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 134.

Estatuto da Criança e do Adolescente também expressam direitos fundamentais, apesar de nem estarem inseridos na Constituição Federal.¹⁴⁵

Flávio Guimarães Lauria ressalta que o melhor interesse deve ser aplicado sempre, independentemente de ser considerado inserido no ordenamento através do art. 6º do ECA, do art. 227, da Constituição Federal, ou pela Convenção Internacional, combinada com o art. 5º, §2º, da Constituição Federal.¹⁴⁶ Concorda-se com esta última posição.

2.4. O melhor interesse como princípio

Apesar de muitos autores terem suas próprias definições de princípios,¹⁴⁷ a definição clássica, que é a repetida por alguns,¹⁴⁸ é a de Robert Alexy, que também os diferencia das regras:

o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou um princípio.¹⁴⁹

Pode-se entender, assim, que princípios não têm diretriz fixa e são ponderáveis, isto é, pode haver ponderação entre um princípio e outro. Já as regras são formadas por uma

¹⁴⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 80.

¹⁴⁶ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 48-49.

¹⁴⁷ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 30-31; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 57-58.

¹⁴⁸ Os seguintes autores trazem essa definição clássica de Robert Alexy: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, 73-74; MICELI, Mariana Sant'Ana. *Idem*, p. 286.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

previsão fática somada a um comando jurídico.¹⁵⁰ Alexy também diferencia princípios de valores, caracterizando os últimos por um caráter axiológico, fundados em juízos de valor, enquanto os primeiros teriam caráter deontológico, existentes no mundo do dever-ser.¹⁵¹

Ronald Dworkin entende que a diferença entre princípios e regras se dá quanto à natureza da orientação que oferecem. Segundo ele, as regras são aplicadas de maneira “ou tudo ou nada”, isto é, dentro de uma determinada situação, ou a regra é válida, podendo ser a ela aplicada, ou não o é, em nada contribuindo para a decisão. Já os princípios possuem a dimensão do peso, ou importância e, em caso de conflito entre eles, deve-se levar em conta a força relativa de cada um^{152 153}.

O princípio nuclear da ordem jurídica brasileira é o da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF). Na verdade, a dignidade humana pode ser vista tanto como valor quanto como princípio: é um valor por considerar a pessoa como centro do ordenamento contemporâneo; é um princípio por funcionar como vetor hermenêutico do ordenamento jurídico, fazendo com que todo instituto seja analisado levando-se em conta a pessoa.¹⁵⁴

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade é um valor-guia da ordem jurídica, um valor jurídico fundamental da comunidade. E, por sua designação como valor e princípio, à dignidade é conferida maior efetividade e eficácia.¹⁵⁵ Para Olívia Marcelo Pinto de Oliveira, a dignidade é norma-princípio de caráter supra, fundamentando o estado democrático de direito e, por conseguinte, todas as regras infraconstitucionais.¹⁵⁶ Para

¹⁵⁰ Como exemplo, pode-se citar a regra de aposentadoria compulsória aos 70 anos no serviço público – completou 70 anos, deve ser aposentado.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. Idem, p. 138.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 39-42.

¹⁵³ Os seguintes autores trazem sua própria diferenciação entre princípios e regras: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 54; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 63-64; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 58; LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 5.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70. Nesse sentido também: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 65. Após (p. 75), a autora entende que o princípio do melhor interesse da criança se encontra “(...) ao lado e funcionalizado ao Princípio da Dignidade Humana (...)”.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa...*, p. 78.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Idem, p. 255.

Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁵⁷ e para Tânia da Silva Pereira, a dignidade é um macro princípio.¹⁵⁸

Também o melhor interesse, em comparação à dignidade da pessoa humana, pode ser visto como valor nuclear da ordem jurídica, além de princípio, a uma porque crianças e adolescentes também são pessoas humanas, devendo ser consideradas como centro do ordenamento, aplicando-se a elas o princípio da dignidade; a duas porque, em caso de conflitos envolvendo a dignidade humana de um adulto e a dignidade humana de uma criança e um adolescente, é a destes últimos que prevalecerá, e isso exatamente pelo princípio do melhor interesse. Afinal, toda a legislação que trate de crianças e adolescentes alçou-os ao patamar de receber respeito e atenção em primeiro lugar. Assim, se pensássemos em uma pirâmide de princípios regentes da ordem jurídica brasileira, em primeira posição estaria a dignidade humana. Logo após, viria o princípio do melhor interesse da criança. Em seguida, apareceria a camada dos demais princípios.

Ressalta Ana Carolina Brochado Teixeira que, além de crianças e adolescentes terem sua dignidade protegida de forma geral, pelo art. 1º da Constituição, também está ela especificamente assegurada a eles, através de seu art. 227, *caput*.¹⁵⁹ Some-se a isso o quanto prevê o art. 18 do ECA, que menciona expressamente a “dignidade da criança e do adolescente”. Outros autores também fazem a inferência entre a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama, que afirma que este último deve ser considerado no âmbito do planejamento familiar de forma conjugada aos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁰

A dignidade da pessoa humana deve ser considerada um limite à atuação do Estado, bem como constituir um precedente que deve ser levado em conta no momento de se tomar decisões políticas. Comparando-se, ainda, o melhor interesse com a dignidade da pessoa humana, pode-se entender que também o primeiro exerce semelhante função, isto é, deve ser visto como limitador à atuação do Estado e deve estar sempre presente no momento da

¹⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 12, 2002, p. 43.

¹⁵⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. *O “cuidado” chega...*, p. 372.

¹⁵⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 78.

¹⁶⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade...*, p. 31-32.

tomada de decisões políticas, já que interesses das crianças e adolescentes devem ser considerados sempre prioritários.¹⁶¹

Surgem os problemas quando se está diante de conflitos entre princípios, ou conflitos entre direitos fundamentais. Nessas situações, não é possível a aplicação de regras de hermenêutica, como as que priorizam critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade. Com isso, autores de nomeada apresentam alguns critérios que podem ser usados. Para alguns, deve-se ter o princípio da proporcionalidade para tentativa de resolução do conflito entre princípios.¹⁶² Ressalta Maria Berenice Dias que um princípio não pode ser deixado de lado para a total observância de outro. Em suas palavras, “é preciso preservar, tanto quanto possível, as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar”. Assim, “quando dois princípios incidem sobre determinado fato, o conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo de cada um”.¹⁶³ E, em última análise, é a dignidade da pessoa humana que será a medida de ponderação.

Mesmo que determinada regra preveja um tipo de solução para uma situação de conflito, mas tal solução se mostre contrária à dignidade da pessoa humana, deve ser buscado caminho diferente, prevalecendo a gama de princípios nas decisões judiciais. O melhor interesse da criança também tem esta característica: ele tem o condão de afastar norma positiva que se aplique ao caso sob estudo, mas que venha a contrariar o princípio do melhor interesse da criança.¹⁶⁴

Flávio Guimarães Lauria ressalta que, caso algum dispositivo infraconstitucional preveja, para conflito envolvendo criança ou adolescente, solução que não atenda a prioridade subjacente ao melhor interesse, deverá ser interpretado de forma a garantir a

¹⁶¹ Segundo Flávio Guimarães Lauria, ao ser considerado um princípio, o melhor interesse provoca como consequência sua irradiação por todo o sistema jurídico, orientando atividade legislativa e decisões judiciais. (Idem, p. 35).

¹⁶² Nesse sentido: AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

¹⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 59. Nesse sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de filiação...*, p. 144.

¹⁶⁴ Nesse sentido: LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 6; FRANCO, Natália Soares. Idem, p. 236; CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 13, 2003, p. 87.

satisfação do comando constitucional (privilégio ao melhor interesse) ou deverá ser considerado ineficaz (ou não recepcionado, se editado antes da Constituição de 1988).¹⁶⁵

Por tudo quanto afirmado, pode-se concluir que o princípio do melhor interesse é, na verdade, um macro princípio, localizando-se abaixo apenas da dignidade da pessoa humana. Isso significa que ele deve ser analisado primariamente, antes que se passe à análise de outros princípios. Além disso, resta claro que deve ele permear toda a produção, interpretação e aplicação do direito positivo. O melhor interesse paira acima dos demais princípios constitucionais: e isso porque a própria Constituição Federal impõe-lhe a primazia. Assim, pode-se dizer que, no ordenamento brasileiro, a dignidade da pessoa humana encontra-se em seu topo, logo seguida pelo princípio do melhor interesse da criança. Após, localizam-se os demais princípios e direitos fundamentais.¹⁶⁶

Assim, a única forma para efetiva implementação de todos os direitos e garantias a que fazem jus crianças e adolescentes é a observância ao seu melhor interesse.

O Projeto de Lei n. 2.285/07, que trata do Estatuto da Famílias, prevê especificamente em seu art. 5º o melhor interesse da criança como princípio fundamental para sua interpretação e aplicação.¹⁶⁷

Pode-se concluir que, na prática, na análise dos casos concretos envolvendo crianças e adolescentes, bem como ainda na elaboração da legislação ou na formulação de políticas públicas, o melhor interesse deve ser atendido. Como princípio, eis que permeia todo o ordenamento jurídico; como regra de interpretação, na análise e resolução dos casos concretos que batem às portas do Judiciário; como direito fundamental, a ser aplicado imediatamente. Em se agindo assim, não haverá diferença prática em se ter divergências doutrinárias considerando o melhor interesse como princípio, direito fundamental ou regra de interpretação - independentemente da corrente a que se filiar, ter-se-á a garantia de que é de fato o interesse da criança e do adolescente que estará sendo adimplido.

¹⁶⁵ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 35.

¹⁶⁶ Ressalte-se que Paulo Luiz Netto Lôbo não concorda com a visão apresentada neste trabalho, por entender que o princípio do melhor interesse é de prioridade e não de exclusão de outros direitos ou interesses (*Direito ao Estado de filiação...*, p. 144).

¹⁶⁷ “Art. 5º. A dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e de entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto”.

3. FAMÍLIA

3.1. Do vínculo biológico ao vínculo afetivo

A ideia atual de família, que deixou de ser biológica, patrimonial e autoritária e passou a se basear na afetividade, faz com que o princípio do melhor interesse da criança floresça.

Maria Berenice Dias, ao tratar do vínculo biológico, defende que o sistema de paternidade no casamento, enfeixado pelo Código Civil de 1916, baseava-se, na realidade, em presunções, gerando uma paternidade jurídica. A biologia acabava por se restringir ao ato de fecundação. Para o direito, pai não era quem cedia o material genético, mas, sim, pai era o marido da mãe. Filho era a pessoa nascida 180 dias após o casamento ou 300 dias após o fim de um relacionamento.¹⁶⁸ O atual Código Civil mantém as presunções de paternidade do Código anterior, bem como acrescenta presunções advindas da inseminação artificial (art. 1.597).

Flávio Guimarães Lauria compartilha do entendimento acima exposto, afirmando que, em caso de filho adulterino, a sociedade entendia ser mais conveniente considerá-lo filho do marido (*pater is est*). E isso era possível através do sistema de presunções do Código Civil. Segundo ele, “Desprezava-se completamente a verdade biológica em respeito à ‘paz doméstica’ que em nada mais consistia do que garantir os interesses patrimoniais da não distribuição da riqueza”.¹⁶⁹

Faz-se mister ressaltar que, em um passado não tão distante, a família era vista como patriarcal, patrimonial e matrimonial. Segundo Flávio Guimarães Lauria, “A ideia de família, para o Direito, estava diretamente associada à ideia de casamento”. A verdadeira função do casamento era proteger os interesses das classes economicamente proeminentes.¹⁷⁰

¹⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 354.

¹⁶⁹ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 13-14.

¹⁷⁰ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 16-17.

Cada família englobava não apenas o casal e seus filhos, mas também demais parentes. Por ser patrimonializada, seus membros eram vistos como força de trabalho. A religião também tinha grande influência, já que muitas vezes os parentes estavam ligados não necessariamente por vínculos afetivos, mas pela religião e pelo culto dos antepassados,¹⁷¹ bem como pela preservação do patrimônio. O cristianismo acabou por instituir o casamento como sacramento, tornando-o, assim, indissolúvel. Sua finalidade era a procriação, com objetivo de continuidade da família.¹⁷²

Com a crescente urbanização, tal cenário foi se modificando, haja vista a necessidade de mão de obra nas cidades. Isso fez com que a mulher ingressasse no mercado de trabalho, alterando um pouco o cenário familiar até então traçado. Outras alterações surgiram como consequência – elevação da idade média das mulheres para o casamento e primeiro filho; diminuição do tamanho das famílias; aumento das responsabilidades financeiras; aumento do número de lares chefiados por mulheres, entre outras.¹⁷³

Vê-se, assim, que o conceito de família não é fixo, alterando-se conforme o tempo e o local. Não há uma definição de família que possa ser utilizada para qualquer país, em qualquer época.¹⁷⁴ Ana Carla Harmatiuk Matos ressalta a característica das famílias de se alterar com o tempo, adequando-se às transformações sociais.¹⁷⁵ Segundo Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires, a regra atual deve ser a heterogeneidade, a pluralidade e a flexibilidade.¹⁷⁶

Interessante é a colocação feita por Maria Cristina Rauch Baranoski, sobre o modelo atual de família:

¹⁷¹ Nesse sentido: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 58; PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança...*, p. 130.

¹⁷² BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 58.

¹⁷³ Estes argumentos são elencados por Maria Cristina Rauch Baranoski (Idem, p. 72-73).

¹⁷⁴ De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira, tal variação ocorre porque variam também os motivos que levam as pessoas a constituírem família: “econômicos, políticos, procriativos, sociais, afetivos ou, mesmo, a preservação de tradições culturais” (*Família...*, p. 11).

¹⁷⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Pluralidade familiar (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 948.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 18.

O modelo de família nuclear tradicional deixa de ser hegemônico e outras concepções de família passam a fazer parte da estrutura social, emergindo não mais a figura pai e mãe, mas sim as funções que a família deve desempenhar: funções paternas e maternas que podem ser exercidas independentemente dos arranjos familiares apresentados.¹⁷⁷

Fica claro que o que importa é que a família proporcione aos filhos as funções paternas e maternas, e não que seja necessariamente mandatária a figura feminina materna e a figura masculina paterna. Essa ideia é ressaltada também pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, que entende que houve “(...) deslocamento da ênfase da importância da estrutura familiar para a importância das funções familiares de cuidado e socialização (...)”.¹⁷⁸

Ao se analisar a proteção constitucional designada à família, tem-se que a Constituição Imperial de 1824 não fazia qualquer menção ao tema. Tratava apenas do casamento da família real nos arts. 105 a 108, 112 a 115 e 120. Também assim a Constituição de 1891, embora emprestasse validade ao casamento civil (art. 72, §4º). A Constituição de 1934, em seu art. 141, previa que o Estado deveria amparar a maternidade e a infância, bem como socorrer famílias de prole numerosa, e proteger os adolescentes contra toda forma de exploração e abandono, sendo também prevista a adoção, pelo Estado, de medidas legislativas e administrativas com o escopo de diminuir a mortalidade infantil. Previa, em seu art. 144, o casamento como única forma de família. Essas garantias foram repetidas na Constituição de 1937, que mantinha, no art. 124, a formação familiar apenas pelo casamento. Com a Constituição de 1946, estabeleceu-se o reconhecimento de políticas voltadas para a família. O casamento ainda era a única fonte de formação familiar (art. 163). Já a Constituição de 1967 estabeleceu medidas referentes aos direitos sociais, mantendo o casamento como única forma de constituição de família (art. 167), o que foi repetido pela Constituição de 1969.

Ao longo dos anos, houve paulatina evolução, tanto da ideia de família quanto da ideia do papel nela ocupado pela mulher. A Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada)

¹⁷⁷ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 147.

¹⁷⁸ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 29.

trouxe intensa modificação, ao entender que a mulher era plenamente capaz, bem como reservando a ela a exclusividade dos bens adquiridos com o fruto advindo de seu trabalho. A EC n. 9/77 e a Lei n. 6.515/77 (autorizadoras do divórcio) também contribuíram para a modernização do conceito de família.

A Constituição Federal de 1988 passou a admitir outras formas de família além do casamento, dando início ao pluralismo familiar com que nos deparamos hoje. O art. 226, apesar de mencionar o casamento, a união estável e a monoparentalidade, não exclui outros arranjos familiares de seu âmbito de proteção.¹⁷⁹ Também devido ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, a direção da entidade familiar, quando composta por alguma conformação de casal, deve ser exercida de forma diárquica.

Vê-se, assim, que o conceito de família vai sofrendo alterações ao longo do tempo, e essas alterações, que a princípio podem ser rejeitadas pela sociedade, com o tempo passam a encontrar seu lugar de forma natural.¹⁸⁰ Atualmente, o Código Civil de 2002 está alinhado à Constituição Federal, protegendo amplamente as diferentes conformações familiares.

Para que a família atenda ao melhor interesse do menor, ela não necessita ter conceito objetivo ou estar legalmente prevista. O melhor interesse será atendido na medida em que a família cumpra certas funções, funcionando como o primeiro elemento contextualizador cultural para a criança, fornecendo-lhe valores e crenças, bem como uma fonte de apoio, tanto material quanto emocional. Em assim sendo, não importa a família na qual a criança está inserida, se matrimonial, reconstituída ou homoafetiva, por exemplo. O que atenderá o melhor interesse é sua atuação em relação ao menor. Logo, a criança deve crescer em família livre de conflitos, permeada pela afetividade e pelo respeito e compreensão entre seus membros. Muito mais prejudicial é uma família estruturada nos moldes tradicionais (leia-se matrimonial), mas que esteja invadida por conflitos, crises e desentendimentos, do que entidade familiar diversa da tradicional, mas que proporcione à criança o ambiente seguro de que necessita para se desenvolver plenamente, tendo, assim, seu melhor interesse atendido.

¹⁷⁹ Neste sentido: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 31.

¹⁸⁰ Exemplo é a união estável, que antes era considerada de forma preconceituosa e que hoje, apesar das distinções ainda existentes entre ela e o casamento, não é mais vista com estranheza pela sociedade.

Às entidades familiares diversas foi sendo dada maior importância, decorrente do movimento de repersonalização do direito, que reencaminhou a pessoa ao centro de interesse do ordenamento jurídico. Como bem ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo,

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova junção. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*,¹⁸¹ que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.¹⁸²

Ainda tratando sobre o tema, afirma o mencionado autor que a repersonalização consiste em a família ser vista sob a perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios.¹⁸³ Silmara Juny Chinelato faz a relação entre a despatrimonialização e o art. 227, §6º, da CF, aduzindo que “a norma é plenamente coerente com a despatrimonialização do Direito de Família, que busca valorizar a pessoa humana, em seus valores ínsitos, em seus direitos da personalidade, e encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁸⁴

Já segundo Maria Cristina Rauch Baranoski a propalada repersonalização pode ser vista como a “transição da família como unidade econômica para uma visão em termos de igualdade, e não de maneira hierarquizada, cujo objetivo é promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, que tem como base o afeto”.¹⁸⁵ Refuta a hierarquização também Flávio Lauria Guimarães, entendendo que o que se tem atualmente são relações

¹⁸¹ Também postulam pela importância à pessoa que deve ser dada pela ordem jurídica: LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 111; DINIZ, Maria Helena. Idem, p. 26; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. *Revista dos Tribunais*, v. 676, 1992, p. 80; ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 30, 2005, p. 110; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Idem, p. 237; FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a constituição federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 15, 2002, p. 146.

¹⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11-12. Segundo ele, a primazia da pessoa humana é a “(...) condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais” (*Direito ao estado de filiação...*, p. 141).

¹⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Afetividade (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 50.

¹⁸⁴ CHINELATO, Silmara Juny. Idem, p. 33.

¹⁸⁵ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 50.

familiares de coordenação, baseadas na dignidade da pessoa humana, e não mais de subordinação.¹⁸⁶ Maria Goreth Macedo Valadares concorda com esta posição, entendendo que a família comandada por um chefe foi substituída por uma família que busca o diálogo.¹⁸⁷

Ana Carolina Brochado Teixeira entende que o que há, na verdade, é uma personalização do direito, visto que “(...) é somente na contemporaneidade que se fala em valorização da pessoa humana, do sujeito real e concreto, com suas vicissitudes e vulnerabilidades (...)”, elevando-se sua dignidade a princípio fundante do ordenamento.¹⁸⁸ Enfatiza a autora, ainda, que passou o direito a considerar a “(...) pessoa concreta, com suas particularidades, inserida em determinadas situações jurídicas, em vez do sujeito de direitos abstrato (...)”.¹⁸⁹

E, ainda segundo ela, entrando agora no campo da infância e juventude, o fenômeno da personalização pode ser observado devido ao tratamento prioritário dado a crianças e adolescentes, “como pessoas em desenvolvimento, e alvos da proteção integral da família, da sociedade e do Estado, cujo melhor interesse deve ser sempre preservado”.¹⁹⁰ Assim, é neste cenário que a criança e o adolescente passam a ser vistos como sujeitos de direito, merecedores de proteção especial devido à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.¹⁹¹ Afinal, como ressalta Flávio Guimarães Lauria, a criança “(...) representa verdadeira peça-chave da estrutura familiar”.¹⁹²

¹⁸⁶ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 19.

¹⁸⁷ VALADARES, Maria Goreth Macedo. As famílias reconstituídas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 129.

¹⁸⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 58.

¹⁸⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Parto anônimo...*, p. 14-15.

¹⁹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Parto anônimo...*, p. 15-16.

¹⁹¹ Posicionam-se no sentido de serem crianças e adolescentes sujeitos de proteção especial por sua condição peculiar: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 75; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Paternidade responsável...*, p. 935; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Educação: direito e cidadania. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 96; LOPES, Jaqueline Ferreira. Idem, p. 112.

¹⁹² LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 42.

Devido à repersonalização, “o modelo de família que emerge atualmente, cada vez com força maior, é o modelo eudemonista, ou seja, aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar”¹⁹³ ¹⁹⁴

É neste cenário que a afetividade passa a ter importância maior que eventuais critérios patrimoniais ou biológicos¹⁹⁵ para definição do que pode ser considerada uma família. Pode-se dizer que a valorização da afetividade progride na mesma medida em que a valorização de critérios patrimoniais regride. Segundo Flávio Tartuce, o princípio da afetividade “(...) é importantíssimo, pois quebra paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social”.¹⁹⁶ Pietro Perlingieri também valoriza o afeto nas relações familiares ao afirmar que “a família merece tutela não apenas quando as relações são fundadas no sangue, mas, principalmente, quando se traduzem numa comunhão espiritual e de vida”.¹⁹⁷ Ressalta Ana Carolina Brochado Teixeira que “A valorização da afetividade no interior da família a despatrimonializou (...)”.¹⁹⁸ Maria Goreth Macedo Valadares vê a afetividade como fator determinante das relações familiares.¹⁹⁹

Discorrendo sobre a afetividade no ordenamento jurídico, Flávio Tartuce ressalta que a origem da valorização do afeto no direito brasileiro remonta ao famoso trabalho escrito por João Baptista Vilella, no início da década de 1980, tratando da desbiologização da paternidade, e elevando o afeto a um patamar de proteção dentro do ordenamento. Seu objetivo era mostrar que “(...) o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico. Assim, surgiria uma nova forma de parentesco civil – a *parentalidade socioafetiva* – baseada na *posse de estado de filho*”.²⁰⁰

¹⁹³ GROENINGA, Giselle. Idem, p. 76.

¹⁹⁴ Mais doutrinadores consideram a família eudemonista como o modelo familiar moderno: LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 19 e 60; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais...*, p. 193; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Idem, p. 252; RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 12; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 55.

¹⁹⁵ Ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama que a transformação da família de organização patriarcal para uma que seja democrática, igualitária e pluralista fez com que houvesse a desbiologização e sua substituição pelo elemento afetivo (*Paternidade responsável...*, p. 932).

¹⁹⁶ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 16.

¹⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245.

¹⁹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 28. Nas palavras de Maria Cristina Rauch Baranoski, “(...) seja a família natural ou substituta, a afetividade é o elemento essencial que envolve os membros integrantes da família, essencial ao desenvolvimento do ser humano (...)” (Idem, p. 37).

¹⁹⁹ VALADARES, Maria Goreth Macedo. Idem, p. 105.

²⁰⁰ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios...*, p. 14.

A afetividade é vista como princípio do atual Direito de Família.²⁰¹ De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, a afetividade é “princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas, de natureza cultural ou sociológica, com primazia sobre a origem biológica, principalmente na filiação”.²⁰² Continua ele afirmando que “a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente de laços afetivos”.²⁰³ Em outra obra, ressalta o autor que filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a não biológica.²⁰⁴

Analisando a afetividade, Flávio Tartuce afirma ser o afeto o “principal fundamento das relações familiares”.²⁰⁵ Embora não conste expressamente como direito fundamental na Constituição, é ele decorrente da constante valorização que se faz da dignidade humana (art. 1º, III, CF), da solidariedade social (art. 3º, I, CF) e da igualdade entre filhos (art. 5º, *caput*, e art. 227, §6º, CF).²⁰⁶ Também entende Paulo Luiz Netto Lôbo que o princípio da afetividade tem fundamento constitucional. Segundo ele, há dois patamares de proteção constitucional de tal princípio: “o princípio da afetividade também enraíza-se em fundamentos constitucionais mais gerais, como a realização do princípio da solidariedade (art. 3º, I) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)”.²⁰⁷ Há, porém, segundo ele, um segundo patamar de fundamentos para a afetividade, mais específico, encontrado nos arts. 226, §4º e 227, *caput* e §§5º e 6º, CF. Assim, é pelo princípio da afetividade que se pode considerar que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227 §6º); que a adoção nada mais é que escolha afetiva, havendo igualdade entre os filhos adotivos e os demais (art. 227, §§5º e 6º); que a família monoparental é constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); e que a convivência familiar, não necessariamente de origem biológica, é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).²⁰⁸ Em outra obra, menciona, ainda, a liberdade do casal para

²⁰¹ Nesse sentido: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *Idem*, p. 97 e 99; DINIZ, Maria Helena Diniz. *Idem*, p. 24; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 33; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 75; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 62; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Idem*, p. 93; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Afetividade...*, p. 51; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares...*, p. 46.

²⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Afetividade...*, p. 48.

²⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Afetividade...*, p. 49.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 134.

²⁰⁵ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios...*, p. 14.

²⁰⁶ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios...*, p. 15.

²⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Afetividade...*, p. 51.

²⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Afetividade...Ibidem*.

extinguir o casamento e a união estável com o desaparecimento da afetividade (art. 226, §§3º e 6º)²⁰⁹ e o dever de solidariedade que deve existir entre os membros da família (arts. 229 e 230).²¹⁰ Todos os artigos citados foram extraídos da Constituição Federal.

Maria Berenice Dias, para quem o afeto também se apresenta como direito fundamental, além de poder ser aferido reflexamente, com base na dignidade humana, afirma que, no momento em que a Constituição reconheceu a união estável como entidade familiar, e sendo tal união o enlace de duas pessoas pela afetividade, houve reconhecimento e inserção da afetividade no mundo jurídico.²¹¹ A afetividade também pode ser considerada positivada em outros dispositivos: art. 1.583, §2º, I, CC, que usa do afeto como um dos critérios a indicar a qual genitor deve ser deferida a guarda unilateral; art. 1.584, §5º, CC, que traz a afetividade também como critério indicativo para que seja deferida a guarda a terceira pessoa; art. 1.593, CC, que admite que é possível outra origem à filiação além da natural e da civil.²¹² Tânia da Silva Pereira ressalta que na adoção a socioafetividade é consolidada.²¹³

A socioafetividade se mostra tão importante que o Enunciado 341, da IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal entende que ela é passível de gerar obrigação alimentar²¹⁴.²¹⁵ Ademais, como adverte Maria Berenice Dias, “cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa”.²¹⁶

Observe-se que o art. 28, do ECA, se refere expressamente ao princípio da afetividade em seu parágrafo 2º: “Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida”. Ainda, pode-se entender que a Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), ao tratar do que se entende por violência doméstica e familiar contra

²⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares...*, p. 47.

²¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 143.

²¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 70.

²¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 71

²¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. *O “cuidado” chega...*, p. 368.

²¹⁴ Enunciado 341: “Art. 1.696. Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

²¹⁵ Deve-se observar que os Enunciados da Justiça Federal não são norma jurídica, embora tragam a orientação daquela Justiça sobre temas cujo julgamento sempre se repete.

²¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 28.

a mulher, acrescentou, em seu art. 5º, III, a ideia de que família pode ser considerada qualquer relação de afeto, ainda que não haja coabitação.²¹⁷

Baseando-se no critério da afetividade, várias questões controversas podem ser resolvidas, bem como pode ser melhor atendido o interesse da criança e do adolescente. Afinal, o princípio da afetividade, quando relacionado à infância e juventude, nada mais é que uma busca pelo melhor interesse do menor. Relacionando a afetividade e o melhor interesse da criança, há o Enunciado 339, aprovado na IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. Assim, em casos de atribuição de guarda, por exemplo, mais válido se torna colocar a criança junto de alguém com quem ela guarda relação de afetividade do que com algum parente que não tem contato algum com a criança, apenas pelo vínculo biológico existente entre ambos.

Talvez uma das principais consequências da afetividade, ao ser vista como princípio do direito de família, seja a de reforçar a consideração de diferentes modalidades de uniões como entidades familiares. Assim, pelo valor dado ao fator afetivo, tenta-se evitar que se dê tanta importância para encaixar modalidades de família dentro de padrões preestabelecidos (antigamente, casamento, e, posteriormente, união estável), abrangendo-se todas elas sob o manto da proteção constitucional.

Logo, é o vínculo afetivo que vai determinar se determinada relação pode ser vista como entidade familiar ou não. O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária também vê o afeto como elemento constitutivo da família.²¹⁸

Devido a isso, muitos autores,²¹⁹ ao analisar o art. 226, §§3º e 4º, da CF, que tratam das modalidades de família, entendem serem eles dispositivos de inclusão, querendo dizer

²¹⁷ “Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”.

²¹⁸ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 24.

²¹⁹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Pluralidade familiar...*, p. 949 e Ação declaratória de união estável homossexual: possibilidade jurídica da pretensão. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n.

que outras modalidades de família, ademais do casamento, da união estável e da família monoparental, estão por ele abarcadas, desde que a afetividade se faça presente.

Paulo Luiz Netto Lôbo explica que, sob a égide das Constituições de 1967 e de 1969 (art. 175), estava presente a locução “constituída pelo casamento” ao se tratar da proteção da família. Já o caput do art. 226, da atual CF, suprimiu a locução, colocando a “família” sob tutela, querendo dizer, com isso, “qualquer família”. Vê-se que a cláusula de exclusão desapareceu, sendo o art. 226, *caput*, “(...) cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”. Continua neste sentido ao analisar o §4º do mencionado artigo, especificamente seu termo “também”, outra palavra a denotar inclusão.²²⁰

Ressalta Maria Berenice Dias que os tipos familiares explicitados pela Constituição são meramente exemplificativos, e o foram por serem os mais comuns.²²¹ Afirmar a autora que a exclusão de entidades familiares formadas por vínculos afetivos, gerando comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é “(...) simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça”.²²² Assim, segundo ela, qualquer entidade familiar deve ser abarcada pela proteção constitucional, seja ela o conjunto formado pelos irmãos ou as uniões homoafetivas.²²³

Uma segunda consequência da afetividade, que permeia o conceito atual de família, é a consideração da paternidade socioafetiva em substituição à paternidade biológica. A chamada paternidade socioafetiva é mais uma técnica da qual se valer para que o melhor interesse da criança seja atendido.²²⁴

Nas palavras de Heloísa Helena Gomes Barboza, a paternidade socioafetiva tem um de seus fundamentos no princípio do melhor interesse da criança, o que faz ser possível o

39, 2007, p. 91; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 197; BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *Idem*, p. 7; ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *Idem*, p. 101; RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. *Idem*, p. 9.

²²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares...*, p. 44-45.

²²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 41. No mesmo sentido: ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *Idem*, p. 108; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares...*, p. 45.

²²² DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 67-68.

²²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 41. Também nesse sentido: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *Idem*, p. 12.

²²⁴ Nesse sentido: CHINELATO, Silmara Juny. *Idem*, p. 14; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 358.

reconhecimento de efeitos a um vínculo gerado pela afetividade.²²⁵ Maria Goreth Macedo Valadares também se manifesta pela possibilidade de a socioafetividade ser fator suficiente para a produção de efeitos jurídicos.²²⁶

Assim, pode-se dizer que atualmente há um “reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que, embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importantes que o vínculo consanguíneo”²²⁷.²²⁸ Para Marcelo Truzzi Otero, “(...) pai e mãe não são necessariamente aqueles que forneceram o material genético, mas sim aqueles que participam de um projeto parental”.²²⁹ Ressaltam-se, ainda, as palavras de Maria Goreth Macedo Valadares:

É sabido que a parentalidade deixou de ter como parâmetro simplesmente a lei ou a biologia, mas muito mais do que isso seu fundamento hoje está na demonstração do *ser pai*, do *ser filho*. A filiação, assim como a nova família, está pautada na afetividade, utilizada de forma essencial para o deslinde das questões familiares.²³⁰

Esse cenário faz com que possa ser dada nova interpretação à presunção do *pater is est*. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, sua função deixa de ser a de presumir a paternidade do filho em razão de advir de casamento, passando-se a presumir a paternidade em razão do estado de filiação. Presume-se pai quem age e se apresenta como pai, tendo sido ele o fornecedor do material genético ou não.²³¹

²²⁵ BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. *Melhor interesse...*, p. 839.

²²⁶ VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 116. Nesse sentido: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Idem*, p. 44; DIAS, Maria Berenice. Sociedade de afeto: um nome para a família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 22, 2004, p. 33.

²²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294.

²²⁸ Nesse sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Idem*, p. 638; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Afetividade...*, p. 49; DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 141; GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre a guarda compartilhada. *Revista Síntese de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 12, n. 61, 2010, p. 76; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Idem*, p. 35; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *Idem*, p. 252; OTERO, Marcelo Truzzi. *Idem*, p. 151.

²²⁹ OTERO, Marcelo Truzzi. *Idem*, p. 150.

²³⁰ VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 106. Segundo Maria Berenice Dias, “(...) nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência” (*Manual...*, p. 359).

²³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 145-146.

Atualmente, essa modalidade de paternidade se faz tão presente que já são admitidas ações de investigação de paternidade socioafetiva. Flávio Tartuce, que chama essa investigação de “ação declaratória de paternidade socioafetiva”, ensina que pode ela ser usada para que seja estabelecido vínculo registral entre o pai socioafetivo e o filho detentor da posse de estado de filho.²³²

É nesse contexto que surge uma modalidade de família muito comum na atualidade, a família reconstituída, baseada principalmente no afeto. Esta modalidade de família é formada pela união de duas pessoas egressas de famílias prévias que, por algum motivo, vieram a se desfazer.

Há divergência na doutrina quanto à terminologia que deve receber esta nova modalidade familiar. Maria Goreth Macedo Valadares esclarece a diversidade de nomenclaturas que podem ser encontradas: recompostas, mosaico, tentaculares, complexas e multinucleares. Ao final, entende por bem denominá-las de reconstituídas, devido ao fato de ser família constituída sob outra já existente, embora com membros diferentes. Ressalta que, no direito espanhol, são chamadas de *familias ensambladas* e, no direito norte-americano, de *stepfamilies*.²³³ Maria Berenice Dias denomina tais formações familiares de pluriparentais,²³⁴ criticando a expressão ‘reconstituída’.²³⁵ Já Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires trazem, também, a expressão “sequenciais”.²³⁶ Ivone M. C. Coelho de Souza prefere o termo “flutuantes”.²³⁷

É muito comum que o novo casal leve para a nova união filhos nascidos da união prévia.²³⁸ Maria Goreth Macedo Valadares defende que uma família reconstituída só é passível de ser formada com o guardião e seu filho, excluindo-se do conceito o núcleo

²³² TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 117-118. Cita, ainda, acórdão neste sentido: TJRS, Ap. Cível 70008795775, 7ª Câmara, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23.06.2004.

²³³ VALADARES, Maria Goreth Macedo. Idem, p. 106.

²³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 49.

²³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 213.

²³⁶ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 9.

²³⁷ SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2001, p. 67.

²³⁸ Sobre a necessidade da existência de filhos anteriores para que uma família possa ser considerada reconstituída: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 125; VALADARES, Maria Goreth Macedo. Idem, p. 105; GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

familiar formado pelo cônjuge não guardião. Justifica sua posição aduzindo que, ao se definir uma família monoparental, se o faz com a presença do guardião e do filho. O núcleo formado pelo não guardião não é denominado família monoparental. Ademais, caso haja efeitos jurídicos advindos da nova conformação familiar, estes decorrerão do vínculo afetivo formado entre os descendentes e o parceiro do guardião, especialmente originado pela convivência do dia a dia. Tal vínculo dificilmente será formado entre o novo parceiro do genitor não guardião e o filho deste, especialmente devido à distância física que permeará tal relação.²³⁹

A presença de filhos anteriores provocará, dentro das famílias reconstituídas, uma relação entre os chamados padrastos e enteados. Segundo Maria Berenice Dias, tal nomenclatura é preconceituosa, por levar à ideia de que a relação entre tais pessoas sempre terá um viés prejudicial:

Claro que termos como madrasta, padrasto, enteado, assim como as expressões filho da companheira do pai ou filha do convivente da mãe, meio-irmão e outras não servem, pois trazem uma forte carga de negatividade, ainda resquício da intolerância social, por lembrarem vínculos pecaminosos.²⁴⁰

Maria Goreth Macedo Valadares afirma que, tendo em vista a negatividade dos termos, há tendência de substituição por “pai afim, mãe afim e filho afim”.²⁴¹ Esta também a nomenclatura utilizada por Waldyr Grisard Filho²⁴² e Ana Carolina Brochado Teixeira,²⁴³ nomenclatura com a qual se concorda, passando-se a utilizá-la a partir de agora.

Há, assim, na relação entre pai afim e filho afim, a formação de um vínculo que pode ser considerado de afinidade, já que o art. 1.595, *caput*, do Código Civil, prevê que o

²³⁹ VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 108.

²⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Sociedade de afeto...*, p. 34. Ainda, em seu *Manual...*, a autora retoma a ideia de negatividade dos termos (p. 130). No mesmo sentido: SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. *Idem*, p. 67.

²⁴¹ VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 109. Maria Berenice Dias discorda da nomenclatura: “Difícil aceitar tais composições que não se revestem de sonoridade” (*Manual...*, p. 130). Segundo ela, melhor nomenclatura, inclusive para não haver preconceitos, seria “amante”, significando a pessoa que ama, servindo este termo tanto para os componentes de uma união estável quanto para as famílias reconstituídas (*Manual...*, p. 132 e *Sociedade de afeto...*, p. 35-37). Data vênia, não se concorda com esta nomenclatura, que, aparentemente, não teria o condão de evitar preconceito, já que o termo é usado, popularmente, com outro sentido.

²⁴² GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas...*, p. 29.

²⁴³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 127.

cônjuge ou companheiro está vinculado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade, e tal afinidade abrange os descendentes.²⁴⁴

Flávio Tartuce entende que a afinidade pode ser enquadrada como parentesco civil, embora ressalte que prefere entender esse tipo de parentesco por afinidade como “uma forma especial de parentesco”.²⁴⁵ Continua ele entendendo que a expressão “outra origem” constante do art. 1.593 do Código Civil deve ser interpretada extensivamente, significando que as relações de parentesco não se encaixam em rol taxativo.²⁴⁶

Para além do vínculo da afinidade, pode-se entender que, com a convivência diária, com a aproximação que se dará entre esses personagens das famílias reconstituídas, a parentalidade por afinidade dará lugar à paternidade socioafetiva, com todas as consequências daí advindas, como a possibilidade de visitas ao filho socioafetivo em caso de eventual rompimento da família reconstituída.

Maria Goreth Macedo Valadares entende que é indiferente considerar-se que o vínculo existente entre pais afins e filhos afins se origine pela afinidade ou pela afetividade, visto que ambas se encontram previstas na cláusula aberta prevista pelo artigo 1.593, do Código Civil,²⁴⁷ que considera que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Reforça a orientação de que a afetividade se encaixa na expressão “outra origem” o Enunciado 108, aprovado na I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, que afirma que “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

Vê-se, assim, que ademais de a afetividade funcionar como critério para abrigar diferentes agrupamentos de pessoas sob o manto de entidade familiar, também funciona como critério determinador do vínculo de paternidade.

²⁴⁴ “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”.

²⁴⁵ TARTUCE, Flávio. *As verdades parentais...*, p. 104-105.

²⁴⁶ TARTUCE, Flávio. *As verdades parentais...*, p. 105.

²⁴⁷ VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 122.

O outro lado da paternidade socioafetiva é a posse do estado de filho, que pode ser entendida como a aparência que o filho afim tem, perante a sociedade, de filho legítimo de seu pai afim. Segundo Maria Berenice Dias, “(...) a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, (...)”.²⁴⁸ É “(...) a relação afetiva, íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege”.²⁴⁹ Citando Paulo Luiz Netto Lôbo, a posse de estado “(...) é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade (...)”.²⁵⁰

Outro indício da posse do estado de filho é o tratamento dispensado pelo pai afim à criança, tratando-a da mesma forma pela qual trata seus eventuais filhos biológicos. Assim, pode-se dizer que a posse de estado compõe-se de três elementos: “*nominatio, tractatus e reputatio*”.²⁵¹ Tais elementos são especificados por Silmara Juny Chinelato, que se baseia no quanto ensina Clóvis Beviláqua. Eles se referem, respectivamente, ao uso constante do nome de família do suposto pai; ao fato de a pessoa ser criada e apresentada como filho; à consideração da pessoa, tanto no âmbito familiar como na sociedade, como filho legítimo daquela família.²⁵²

Maria Goreth Macedo Valadares refuta qualquer ligação entre a posse do estado de filho e o vínculo biológico. Para ela, a posse do estado “Está muito mais ligada ao desejo de ser pai e de ser mãe e, em decorrência, de se sentir como filho, do que simplesmente aos laços de sangue ou ao vínculo jurídico advindo de uma presunção legal”.²⁵³

Assim, a paternidade socioafetiva, somada à posse do estado de filho, gera entre pais e filhos afins vínculo mais forte que o de afinidade (art. 1.595, CC). Entre eles surge modalidade de parentesco civil, abrangido pela expressão final do art. 1.593 do Código Civil, qual seja: “ou outra origem”. Nesse sentido é a lição de Maria Berenice Dias, que entende que “A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de

²⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 71.

²⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Família...*, p. 142.

²⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 138.

²⁵¹ CHINELATO, Silmara Juny. *Idem*, p. 17. Tais critérios são também mencionados por outros autores: DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 372; VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 114; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais...*, p. 216.

²⁵² CHINELATO, Silmara Juny. *Idem*, p. 82.

²⁵³ VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 113.

parentesco civil de ‘outra origem’, isto é, de origem afetiva (CC 1.593)”.²⁵⁴ Ressalta ela que o vínculo da filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo, que se fundamenta no princípio do melhor interesse da criança, se o filho for menor de idade, ou no princípio da dignidade humana, se maior de idade.²⁵⁵

O Enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal acolhe a paternidade socioafetiva como modalidade de parentesco civil:

Art. 1.593: o Código reconhece, no artigo 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Ainda, o Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil da Justiça Federal traz a mesma conclusão: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

Vê-se, assim, que a posse do estado de filho é adquirida paulatinamente, sendo construída com o tempo, baseada no afeto e na convivência diária.²⁵⁶

Conclui-se que, para que haja a parentalidade socioafetiva, deve haver, do outro lado, a posse do estado de filho. Flávio Tartuce defende esta vinculação pois, segundo ele, a posse do estado de filho é o que configura essa modalidade de parentalidade.²⁵⁷ Vê-se, assim, que não basta a afirmação de que o afeto estava presente em uma suposta relação entre pai e filho se não ficar demonstrada a posse do estado de filho. Para que seja possível a atribuição de efeitos jurídicos à paternidade socioafetiva (como, por exemplo, a possibilidade de o pai afim exercer o poder familiar sobre o filho afim, ou que tenha direito

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 372. Flávio Tartuce também entende que o art. 1.593 do Código Civil abrange parentescos advindos de outras origens, que não somente decorrentes do vínculo de consanguinidade (*As verdades parentais...*, p. 101). Ainda nesse sentido: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Idem*, p. 46.

²⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 374.

²⁵⁶ Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 347; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 36.

²⁵⁷ TARTUCE, Flávio. *As verdades parentais...*, p. 105.

de visitas em caso de rompimento da união), a posse do estado de filho deve estar presente. Analisando esta questão, afirma Maria Goreth Macedo Valadares que “(...) a jurisprudência também tem-se mostrado de forma favorável a essa nova parentalidade, se comprovada a posse do estado de filho”.²⁵⁸

A existência do vínculo afetivo para efeitos de parentalidade e, conseqüentemente, a posse do estado de filho, é adquirida com o tempo e com a convivência, embora não haja período fixo para tal caracterização. Porém, como recomenda Flávio Tartuce, a análise deve ser feita caso a caso.²⁵⁹ Mais uma vez resta claro que a determinação do melhor interesse da criança não pode ser feito aprioristicamente. É realmente necessário o estudo do caso concreto e das particularidades nele envolvidas.

Interessante é a hipótese de se considerar que o vínculo existente entre pais e filhos afins seria o de uma adoção de fato. Não há necessidade de que o pai afim tome a atitude formal de adoção, até mesmo porque o pai não guardião pode não concordar com tal medida. Afinal, entre o pai biológico, não guardião, e seu filho, pode existir relação de mais completa harmonia e convivência pacífica e afetiva. A adoção de fato caberia ao convivente do genitor guardião, que também pode manter com o filho afim uma relação harmoniosa e de afeto, contribuindo, inclusive, com o guardião no exercício do poder familiar. Há autores que discutem sobre essa situação, sendo que Ana Carla Harmatiuk Matos a denomina de “filiação de fato”.²⁶⁰ Já Maria Goreth Macedo Valadares, ao tratar da possibilidade de que um filho afim venha a receber herança de pai afim, que não tenha outros sucessores (tema que não será abrangido por esta pesquisa), questiona se o filho afim não poderia ser o herdeiro, “(...) considerando a adoção de fato feita e sustentada durante anos pelo pai afim”.²⁶¹

O vínculo socioafetivo é tão relevante que é possível encontrarem-se vários diplomas legislativos que já o consideravam como suficiente para gerar algum tipo de parentesco. A CF, em seu art. 14, §7º, determina que são inelegíveis o cônjuge e os

²⁵⁸ VALADARES, Maria Goreth Macedo. Idem, p. 115.

²⁵⁹ TARTUCE, Flávio. *As verdades parentais...*, p. 111.

²⁶⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 36.

²⁶¹ VALADARES, Maria Goreth Macedo. Idem, p. 124. Paulo Luiz Netto Lôbo menciona a adoção de fato para exemplificar a posse do estado de filiação (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 139).

parentes consanguíneos ou afins do Presidente da República, de Governador e de Prefeito. Nesse mesmo sentido é o art. 1º, §3º, da Lei Complementar n. 64/90, que trata de inelegibilidades. Há Consulta do TSE (1.504, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, publicado em 24.06.2008) que entende que é inelegível para o cargo de prefeito o filho de ex-companheira do prefeito reeleito, por afronta ao art. 14, §7º, da CF. Há, porém, Acórdão do TSE (Agr em AI 5.935, Rel. Min. José Gerardo Grossi, j. 15.05.07), que entende que adoção de fato não tem o condão de levar à inelegibilidade, por não se equiparar ao parentesco especificado pelo art. 14, §7º, CF. Maria Goreth Macedo Valadares relaciona estas notícias do TSE.²⁶²

Também a Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, traz, em seu art. 83, a possibilidade de concessão de licença para o servidor por motivo de doença, entre outros, do padrasto, madrasta e enteado. Este artigo encontra-se na seção que trata da “licença por motivo de doença em pessoa da família”.

Nesse mesmo sentido pode ser interpretado o art. 97 da referida lei, ao tratar da possibilidade de ausência ao serviço por oito dias em razão da morte de, entre outros parentes, enteados, madrasta ou padrasto. Já o art. 197 prevê a equiparação entre filhos e enteados para efeitos de recebimento do salário família. Ainda, o art. 217 prevê como beneficiários de pensões tanto os filhos quanto os enteados.

A Lei n. 8.213/91, em seu art. 16, prevê que o enteado se equipara a filho. A Lei n. 11.924/09, por sua vez, alterou o art. 57 da Lei n. 6.015/73,²⁶³ admitindo aos filhos afins adotarem o sobrenome de padrasto ou madrasta.

Pode-se concluir, assim, que a parentalidade socioafetiva gera todos os efeitos da parentalidade biológica tradicional. E, para que o vínculo afetivo seja de fato vivenciado por crianças e adolescentes, faz-se necessária a convivência familiar. De acordo com Roberto João Elias, “é importante que o menor cresça e seja educado no seio de sua família

²⁶² VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 125.

²⁶³ “Art. 57. §8º. O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”.

ou de outra substituta, pois somente assim poderá desenvolver plenamente sua personalidade”.²⁶⁴

Apesar da prevalência da paternidade socioafetiva, não se pode ignorar o direito que todos têm de conhecer sua ascendência genética, especificamente para preservação da saúde e, em última instância, da vida. Este direito é um dos direitos da personalidade.²⁶⁵ Porém, o que se deve deixar claro é que o direito de conhecer a origem genética não é o mesmo que se investigar a paternidade. Afinal, a paternidade, como hoje é vista, socioafetivamente, independe da origem biológica.

3.2. Do pátrio poder ao poder familiar

O direito de família moderno, ademais de se basear no princípio da afetividade, faz uso, também, do poder familiar, que não pode mais ser visto como o antigo pátrio poder, de caráter autoritário, que sujeitava tanto a mulher quanto os filhos ao poder da figura masculina dentro da família. Tanto o pátrio poder quanto sua roupagem mais moderna, o poder familiar, apresentam dois vieses, o pessoal e o patrimonial, este último envolvendo administração e usufruto dos bens dos filhos. Esta pesquisa se restringirá ao aspecto pessoal do instituto.

Carlos Alberto Bittar Filho explica a origem do pátrio poder, que se encontrava no culto aos antepassados. Ainda, no Direito Romano, o pátrio poder era “(...) um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe do organismo familiar, sobre os descendentes, sendo unitário e praticamente ilimitado”.²⁶⁶ Ao pai cabia o direito de expor seu filho ou matá-lo, além de abandoná-lo ainda criança, ou mesmo vendê-lo como escravo.²⁶⁷ A ideia romana do pátrio poder privilegiava o interesse do pai, ao contrário do viés germânico do instituto, vigente nos países de direito costumeiro, e que se baseava mais no interesse do filho do que no do pai.²⁶⁸

²⁶⁴ ELIAS, Roberto João. Idem, p. 13.

²⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 135.

²⁶⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Idem, p. 79.

²⁶⁷ Nesse sentido: BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Idem. *Ibidem*; GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 64.

²⁶⁸ Nesse sentido: BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Idem. *Ibidem*.

O pátrio poder vinha regulado pelas Ordenações Filipinas, que previam sua perpetuidade, até que o filho alcançasse sua independência (Livro IV, Título 81:3), exceto se fossem casados (Livro IV, Título 87:7). Assim, mesmo com a maioridade, o pátrio poder continuava operante, somente cessando nas formas previstas em lei. Na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, o art. 201 definia filho-famílias como o que se encontrava sob o poder paterno, independentemente de sua idade.

Conforme noticia Elisa de Carvalho Laurindo Hasselmann, foi somente no século XIX que o princípio da autoridade inerente ao pátrio poder amenizou-se, deixando a relação entre pais e filhos de ser vertical, passando a ser horizontal.²⁶⁹

As mulheres encontravam dificuldade no exercício do pátrio poder. Com o Decreto n. 181, de 24.01.1890, passou-se a permitir, pela primeira vez, que mulheres o exercessem, desde que viúvas e sob a condição de não contraírem novas núpcias. O art. 380 do Código Civil de 1916 atribuía ao marido o exercício do pátrio poder, podendo exercê-lo a mulher somente na falta do primeiro. Já o art. 393, em sua redação original, previa que a mulher perdia o pátrio poder se contraísse novas núpcias. Este artigo foi alterado pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121/62, que garantia que a mulher continuasse a exercer o pátrio poder sobre seus filhos do leito anterior, sem qualquer interferência do atual marido.

Com o fim da sociedade conjugal, que ocorria pelo desquite ou anulação do casamento ou, após a Lei n. 6.515/77, pela separação judicial, divórcio ou anulação de casamento, o pátrio poder continuava a ser exercido do mesmo modo, ressalva se fazendo com relação à possibilidade de se ter a companhia dos filhos, visto que um dos cônjuges seria o guardião e, ao outro, caberia o direito de visitas, não estando sempre na companhia dos filhos.

Ao comentar o Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua já ressaltava que o pátrio poder visava mais o interesse do filho que o interesse dos pais, já que, devido à pouca idade, o primeiro necessitava de um “guia e protector”.²⁷⁰ Também esta era a posição de

²⁶⁹ HASSELMANN, Elisa de Carvalho Laurindo. Idem, p. 363.

²⁷⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947, p. 833.

Carlos Alberto Bittar Filho, que via no pátrio poder função a ser “(...) exercida no interesse dos filhos (...)”.²⁷¹

A expressão “poder familiar” veio substituir o vetusto “pátrio poder”. Além de ter o Código Civil alterado a denominação do instituto, também seu conteúdo modificou-se, e isto tendo-se em vista sua interpretação conforme os princípios constitucionais,²⁷² especialmente o da igualdade.²⁷³ Ao comentar sobre a evolução do pátrio poder em suas origens para o pátrio poder previsto no Código Civil de 1916, Carlos Alberto Bittar Filho afirma que “(...) a idéia que se tem é a de que o tempo provocou uma evolução de tal maneira radical no conceito de pátrio-poder, que se lhe afetou a própria natureza”.²⁷⁴ Este comentário também é cabível nesta evolução de pátrio poder para poder familiar: com a igualdade entre homem e mulher e com o foco no exercício do mesmo no interesse dos filhos, tem-se o moderno poder familiar.

A emancipação feminina, com as mulheres assumindo posição de destaque tanto no mercado de trabalho quanto na vida familiar e social, teve o condão de alterar o viés do poder familiar, que deve ser exercido conjuntamente por ambos os pais (dupla titularidade ou titularidade diárquica), perdendo o instituto sua característica patriarcal. Cabe lembrar que a legislação francesa de 1970 adota a nomenclatura autoridade parental, e a americana se refere a *parental authority*. A expressão ‘autoridade parental’ parece ser, de fato, melhor que a expressão ‘poder familiar’. E isso porque, além de a palavra ‘familiar’ causar a impressão de que é instituto a ser exercido de forma ampla por toda a família, e não somente pelos pais, a expressão ‘poder’, conforme ressalta Ana Carolina Brochado Teixeira, remete à ideia de “autoritarismo, supremacia e comando”,²⁷⁵ que não parece se coadunar com o espírito das relações que devem existir entre pais e filhos.

Ademais do exercício em igualdade de condições pelos pais, e da modernização da nomenclatura do instituto, pode-se afirmar estar ele próprio alterado, visto que as relações entre pais e filhos encontram-se alteradas, permeadas hoje pelo diálogo e compreensão, e não mais pela mera obediência devida aos pais pelos filhos. Isso se fez possível

²⁷¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Idem, p. 80.

²⁷² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 48.

²⁷³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 65.

²⁷⁴ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Idem, p. 79.

²⁷⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 5.

especialmente pela posição de sujeitos de direito ocupada hodiernamente por crianças e adolescentes e pela necessidade de prevalência do melhor interesse. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, “(...) a autoridade parental deve ser um instrumento de garantia dos direitos fundamentais do menor, bem como uma forma de resguardar seu melhor interesse, tendo em vista que deve ser voltada exclusivamente para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho”.²⁷⁶

Devem os pais exercer a paternidade responsável (prevista no art. 227, da CF, com deveres definidos no art. 229), assumindo plenamente o seu papel como pais e atuando sempre em prol e no melhor interesse de seus filhos, independentemente de seus próprios interesses.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama alerta que o termo “paternidade responsável” não seria o mais correto a ser utilizado, já que não engloba apenas a paternidade, abrangendo, ainda, a maternidade. Assim, acredita ele ter havido tradução incorreta do termo em inglês já antes mencionado, *parental authority*: “(...) no transplante jurídico da noção inglesa para o Direito brasileiro, o constituinte empregou o termo ‘paternidade responsável’ quando, na realidade, o sentido é de ‘parentalidade responsável’”. Mais além, porém, admite que o termo ‘paternidade’ possa advir do fato de que na língua portuguesa se utiliza a expressão plural ‘pais’ para se referir tanto a pai quanto a mãe.²⁷⁷

A paternidade responsável abrange vários aspectos, iniciando-se com a decisão de procriar, avançando para os cuidados com a criança logo após o nascimento, bem como cuidados durante as fases de formação e desenvolvimento da personalidade (infância e adolescência), chegando à fase adulta.

É com base no poder familiar, que é um poder-dever, que decorrem todos os deveres dos pais em relação aos filhos. Vem o poder familiar previsto pelo ECA nos arts. 21 e seguintes. No Código Civil, pode ser encontrado nos arts. 1.630 a 1.638. O art. 1.634

²⁷⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 85. Nesse sentido: GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Idem*, p. 65.

²⁷⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A parentalidade...*, p. 30. Também: *Paternidade responsável...*, p. 932-933. Nesse sentido: BARBOZA, Heloisa Helena. *Paternidade responsável...*, p. 94.

prevê, entre outros, os deveres de criação e educação, guarda, representação e assistência nos atos da vida civil. Como expressamente estatuído, a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável não provocam alterações nem quanto à titularidade nem quanto ao exercício do poder familiar (art. 1.632). Ainda diante destas situações, não há alterações no tocante aos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.579). Em caso de novas uniões dos pais, não deixarão de serem detentores do poder familiar (arts. 1.579, parágrafo único; 1.588 e 1.636).

O não cumprimento desses deveres pode levar à responsabilidade civil por abandono moral ou alguma outra pena, como a sua suspensão ou perda, cujo procedimento vem previsto nos arts. 155 a 163 do ECA. A demanda por indenização, nestes casos, não é bem aceita pelos doutrinadores,²⁷⁸ embora ressalte Izabel Cristina Arelhano que, caso seja possível, com a indenização, eliminar-se ou atenuar-se o dano psicológico advindo do abandono, é admissível sua imposição com o fito de custear o tratamento que seja necessário.²⁷⁹

A penalidade do art. 1.638, do Código Civil, que prevê a perda do poder familiar, no caso de reiterados abusos de autoridade, falta de deveres paterno-maternos, dilapidação dos bens dos filhos e prática de crimes punidos com mais de dois anos de prisão, deve ser vista com cuidado, já que pode afastar uma criança de seu direito fundamental à convivência familiar.

Há quem entenda que quando se responsabiliza o genitor que não está cumprindo com seus deveres para com os filhos, não se está penalizando a falta de amor ou afeto, mas o descumprimento de dever jurídico. É esta a posição, por exemplo, de Ana Carolina Brochado Teixeira que, ao comentar sobre os deveres dos pais advindos da autoridade parental, entende que “tais deveres, oriundos do Princípio da Solidariedade, independem do afeto, ou seja, eles existem independentemente de os filhos serem ou não desejados, amados e queridos por seus pais”.²⁸⁰ Posição semelhante é a adotada por Washington de Barros Monteiro, em sua obra atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva:

²⁷⁸ Nesse sentido: ROSA, Alexandre Morais da. *Cuidado e abandono afetivo: a equivocada tradução jurídica da dor*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16; ARELHANO, Izabel Cristina. *Idem*, p. 106.

²⁷⁹ ARELHANO, Izabel Cristina. *Idem*, p. 107.

²⁸⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Parto anônimo...*, p. 17.

Note-se que o fundamento dessa aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil não é a falta de amor ou de afeto, já que amar não é dever e receber afeto não é um direito. A fundamentação legal reside, outrossim, no descumprimento do dever jurídico do pai de ter o filho em sua companhia, que acarreta violação ao direito do filho de ser visitado pelo pai.²⁸¹

Mais adiante, baseado no art. 213 do ECA, afirma que “com o devido cuidado na apreciação do cabimento da medida e dos benefícios que dela podem advir ao menor, é possível a aplicação da pena de multa pelo descumprimento do dever do genitor de ter os filhos em sua companhia (...)”.²⁸² Questiona-se, contudo, esse posicionamento, tendo-se em vista que uma visita forçada, levada a efeito por receio de imposição de multa, por exemplo, pode ser mais prejudicial à criança do que a ausência de visitas.

Porém, ademais de deveres, tais atribuições podem também ser vistas como direito dos pais, e desse direito podem eles ser privados, excepcionalmente, e desde que a privação venha atender ao melhor interesse da criança.²⁸³ De nada vale privar a figura parental de seu direito se isso vier a causar algum prejuízo à figura do filho. Pode o poder familiar ser suspenso (cessação temporária do seu exercício) ou extinto (cessação definitiva do mesmo, provocada por causas naturais ou jurídicas, elencadas legalmente), ou podem os pais serem do mesmo destituídos (afastamento definitivo).

Outro ponto interessante a ser discutido quanto ao poder familiar é a possibilidade de seu exercício pelo pai afim, ou mãe afim, em famílias reconstituídas. Defende-se, aqui, a possibilidade de que isso ocorra, tendo em vista a proximidade trazida pela convivência e pela afetividade que pode crescer entre os membros das famílias reconstituídas, havendo, ainda, por parte das crianças, a posse do estado de filho. Porém, de acordo com o art. 1.636, do Código Civil, tal não seria possível, já que o citado artigo prevê que o pai ou mãe que passa a ter um novo relacionamento não perde o poder familiar dos filhos advindos de relação anterior, e os exercerá sem interferências do novo parceiro.²⁸⁴ Já o art. 91 do

²⁸¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Idem, p. 291-292.

²⁸² MONTEIRO, Washington de Barros. Idem, p. 292.

²⁸³ Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. Idem, p. 567-568.

²⁸⁴ “Art. 1.636. O pai ou mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do

Estatuto das Famílias (PL n. 2.285/07) prevê a colaboração do novo cônjuge ou companheiro ou parceiro no exercício do poder familiar.²⁸⁵

Com o alçar da criança e do adolescente ao patamar de sujeitos de direito, pode-se dizer que o poder familiar, para bem se realizar, deve ser exercido de forma dialógica, isto é, com participação ativa também da criança e do adolescente na tomada de decisões.

novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que se casarem ou estabelecerem união estável”.

²⁸⁵ “Art. 91 – Constituindo os pais nova entidade familiar os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental são exercidos com a colaboração do novo cônjuge ou convivente ou parceiro. Parágrafo único: Cada cônjuge, convivente ou parceiro deve colaborar de modo apropriado no exercício da autoridade parental, em relação aos filhos do outro, e de o representar quando as circunstâncias exigirem”.

4. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

Após realização de estudo teórico sobre o tema, passar-se-á à parte prática da pesquisa, com o estudo de alguns institutos, aos quais o melhor interesse é diuturnamente aplicado. Foram estudados a guarda (tanto como forma de colocação de menores em família substituta, bem como com a determinação de com qual dos pais os filhos ficarão em uma separação conjugal), tutela, adoção, parto anônimo, direito de visitas e alguns aspectos do direito à educação.

Foram colacionadas, também, decisões do TJSP, STJ e STF, para se ter uma amostragem de como esses temas vêm sendo decididos pelos Tribunais pátrios, com o uso do princípio do melhor interesse.

4.1. Colocação em família substituta

O direito à convivência familiar é um dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, necessário para que seja adimplido o seu melhor interesse. Vem prevista pelo Preâmbulo da Convenção dos Direitos da Criança.²⁸⁶ Assim, caso não seja possível a permanência da criança com sua família natural, tentativas são feitas para sua colocação em família substituta (art. 19, ECA), nas modalidades de guarda, tutela e adoção.

Pode ocorrer, porém, que não se encontre uma família substituta para a criança, ou que, até que seja colocada em família substituta, a criança necessite quedar-se institucionalizada. Esta medida de institucionalização é excepcional, e deve durar o mínimo de tempo possível. Olívia Marcelo Pinto de Oliveira ressalta que a situação de abrigo é duplamente prejudicial por afastar a criança de seu direito à convivência familiar e afetiva, bem como, a cada dia, afastá-la ainda mais da adoção, já que a preferência é pela adoção de bebês.²⁸⁷

²⁸⁶ “ (...) Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão (...).”

²⁸⁷ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Idem, p. 262.

Luiz Carlos de Barros Figueirêdo cita exemplos de situações que requerem a institucionalização de crianças e adolescentes: inexistência ou não localização de familiares, ambiente familiar inadequado, crianças vítimas de maus-tratos, exploração, negligência etc.²⁸⁸ Tânia da Silva Pereira e Lúcia Cristina Guimarães Deccache repetem alguns dos exemplos acima, e trazem outros, como carência material das famílias, ausência de rede de serviços públicos, como creche, pré-escolas, programas sociais que atendam em horário complementar à escola, violência e abuso sexual.²⁸⁹ Prevê o ECA que, em caso de institucionalização, o dirigente do local se equipara, para todos os efeitos legais, ao guardião.

Para que a institucionalização não se efetive, faz-se necessário um programa robusto de colocação em família substituta, para não se deixar de atender ao direito fundamental de convivência familiar.

4.1.1. Guarda e tutela

O instituto da guarda pode ser encontrado tanto no Código Civil quanto no ECA. Ambos os diplomas legislativos têm por objetivo a proteção da infância e fundam suas previsões no princípio do melhor interesse da criança. A diferença entre eles se dará quanto ao seu objetivo e quanto à competência processual. A guarda prevista pelo ECA é forma de colocação da criança em família substituta. Já a guarda do Código Civil tem por objetivo regulamentar em companhia de quem ficará a criança em caso de rompimento de algum tipo de união entre seus pais. Quanto à competência, será das Varas da Família quando se estiver disputando a custódia de criança e adolescente, seja por dissolução de algum tipo de união existente entre os pais biológicos, seja para sua simples regulamentação, em caso de pais solteiros, por exemplo. Já a competência restará na Vara da Infância e Juventude nos casos previstos no art. 148 do ECA, que remete ao art. 98, isto é, em casos em que, basicamente, direitos de crianças e adolescentes estejam sendo violados ou estejam sob ameaça de violação (casos de ação ou omissão da sociedade ou do Estado, conduta da própria criança ou casos de falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis). Essa regra de competência vale, também, para os casos de tutela.

²⁸⁸ FIGUEIRÊDO, Luiz Eduardo de Barros. *Promoção da convivência...*, p. 9.

²⁸⁹ PEREIRA, Tânia da Silva; DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. *Idem*, p. 153.

A guarda, apesar de ser um dos atributos do poder familiar, pode dele ser destacado. Assim, é possível atribuir-se a guarda a pessoa que não os pais, restando, ainda, com eles, o poder familiar. A guarda não pressupõe a suspensão ou destituição deste último, sendo com ele compatível.²⁹⁰ Tanto é que, mesmo estando a guarda com terceira pessoa, devem os pais prestar alimentos aos filhos.²⁹¹ O que a guarda faz é transferir para o guardião alguns dos deveres inerentes ao poder familiar.

Vinha prevista pelo art. 27 do Código Mello Mattos, e no art. 2º, parágrafo único, bem como no art. 17, II, do Código de Menores de 1979.

A guarda estatutária é utilizada para situações em que a criança não está sob os cuidados de seus genitores. Pode-se dizer que seu objetivo é regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente. Segundo Mário Romera, mesmo estando o guardião apenas na posse de fato da criança ou do adolescente, essa situação por si só é hábil a criar vínculo jurídico, que somente poderá ser quebrado por decisão judicial em benefício do menor.²⁹²

Está a guarda prevista no ECA no art. 33, na forma de colocação em família substituta, sendo que seu procedimento vem previsto nos arts. 165 a 170. O art. 33, §1º, prevê a guarda provisória como medida preparatória em processos de adoção e tutela. Esta modalidade de guarda se subdivide em liminar e incidental. Será liminar quando tiver por objetivo a regularização da posse de fato da criança, com vistas a uma medida futura mais definitiva. É incidental já dentro dos processos judiciais de tutela e adoção, para regularizar situação atual e criar uma vinculação jurídica, enquanto se aguarda a medida definitiva almejada no processo.

²⁹⁰ Nesse sentido: ROMERA, Mário. O instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente* – 1. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 31; FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. O instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente – questões controvertidas – guarda satisfativa e previdenciária. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente* – 1. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 36; PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança...*, p. 138.

²⁹¹ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *O instituto da guarda...*, p. 36. Tânia da Silva Pereira entende, ainda, que o dever de alimentos permanece mesmo em casos de suspensão ou perda do poder familiar (*Direito da criança...*, p. 139).

²⁹² ROMERA, Mário. *Idem*, p. 32.

O art. 33, §2º, primeira parte, trata da guarda autônoma, também chamada de permanente²⁹³ ou satisfativa,²⁹⁴ ou em caráter excepcional,²⁹⁵ para casos de falta eventual dos pais ou responsáveis, quando não foi possível atingir-se as modalidades adoção ou tutela, que são mais benéficas à criança, por serem mais definitivas. Nesse caso, o instituto é visto como um fim em si mesmo, usado para quando o guardião não pretende que a criança seja seu pupilo ou filho, embora deseje acolhê-lo e fazer para ele o papel de família substituta. A guarda autônoma é estimulada pelo art. 34, ECA.

Já o art. 33, §2º, segunda parte, trata da guarda com poderes de representação para a prática de alguns atos. Há quem a denomine de guarda peculiar.²⁹⁶

O procedimento de deferimento da guarda pode ser de jurisdição administrativa ou contraditória. A primeira delas ocorre em casos em que os pais da criança já forem falecidos, ou se encontrarem destituídos ou suspensos do poder familiar, ou tiverem concordado com o pedido. Será o procedimento contraditório quando houver discordância dos pais, ou quando implicar em suspensão ou destituição do poder familiar como pressuposto lógico de colocação em família substituta, nas modalidades de tutela e adoção.

A tutela, por sua vez, vem prevista nos arts. 36 a 38 do ECA e nos arts. 1.728 a 1.766 do Código Civil, e cabe em hipóteses de pais falecidos, desconhecidos, destituídos ou suspensos do poder familiar. Ana Maria Moreira Marchesan ressalta que, caso os pais sejam conhecidos, mas estejam em local ignorado, e ainda estejam investidos do poder familiar, a medida para a proteção de seu filho, a princípio, é a guarda, embora seja possível intentar-se ação de destituição do poder familiar tendo por base o abandono.²⁹⁷

Para deferimento da tutela, o Código Civil traz ordem entre os parentes, no art. 1.731. Esta ordem, porém, não é definitiva, podendo ser alterada se tal medida for a necessária para atendimento do melhor interesse da criança.²⁹⁸ O tutor pode ser removido

²⁹³ ROMERA, Mário. Idem. *Ibidem*; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Colocação em família substituta: aspectos controversos. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 13.

²⁹⁴ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *O instituto da guarda...*, p.44.

²⁹⁵ SIMAS, Ulisses Fialho. Idem, p. 617.

²⁹⁶ Nesse sentido: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Idem, p. 13.

²⁹⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Idem, p. 14.

²⁹⁸ Nesse sentido: MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Idem. *Ibidem*.

de seu encargo, em processo contencioso tratado pelos arts. 164, ECA e 1.194 a 1.198 do CPC.

4.1.2. Adoção

Também quando se trata de adoção, deve-se ter em conta que os princípios do melhor interesse e da afetividade são aplicados. Sempre que possível, deve a criança ser mantida em sua família de origem, ou em sua família extensa, formada por pessoas que com ela mantêm vínculos de parentesco. Porém, há situações em que essa situação não será possível, e a criança será encaminhada para algum abrigo, no aguardo de ser adotada e refazer seus vínculos familiares, ainda que com a família adotiva.

A adoção é figura vetusta nos ordenamentos jurídicos. Conforme noticia Wilson Donizeti Liberati, remonta ao ano 2.050 A.C., com o Código de Urnamu. Outros Códigos também a previam, como o de Eshnuma, do século XIX A.C., o de Lipit-Istar (1875-1865 A.C.) e o de Hamurábi (1728-1686 A.C.).²⁹⁹

O Código Civil tratava originalmente da adoção nos arts. 1.618 a 1.629, procedimento que era utilizado para adoção de maiores de dezoito anos. A Lei n. 12.010/09 revogou a maioria dos artigos, restando vigentes apenas os arts. 1.618 e 1.619. Já o ECA, alterado também pela Lei n. 12.010/09, trata do tema nos arts. 39 a 52-D e, com relação ao procedimento, nos arts. 165 a 170, que tratam da colocação em família substituta. Se o adotando contar com menos de dezoito anos, a competência para o processo de adoção será das Varas da Infância e da Juventude, de acordo com o art. 148, III, ECA.

A adoção pode ser vista sob dois pontos de vista: o dos adotantes e o dos adotados. Quanto aos adotantes, é possível observar que, a princípio, seu objetivo não é necessariamente auxiliar as crianças em situação de abandono, mas, antes, conseguir realizar seu projeto de parentalidade, tendo o filho que não conseguiram pelos meios

²⁹⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. Adoção internacional: verdades e mitos. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente* – 1. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 17.

biológicos.³⁰⁰ Já para a criança a ser adotada, a adoção é forma de adimplir seu melhor interesse, visto que passará a ter, na prática, todos os direitos a ela assegurados pela proteção integral. Assim, seu direito à convivência familiar, bem como o atendimento aos seus direitos básicos à saúde, educação, moradia, alimentação e, talvez mais importante, ao afeto e cuidados essenciais, serão assegurados.

Embora reste fácil entender a busca dos casais pela adoção quando não tem a oportunidade de terem seus filhos biológicos, também não se pode deferir uma adoção baseando-se apenas nesse desejo. Em primeiro lugar deve-se atender ao superior interesse da criança e, após, caso ainda reste espaço para tal, analisar-se demais objetivos porventura existentes.

Ao mudar-se de mentalidade e, buscando de fato o melhor interesse, todos os desejos de características físicas específicas ou idade da criança ficarão esquecidos. Afinal, é na busca pelo melhor interesse que se vê que o ideal da adoção é encontrar uma família para uma criança, e não uma criança com características específicas para uma família.³⁰¹ Esta também é a postura adotada pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária: “Não se trata mais de procurar ‘crianças’ para preencher o perfil desejado pelos pretendentes, mas sim de buscar famílias para crianças e adolescentes que se encontram privados da convivência familiar”.³⁰² Talvez o conceito do Cadastro Nacional de Adoção devesse ter paradigma invertido: ao invés de se cadastrar famílias para se encontrar uma criança para elas, dever-se-ia cadastrar a criança e partir em busca de uma família para ela.

Não há mais que se distinguir entre adoção simples e adoção plena. A primeira delas era a regida pelo Código Civil de 1916 e pelas modificações nele introduzidas pela Lei n. 3.133/57. Era definida, nas palavras de Elisa de Carvalho Laurindo Hasselmann, como o vínculo de filiação entre adotante e adotado, que poderia ser pessoa maior ou menor entre dezoito e vinte e um anos, sendo que a relação de parentesco não envolveria

³⁰⁰ Criticando esse objetivo da adoção: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *Idem*, p. 47.

³⁰¹ Nesse sentido: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *Idem*, p. 48; FIGUEIRÊDO, Luiz Eduardo de Barros. *Promoção da convivência...*, p. 9; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional...*, p. 27; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 69; SIMAS, Ulisses Fialho. *Idem*, p. 621.

³⁰² Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 73. Nesse sentido: LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional...*, p. 17.

os parentes do adotante, além de permanecer o vínculo do adotado com sua família natural.³⁰³ Além disso, o vínculo não era definitivo ou irrevogável.

A adoção plena surge com a Lei n. 4.655/65, embora ainda não trouxesse tal nomenclatura, referindo-se à legitimação adotiva. A nomenclatura ‘adoção plena’ adveio com a Lei n. 6.697/79, que não alterou substancialmente o quanto previsto pela Lei n. 4.655/65. Foi revogada pelo ECA, embora tenha sido mantida a denominação ‘adoção plena’. Por essa modalidade de adoção, o adotado passava a ser, de modo irrevogável e para todos os fins legais, filho do adotante, desvinculando-se totalmente dos seus parentes consanguíneos, com exceção dos impedimentos para o matrimônio.

Para que seja possível a adoção, um dos requisitos é o consentimento dos pais ou do tutor ou curador do adotando. Tal consentimento, que é dispensado no caso de serem os pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar, pode ser revogado até a publicação da sentença constitutiva da adoção, de acordo com o art. 1.621, §2º, do Código Civil. Porém, como bem ressalta o Enunciado 259 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, “a revogação do consentimento não impede, por si só, adoção, observado o melhor interesse do adotando”. Ademais, o Enunciado 110, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, aduz que “é inaplicável o §2º do art. 1.621 do novo Código Civil às adoções realizadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Caso o adotando tenha mais de doze anos, deve expressar sua concordância com o ato. Guilherme Calmon Nogueira da Gama vê nesse consentimento do adolescente uma forma de aplicação do princípio do melhor interesse. O respeito à sua vontade é importante “para fins de melhor preservar os seus interesses no desenvolvimento de sua personalidade”.³⁰⁴

Em concordando, haverá destituição do poder familiar dos parentes biológicos, ingressando o menor na família socioafetiva, transferindo-se a ela a titularidade do poder familiar. A concordância do adotando se faz necessária já que, ao ingressar na família do

³⁰³ HASSELMANN, Elisa de Carvalho Laurindo. Idem, p. 371.

³⁰⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Paternidade responsável...*, p. 936.

adotante, como filho, passará o adotando a ter direitos e obrigações, como prestar alimentos aos pais, caso necessário.

Para o deferimento da adoção, deverá o juiz levar em conta, além das condições materiais apresentadas pelos adotantes, sua real capacidade para acolher o adotado, que poderá ser auferida por intermédio dos laudos interdisciplinares que farão parte do processo.

E, mais importante que todas as regras objetivas para a concessão da adoção, o que deve ser observado, em última análise, é se a adoção está sendo efetivada em benefício do adotando (art. 43, ECA). Só assim se estará atendendo ao melhor interesse da criança.³⁰⁵

Um dos pontos que geram mais controvérsias na seara da adoção é a possibilidade de ser efetuada por pessoas solteiras. É a chamada adoção unilateral, que dará origem a uma família monoparental.

Apesar de, em uma família monoparental, a criança não ter contato físico com duas pessoas que exercerão a função materna e a função paterna, a princípio é melhor para a criança ter algum tipo de convivência familiar do que passar seus dias em um abrigo, por melhor que esteja sendo cuidada.³⁰⁶ Outro argumento favorável à adoção por pessoa solteira é o de que, do mesmo modo que mulheres solteiras podem vir a utilizar-se de inseminação artificial, originando família monoparental, também assim com relação à adoção. Ressalte-se que, no caso da inseminação artificial, as críticas poderiam ser mais severas, visto que, desde o nascimento, a criança teria apenas uma pessoa a adimplir as funções materna e paterna, o que poderia ser visto como uma perda para ela. Já a adoção por um solteiro pode ser vista como um ganho para a criança, que deixará uma situação de institucionalização passando para uma de convivência familiar.

A Lei n. 10.421/2002 acrescentou o art. 392-A e parágrafos na CLT, reconhecendo licença-maternidade para a mãe adotiva. Também acrescentou o art. 71-A na Lei n. 8.213/91, estendendo às mães adotivas o direito de receber o salário-maternidade.

³⁰⁵ Nesse sentido: BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. *Melhor interesse...*, p. 839; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 68-69.

³⁰⁶ Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 214.

Casos curiosos que podem ser discutidos, e decididos tendo por base o melhor interesse da criança, são aqueles em que a genitora entrega o filho, ainda em seus primeiros dias de vida, ou a uma família específica, ou à Vara da Infância, para fins de adoção. Caso se arrependa, e decida pleitear no Judiciário a reversão de sua decisão, pode ser que não venha a reaver o filho entregue. E isso porque, caso o processo se prolongue, há a chance de que a criança que foi entregue a uma família já esteja a ela totalmente adaptada e integrada, tendo sido desenvolvidos laços de afeto. Assim, em casos em que a paternidade socioafetiva já tenha se instalado, os interesses da criança prevalecerão sobre os da mãe biológica, e permanecerá ela com a família que a acolheu.

O art. 41 do ECA traz previsão de que, com a adoção, rompem-se todos os vínculos do adotado com sua família biológica. Tânia da Silva Pereira critica esta disposição, ponderando que, por vezes, quando crianças mais velhas são adotadas, elas já têm registro de um vínculo afetivo com sua família de origem. Assim, não seria contrário a seu interesse que fosse estabelecido um acordo de visitação com a família biológica.³⁰⁷

Interessante notar que a teoria francesa da perda de uma chance pode muito bem ser aplicada na seara da adoção. E isso porque a burocracia, quando se trata de adoção de criança institucionalizada, é tamanha que o tempo pode passar e a criança pode vir a perder sua chance de ser adotada. E isso porque a maioria dos adotantes prefere crianças pequenas, até mesmo bebês. Como bem ressalta Wilson Donizeti Liberati:

O processo burocrático vai cumprindo seu papel, com muita demora e muitos carimbos. Chega um dia em que a criança cresceu tanto que se tornou um adolescente. Ninguém percebeu a mudança. Conclusão: aquela criança poderia ter sido colocada numa família e ser criada num ambiente menos frio e menos insensível. Perdeu a oportunidade de ser adotada.³⁰⁸

É para se evitar situações deste tipo que Mariana Sant'Ana Miceli exorta que a prioridade absoluta deve ser exercida pelos adultos de forma responsável, já que "(...) as providências a realizar têm prazo (o da infância e o da adolescência) e modo (no melhor

³⁰⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *O Estatuto da Criança e do Adolescente...*, p. 123-124.

³⁰⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional...*, p. 20.

interesse da criança e do adolescente) determinados para atingirem sua finalidade a contento”³⁰⁹.

Uma discussão interessante que permeia o tema da adoção, e que pode exemplificar mais uma situação em que o melhor interesse da criança deve sempre prevalecer, é o caso de padrastos ou madrastas (pai afim e mãe afim) que querem adotar filho biológico de seu cônjuge ou companheiro. Nessa situação, caso esteja instalada a paternidade socioafetiva, é possível o deferimento do pedido, desde que haja consentimento do genitor que perderá essa condição. Ainda, caso o genitor tenha abandonado a criança, sendo a situação de abandono já consolidada, é dispensável seu consentimento, em prol do melhor interesse. Nesse sentido, pode ser mencionado Acórdão proferido pelo STJ, no REsp 1.207.185/MG,³¹⁰ cuja ementa tem a seguinte redação:

Adoção. Recurso especial. Menor que mora, desde o casamento de sua genitora com seu padrasto, em dezembro de 2000, com este. Paternidade socioafetiva. Moldura fática apurada pelas instâncias ordinárias demonstrando que o menor foi abandonado por seu pai biológico, cujo paradeiro é desconhecido. Aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

Este Acórdão cita outras decisões no mesmo sentido, todas do mesmo Tribunal: REsp 100.294/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 28.06.11 e SEC 259/HK, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 04.08.10.

4.1.2.1. Adoção por casal homoafetivo

Outro exemplo que envolve o melhor interesse da criança como alicerce de decisões judiciais está na possibilidade ou não de adoção por casais homoafetivos. Afinal, sempre que se fala em adoção, qualquer que seja ela, o que se deve levar em conta é o referido princípio. Especificamente quando se trata da parentalidade envolvendo a pessoa homossexual, Ana Carla Harmatiuk Matos destaca que, ao se referir ao direito de visita, guarda, tutela e adoção, os operadores do direito devem verificar o “(...) superior princípio

³⁰⁹ MICELI, Mariana Sant’Ana. Idem, p. 281.

³¹⁰ 4ª Turma, Rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. 11.10.11.

do Melhor Interesse da Criança (...).³¹¹ Nesse sentido também são as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que afirmam que “(...) a premissa da qual devemos partir, a fim de chegarmos a uma conclusão justa, é o *interesse existencial da criança ou do adolescente* que se pretende adotar”.³¹²

É possível traçar-se um paralelo entre a atual situação das uniões homoafetivas, que ainda não encontram amparo na legislação positiva, e a antiga problemática da união estável e de filhos havidos fora do casamento, em época não muito distante. Nestes dois últimos casos, o Judiciário foi pioneiro no reconhecimento dos direitos das pessoas envolvidas, embora também existissem decisões contraditórias, que levavam à insegurança, tratando a união estável como situação de prestação de serviços. E isso é o que se busca evitar no caso da adoção por casais homoafetivos.

Primeiramente, deve-se ressaltar que, devido ao novo paradigma da afetividade que permeia todo o ordenamento jurídico, faz-se mister utilizar a terminologia ‘casal homoafetivo’ ou, ainda, ‘família homoafetiva’ para casais formados por pessoas de mesmo sexo do que a antiga nomenclatura ‘casal homossexual’, que, ainda hoje, possui, por vezes, conteúdo discriminatório, do mesmo modo que possuía o termo ‘menores’. Apesar do quanto afirmado, mister se faz ressaltar posição de Alice de Souza Birchall, que prefere o uso do termo ‘homossexual’, para que não haja diferenças quanto à nomenclatura das uniões ‘heterossexuais’, nem que seja instituído algum preconceito com relação a estas últimas, já que “(...) apenas as uniões homossexuais adviriam do afeto (amor), enquanto as *heteros* seriam apenas *sexuais*”.³¹³ Já Maria Berenice Dias propõe nomenclatura diferenciada para ambas as modalidades de relação: “(...) melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais”.³¹⁴ Há ainda autores que se utilizam das expressões ‘homoeróticas’ ou ‘homoafins’.³¹⁵

³¹¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 11.

³¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Idem*, p. 508.

³¹³ BIRCHALL, Alice de Souza. União estável. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 86.

³¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Família...*, p. 137.

³¹⁵ Utilizam estas expressões: ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *Idem*, p. 103 e 111; FUGIE, Érika Harumi. *Idem*, p. 147 (embora também utilize outras expressões ao largo do texto).

Eduardo de Oliveira Leite faz uso da expressão “união de pessoas do mesmo sexo”, evitando falar em união homossexual.³¹⁶

Ademais, é a afetividade e o melhor interesse da criança que devem ser considerados quando se trata de adoção por casal homoafetivo.³¹⁷ Assim, se um casal apresenta os requisitos necessários para adotar, não pode ser sua preferência sexual motivo a impedi-la. Se a afetividade, o melhor interesse do menor e os requisitos legais se fizerem presentes, a adoção deve ser deferida, do mesmo modo que o seria caso se tratasse de casal heterossexual.

Conforme noticia Maria Berenice Dias, a Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer o direito de parceiros homoafetivos à adoção. Desde 1999 também se autorizou a adoção por um deles dos filhos biológicos do outro.³¹⁸ Érika Harumi Fugie noticia que na Holanda, em 12.09.2000, foi aprovada lei concedendo a possibilidade de casamento entre casais homossexuais, permitindo, ainda, que adotassem.³¹⁹

A discussão sobre a possibilidade ou não de adoção por casais homoafetivos no Brasil passava, basicamente, por dois pontos principais: a) em primeiro lugar, há o argumento jurídico de que somente poderia adotar conjuntamente quem fosse casado ou vivesse em união estável e, já que tanto o casamento quanto a união estável eram definidos como a união de duas pessoas de sexo diverso, parecia haver aqui obstáculo intransponível; b) outro argumento utilizado seria os problemas que os adotados enfrentariam por ter dois pais ou duas mães, e se isso acabaria, além de fazê-los sofrer preconceitos por não fazerem parte de uma família composta por casal heteroafetivo, afetando sua futura opção sexual, isto é, se, por conviverem com casal homoafetivo, apresentariam tendência à homoafetividade.

³¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 67.

³¹⁷ Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Família...*, p. 144.

³¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 68. Também trazem essa notícia: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Ação declaratória...*, p. 94.

³¹⁹ FUGIE, Érika Harumi. Idem, p. 137.

Analisando-se o primeiro argumento, vê-se que há que se fazer uma divisão tendo por marco a decisão do STF, ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, em cinco de maio de 2011.

Antes mesmo desta decisão, várias outras já haviam sido proferidas no sentido de se permitir a adoção por casais homoafetivos. Eram decisões que ensejavam uma adequação do direito à realidade, no sentido de promoção da família e preservação do melhor interesse da criança.

Afinal, o que sói ocorrer é que um dos parceiros adota a criança ou adolescente individualmente, mas, na realidade, ela acaba por conviver e ser cuidada por ambos os parceiros. Essa situação não atende ao melhor interesse da criança. Ocorrerá uma adoção singular ou unilateral, e a relação jurídica se estabelecerá somente entre a criança e um dos parceiros, tendo ela, com relação a este, direitos como de uso do nome, alimentos, direitos previdenciários e sucessórios, entre outros. Já com relação ao parceiro com quem também estará tendo contato diário e relação parental socioafetiva, bem como posse do estado de filho, não terá acesso a esses direitos.³²⁰

Na prática, os problemas que porventura poderiam vir a existir de preconceitos ou de influência na opção sexual continuarão existindo, já que haverá o contato com o parceiro do adotante. Maria Berenice Dias é precisa em sua afirmação: “(...) mesmo sendo adotada por um, a criança vai ter dois pais ou duas mães”.³²¹ Porém, todos os direitos que resultariam benéficos à criança serão impossibilitados quanto ao acesso e exercício. Assim, resta claro que esta não é uma solução que privilegia o melhor interesse da criança e que é melhor atendido seu interesse se a adoção for feita pelo casal homoafetivo, e não apenas por um dos membros do par.

Havia grande controvérsia sobre o tema, já que duas pessoas apenas podiam adotar conjuntamente se fossem casadas ou vivessem em união estável. Tecnicamente, com fundamento na Constituição Federal, apenas o relacionamento entre casais heterossexuais

³²⁰ Nesse sentido: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 17, 28 e 32; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 374.

³²¹ DIAS, Maria Berenice. *Família...*, p. 143.

poderia configurar união estável, o que levava à conclusão pela impossibilidade da adoção por casais homoafetivos.

José Luiz Gavião de Almeida entende que, “literalmente interpretada, a lei estabelece proibição (...)”,³²² embora traga notícias de que, ultimamente, haja várias sentenças que reconhecem o direito a essa modalidade de adoção.³²³ Segundo Miguel Reale, essa discussão pertence, na realidade, ao direito constitucional, já que a Constituição prevê como estável a união entre um homem e uma mulher. Com isso, para haver a união estável dos homossexuais, deveria haver uma mudança na Constituição.³²⁴

Esta conclusão técnica tinha dificuldades para resistir a uma pergunta: o que seria melhor para a criança, viver sem pais ou ser adotada por um casal homoafetivo?

Há dois patamares de discussão sobre o relacionamento homoafetivo. O primeiro patamar é saber se tal relacionamento pode ou não ser considerado como entidade familiar. O segundo passo seria entender o relacionamento como união estável, passível de conversão em casamento, ou vê-lo como entidade familiar própria, à qual se aplicariam, analogicamente, as normas da união estável enquanto não surgisse legislação a tratar com mais vagar sobre o tema.

Em tempo não muito distante, a união homoafetiva era considerada mera sociedade de fato e, quando de sua dissolução por separação ou morte, o processo tramitava na vara cível, local para discussão de dissolução de sociedades, e o direito a ela aplicado era o direito das obrigações, e não o direito de família. Acabava por ser aplicada a Súmula 380 do STF, editada em 1963, para regulamentação das consequências da dissolução da então chamada relação concubinária. Maria Berenice Dias, ao analisar esta aplicação, ressalta que, especialmente em casos de sucessão, poderia levar a enriquecimento ilícito de demais parentes, que não eram herdeiros necessários, mas que poderiam vir a receber o monte hereditário. A mesma autora noticia que, em 1998, o STJ, apesar de entender a existência

³²² ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 237.

³²³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Idem*. *Ibidem*.

³²⁴ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 14.

de sociedade de fato no relacionamento homoafetivo, assegurou ao parceiro a metade do patrimônio adquirido por esforço comum.³²⁵

Essa situação pela qual a união homoafetiva está atravessando é a mesma pela qual a união estável passou antes de ser vista constitucionalmente como entidade familiar. Era considerada mera sociedade de fato, e isso fazia com que fosse localizada no campo obrigacional, afastando a aplicação de importantes institutos jurídicos, mormente os relacionados ao direito da família e das sucessões.

Porém, o cenário narrado começou a se alterar paulatinamente, pelas mãos do Judiciário do Rio Grande do Sul quando, em 1999, passou a entender que cabia às varas da família a análise de questões envolvendo uniões homoafetivas. Em 2001, o mesmo Tribunal gaúcho passou a considerá-las entidades familiares, deferindo-se o direito de herança ao parceiro.³²⁶ Em 2006, conforme noticia Antônio Carlos Mathias Coltro, o mencionado Tribunal autorizou a adoção por casal homoafetivo, por considerá-lo família e por não haver estudos que tivessem o condão de demonstrar quaisquer inconvenientes para a criança a ser adotada.³²⁷

Um dos argumentos utilizados como óbice a se considerar a união homoafetiva como modalidade de família se encontra no art. 226, §§1º a 5º, da CF, já que, pela leitura desses parágrafos, pode-se chegar à conclusão de que são entidades familiares o casamento, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, e que a união estável é a união entre homem e mulher com o intuito de formar família. Érika Harumi Fugie entende que o art. 226, §3º, que exige diversidade de sexos para a união estável, deve ser analisado com cautela, entendendo que os preceitos constitucionais exigem interpretação adequada à realidade. Tendo em vista que a interpretação constitucional deve ser feita em face da dignidade da pessoa humana, prevista no preâmbulo da Constituição, bem como em seu art. 1º, III, e do princípio da

³²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 205. O acórdão mencionado é o REsp 148.897-MG, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.02.1998.

³²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 205. Os Acórdãos mencionados são, respectivamente: TJRS, AI 599 075 496, 8ª Câm. Cível, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999 e TJRS, AC 70001388982, 7ª Câm. Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14.03.2001. Estes Acórdãos também são mencionados por Diogo de Calasans Melo Andrade (Idem, p. 105) e o segundo é mencionado por Ana Carla Harmatiuk Matos (*Ação declaratória...*, p. 93).

³²⁷ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Idem, p. 50. O Acórdão mencionado é: TJRS, Ap. Cível n. 70013801592, 7ª Câm. Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006.

igualdade, previsto nos arts. 3º, IV e 7º, XXX, conclui ela que as parcerias homossexuais devem ter o mesmo tratamento dado às heterossexuais.³²⁸ Afirma que o “(...) postulado da dignidade da pessoa humana tem força suficiente para não retirar a eficácia que a norma do art. 226, §3º, da Constituição Federal, à primeira vista, parece excluir”.³²⁹

Além disso, conforme já estudado no item 3.1 (Do vínculo biológico ao vínculo afetivo), o art. 226 da Constituição Federal deve ser visto como artigo de inclusão, não deixando de fora de sua proteção qualquer tipo de família. Também o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária é abrangente e entende que as famílias podem ter diferentes conformações. Com isso, é possível concluir-se que as relações homoafetivas estão, portanto, incluídas como família. Ainda, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) estende seu conceito de entidade familiar às uniões homoafetivas, ao discorrer, em seu art. 5º, sobre a violência doméstica e familiar, e mencionar, no inciso III, “qualquer relação íntima de afeto”, bem como, no parágrafo único, deixar claro que “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Muitas decisões, nas mais variadas áreas, entendiam a união homoafetiva como família. Exemplos são citados por Maria Berenice Dias,³³⁰ como uma decisão da Justiça Eleitoral, entendendo que, como a união homoafetiva é considerada família, sobre ela recaem as regras da inelegibilidade,³³¹ e outra do STJ, admitindo a inclusão de companheiro como dependente em plano de saúde.³³² O próprio STF, na ADIn 3300 MC/DF, reconheceu, por voto do Ministro Relator Celso Mello, que a união homoafetiva era passível de gerar direitos e, de modo analógico à união estável, permitia a inclusão de companheiro dependente em plano de saúde.³³³

³²⁸ FUGIE, Érika Harumi. Idem, p. 139 e 142.

³²⁹ FUGIE, Érika Harumi. Idem, p. 147.

³³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 206 a 208.

³³¹ TSE, REsp Eleitoral n. 24564, publicado em 01.10.2004, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

³³² REsp 238.715-RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 07.03.2006 (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Ação declaratória...*, p. 93).

³³³ ADIn 3300 MC/DF, Rel. Min. Celso Mello, j. 03.02.2006, citado por Ana Carla Harmatiuk Matos (*Ação declaratória...*, p. 93).

Maria Berenice Dias é, e com razão, ferrenha defensora de se entender a união homoafetiva como família.³³⁴ Para ela, em nenhum momento a legislação proibiu a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. A exigência de diversidade de sexos é postura discriminatória vedada pelo princípio da igualdade. A Constituição e a legislação ordinária, ao tratarem do casamento, não fazem referência ao sexo dos nubentes, levando à conclusão de que não há impedimento para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Quando o art. 1.514, do Código Civil, diz que homem e mulher assumem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos com a família, quer dizer que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, “e não que necessariamente tenham de estar casados com pessoas do sexo oposto”.³³⁵ Assim, se presentes os requisitos de vida em comum, coabitação e laços afetivos, não se pode deixar de reconhecer às uniões homoafetivas a característica de entidade familiar.

Após a recente decisão do STF, ao julgar a ADPF 132 e a ADI 4277, considerando uma união homoafetiva como entidade familiar, aplicáveis a ela as regras das uniões estáveis, essa discussão perdeu peso. Maria Berenice Dias dá uma interpretação mais extensiva à decisão do STF, entendendo que “(...) acabou o STF reconhecendo as uniões de pessoas do mesmo sexo como união estável”,³³⁶ embora, em outras ocasiões, entenda que as uniões homoafetivas não são uniões estáveis, mas entidades familiares equiparadas a elas, sendo aplicadas a ambas, portanto, as mesmas regras.³³⁷ Já Érika Harumi Fugie entende não haver obstáculos para que o conceito de união estável seja estendido às relações homossexuais.³³⁸

Contribuí com a discussão Alice de Souza Birchall. Para ela, apesar de a união homoafetiva ser uma família, ela não pode ser considerada união estável, visto que os sujeitos de uma união estável são um homem e uma mulher, e este critério é objetivo. Assim, a união homoafetiva não seria uma união estável, mas uma sociedade de fato, à

³³⁴ Também nesse sentido: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *Idem*, p. 75; BIRCHALL, Alice de Souza. *Idem*, p. 91; FUGIE, Érika Harumi. *Idem*, p. 134.

³³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 133 e 154.

³³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 273. O próprio site do STF, ao dar notícia do julgamento, em 05.05.2011, utiliza esse entendimento, proclamando que os Ministros “(...) reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo” (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&caixaBusca=N> – acesso em 27.09.2013). Com essa mesma interpretação: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Idem*, p. 36.

³³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Família...*, p. 139. Também: *Manual...*, p. 48.

³³⁸ FUGIE, Érika Harumi. *Idem*, p. 135.

qual se aplicariam as regras da união estável. Defende ela que sua posição não é preconceituosa, já que comparar-se uma união de fato a uma união estável não transforma aquela nesta última. O mesmo se dá com a equiparação de união estável a casamento, que não faz com que a primeira seja um casamento.³³⁹ Nesse sentido também se posiciona Paulo Luiz Netto Lôbo, que entende que a união homoafetiva, apesar de ser entidade familiar, se recoberta pelos requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, não é equiparável à união estável, que é aquela constituída por homem e mulher (art. 226, §3º, CF).³⁴⁰

Álvaro Villaça Azevedo, diante da decisão do STF, alterou sua posição quanto à união homoafetiva. Anteriormente, era por ele considerada sociedade de fato, sendo que, atualmente, a vê como entidade familiar. Argumenta que o jurista não pode fugir à realidade e que os núcleos familiares homossexuais merecem respeito da sociedade. Porém, a entende não como união estável, mas como instituto jurídico autônomo, dentro do contexto exemplificativo do art. 226, CF. Aplicar-se-ão a ela, analogamente, os beneplácitos conferidos à união estável. É esta a posição adotada por esta pesquisa.

Sugere ele, ainda, que, caso o Poder Legislativo decida admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja seguido o direito português, que alterou o Código Civil, acrescentando ao lado das expressões ‘homem e mulher’ a expressão ‘cônjuges e companheiros’. Assim, a redação do art. 1.151 do CC brasileiro teria a seguinte redação: “O casamento ‘Civil’ estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges ‘e dos companheiros’”. Já o art. 1.514 traria que “O casamento civil realiza-se no momento em que ‘duas pessoas’ manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz ‘as’ declara ‘casadas’”.³⁴¹

Diogo de Calasans Melo Andrade também compartilha do pensamento de que a entidade homoafetiva é uma relação familiar e pode ser vista como união estável, por atender os requisitos da publicidade, continuidade e durabilidade, porém não aquela prevista constitucionalmente, que exige a presença de um homem e de uma mulher. Apesar

³³⁹ BIRCHAL, Alice de Souza. *Idem*, p. 91.

³⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares...*, p. 53-54.

³⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 203-206.

disso, entende que as famílias homoafetivas devem ser equiparadas à união estável, sendo estendidos às primeiras os mesmos efeitos jurídicos da união estável constitucional.³⁴²

Já Ana Carla Harmatiuk Matos, ao analisar o art. 226, §3º, CF, conclui que o mesmo não proibiu que se considerasse a união homoafetiva como união estável: ele apenas silenciou sobre o fato, e “Descabe extrair desse silêncio legislativo uma interpretação restritiva, porque contrária aos postulados fincados na Constituição Federal”.³⁴³ Segundo ela, caso o legislador constituinte quisesse proibir o reconhecimento da união homoafetiva como união estável, o teria feito expressamente.³⁴⁴ Com isso, diante do silêncio normativo, deve haver integração do direito a partir dos direitos fundamentais constitucionais.³⁴⁵

Com a decisão do STF, é possível, atualmente, deparar-se com decisões convertendo uniões homoafetivas, que gozam do *status* de união estável, em casamento. Também é possível encontrar-se proclamas de casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar disso, ponto ainda controvertido é a possibilidade de adoção pela dupla homoafetiva. Ressalte-se que a adoção por um indivíduo homossexual é permitida, desde que passe pelo processo de habilitação e por toda a avaliação interdisciplinar necessária. Aqui, o que se deve indagar é se, devido à correspondência com a união estável, está automaticamente assegurado o direito à adoção pela união homoafetiva.

Há autores, porém, que se posicionam de forma contrária a este tipo de adoção. Entre eles, destacam-se Eduardo de Oliveira Leite, que entende que

(...) entre o direito das crianças, de terem pai e mãe, e a eventual pretensão do casal homossexual, em adotar, o legislador não vacilou e priorizou aquele direito, em detrimento deste (...). Repita-se à exaustão: tanto o texto constitucional, quanto o infra-constitucional são suficientemente claros a afastar qualquer tentativa de interpretação

³⁴² ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. *Idem*, p. 102 e 112.

³⁴³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Ação declaratória...*, p. 86.

³⁴⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Ação declaratória...Ibidem*.

³⁴⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Ação declaratória...*, p. 96.

extensiva: no Brasil (...) inexistente a possibilidade de adoção por homossexuais.³⁴⁶

E isso porque duas pessoas somente podem adotar em conjunto se casadas ou conviventes em união estável, e a legislação brasileira exige diversidade de sexos para conformar essas situações de conjugalidade. Para ele, todos os argumentos apresentados a favor da adoção por casal de mesmo sexo (como, por exemplo, o ganho de um lar e segurança para a criança, que é melhor do que ficar institucionalizada) o são tendo em vista a visão adultocêntrica do mundo, o que acaba por comprometer o interesse da criança e seu direito à convivência familiar. Aparentemente, o que o leva a defender essa posição é a falta da oitiva da criança em processos envolvendo o direito de família no Brasil.³⁴⁷ Defende ele que o melhor interesse da criança e seu direito à convivência familiar restarão atendidos se ela for criada dentro de relação triangular, composta por pai, mãe e filho. Mesmo a adoção levada a cabo por viúvo ou viúva, mas cujo procedimento houvera se iniciado na constância da sociedade conjugal, reafirma a necessidade da relação triangular.³⁴⁸ No caso de adoção por solteiros, o legislador a permite por medida de política governamental que, embora comprometa a coerência legislativa, é “(...) justificável pela irresistível intenção do legislador em favorecer ao máximo o aumento das adoções no Brasil, com vistas a contornar o problema do menor abandonado, que o Estado brasileiro não conseguiu resolver” e, assim, não estaria a adoção proibida para homossexuais que fossem adotar individualmente. Continua ele afirmando que a adoção por solteiros é meio de “abrandar o sofrimento decorrente da solidão ou do abandono”, embora continue afirmando que essa licença legislativa comprometeu o interesse da criança, que tem direito à figura masculina e feminina.³⁴⁹ Com a devida vênia, não se concorda com a posição apresentada acima. A uma, porque a relação triangular é situação idealizada, não consentânea, necessariamente, com a realidade que enfrentamos diariamente. Ademais, em adoções deferidas a solteiros, viúvos ou casais separados, mas nos quais o estágio de convivência tenha se iniciado durante a relação conjugal, a triangulação estará prejudicada e ainda assim essas situações ocorrem amplamente. Ainda, se o que há é uma opção por essas modalidades de adoção, feita por política legislativa, nada impede que haja nova atuação da política legislativa admitindo adoção por casal homoafetivo.

³⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 83.

³⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 69.

³⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 74 e 77.

³⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 87.

Também Maria Helena Diniz se posiciona de forma contrária a essa modalidade de adoção, afirmando que se alguém for adotado por duas pessoas que não sejam marido e mulher nem conviventes, é como se houvesse duas adoções em sequência, sendo que a primeira seria considerada válida, restando a segunda nula. E isso porque “(...) caso contrário ter-se-ia a situação absurda de um indivíduo com dois pais ou duas mães”.³⁵⁰

Outros autores se mostram favoráveis, porém com cautelas. Maria Cristina Rauch Baranoski, por exemplo, entende que tal não é automático, afirmando que “(...) a decisão não vincula todos os direitos da união heterossexual, como a adoção de crianças e adolescentes, por exemplo”.³⁵¹ Mais adiante, porém, a autora parece entender tal direito como automático: “A possibilidade do reconhecimento das pessoas em união homoafetiva com a qualidade de entidade familiar implica no reconhecimento do direito desses de requerer, em conjunto, a adoção de crianças e adolescentes”.³⁵² Conclui ela afirmando que é para se atender os interesses de crianças e adolescentes que deve ser ampliado o leque de famílias que podem adotar, incluindo nelas as famílias homoafetivas.³⁵³

O PL n. 2.285/2007, que trata sobre o Estatuto das Famílias, prevê em seu Capítulo IV, no art. 68 e seguintes, o reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar, prevendo, ainda, rol exemplificativo de direitos assegurados a ela, expressamente o direito de adoção no inciso II do parágrafo único. Na exposição de motivos deste Projeto, apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, e com comissão elaboradora composta pelos Professores Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin, fica claro que o art. 226, da CF, é um artigo de inclusão, significando que, sob seu manto, estão abrigadas todas as possíveis formas de família que existem de fato, ainda que não sejam a tradicional sociedade matrimonial. Afinal, é o direito que deve perseguir as transformações sociais, adequando-se a elas, e não são elas que devem se adequar à rigidez e frieza da norma posta.

³⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. Idem, p. 525.

³⁵¹ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 69.

³⁵² BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 131.

³⁵³ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 153-154.

Na verdade, o que parece que deveria ser a discussão é se o melhor interesse da criança será atendido se for adotada por um casal homoafetivo. Antes de se concluir sobre o tema, passa-se à análise do outro argumento muitas vezes utilizado para não se permitir a adoção por casal homoafetivo.

O segundo argumento que deve ser analisado é quanto ao possível prejuízo que se criaria nas crianças adotadas por casais homoafetivos, no tocante à sua opção sexual. Muitos entendem que a criança provavelmente viria a sofrer distúrbios psicológicos por não ter um modelo de família com figura materna e paterna na qual construir seus modelos de relacionamento. Outros se preocupam com possíveis preconceitos que essas crianças poderiam vir a enfrentar na escola, por exemplo.³⁵⁴ Porém, sempre há que se indagar se seria melhor que uma criança tivesse uma família, ainda que não nos moldes tradicionais, mas que com ela tivesse fortes vínculos afetivos, do que ficar exposta às ruas ou à institucionalização. Eduardo de Oliveira Leite refuta este argumento entendendo que a criança necessita das figuras materna e paterna; a convivência familiar pugnada pela Constituição se refere a casais de sexo distinto entre si; não se deve tentar curar um mal com outro: “o problema do menor abandonado é de ordem pública e pelo Estado deve ser resolvido, sem que se descarte a problemática sobre os casais homossexuais”.³⁵⁵

Não há estudos conclusivos que permitam afirmar que a criança se veria psicologicamente afetada com a convivência, ou que teria sua opção sexual influenciada pela situação.³⁵⁶ Eduardo de Oliveira Leite utiliza essa falta de conclusão como outro argumento para não ser possível deferir-se a adoção a casais de mesmo sexo. Segundo ele, deve-se tomar posição cautelosa, já que não se sabe os efeitos que a situação poderia ocasionar a crianças e adolescentes.³⁵⁷ Mas, até então, como resta a situação desses menores? Se o Estado fracassa em suas políticas públicas voltadas à infância institucionalizada, devem atuar a família e a sociedade. Afinal, a responsabilidade pela infância é tripartida. O direito deve acompanhar a realidade, que se impõe.

³⁵⁴ Nota-se que, antigamente, filhos de pais divorciados também eram alvos de preconceito.

³⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 102.

³⁵⁶ Provavelmente, a grande maioria das pessoas com opção homossexual foi criada em famílias heterossexuais. Vê-se, assim, que não é possível fazer uma generalização.

³⁵⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 91.

Vale lembrar afirmação de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sobre o tema: “Não há, portanto, um determinismo psicológico, sociológico, enfim, científico, que permita chegar-se a tal conclusão”.³⁵⁸ O que deve haver é a análise, no caso concreto, se há real indício de algum prejuízo ao adotando.³⁵⁹ Maria Berenice Dias concorda com a posição acima, ressaltando que “(...) estudos realizados a longo tempo mostram que essas crenças são falsas. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos”.³⁶⁰ Ressalta Ana Carla Harmatiuk Matos que não é possível afastar, de antemão, a ocorrência de algum problema com relação a esse tipo de adoção, mas “(...) crê-se que mesmo assim melhor estará a criança se vinculada a um ambiente familiar do que nas casas de abrigos para crianças abandonadas”.³⁶¹

A adoção por casal homoafetivo deve ser permitida, por ser uma adoção como outra qualquer, sendo que o que deve ser levado em conta é o preparo que os futuros pais têm para a adoção, do mesmo modo que se analisa qualquer casal heterossexual que esteja interessado em adotar. Muitos autores são favoráveis à adoção por famílias homoafetivas, desde que elas preencham os requisitos legais para tal, ressaltando-se que a diversidade sexual não se encontra entre eles. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, por exemplo, afirmam que “(...) é a cuidadosa análise do caso concreto que dirá se a adoção é medida aconselhável, e não a idéia preconcebida de que o núcleo homoafetivo, por si só, traduziria algum risco ao menor”.³⁶² Também assim se posiciona Ana Carla Harmatiuk Matos: “O que deve importar são as características pessoais dos pais (ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigidas pelo universo da paternidade e maternidade”.³⁶³³⁶⁴

Conforme afirmado quando da discussão sobre a adoção e o melhor interesse da criança, o paradigma deve ser alterado, tentando-se buscar uma família para a criança (e

³⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Idem, p. 509.

³⁵⁹ Nesse sentido: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 16.

³⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *Família...*, p. 144.

³⁶¹ Nesse sentido: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 30.

³⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Idem, p. 510.

³⁶³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 20-21.

³⁶⁴ Também são favoráveis à adoção por casal homoafetivo: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 49; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 29; ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Idem, p. 116-117; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Idem, p. 36; SILVA JÚNIO, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 155.

não uma criança para uma família). E, aparentemente, os casais homoafetivos parecem atender melhor essa alteração. Afinal, não fazem eles tantas exigências quanto os casais heteroafetivos na escolha da criança alvo da adoção. Quando autorizados, acabam por adotar crianças que normalmente são rejeitadas por casais heteroafetivos, como as mais velhas, não brancas e, por vezes, grupos de irmãos.

Outro ponto importante a ser levado em consideração é a necessidade que uma criança tem de alguém que exerça as funções materna e paterna, não sendo necessário seu exercício por uma mulher e por um homem respectivamente. É exatamente isso que acontece nas famílias monoparentais: ou o homem, ou a mulher, assumirão as funções maternas e paternas na família. Assim, um casal homoafetivo masculino pode vir a exercer, com sucesso, as funções maternas e paternas, podendo o mesmo ocorrer com um casal homossexual feminino. Maria Cristina Rauch Baranoski compartilha desse entendimento, afirmando que

(...) ao adotar-se o conceito de parentalidade, o paradigma de que somente o homem é o pai e a mulher é a mãe fica destruído, porque as funções de pai e de mãe podem ser realizadas por qualquer pessoa que esteja desenvolvendo o papel de cuidar da criança. (...) ³⁶⁵ Com a parentalidade, a noção de paternidade enquanto função é ampliada para ser exercida não só pelo pai, mas também por outras pessoas. ³⁶⁶

Talvez uma observação que seja pertinente de se fazer, tratando da questão psicológica que poderia vir a afetar os filhos de famílias homoafetivas, é a que diz respeito ao direito à procriação. O direito à procriação pode ser visto como direito fundamental, ³⁶⁷ e expressão da liberdade e dignidade humana. Assim, um casal heteroafetivo pode, livremente, exercer esse direito. Para esses casais, não há qualquer tipo de aconselhamento sobre suas futuras responsabilidades como pais. Eles não passam por qualquer avaliação para determinar se estão aptos ou não para a função maternal e paterna. Como resultado, é grande e crescente o número de famílias monoparentais, ou de crianças que acabam por ficar sob a guarda de terceiras pessoas que não seus genitores.

³⁶⁵ Nesse sentido: ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Idem, p. 115.

³⁶⁶ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 99-100. A autora entende que a divisão de “mãe, função cuidadora e pai, função normatizadora” é viés construído socialmente, tendo-se em vista a cultura e os valores vigentes no momento (p. 134).

³⁶⁷ Nesse sentido: BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. Idem, p. 58.

Ora, também essas crianças podem vir a sofrer abalos psíquicos. Também essas crianças podem vir a crescer em lares formados por apenas um dos pais, e será dele a responsabilidade de exercício de ambas as funções paterna e materna. E nem por isso os casais heteroafetivos são desencorajados de levar a termo seu projeto parental.

Retoma-se aqui a situação em que, por não ser possível a adoção conjunta, um dos conviventes da relação homoafetiva adota em nome próprio, singularmente e, na prática, a criança estará convivendo com um casal homoafetivo. O mesmo se diga em casos em que a criança nasceu em um lar heterossexual que se desfez, formando o genitor detentor da guarda novo relacionamento com pessoa do mesmo sexo. Também aqui haverá a convivência com um casal homoafetivo. Outra hipótese que se pode vislumbrar é a do casal homoafetivo valer-se de técnicas de reprodução assistida para realização do projeto de parentalidade. É comum que em casal feminino, uma das mulheres forneça o material genético e a outra leve a termo a gestação. Em casais masculinos, ambos fornecem material genético, não se sabendo, de fato, quem fecundou óvulo captado de banco de doação, e a gestação é levada a termo por gestação substituta.

Um argumento que também poderia ser usado em prol do reconhecimento de direitos de filhos de famílias homoafetivas, embora não tenha havido adoção formal, é o da filiação socioafetiva. Do mesmo modo que ocorre com casais heterossexuais que se desfazem, vindo o genitor detentor da guarda a se relacionar novamente, fazendo que, com a convivência diária, possa ser criada relação socioafetiva entre o novo parceiro do cônjuge e o filho biológico deste, o mesmo pode vir a ocorrer com casal homoafetivo. Alguém que teve um prévio relacionamento heterossexual, do qual adveio filho e, quando do rompimento, fica com a guarda do mesmo, pode vir a se relacionar com alguém do mesmo sexo, podendo vir a ser criada entre o filho e o parceiro homossexual uma relação de parentalidade socioafetiva e de posse do estado de filho. Se para os casos heterossexuais de parentalidade socioafetiva e posse do estado de filho direitos são reconhecidos às crianças, também assim deve ocorrer em caso de parentalidade socioafetiva em relacionamento homossexual, podendo ser reconhecidos direitos à criança sob o argumento de posse do estado de filho.

Interessante é se destacar que o ECA prevê o direito à convivência familiar como direito fundamental da criança, bem como caracteriza o acolhimento institucional como excepcional e provisório. Também assim o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária que explicita, especificamente, que “O papel essencial desempenhado pela família e pelo contexto sócio-comunitário no crescimento e formação dos indivíduos justifica plenamente o reconhecimento da convivência familiar e comunitária como um direito fundamental da criança e do adolescente”.³⁶⁸ Em vista disso, outro argumento que pode ser usado em prol da adoção a ser deferida a casal homoafetivo é de se estar privilegiando esse direito da criança. Pode-se analisar todo o problema por outro prisma, privilegiando-se não necessariamente o direito do casal homoafetivo à adoção, mas o direito da criança de viver em uma família. Maria Cristina Rauch Baranoski ressalta que, enquanto institucionalizadas, crianças e adolescentes têm desrespeitado seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária.³⁶⁹ E desse direito, há a efetivação de outros direitos infanto-juvenis igualmente importantes, como saúde, educação, lazer e cultura, bem como afeto e cuidado.³⁷⁰

Em 2001, Roberto Jefferson apresentou o PL n. 5.252/2001, que tinha por objetivo, entre outros, permitir a adoção de crianças por homossexuais. Tal Projeto foi arquivado em trinta e um de janeiro de 2007.

A Lei n. 12.010/09 (Lei Nacional da Adoção), quando ainda projeto de lei (PL n. 6.222/05) previa, em seu art. 19, a alteração da Lei de Registros Públicos, que passaria a tratar do registro civil da adoção por casais homoafetivos. Tal disposição, porém, restou vetada por iniciativa de proposta do deputado João Matos.

Outros Projetos de Lei há, como o PL n. 1.151/95, tratando da união civil entre pessoas do mesmo sexo, proposta por Marta Suplicy, do PT/SP, e o PL n. 4.508/08, do deputado federal Olavo Calheiros, que veda expressamente a adoção por homossexuais.

³⁶⁸ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 26.

³⁶⁹ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *Idem*, p. 108.

³⁷⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e...*, p. 20 e 29. Diogo de Calasans Melo Andrade discorda desse argumento por entendê-lo fundado em construção econômica, quando o que deve prevalecer é a afetividade e as assistências moral e intelectual que o adotado deve receber do adotante. (*Idem*, p. 118-119).

Já que não há estudos conclusivos sobre a prejudicialidade da convivência homossexual para crianças e adolescentes, e a institucionalização é problema atual e premente, a adoção por casal homoafetivo parece ser a solução mais viável para se atender, de forma imediata, o melhor interesse da criança.

O tema da adoção homoafetiva tem batido à porta dos tribunais. No TJSP, por exemplo, destaca-se a decisão exarada na Ap. 0004884-79.2011.8.26.0457,³⁷¹ que foi interposta por duas mulheres conviventes em união homoafetiva, tendo em vista sentença de primeiro grau que havia deferido seu requerimento de inscrição em cadastro de adotantes, mas que vedou a adoção de criança do sexo masculino, por entender que a adoção de menino por mulheres em união homoafetiva não se mostraria adequada, já que a presença paterna seria essencial para a formação da personalidade da criança. De acordo com a Ementa,

(...) Estado que tem o dever de proteger a criança e o adolescente, não podendo, assim, restringir a adoção por pares homoafetivos, que comprovadamente possuam convivência familiar estável – Tramitação idêntica do processo de adoção requerido por pessoa heterossexual deve ter aquele solicitado por homossexual – (...) Obstáculo que é vedado por disposição constitucional (artigo 5º) e representa prejuízo ao melhor interesse das crianças e adolescentes (...).

O Acórdão entendeu que a opção sexual das apelantes não deveria ser considerada para a resolução da questão. Ainda, que a adoção é medida protetiva das crianças, e não deve encontrar obstáculos além dos impostos legalmente. Assim, “(...) obstar o acesso à criança constante do cadastro de adoção, por ser do sexo masculino, pode tolher seu direito de encontrar rápida guarida em família saudável, com pena de prejuízo a seu melhor interesse”. Continuou a Relatora entendendo não haver amparo legal nem técnico-científico que aponte risco de criação de criança do sexo masculino por duas mulheres e, em sendo adotada, a criança teria atendidos seus interesses, com sua inserção em um lar com amor e afeto, essenciais a seu pleno desenvolvimento. Com isso, foi dado provimento ao recurso.

³⁷¹ Câm. Especial, Rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 23.07.12.

No mesmo sentido, destacam-se, ainda, os seguintes julgados, ressaltando-se que há mais no TJSP, mas que não são divulgados por sigilo: Ap. 9000004-19.2011.8.26.0576, Câ. Especial, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 27.02.12 e Ap. 9000003-34.2011.8.26.0576, Câ. Especial, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 30.01.12.

Acórdão paradigmático que pode ser mencionado é o REsp 889.852 (4ª Turma, julgado em 27.04.2010), prolatado pelo STJ, no qual o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, discorre sobre a adoção por casal homoafetivo, entendendo que “é imprescindível a prevalência dos interesse dos menores sobre quaisquer outros”. Tratava-se de caso em que a requerente queria adotar os filhos de sua companheira, que já os havia adotado previamente. Havia nos autos relatório de assistente social favorável ao pedido. Na realidade fática, havia situação socioafetiva já consolidada entre a requerente e os filhos de sua companheira. Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente. Foi interposta apelação pelo Ministério Público, e o Acórdão de segundo grau manteve a decisão, aduzindo que: “(...) Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores (...)”. O Ministério Público interpôs Recurso Especial.

Já na Ementa do Recurso Especial fica clara a tônica da decisão:

Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da Lei 12.010/09 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deferimento da medida.

No julgamento, foram ressaltados os fatos de haver relação socioafetiva entre a requerente e as crianças, bem como que os estudos científicos apresentados não demonstravam haver prejuízos para elas nessa modalidade de adoção, sejam de ordem material (sucessão e pensão, por exemplo) quanto de ordem ética e moral.

Segundo o Ministro Relator, “a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si”. Mais adiante, afirma que “se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe”³⁷².³⁷³ Assim, segundo ele, o Judiciário não poderia ignorar a realidade fática, que mostrava que ambas as mulheres eram chamadas de mãe, eram responsáveis pela criação e educação das duas crianças e não havia qualquer prejuízo para as mesmas.

Algumas outras decisões desse Tribunal podem ser citadas, embora não sejam muitas, devido à não divulgação de decisões por sigilo: REsp 1.281.093/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 18.12.12; SE 4.525-US, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 25.07.10.

A pesquisa realizada junto ao STF não retornou resultados com o tema.

4.1.2.2. Adoção à brasileira

Nesta modalidade de adoção, o adotante, na verdade, se declara genitor biológico da criança, não o sendo na realidade. Haveria, assim, não uma adoção propriamente dita, mas uma declaração ao registro civil de que aquela criança é seu filho biológico, mesmo não o sendo. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo esta modalidade de adoção configura posse do estado de filho.³⁷⁴

Também pode ocorrer caso em que uma mulher casada engravida de pessoa que não seu marido, e não lhe revela a verdade. Quando do nascimento da criança, o marido registra o filho como seu, não sabendo que não o é.

³⁷² Antônio Carlos Mathias Coltro entende que a partir deste julgado, considerado *leading case*, “(...) passou-se a permitir a adoção por casais constituídos por pessoas com o mesmo sexo” (Idem, p. 52).

³⁷³ Ana Carla Harmatiuk Matos noticia que no Estado do Rio de Janeiro, a 1ª Vara da Infância e da Juventude concede normalmente adoções a casais homoafetivos (*Filiação e...*, p. 25).

³⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 139.

A princípio, esta modalidade de adoção não é prevista na legislação pátria, entendendo alguns autores ser ela ilegal e condenável, por não se submeter ao rigor da adoção regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁷⁵ Porém, conforme ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo, a sociedade não rejeita tal conduta, chegando a exaltá-la.³⁷⁶

Alguns problemas podem se apresentar no tocante à adoção à brasileira. Os genitores biológicos podem vir a reivindicar, posteriormente, seu filho, registrado em nome de terceiros. Ou, ainda, na segunda situação descrita, pode ocorrer que a genitora declare ao marido que a criança não é seu filho biológico ou, também, que o pai biológico da criança venha a reivindicar a paternidade de seu filho, registrado por outrem.

Para solução destes conflitos, deve-se destacar o que a doutrina chama de as “três verdades”, ou os “três critérios”, no tocante à determinação da paternidade.³⁷⁷ Há a verdade biológica, que determina que pais são aqueles que transmitem seu material genético para o filho; há a verdade registral, que é aquela que consta dos Cartórios de Registros Públicos, pela qual pais seriam aqueles que dariam seu nome ao filho, constando como genitores na certidão de nascimento; e a verdade afetiva, que é aquela advinda da parentalidade socioafetiva, originada de laços afetivos e da convivência, combinada com a posse do estado de filho.

Nos casos de conflitos, o argumento muitas vezes utilizado vem baseado na verdade registral, que seria falsa, por não corresponder à verdade biológica. Mas contrariando o argumento, Paulo Luiz Netto Lôbo ressalta que o registro não conteria necessariamente uma falsidade, pois poderia estar refletindo relações socioafetivas de parentesco.³⁷⁸

Na solução de casos como os que se apresentam sob a nomenclatura de adoção à brasileira, o juiz terá que decidir sopesando estes três critérios, considerando, em primeiro lugar, o melhor interesse da criança. Devem ser aplicados os conceitos de paternidade

³⁷⁵ CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 86.

³⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 140.

³⁷⁷ Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 359.

³⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 140.

socioafetiva, posse do estado de filho e, também, o princípio da aparência, revelado pela convivência familiar. Assim, a decisão será tomada caso a caso, decidindo o juiz “(...) se a realização pessoal do menor estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não biológicos”.³⁷⁹

Maria Berenice Dias mostra-se favorável à prevalência da socioafetividade na resolução de conflitos, noticiando que a jurisprudência passou a considerar o melhor interesse de quem era disputado em processos. Como o comando constitucional prestigia com absoluta prioridade o interesse de crianças e adolescentes, os juízes passaram a investigar “(...) quem a criança considera pai e quem a ama como filho”.³⁸⁰

Estas situações podem até mesmo ser resolvidas utilizando-se critérios matemáticos, sopesando-se as três verdades referidas anteriormente: biológica, registral e socioafetiva. Em caso de conflito, a parte que tiver a seu favor ao menos dois destes critérios pode ser considerada como pai ou mãe daquela criança. Paulo Luiz Netto Lôbo entende que em um conflito entre a paternidade biológica e a não biológica, a solução deve ser dada a partir da aplicação do princípio do melhor interesse, que faz com que a primazia do interesse dos pais ceda lugar ao interesse do filho e, conseqüentemente, fazendo com que a filiação não biológica, ou socioafetiva, prevaleça sobre a biológica.³⁸¹

No caso de pais biológicos (ou ao menos de um deles) que entregam seu filho a terceira pessoa ou casal que o registra como seu, e posteriormente, vêm a reivindicá-lo, há que se fazer a seguinte análise: a favor dos pais biológicos estará a verdade biológica; a favor dos pais que assumiram a criança como sua, estarão os critérios registral e socioafetivo, pendendo a decisão a seu favor.

Ainda, no caso de marido que registra filho de sua esposa, sem saber que não é seu, e depois vem a sofrer demanda proposta pelo pai biológico, haverá de ser analisado se já construiu com a criança uma relação socioafetiva. Se sim, terá a seu favor tanto a verdade

³⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de filiação...*, p. 145. Nesse sentido: TJRS, Ap. Cível 70028763902, 7ª Câm. Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 30.09.2009.

³⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. *Família...*, p. 142.

³⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação...*, p. 135 e 145.

registral quanto a socioafetiva, tendo a possibilidade, assim, de ter decisão judicial favorável.³⁸²

Paulo Luiz Netto Lôbo entende que, na verdade, não é possível ação proposta por pai biológico contra o pai não biológico, marido da mãe. E isso porque apenas o marido pode assim agir no caso em que, devido à constatação de origem genética diversa, houver a ruptura da relação paternidade-filiação. Apesar disso, caso o melhor interesse e a paternidade afetiva se provem superiores, ninguém poderá impugná-la, no objetivo de fazer prevalecer a paternidade biológica. Tal representaria quebra do sistema constitucional e civil brasileiros.³⁸³

Outro problema que pode vir a se estabelecer se dá em casos em que o marido ou companheiro de genitora que está grávida assume como seu filho que sabe, biologicamente, não o ser. Após algum tempo, em casos de desfazimento da relação amorosa, não pode vir a querer desconstituir tal paternidade socioafetiva, alegando não manter relação biológica com a criança. Há a seu favor, no caso, as verdades registral e socioafetiva, que impedirão a desconstituição da filiação, em prol do melhor interesse da criança. Analisando esta hipótese, Silmara Juny Chinelato defende que, se estabelecida a paternidade socioafetiva, não poderá posteriormente vir a ser desconstituída pelo pai ou pela mãe. Segundo ela,

Cabe ao filho e só a ele ponderar se quer desconstituir a paternidade socioafetiva, não tendo a mãe legitimidade para representá-lo em ato de desconstituição de registro civil por envolver direito de personalidade do filho que, nesse caso, seria exercido em seu detrimento, afrontando o princípio fundamental do direito da criança e do adolescente: seu melhor interesse.³⁸⁴

De acordo com Maria Berenice Dias, essa prática “(...) não configura erro ou falsidade susceptível de ser anulada”, devendo ser aplicados os conceitos de paternidade socioafetiva, posse do estado de filho e, também, o princípio da aparência, revelado pela

³⁸² Nesse sentido: TARTUCE, Flávio. *As verdades parentais...*, p. 115-116.

³⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de filiação...*, p. 147.

³⁸⁴ CHINELATO, Silmara Juny. *Idem*, p. 72-73.

convivência familiar.³⁸⁵ Assim, em caso de separação dos pais, não desaparecerá o vínculo de parentalidade existente. “Persistindo a certeza de quem é o pai, ou seja, mantida a posse de estado de filiação, não há como desconstituir o registro”.³⁸⁶

Assim, vê-se que é importante a existência de relação socioafetiva nesses casos. Nesse sentido, diversos julgados podem ser mencionados, extraídos do TJSP: Ap. 0063311-23.2004.8.26.0002, 8ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Helio Faria, j. 18.09.13; Ap. 0022629-65.2009.8.26.0482, 5ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. 19.06.13; Ap. 0291814-03.2009.8.26.0000, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. João Pazine Neto, j. 29.01.13. Apesar disso, encontrou-se Acórdão considerando que a paternidade socioafetiva não pode ser colocada acima de tudo, e que não deve prevalecer se a situação ocorreu advinda de erro, isto é, a pessoa não tinha intenção de registrar filho que não era seu. É o caso analisado no Acórdão prolatado na Ap. 0116583-03.2007.8.26.0009, 2ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 29.05.12.

Porém, viés totalmente oposto existe se é o filho que propõe ação para desconstituir a paternidade, que não corresponde à realidade biológica. Caso a paternidade socioafetiva esteja presente, não se exclui a possibilidade de se determinar a paternidade biológica, já que o direito ao conhecimento da origem genética é visto como direito da personalidade, embora possa continuar prevalecendo a paternidade socioafetiva, que consta do registro. Porém, em casos em que a paternidade socioafetiva não tenha se instalado, é possível que a verdade biológica prevaleça. Em pesquisa efetuada junto ao TJSP, deparou-se com recente decisão nesse sentido, proferida na Ap. 0011540-59.2007.8.26.0597 (2ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 05.11.13), sobre o assunto. Tratava-se de caso em que o autor havia sido registrado como filho do réu, que era companheiro de sua genitora na época, na modalidade de adoção à brasileira. A sentença de primeiro grau declarou que o réu não era pai do autor, determinando a exclusão do nome do requerido, avós paternos e patronímicos advindos do réu do nome do autor. Houve interposição de apelação pelo requerido. O TJSP confirmou a sentença de primeiro grau, já que entre as partes não havia sido criada paternidade socioafetiva.

³⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 366. No sentido de prevalência da paternidade socioafetiva nas adoções à brasileira, ainda que a verdade biológica esteja clara mediante realização de exame de DNA: CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 87.

³⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 373.

O STJ também tem Acórdãos privilegiando a adoção à brasileira, em que pese sua não previsão pelo ordenamento. Exemplo é o REsp 1.088.157/PB, da lavra do Min. Massami Uyeda.³⁸⁷ Tratava-se de caso em que segunda esposa ajuizou ação declaratória de nulidade de registro civil alegando que seu ex-marido, já morto à época da propositura da ação, declarou falsamente a paternidade de filha. O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau, o que foi mantido pelo TJPB, por inexistir prova acerca da vontade do *de cuius* em desconstituir a adoção e que o reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que registra criança sabendo não ser ela seu filho biológico pratica verdadeira adoção, que é irrevogável, descabendo pretensão anulatória do registro. Foi interposto Recurso Especial, com o fito de alterar o Acórdão *a quo*, alegando a recorrente que seu ex-marido havia afirmado, ainda em vida, e de forma evidente, seu arrependimento de ter declarado a criança como sua filha e que o decurso do tempo não teria o condão de convalidar a adoção feita sem observância dos requisitos legais. O primeiro argumento ficou obstado de análise por envolver reexame probatório, devido ao impedimento da Súmula 7,³⁸⁸ STJ. Quanto ao segundo argumento, o Acórdão entendeu que a situação tratava de hipótese enquadrável no conceito de adoção à brasileira que, apesar de não seguir os trâmites adequados, geraria para o registrado a posse do estado de filho. A situação durou trinta e oito anos, e desconstituir o registro civil seria desfazer vínculo de afeto criado com o passar do tempo entre a registrada e seu pai. Há dualidade entre a ilegalidade da adoção à brasileira, que é até mesmo conduta criminosa do art. 242, CP, e o fato de que esta atitude gera efeitos decisivos na vida da criança adotada, como a formação de paternidade socioafetiva. Devido a essa dualidade

(...) a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado. Após formado o liame sócio-afetivo, não poderá o pai-adotante desconstruir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade sócio-afetiva.

³⁸⁷ 3ª Turma, j. 23.06.09.

³⁸⁸ “Súmula 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”.

Já o filho adotado pode, a qualquer tempo, vindicar judicialmente a nulidade do registro em vista de se estabelecer a verdade real, qual seja, a paternidade biológica. Com isso, foi negado provimento ao recurso.

Podem ser mencionados outros julgados no mesmo sentido: REsp 264.342, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 15.08.13; HC 268.943, Rel. Min. João Otávio de Noronha, decisão monocrática, j. 26.04.13; HC 265.771, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão monocrática, j. 07.03.13; AResp 256.238, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 17.12.12; HC 250.203, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 07.08.12; REsp 1.259.460/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 19.06.12; REsp 1.059.214/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma j. 16.02.12; REsp 1.098.036/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 23.08.11; REsp 1.000.356/SP, Rel. Des. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 25.05.10; REsp 1.078.285/MS, Rel. Des. Massami Uyeda, 3ª Turma j. 13.10.09; REsp 878.941/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.07; REsp 119.346/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 01.04.03.

Porém, no caso de, apesar de ter havido a adoção à brasileira, a paternidade socioafetiva não for instalada, há possibilidade de revogação do reconhecimento da paternidade. Nesse sentido, ressalta-se o seguinte julgado do STJ: AREsp 368.478, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão monocrática, j. 27.08.13.

Ainda, é possível que o filho tenha necessidade de conhecer sua origem genética, que é direito personalíssimo. Nesse caso, é possível a desconstituição da paternidade advinda da adoção à brasileira. Nesse sentido, destaca-se trecho da Ementa proferida no REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 18.12.12:

1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada 'adoção à brasileira' (...).

Nesse sentido, ainda, do mesmo STJ, destacam-se os seguintes arestos: AREsp 028.836, Rel. Min. Massami Uyeda, decisão monocrática, j. 17.10.11; REsp 939.818/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 25.10.10; REsp 833.712/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 17.05.07.

A pesquisa realizada junto ao STF retornou dois resultados. O primeiro tratava-se de decisão monocrática proferida no AI 719.142/SP (Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24.05.12), ao qual foi negado seguimento por óbices processuais, já que não tinha havido prequestionamento, o que esbarra na Súmula 282,³⁸⁹ bem como o fato de o Acórdão recorrido ter utilizado prova documental para decidir, o que necessitaria de reexame probatório, que é impedido pela Súmula 279.³⁹⁰

O segundo caso também se refere a decisão monocrática (AI 557.284/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.10.05). O recurso foi interposto contra decisão que indeferiu o processamento de Recurso Especial, também por óbices processuais. O primeiro deles alegava falta de prequestionamento (Súmula 282). Outro ponto seria o fato de o Acórdão recorrido ter decidido com base em legislação infraconstitucional, o que impediria o recurso extraordinário. Além disso, seria necessário reexame probatório impedido pela Súmula 279.

4.1.2.3. Adoção *intuitu personae*

Por esta modalidade de adoção, também conhecida como adoção pronta, direcionada ou consentida, os pais biológicos, ou ao menos um deles, escolheria a pessoa na companhia de quem seu filho biológico ficará. Natália Soares Franco a define como “(...) entrega do filho em adoção à pessoa conhecida. Os genitores abdicam da função materna/paterna e escolhem a família que cuidará do filho, sob o pálio de uma relação de confiança entre ambos”.³⁹¹ Ao assim agirem, os pais estariam demonstrando preocupação com o bem-estar futuro da criança.

³⁸⁹ “Súmula 282. É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando couber na justiça de origem, Recurso Ordinário da decisão impugnada”.

³⁹⁰ “Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe Recurso Extraordinário”.

³⁹¹ FRANCO, Natália Soares. *Idem*, p. 230.

As discussões se dão pois, em assim agindo, não se estaria seguindo a ordem prevista no Cadastro de Adotantes, que traz as pessoas (casais ou não), que poderiam vir a adotar, visto que já passaram por criteriosa análise de suas condições para tal, cumprindo com todos os requisitos exigidos na legislação.

Alguns doutrinadores se posicionam contrariamente a esta modalidade de adoção. Entre eles destaca-se Maria Helena Diniz, para quem “(...) não há adoção *intuitu personae*, pois o juiz é quem terá o poder-dever de optar pela família substitutiva adequada e não os pais da criança a ser adotada, e muito menos os adotantes”.³⁹² Outras críticas que são feitas é quanto à possibilidade de os pais usarem a criança como meio de troca para obtenção de vantagem financeira.

Para outros, a adoção *intuitu personae* é mais uma forma de se atender ao melhor interesse da criança, já que, caso a legislação pátria fosse interpretada como proibitiva de tal modalidade de adoção, muitas situações irregulares aumentariam, como guardas fáticas e adoções à brasileira.³⁹³ Natália Soares Franco vê no art. 166 do ECA a autorização legal para a adoção consentida.³⁹⁴ Este artigo prevê que “na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações”. Para ela, desde que haja laços de afetividade entre a criança e os adotantes escolhidos pelos pais biológicos, ocorra lapso de tempo razoável de convivência e não exista má-fé ou conduta típica dos crimes dos arts. 237 ou 238 do ECA, a adoção *intuitu personae* deve ser considerada válida.³⁹⁵

Outro argumento que pode ser usado em prol da adoção *intuitu personae* se dá por comparação feita ao art. 1.729, do Código Civil, pelo qual cabe aos pais a nomeação de tutor a seus filhos para após sua morte. Ora, se cabe aos pais esse tipo de escolha, também caberia a escolha de quem fica com seus filhos em caso de adoção.³⁹⁶

³⁹² DINIZ, Maria Helena. Idem, p. 528.

³⁹³ FRANCO, Natália Soares. Idem, p. 231.

³⁹⁴ FRANCO, Natália Soares. Idem, p. 232-233.

³⁹⁵ FRANCO, Natália Soares. Idem, p. 233.

³⁹⁶ Nesse sentido: FRANCO, Natália Soares. Idem, p. 235.

A grande discussão sobre a adoção *intuitu personae* se refere à não observância da ordem prevista no Cadastro de Adotantes. Em geral, os tribunais pátrios vêm entendendo que é possível esta modalidade de adoção desde que não haja contrapartida, seja financeira ou não, e desde que entre o adotando e o adotante tenha sido estabelecido vínculo afetivo. E isso porque, acima da ordem prevista no Cadastro de Adotantes, está o princípio do melhor interesse da criança, a legitimar situação socioafetiva concreta que, a primeira vista, pareceria ilegal.³⁹⁷

Em pesquisa realizada junto ao TJSP, deparou-se com duas decisões interessantes sobre o tema. A primeira delas se trata de decisão proferida em Agravo de Instrumento,³⁹⁸ em caso em que o casal de agravantes queria a guarda provisória de criança que lhes havia sido entregue pela mãe. O pedido liminar de guarda provisória foi indeferido em primeiro grau, sendo determinado o abrigo da criança. Foi interposto Agravo de Instrumento da decisão. A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo não provimento do mesmo. O Acórdão entendeu que, embora o ECA admita a adoção consentida pelos pais (arts. 45 e 166), o que dispensaria prévia inserção no Cadastro dos Adotantes, é de ser deferida de forma excepcional, na situação concreta de existir vinculação entre a família adotiva e natural, como afetividade e confiança, devendo estar presentes também os demais requisitos para adoção, o que não ocorria nos autos. Assim, não haveria razão em se dar preferência aos agravantes em detrimento dos adotantes cadastrados, especialmente por haver informação nos autos de que a criança estava inserida em sua família natural estendida, sob a guarda da avó materna.

A segunda trata-se de decisão proferida em Agravo Regimental³⁹⁹ interposto por casal contra decisão monocrática que indeferiu, liminarmente, petição inicial de medida cautelar para reaver guarda de criança, ajuizada pelos agravantes na pendência de recurso de apelação, por entender ausentes as condições da ação. Tinha o casal recebido a criança das mãos da própria mãe biológica com vinte e um dias de vida. Quatro meses depois, entraram com pedido de adoção e, após concessão de guarda provisória, houve decisão ordenando a apreensão da criança e seu encaminhamento para entidade de abrigo.

³⁹⁷ No sentido de que a afetividade e o melhor interesse se sobrepõe à ordem do Cadastro Nacional de Adotantes: FRANCO, Natália Soares. *Idem*, p. 234.

³⁹⁸ AI 990.10.086343-6/50000, Câ. Especial, v.u., Rel. Des. Maria Olivia Alves, j. 08.11.10.

³⁹⁹ AgR 103.327-0/5-01-SP, Câ. Especial, v.u., Rel. Des. Mohamed Amaro, j. 14.07.03.

Interpuseram apelação, que foi processada no efeito devolutivo, e para retomar imediatamente a guarda da criança, ajuizaram medida cautelar, invocando os superiores interesses da criança. Foi dado provimento ao recurso, determinando-se que a criança voltasse ao convívio dos agravantes. A decisão baseou-se no melhor interesse da criança, que ficaria com o casal que dela cuidou desde os primeiros dias de vida. Ressalte-se trecho da Ementa: “(...) Possibilidade de adoção *intuitu personae*, a ser melhor examinada no curso da apelação – Superior interesse da criança, de tenra idade, cujo bem estar recomenda sua permanência com o casal adotante”.

No âmbito do STJ, pode ser mencionado Acórdão da lavra do Ministro Massami Uyeda,⁴⁰⁰ que tratava de caso em que uma mulher grávida, que não queria o filho, foi apresentada a casal que se dispôs a ficar com a criança. Com o nascimento, foi proposta ação de adoção e foi deferida a guarda da criança ao casal por trinta dias. Porém, a vara criminal entendeu que, no caso, podia a mãe biológica estar recebendo algum tipo de vantagem por ter dado a criança ao casal, que nem inscrito no Cadastro de Adotantes estava. Assim, foi determinada a busca e apreensão da mesma, decisão que foi objeto de Agravo. O TJMG deu provimento ao recurso, o que originou o Recurso Especial, que foi decidido tendo por base o melhor interesse da criança, que é superior à irregularidade de falta de seguimento à ordem prevista no Cadastro de Adoção. Ressalta o Ministro, já no corpo da Ementa, que essa ordem não é absoluta, podendo ser excepcionada para se atender ao melhor interesse da criança. Segundo ele,

(...) a observância de tal cadastro, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. E nem poderia ser. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro.

E isso desde que a paternidade socioafetiva já estivesse estabelecida, o que ocorria nos autos.

⁴⁰⁰ REsp 1.172.067/MG, 3ª Turma, j. 18.03.2010.

Outro exemplo de adoção *intuitu personae* decorre de caso julgado também pelo STJ,⁴⁰¹ que mais uma vez fez prevalecer o melhor interesse da criança e a afetividade, não desconstituindo adoção em caso em que a mãe biológica, ainda adolescente, entregou seu filho a família conhecida, afirmando, em juízo, ser esse seu desejo. Após certo tempo, alegou ter sofrido coação por parte de seu pai, e se retratou, querendo a criança de volta. Durante todo o trâmite do processo – aproximadamente nove anos – a criança permaneceu com a família adotiva. O juízo de primeiro grau entendeu que a criança deveria ficar com a família adotiva, decisão esta revertida pelo TJDF. Chegando o caso ao STJ, entendeu-se que só se atenderia ao melhor interesse da criança se ela permanecesse com a família adotiva, que já estava com ela há muito tempo. Em seu voto, a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, afirmou que, em casos como o sob julgamento, não se poderia resolvê-lo simplesmente aplicando-se literalmente a lei, já que “(...) além de se afrontar o expreso comando encartado nos arts. 6º e 43 do ECA, há a concreta possibilidade de se vulnerar o princípio do melhor interesse da criança, cuja intangibilidade deve ser preservada com todo rigor”.

No sentido de ser o melhor interesse da criança prevalente à ordem expressa no cadastro de adotantes, podem ser mencionados outros Acórdãos do STJ: AREsp 256.238, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 01.02.13; REsp 1.347.228/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 06.11.12; HC 250.203/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 07.08.12; REsp 1.289.318/RN, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 19.06.12; REsp 1.262.996/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, decisão monocrática, j. 12.06.12; REsp 1.259.435/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, decisão monocrática, j. 27.09.11; REsp 837.324/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 18.10.07. No sentido de ser essencial o reconhecimento de afetividade entre os pais adotivos e a criança, AgRg na MC 15.097/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 05.03.09.

A pesquisa feita junto ao STF não retornou decisões sobre esta modalidade de adoção.

4.1.2.4. Adoção internacional

⁴⁰¹ REsp 1.199.465/DF, 3ª Turma, j. 14.06.2011.

Com relação à adoção internacional, muitos defendem que não deveria ela ser possível, por dar margem a diversos problemas, como tráfico de menores, sequestro para fins de adoção ou ainda a adoção lucrativa. Porém, se analisados os benefícios que podem advir para crianças, que passarão da institucionalização para a convivência familiar, e se minimizados os riscos, esta medida pode ser tomada.⁴⁰²

Não se posicionando contrariamente à adoção internacional, mas a considerando como último recurso, Luiz Carlos de Barros Figueirêdo entende que “Seja por razões sociais, culturais, econômicas, climáticas, alimentares, religiosas, etc., é indiscutível que a concessão deva priorizar o residente no município; não sendo possível, no Estado; na região geográfica; no Brasil e, por fim, em última instância, em Adoção Internacional”.⁴⁰³ Wilson Donizeti Liberati discorda desta posição, entendendo que a exceção do art. 31 do ECA se refere à colocação em família substituta, e não à nacionalidade do interessado.⁴⁰⁴ Ressalta o autor que, indevidamente, existe diferenciação entre adotantes estrangeiros e adotantes brasileiros, já que a lei exige condições diferenciadas para os primeiros, especialmente no que tange ao estágio de convivência. Os estrangeiros devem cumpri-lo (art. 46, §3º), enquanto aos brasileiros tal não se faz necessário se o adotando estiver sob tutela ou guarda legal do adotante por tempo suficiente para que se possa avaliar a conveniência da constituição do vínculo (art. 46, §1º).⁴⁰⁵

A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional é clara em seus *Considerandos* ao afirmar que a adoção internacional deve ser norteadada pelo princípio do melhor interesse da criança.⁴⁰⁶ Esta convenção foi ratificada pelo Brasil, através do Decreto n. 3.087/99. Ainda, o Decreto n. 2.429, de dezessete de dezembro de 1997, promulgou a Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, concluída em La Paz, em vinte e quatro de maio

⁴⁰² Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. Idem, p. 541.

⁴⁰³ FIGUEIRÊDO, Luiz Eduardo de Barros. *Promoção da convivência...*, p. 10.

⁴⁰⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional...*, p. 26.

⁴⁰⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional...*, p. 21-22. O autor chega a mencionar “perseguição aos adotantes estrangeiros” e “considerou o adotante nacional mais confiável”.

⁴⁰⁶ “Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais (...)”.

de 1984, cujo artigo 19 prevê que as normas sobre adoção devem ser aplicadas em benefício do adotado.⁴⁰⁷

Muito curiosa é a posição da doutrina nacional e estrangeira no que tange à adoção. Ao tratar da adoção internacional, a doutrina pátria analisa o viés de estrangeiros adotantes de crianças brasileiras. A doutrina estrangeira analisa pelo foco diametralmente oposto: adotantes nacionais que buscam crianças estrangeiras. De todo modo, o foco sempre é o benefício do adotando, e o princípio do melhor interesse deve pautar todo o procedimento.

4.1.3. Parto anônimo

A ideia do parto anônimo é a possibilidade de entrega ao Estado, pela gestante, de filho que não deseja manter consigo. Seu grande objetivo é “(...) preservar a vida de recém-nascidos, resguardando-lhes desde a sua concepção e assegurar-lhes o direito à convivência familiar afetiva”.⁴⁰⁸ A entrega e a identidade dos pais são mantidas em sigilo.⁴⁰⁹ Há uma dupla gama de interesses – da mãe, em ter sua identidade preservada, e da criança, que poderá nascer dentro das condições mínimas de higiene, bem como ser rapidamente encaminhada para adoção, com o fito de se tentar sua imediata inserção em âmbito de convivência familiar.

Apesar deste duplo aspecto, o objetivo principal do instituto sob estudo é a preocupação com a criança e seu melhor interesse, tendo seus direitos devidamente preservados.⁴¹⁰

Pode-se defender a ideia de que o parto anônimo tem suas origens na roda dos expostos. Apesar de ter havido a extinção desse sistema, o problema do abandono de crianças ainda se faz presente na sociedade atual. Talvez o que cause grande comoção não é necessariamente o abandono, visto que este fato social já existe desde há muito, mas a

⁴⁰⁷ “Art. 19. Os termos desta Convenção e as leis aplicáveis de acordo com ela serão interpretados harmonicamente e em favor da validade da adoção e em benefício do adotado”.

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *Idem*, p. 238.

⁴⁰⁹ Afirmando ser esta a maior vantagem do parto anônimo: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O parto anônimo no direito brasileiro. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 190; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Parto anônimo...*, p. 18.

⁴¹⁰ Nesse sentido: OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *Idem*, p. 238.

forma pela qual ele se dá⁴¹¹ (muitas vezes crianças recém-nascidas são encontradas em situações precárias, dentro de sacos de lixo, em canos de esgoto ou em lagoas, por exemplo). Olívia Marcelo Pinto de Oliveira ressalta que, com essa figura, haveria “(...) a garantia à vida e proteção da criança, em razão dos altos índices de abandonos selvagens”.⁴¹²

O parto anônimo foi objeto de três projetos de lei no Brasil. O primeiro deles foi o PL n. 2.747, apresentado à Câmara dos Deputados no dia onze de fevereiro de 2008, pelo Deputado Eduardo Valverde. No mesmo ano, foram apresentados dois outros projetos.

O segundo deles, PL n. 2.834, foi apresentado em dezenove de fevereiro de 2008, pelo Deputado Carlos Bezerra, que tentava instituí-lo por alteração do art. 1.638 do Código Civil, como mais uma hipótese ao rol de suspensão ou extinção do poder familiar.

Já o PL n. 3.220, de proposição do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, foi apresentado em nove de abril de 2008, pelo Deputado Sérgio Barradas. Previa a regulamentação do parto anônimo de uma forma mais completa que os demais projetos, prevendo, inclusive, uma lei federal autônoma para cuidar do tema. Na sua justificativa, encontra-se a preocupação em se evitar o abandono clandestino, substituindo-o pela entrega, fazendo com que a criança recém-nascida tenha à sua disposição cuidados de saúde, bem como seja encaminhada à adoção. À mãe, restará a possibilidade de abrir mão da maternidade de forma segura, sem riscos de condenações civis ou criminais.

Os três projetos foram apensados e encaminhados à Comissão de Seguridade Social e Família, que se manifestou pela rejeição dos mesmos, por inconstitucionais, ratificando, em três de setembro de 2008, parecer da relatora da Comissão, Deputada Rita Camata. Após, foram objeto de análise pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania que, em dezesseis de abril de 2009, negou-lhes seguimento, acolhendo o parecer do relator, Deputado Luiz Couto, que entendia pela inconstitucionalidade e injuricidade da matéria. Segundo ele, esta figura seria um retorno à roda dos enjeitados, e essa atitude só geraria discriminação, já que a maternidade fora do casamento não é mais vista de forma problemática. Acrescenta que, atualmente, há mecanismos que permitem que as mães

⁴¹¹ Nesse sentido: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O parto anônimo...*, p. 190.

⁴¹² OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *Idem*, p. 242.

encaminhem seus filhos à adoção, se assim o desejarem.⁴¹³ Assim, foram os três projetos arquivados em 2010.

Ponto favorável ao parto anônimo seria, segundo Olívia Marcelo Pinto de Oliveira, a prevenção de abortos, com a conseqüente diminuição do número de nascituros e mulheres mortas por se utilizarem de tal método.⁴¹⁴

Argumentos são apresentados contrários à ideia do instituto, sendo que o principal deles repousa no fato de, ao se optar por ele, está-se, em última análise, optando-se pela liberdade da mulher em detrimento da identidade genética do filho. Os interesses da genitora se colocariam acima do melhor interesse da criança. Rodrigo da Cunha Pereira rebate este argumento ao comentar o PL n. 3.220, afirmando que não haveria afronta ao direito de saber a origem genética, já que os dados da mãe ficariam registrados na maternidade.⁴¹⁵ Assim, o que haveria, de fato, seria um parto em sigilo, e não um parto anônimo.⁴¹⁶

Porém, é também baseado nesse argumento que o Comitê dos Direitos das Crianças das Nações Unidas considerou o parto anônimo uma violação aos direitos da criança em conhecer sua identidade, especialmente no caso de menor não adotado posteriormente, o que comprometeria o exercício de outros direitos da personalidade, como o nome, por exemplo. A justificativa do PL n. 3.220/08 rebatia esse argumento afirmando que o direito à vida do nascituro deveria preponderar sobre seu direito à identidade genética e proibir-se o parto anônimo pelo argumento de proteção ao direito à identidade seria atitude inaceitável.

Argumentos contrários ao parto anônimo se somam aos já referidos acima: o Estado deveria intensificar suas políticas públicas de informação sobre planejamento familiar,

⁴¹³ Parecer do deputado Luiz Couto, relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, proferido em 16 de abril de 2009. Acesso em 30.09.13, do site da Câmara dos Deputados. (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648240&filename=PRL+1+CCJ+C+%3D%3E+PL+2747/2008).

⁴¹⁴ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *Idem*, p. 259.

⁴¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O parto anônimo...*, p. 200. O mencionado autor se refere ao art. 6º do Projeto de Lei n. 3.220, que prevê que “A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto. Parágrafo único. Os dados somente serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial”.

⁴¹⁶ A nomenclatura “parto em sigilo” é preferida por Olívia Marcelo Pinto de Oliveira (*Idem*, p. 263).

evitando-se gravidezes indesejáveis, bem como abandonos de recém-nascidos; embora rapidamente encaminhada à adoção, pode ocorrer de a criança não vir a ser adotada, sendo levada a uma infância e adolescência de institucionalização, além da privação de seu direito fundamental à convivência familiar e todos os direitos dela decorrentes (direito ao nome e ao estado de filiação, por exemplo);⁴¹⁷ não é necessária a criação de novo instituto para regulamentar a entrega de crianças, pois hoje já é possível fazê-lo em sigilo; não participação do pai biológico no processo de decisão e entrega anônima do filho, sendo que a criança poderia vir a ficar com ele ao invés de ser colocada em família substituta.

Outro ponto que deve merecer cuidado e atenção é o fato de que a mãe que decide pelo parto anônimo pode estar com sua vontade comprometida, em decorrência de fatores socioeconômicos ou por influência do estado puerperal. Assim, deveria ser acompanhada por equipe multidisciplinar para que o vício de vontade seja evitado.

Cumpra-se ressaltar que Ana Carolina Brochado Teixeira apresenta soluções alternativas à utilização do parto anônimo: uma delas seria a legalização do aborto, que faria com que a mulher pudesse decidir ou não levar a gravidez adiante. Outras soluções seriam o estabelecimento de políticas públicas de esclarecimento às gestantes que, caso optassem por não ficar com o filho, poderiam, ainda durante a gravidez, serem encaminhadas ao Conselho Tutelar para que se desse início ao processo de destituição do poder familiar, agilizando-se, assim, o processo de adoção. Segundo ela, além de incentivar a ideia de responsabilidade parental, esse seria o “único caminho legítimo para se pensar no melhor interesse da criança”.⁴¹⁸

Aparentemente, na teoria, o parto anônimo funcionaria, e a criança entregue anonimamente ao Estado rapidamente conseguiria colocação dentro de família substituta, que faria valer seu melhor interesse. Porém, se considerarmos a realidade político-econômico-social em que vivemos, não há como se ter garantias de que, na prática, o instituto funcionaria a contento. Assim, por hora, se atende ao melhor interesse da criança não se aceitando o parto anônimo no Brasil. Ademais, parece ser instituto despiciendo, já que, atualmente, é possível à mãe abrir mão de filho que não deseje, entregando-o à adoção.

⁴¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Parto anônimo...*, p. 19.

⁴¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Parto anônimo...*, p. 21.

4.2. Guarda e Código Civil

Outro exemplo da aplicação prática do princípio do melhor interesse da criança pode ser encontrado quando se tem discussões envolvendo a guarda de filhos no caso de separação de seus genitores, amplamente considerada, isto é, envolvendo anulação ou nulidade de casamento, separação propriamente dita,⁴¹⁹ divórcio, ou dissolução da união estável, abrangendo tanto uniões estáveis heterossexuais quanto homoafetivas. Ademais, o problema da guarda também se apresenta em hipóteses de pais solteiros. Para que o interesse dos filhos seja preservado, o par parental deve-se manter mesmo quando haja separação do par conjugal.⁴²⁰

Quando se acaba passando pela separação do casal, há uma reorganização da dinâmica familiar e, conforme ressalta Maria Helena Diniz, há a redistribuição dos papéis dentre os membros da família, que deve ser feita observando-se o melhor interesse dos filhos.⁴²¹ Concorde-se com a opinião expressada pela autora, já que, nesses casos, o objetivo deve ser o de minorar ao máximo o sofrimento experimentado pelos filhos frente ao rompimento da relação conjugal de seus pais, bem como manter, tanto quanto possível, a convivência familiar.

Uma das primeiras decisões que devem ser tomadas na contingência de uma separação é quanto à guarda dos filhos. A guarda pode ser definida como os direitos e deveres que devem ser observados pelo guardião tendo em vista a pessoa da criança, envolvendo diferentes aspectos, como educação, saúde, formação moral, entre outros. Faz-se necessária, ainda, a residência conjunta do guardião e da criança.⁴²² Na definição de José Carlos Teixeira Giorgis, essa figura é “(...) atributo do poder familiar e consiste no direito/dever dos pais terem os filhos em sua companhia e sob sua custódia material, cultural e patrimonial”.⁴²³

⁴¹⁹ E isso para quem entende que, mesmo após a EC 66/10, o instituto da separação ainda se faz presente no ordenamento brasileiro.

⁴²⁰ Defendem que o par parental deve ser preservado: GROENINGA, Giselle. Idem, p. 81; GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 79; RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 23; SANTOS, Lia Justiniano. Guarda compartilhada: modelo recomendado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2001, p. 160.

⁴²¹ DINIZ, Maria Helena. Idem, p. 361.

⁴²² No sentido de ser necessária a residência conjunta do guardião e da criança sob guarda: LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 62; GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 78.

⁴²³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 67.

Enquanto o par conjugal ainda existe, a guarda é exercida por ambos os genitores, que compartilham a moradia com seus filhos e decidem em conjunto todos os detalhes sobre a vida deles.

Por ocasião da separação, imperava, antigamente e por muito tempo, nas decisões judiciais, a ideia de que para uma criança sempre seria melhor a companhia de sua mãe (*tender years doctrine*). E isso porque a mãe não trabalhava fora de casa e era ela quem dispunha de mais tempo para se dedicar integralmente às necessidades dos filhos.⁴²⁴ Ao pai restava a função de provedor de meios materiais necessários à sua criação.

Ao se analisar o Código Civil de 1916, tinha-se, no art. 326, a ideia de que os filhos deveriam ficar sob a guarda do cônjuge inocente ou, se ambos fossem culpados, a mãe permaneceria com as filhas até a maioridade, e com os filhos, até a idade de seis anos, quando passariam para a companhia do pai. Após, com a Lei n. 4.121/62, determinou-se que, em caso de culpa de ambos os cônjuges, ficariam os filhos sob a guarda materna, salvo se ela apresentasse para eles algum perigo de ordem moral. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro, “quis o legislador, portanto, fortalecer a posição da mãe, atribuindo-lhe o direito de ter consigo todos os filhos, ainda que igualmente culpada pela terminação da sociedade conjugal, desde que também o fosse o outro cônjuge”.⁴²⁵

Essa ideia, em caso de culpa de ambos os cônjuges, permaneceu com a Lei n. 6.515/77, que trazia disposição semelhante no art. 10, §1º.⁴²⁶ Embora o art. 9º trouxesse a previsão de que o acordo entre os pais seria observado,⁴²⁷ em caso de conflito, ainda era para a genitora que a guarda seria naturalmente deferida. Segundo palavras de Washington de Barros Monteiro, em sua obra atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, “presumia-se que na companhia da mãe estariam os filhos mais bem assistidos do que na do pai”.⁴²⁸ Na verdade, a preferência materna era uma forma de se privilegiar o melhor

⁴²⁴ Esta também é a posição de Ana Carolina Brochado Teixeira (*Família...*, p. 25-26) e de Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires (*Idem*, p. 19).

⁴²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Idem*, p. 284.

⁴²⁶ “Art. 10. §1º. Se pela separação forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”.

⁴²⁷ “Art. 9º. No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (artigo 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”.

⁴²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Idem*, p. 285.

interesse da criança. Afinal, antes da inserção da mulher no mercado de trabalho, era ela quem mais tinha tempo para passar com o filho e dele bem cuidá-lo. Apesar de concordar com o exposto acima, José Carlos Teixeira Giorgis entende que, pelo bom senso, é aconselhável que filhos de tenra idade (até três anos de idade) permaneçam na companhia materna, salvo se isso não acarretar à criança prejuízo de ordem moral.⁴²⁹

A doutrina do *tender years*, todavia, não deve mais prevalecer. Com o advento da Constituição Federal de 1988, estabelecendo a igualdade entre homem e mulher, bem como com o fato de que a maioria das mães também trabalha fora, os argumentos a favor dessa orientação perderam força. Segundo Flávio Guimarães Lauria, “(...) a maternidade, por si só, já não goza mais de presunção absoluta de melhores condições para o exercício da guarda dos filhos. O mais importante (...) é que a solução ao problema da guarda seja a que mais atenda ao princípio do melhor interesse da criança”.⁴³⁰ Ressalte-se que, apesar das previsões constantes da Lei n. 6.515/77, após a Constituição Federal de 1988, passou-se a atribuir a guarda a quem melhor atendesse aos interesses da criança, e não ao cônjuge não culpado pela dissolução da união.⁴³¹

Com isso, deve prevalecer a doutrina do *tie breaker*,⁴³² isto é, todos os fatores envolvidos no processo devem ser cuidadosa e igualmente considerados, pois só assim é que haverá prevalência do melhor interesse da criança. Tais fatores devem ser analisados multidisciplinarmente, ou seja, com base também em laudos médicos, psicológicos e sociais. Com isso, não importa que um dos pais seja o culpado pelo fim da sociedade familiar, que um deles seja economicamente mais proeminente que o outro, ou que um deles tenha mais tempo livre para passar com a criança: nenhum fator deve ser considerado isoladamente nem ser o determinante para a concessão da guarda. Todos devem ser igualmente sopesados para que se chegue a uma decisão que de fato atenda ao melhor interesse da criança. A maior riqueza de um dos pais não deve ser o fator preponderante para a decisão. É fato que maior riqueza pode atender a variadas necessidades da criança; porém, outros fatores também são importantes, e uma eventual fraqueza econômica de uma das partes pode ser suprida através da prestação de alimentos pela outra. Assim, o que

⁴²⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 72.

⁴³⁰ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 73. Também nesse sentido: PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança...*, p. 138; SANTOS, Lia Justiniano. Idem, p. 161.

⁴³¹ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 69.

⁴³² PEREIRA, Tania da Silva. *O princípio do melhor...*, p. 34.

devem ser analisados são “aspectos morais, educacionais e ambientais, dentre outros que tenham em vista o melhor atendimento aos interesses do menor, sem que fique adstrita à situação econômica ou financeira de seus genitores”.⁴³³

Um passo para além dessa doutrina é a guarda na forma compartilhada. Porém, o *tie breaker* ainda é o critério que deve prevalecer em casos em que a citada modalidade de guarda não seja passível de aplicação em algum caso concreto.

A doutrina do *tie breaker* vinha prevista pela redação original do art. 1.584 do Código Civil, que pregava que, em caso de separação, a guarda dos filhos deveria ser atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la.⁴³⁴ Atualmente, com as modificações trazidas pela Lei n. 11.698/08, instituidora da guarda compartilhada, nos casos em que esta última não puder ser aplicada, tem-se o quanto previsto pelo art. 1.583, §2º: “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação”.

Fator que não deve influenciar na decisão sobre a guarda é o relativo à culpa pela separação do casal. Não é porque um dos cônjuges foi o responsável pela separação que não poderia, de plano, ser o detentor da guarda. O que interessa é a busca pelo melhor interesse da criança.⁴³⁵ Um mau cônjuge não é necessariamente um mau pai (no sentido amplo da palavra, abrangendo, também, além do vocábulo *pai*, o vocábulo *mãe*). Porém, ressalta Lia Justiniano Santos que, ao se optar pela guarda unilateral, em detrimento da guarda compartilhada, não há como se evitar uma correlação com a ideia de culpa, já que o cônjuge que ficar com a guarda material terá, também, o exercício efetivo da guarda jurídica, restando o outro cônjuge apenas com o direito de visita, e com sua autoridade parental debilitada.⁴³⁶

⁴³³ MONTEIRO, Washington de Barros. Idem, p. 286.

⁴³⁴ “Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

⁴³⁵ Nesse sentido: LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 69; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Idem, p. 606; MONTEIRO, Washington de Barros. Idem, p. 285; STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 64.

⁴³⁶ SANTOS, Lia Justiniano. Idem, p. 162.

Em procedimentos que envolvem a discussão da guarda entre os pais, há de se notar que há três interesses envolvidos: os do pai, os da mãe, e os da criança. Nesses casos, são os interesses da criança que devem ser analisados e sopesados no momento de se deferir a guarda a este ou aquele genitor.

O Projeto do Estatuto das Famílias (PL n. 2.285/2007) prevê, expressamente, em seu art. 96, que o melhor interesse da criança deve ser o princípio norteador ao se resolverem questões de guarda.⁴³⁷ Mais adiante, em seu art. 103, parágrafo único, o Projeto prevê que, em caso de não ser conveniente que a guarda fique com o pai ou a mãe, a outra pessoa será ela deferida, resguardado o direito à convivência familiar.

A atual legislação pátria vigente prevê que a guarda poderá ser deferida a terceira pessoa, que não sejam os genitores,⁴³⁸ caso assim seja preferível, levando-se em conta o melhor interesse do menor. Esta é a previsão do art. 1.584, §5º, do Código Civil.⁴³⁹ Conclui-se que a guarda poderia até mesmo ser deferida ao pai afim ou mãe afim,⁴⁴⁰ caso assim se atendessem o melhor interesse.

O art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê que se leve em conta a opinião do menor especialmente em processos judiciais que envolvam direta ou indiretamente seus direitos subjetivos e seus direitos de personalidade. Mas aqui se deve tomar muito cuidado na oitiva da criança. Afinal, estar-se-á pedindo que o infante expresse sua preferência pelo pai ou pela mãe. Esta escolha, se forçada ou imposta, pode vir a lhe causar danos psicológicos e emocionais irreparáveis. Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires ressaltam a possibilidade de violação de direitos e garantias das crianças ao se fazer sua oitiva. Assim, para que isso seja evitado, propõem elas alguns critérios que poderiam ser seguidos, como a realização por equipe especializada, a idade e maturidade

⁴³⁷ “Art. 96. Não havendo acordo entre os pais, deve o juiz decidir, preferencialmente, pela guarda compartilhada, salvo se o melhor interesse do filho recomendar a guarda exclusiva, assegurado o direito à convivência do não guardião”.

⁴³⁸ No sentido de ser possível atribuir a guarda aos avós: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós (alimentos e visitação). In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 30; GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Idem*, p. 75.

⁴³⁹ “Art. 1.584, §5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

⁴⁴⁰ Nesse sentido: VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Idem*, p. 121; GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Idem*, p. 76.

da criança, influências que pode ter recebido, capacidade de reagir diante do conflito familiar, condições psicológicas e afetivas.⁴⁴¹

Ao decidir processo envolvendo atribuição de guarda de crianças e adolescentes, ou sua modificação, deve o juiz sempre pautar-se pelo seu melhor interesse,⁴⁴² especialmente em casos em que a guarda compartilhada não for possível. Pode o juiz deixar de homologar eventual acordo quanto à guarda, apresentado em conjunto pelos pais, caso entenda que não seja ele o modo pelo qual melhor se atende aos interesses da criança.

O que se deve tentar evitar, em prol de se adimplir o princípio estudado, é que aquele que não seja detentor da guarda acabe por perder contato com os filhos, situação comum de acontecer na prática, conforme noticia Giselle Groeninga. Afinal, “(...) os filhos têm direito à convivência com os pais e a guarda não pode ser confundida com qual dos pais ganhou uma batalha, assim como a convivência não pode ser confundida com fiscalização e com visita”.⁴⁴³

Ainda, o guardião deve evitar críticas, especialmente se infundadas, além de impedir o contato do filho com o genitor não guardião. Esse tipo de atitude pode gerar os fenômenos do ambiente hostil, da alienação parental e, em casos mais graves, pode haver a evolução para a síndrome da alienação parental, com prejuízos incontáveis aos interesses dos filhos.

Em uma situação ideal, em que os pais aceitem bem sua separação e continuem plenamente cientes de seus deveres para com seus filhos, o compartilhamento é o melhor modo de se estabelecer o regime de guarda. O Código Civil brasileiro regulou a guarda nas modalidades compartilhada e unilateral. Porém, desde que se atenda o melhor interesse da criança, outras formas podem ser utilizadas, como a alternada, que é aquela pela qual o pai e a mãe dividem o tempo passado com o filho, alternadamente, o que pode se dar semanalmente, mensalmente, ou até mesmo considerando-se uma certa quantidade de dias (três dias com a mãe e três dias com o pai). Esta modalidade é fortemente criticada, pois a

⁴⁴¹ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. *Idem*, p. 16.

⁴⁴² Nesse sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. V. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 243; DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 321; MONTEIRO, Washington de Barros. *Idem*, p. 287; GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Idem*, p. 72.

⁴⁴³ GROENINGA, Giselle. *Idem*, p. 80-81.

criança pode vir a perder seu referencial espacial, de residência, além do problema de haver separações e reaproximações constantes entre ela e seus pais. José Carlos Teixeira Giorgis menciona, ainda, que esse tipo de arranjo impede o estabelecimento de uma rotina na vida da criança, o que lhe é essencial.⁴⁴⁴ Denise Duarte Bruno entende ser esta a modalidade com menor probabilidade de sucesso, por gerar maior ansiedade na criança.⁴⁴⁵

Outra modalidade é a nidação ou aninhamento, pela qual a criança permanece em uma residência fixa, e são os pais que vão alternando sua presença no local. Esta modalidade é incomum, tendo em vista todos os gastos envolvidos, já que existiriam três casas a serem mantidas – a em que viveria a criança, a casa particular do pai e a casa particular da mãe.

Já a guarda unilateral, prevista pelo Código Civil no art. 1.583, §1º, primeira parte (“compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”), é a mais comum existente no Brasil, já que, normalmente, quando um casal se separa, é muito difícil que consigam, calmamente, chegar a uma convivência harmoniosa a ponto de permitir que seja estabelecida a guarda compartilhada. Nestes casos de guarda unilateral, caberá ao genitor não guardião os direitos de visita, de companhia e fiscalização (art. 1.589, CC), bem como o dever de prestar alimentos.

Em caso de ruptura da vida em comum por mais de um ano, previa o art. 11 da Lei n. 6.515/77 que os filhos ficariam em poder do cônjuge com quem já estavam durante o tempo da separação de fato. Nesta esteira, Flávio Guimarães Lauria aponta uma tendência dos Tribunais de deferir a guarda unilateral a quem já mantinha convivência com a criança.⁴⁴⁶

Por todo o exposto, pode-se chegar à conclusão que, no tópico referente à guarda, não há como se ter uma solução de plano, que possa ser objetivamente regulamentada, e que sempre vá atender o melhor interesse da criança. O que se deve ter é a análise cuidadosa de cada caso concreto, com todos os fatores e problemas que apresente, para que

⁴⁴⁴ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 69. Nesse sentido: RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. Idem, p. 15.

⁴⁴⁵ BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 12, 2002, p. 30.

⁴⁴⁶ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 74-75.

se determine, dentro daquela situação, o que é melhor para aquela criança. Pode-se, com isso, ter casos aparentemente semelhantes, mas que levem a decisões diferentes, tendo-se em vista as peculiaridades de cada um deles. Em casos de irmãos, por exemplo, pode ser que o melhor interesse de um não corresponda necessariamente ao melhor interesse do outro.

José Carlos Teixeira Giorgis apresenta alguns critérios que são usados pelos Tribunais ao decidir sobre a guarda dos filhos:

(...) apego ou indiferença a algum dos pais; pelas condições materiais, como alojamento, proximidade da escola, círculo de amizades ou ambiente social; qualidade dos cuidados; convivência com os demais irmãos, para que não haja separação entre eles; e também boas condições econômicas, embora não seja isso o critério mais afiançado, pois o menor pode ficar com o hipossuficiente e ser atendido por meio da pensão paga pelo genitor mais abonado⁴⁴⁷ ⁴⁴⁸.

Interessante acórdão que trata do tema da guarda, e que chama a atenção pela data do julgamento (1981) pode ser encontrado na RT552/70, proferido pelo TJSP (n. 8.428-1, segredo de justiça, rel. Des. João Del Nero, j. 26.05.1981). Nesse caso, o novo companheiro da mãe de três crianças fez requerimento de destituição do pátrio poder do pai biológico das mesmas. Porém, decidiu-se que o melhor para as crianças seria permanecerem sob o pátrio poder de seu genitor, sendo deferida guarda conjunta das crianças à mãe e ao seu companheiro.

Do mesmo Tribunal, destaca-se julgado⁴⁴⁹ que ressalta que nas decisões sobre guarda de filhos, não se deve deferi-la diretamente à mãe, mas ao genitor que apresente melhores condições de exercê-la, ou ainda a terceira pessoa, caso esta solução seja a que vá de encontro ao melhor interesse da criança. Tratava-se de ação de guarda, na qual o pai pretendia a guarda do filho, que ficara com a genitora por ocasião do divórcio. Uma

⁴⁴⁷ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 71.

⁴⁴⁸ Flávio Guimarães Lauria também traz critérios que devem ser considerados na atribuição da guarda, mencionados na nota 120.

⁴⁴⁹ TJSP, Ap. 0006193-93.2011.8.26.0568, 1ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, j. 05.02.13.

semana após o acordo, mudou-se a genitora para a Nova Zelândia, deixando o menor com sua irmã de dezenove anos. A avó materna criou empecilhos para o contato entre o genitor e seu filho. A sentença de primeiro grau concedeu a guarda ao pai. A genitora apelou sustentando ser a conclusão do laudo psicológico a seu favor. Ao decidir, o Relator ressaltou que questões relacionadas à guarda devem ser decididas com base no interesse do menor. Além disso, o que o laudo psicológico sugeria eram visitas à mãe, e não a guarda. Como nenhum dos genitores apresentava condições de ficar com a criança, a guarda foi deferida aos avós paternos.

Em outros julgados do mesmo tribunal, a guarda acabou por ser deferida ao genitor, restando a mãe com o direito de visitas: AI 0156621-79.2010.8.26.0000, 9ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 28.09.10 e Ap. 9174303-93.2007.8.26.0000, 2ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Boris Kauffmann, j. 24.06.08.

Interessante é o caso julgado na Ap. 9103272-76.2008.8.26.0000,⁴⁵⁰ em que houve pedido de guarda formulado por madrasta após o falecimento de ambos os genitores dos menores. A avó materna também queria a guarda. Porém, como as crianças foram criadas pela madrasta desde tenra idade, a tratando por mãe, não haveria justificativa para alteração da situação fática.

No âmbito do STJ, várias são as decisões sobre o tema, decididas tendo por base a prevalência do melhor interesse da criança: CC 124.355/PE, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 30.08.13; AgRg na MC 19.084/PI, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 19.04.12; AgRg na MC 18.329/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 20.09.11; CC 114.328/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, 2ª Seção, j. 23.02.11; CC 1.111.130/SC, Rel. Min. Nancy Andrichi, 2ª Seção, j. 08.09.10; CC 105.962/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, 2ª Seção, j. 28.04.10; CC 108.442/SC, Rel. Min. Nancy Andrichi, 2ª Seção, j. 10.03.10; REsp 964.836/BA, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 02.04.09; REsp 916.350/RN, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 11.03.08; REsp 469.914/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 04.02.03.

⁴⁵⁰ 9ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Gavra Brazil, j. 03.02.09.

Outras decisões privilegiam a guarda da criança com os avós, desde que assim se atenda o melhor interesse: REsp 1.368.066, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 20.09.13; REsp 1.182.266, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 03.09.13; REsp 1.186.086/RO, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 03.02.11; REsp 945.283/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 15.09.09; REsp 993.458/MA, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 07.10.08.

Foram encontrados Acórdãos que não chegaram a discutir o mérito por óbices processuais, como o AREsp 337.332, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 10.10.13 (ao qual foi negado seguimento por não ter havido prequestionamento, nos termos das Súmulas 282, STF e 211, STJ,⁴⁵¹ e pela falta de cotejo analítico entre Acórdãos para demonstração de dissídio jurisprudencial) e AREsp 237.376, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 27.11.12 (impossibilidade de reexame probatório – Súmula 7, STJ).

A pesquisa efetuada no STF retornou dois Acórdãos. Óbices processuais impediram a análise do mérito das questões. O primeiro deles é o Acórdão proferido no ARE 718.806/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 08.11.12, que foi obstado pela Súmula 279, STF (impossibilidade de reexame do conjunto fático probatório), bem como pelo fato de o Acórdão recorrido ter se baseado em legislação infraconstitucional para decidir, o que afastaria a competência do STF. O segundo deles⁴⁵² também foi obstado por não caber, em Recurso Extraordinário, o reexame probatório.

4.2.1. Guarda compartilhada

A guarda compartilhada, também conhecida como conjunta, é aquela em que ambos os pais detêm o poder de decisão quanto aos interesses dos filhos. De acordo com o art. 1.583, §1º, segunda parte, do Código Civil, é “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

⁴⁵¹ “Súmula 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”.

⁴⁵² RE 594.020, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, j. 29.04.09.

Esta modalidade, que se rege pelos princípios da convivência familiar, continuidade das relações familiares, afetividade e igualdade entre os cônjuges,⁴⁵³ é a que, em teoria, mais atende ao melhor interesse da criança, que continuará tendo contato direto com ambos os pais, o que proporciona a ela maior equilíbrio e tranquilidade para enfrentar a separação e continuar seu processo de desenvolvimento rumo à fase adulta, bem como a manutenção de seu direito à convivência familiar.⁴⁵⁴ Pode-se dizer, assim, concordando com Euclides de Oliveira, que a guarda compartilhada é a regra geral “(...) desde que haja conveniência para as partes envolvidas, tendo por fundamento as condições pessoais do pai ou da mãe e por farol o superior interesse do filho menor”.⁴⁵⁵

Surgiu a guarda compartilhada da doutrina norte-americana do *joint custody*, dividida em *joint physical custody* e *joint legal custody*. Vê-se, assim, que a guarda pode ser dividida em física e jurídica. Relata Flávio Guimarães Lauria que, no caso da *joint legal custody*, a criança mora com um dos pais, mas ambos permanecem responsáveis pelas decisões a serem tomadas acerca da criança. Segundo ele, este modelo aproxima-se da guarda unilateral brasileira. No segundo caso, há a guarda compartilhada física, que determina que as crianças vivam com ambos os genitores em períodos alternados. Para o autor, esta seria a guarda compartilhada.⁴⁵⁶ Deve-se ressaltar que sua obra é anterior à Lei n. 11.698/2008, que instituiu a guarda compartilhada no ordenamento brasileiro. Vê-se, assim, que o que para ele é descrito como compartilhada é, na realidade, a guarda alternada, que deve ser evitada. Aparentemente, é a *joint legal custody* que é mais próxima da atual ideia de guarda compartilhada.

José Carlos Teixeira Giorgis desdobra a guarda em guarda jurídica e guarda material. A primeira se refere às relações parentais de caráter pessoal emergentes do poder familiar, como sustento, criação, educação, proteção, correção, vigilância, entre outros; já a

⁴⁵³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Idem*, p. 79-80.

⁴⁵⁴ No sentido de a guarda compartilhada ser a melhor forma de se atender o melhor interesse da criança: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Idem*, p. 609; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698/08. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 9, n. 51, 2009, p. 98; MONTEIRO, Washington de Barros. *Idem*, p. 283.

⁴⁵⁵ OLIVEIRA, Euclides. *Direito de visitas dos avós aos netos*. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 84.

⁴⁵⁶ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 81-82.

material é a custódia propriamente dita, é a posse da criança por aquele que com ela viva.⁴⁵⁷

Mesmo na guarda compartilhada, para que a criança tenha uma maior segurança, será necessária a definição de com qual dos pais deverá residir. Porém, a grande diferença se dará quanto à guarda jurídica, que ficará sob o julgo de ambos os pais, que compartilharão as decisões quanto aos filhos. Assim, o que importa não é a igualdade no tempo passado com a criança, mas a possibilidade da tomada de decisões que influenciem na vida dela.

Ana Carolina Brochado Teixeira critica o dispositivo que trata da guarda compartilhada tendo por base o art. 1.632 do Código Civil, que prevê que nos casos de qualquer separação entre os genitores (como divórcio ou dissolução da união estável), não são alteradas “(...) as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. Segundo ela, a guarda compartilhada era desnecessária, já que, mesmo em casos de guarda unilateral, os pais deveriam continuar tomando as decisões a respeito de seus filhos de forma conjunta.⁴⁵⁸ Com isso, afirma ela que o real mérito da guarda compartilhada é mais social do que jurídico, pois vai de encontro ao novo conceito de paternidade, que expressa o desejo de participação na vida do filho durante a sociedade conjugal bem como após seu término.⁴⁵⁹

Para que a guarda compartilhada seja operacionalizada na prática, é necessário haver uma certa cumplicidade, ainda que mínima, entre os pais.⁴⁶⁰ Devido a isso, é muito difícil a aplicação prática do art. 1.584, §2º,⁴⁶¹ do Código Civil. Apesar da previsão da imposição judicial do compartilhamento nos casos de não existir acordo entre os pais, forçar uma concordância em casos de beligerância pode vir a ser extremamente prejudicial aos filhos, desatendendo-se sobremaneira seu melhor interesse e, conforme alertam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a imposição pode vir a “(..) colocar em risco a

⁴⁵⁷ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 67. Nesse sentido: SANTOS, Lia Justiniano. Idem, p. 158-159.

⁴⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 110.

⁴⁵⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 111.

⁴⁶⁰ Nesse sentido: GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 74.

⁴⁶¹ “Art. 1.584, §2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

integridade dos filhos”.⁴⁶² Para José Carlos Teixeira Giorgis, a guarda compartilhada é “(...) um modelo ideal que pressupõe a harmonia e o consenso entre os pais da criança, não havendo possibilidade de impô-la por via judicial (...)”.⁴⁶³ Lia Justiniano Santos defende que o compartilhamento da guarda é mais uma opção aos pais, não devendo ser imposto como solução única para todos os casos, pois haverá situações em que esse modelo pode ser inadequado ou contraproducente.⁴⁶⁴ Denise Duarte Bruno entende que esta modalidade de guarda é contraindicada se o casal está em conflito e é imposta judicialmente. Segundo ela, deve-se analisar se a guarda compartilhada é a que atende o melhor interesse da criança naquele caso particular.⁴⁶⁵

Nesse sentido também é a posição de Euclides de Oliveira, que entende que a efetivação prática desta modalidade só ocorrerá se houver boa vontade dos genitores, sendo abertos ao diálogo e à tomada de decisões em conjunto, não podendo simplesmente ser imposta pelo agente estatal.⁴⁶⁶ Assim, exorta ele que a guarda compartilhada deve ser aplicada pelo juiz nos casos em que seja possível e que, quando o Código Civil a menciona, está cuidando de norma programática, como um estímulo aos pais por parte do juiz, ou, em caso de litígio, como uma determinação após cuidadosa investigação que a justifique, mas ressaltando que pode ser alterada a qualquer tempo, se assim o requerer o melhor interesse da criança.⁴⁶⁷

Há defesa da posição diametralmente oposta, entendendo-se que, muitas vezes, a harmonia entre o casal somente é conseguida através da sentença judicial impondo-a. O diálogo entre eles seria recuperado em prol de beneficiar o filho. Waldir Grisard Filho, por exemplo, entende que não é o litígio entre os pais que impede a imposição da guarda compartilhada, mas o empenho dos mesmos em litigar. Nesta situação, nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.⁴⁶⁸

⁴⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Idem*, p. 610.

⁴⁶³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Idem*, p. 81.

⁴⁶⁴ SANTOS, Lia Justiniano. *Idem*, p. 164.

⁴⁶⁵ BRUNO, Denise Duarte. *Idem*, p. 31 e 36.

⁴⁶⁶ Nesse sentido: BRUNO, Denise Duarte. *Idem*, p. 37.

⁴⁶⁷ OLIVEIRA, Euclides. *Idem*, p. 82.

⁴⁶⁸ GRISARD FILHO, Waldir. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

Pode-se dizer, então, que em casos de conflito irremediável, melhor seria adotar-se alguma outra modalidade de guarda, que atendesse de fato aos interesses das crianças, sem determinar-se nenhuma modalidade como a ideal de plano. Afinal, “Através da criação de um modelo prioritário, corre-se o risco de o julgador aplicar a legislação ao caso descurando-se do princípio do melhor interesse do menor”.⁴⁶⁹

O art. 1.584, §4º, do Código Civil prevê que em caso de descumprimento do quanto previsto judicialmente sobre a cláusula da guarda, pode haver redução das prerrogativas atribuídas a seu detentor. Tal solução, embora vise instar os genitores a cumprirem o quanto acordado ou determinado judicialmente, pode vir a prejudicar a criança. Afinal, ao se aplicar diretamente este artigo, além de se estar sancionando o genitor, poder-se-á estar sancionando, também, a criança, em total desatenção ao seu melhor interesse.

O compartilhamento da guarda pode se dar não somente entre os pais, mas, também, por exemplo, entre um dos genitores e alguma outra pessoa, como a avó ou uma tia. Esta situação já é admitida pelos tribunais pátrios, como ocorre no Acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.147.138/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 11.05.10, que entendeu possível o compartilhamento da guarda entre um tio e avós paternos.

Há várias decisões no TJSP com relação ao tema da guarda compartilhada. Como exemplo, podem ser citados: AI 0066706-14.2013.8.26.0000, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 17.09.13, no qual se decidiu que, em caso de animosidade existente entre os genitores, resta inviável estabelecer-se a guarda compartilhada; Ap. 0013482-56.2010.8.26.0554, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 05.02.13, que concluiu pela manutenção da guarda compartilhada, que já vinha sendo exercida na prática pelos pais; EDecl. 0195925-81.20078.26.0100, 6ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 13.12.12, em que se decidiu pela manutenção da guarda individual exercida pelo genitor, já que essa era a situação fática, a despeito de haver sido determinada a guarda compartilhada quando da atribuição inicial da guarda; Ap. 9104655-89.2008.8.26.0000, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 06.10.09, no qual se entendeu por inviável a imposição de guarda compartilhada quando ambos os genitores disputavam a guarda unilateral.

⁴⁶⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, p. 114.

No STJ, destaca-se o REsp 1.251.000/MG (Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 23.08.11). Tratava-se de disputa de guarda unilateral pelos genitores, em que o pai requereu a guarda do filho, já que a mãe queria levá-lo para residir em outra cidade. O juiz de primeiro grau fixou a guarda compartilhada. O genitor recorreu, e o TJMG manteve a decisão. O genitor interpôs Recurso Especial. A Ministra Relatora entendeu que a guarda compartilhada existe para proteção do melhor interesse dos filhos. E isso porque “Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um exercício de fiscalização frouxo e, de regra, inócuo”. Segundo ela, exigir-se o consenso para a determinação da guarda compartilhada distorce a problemática, por focar a existência do litígio e ignorar a busca do melhor interesse, sendo que “A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta”. Admite ela que não há como se descartar a possibilidade de frustração na implementação desta modalidade de guarda pela intransigência de um ou ambos os pais. Apesar disso, é o procedimento que deve ser primariamente seguido.

Aduz o Acórdão, ainda, que a modalidade compartilhada engloba também o compartilhamento da guarda fática. E assim deve ser implementada nos limites possíveis permitidos pelas circunstâncias reais. Ressalta a diferença deste modelo para o de guarda alternada já que, nesta última, enquanto a criança está com um dos genitores, ele exerce sobre ela, de forma exclusiva, o poder familiar. Por entender, então, que a guarda compartilhada deve ser determinada mesmo no caso de desentendimentos entre os pais, foi negado provimento ao recurso.

Outro Acórdão um tanto quanto semelhante ao anteriormente narrado foi proferido no AI 1.408.011/RJ (Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 04.10.13), que também entendeu que a guarda compartilhada deve ser a regra. Caso não seja possível sua aplicação, devem ficar esclarecidos os motivos.

Há ainda outros Acórdãos, aos quais foi obstado seguimento por motivos processuais (impossibilidade de reexame fático probatório): AREsp 108.414/MS, Rel. Des. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 06.11.13; AREsp 370.901, Rel. Min. João Otávio de Noronha, decisão monocrática, j. 01.10.13; REsp 1.357.049, Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão monocrática, j. 08.02.13.

O mesmo ocorre no STF. A pesquisa efetuada retornou dois Acórdãos, cujo julgamento foi sobrestado por questões processuais: ARE 706.632/RN, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 25.10.12, obstado por não haver prequestionamento (Súmula 282) e por não ser possível o reexame fático (Súmula 279) e AI 782.792, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 19.02.10, ao qual não houve prequestionamento (Súmulas 282 e 356,⁴⁷⁰ STF).

4.2.2. Direito de visita

Na separação de um casal, quando não houver possibilidade de se adotar a guarda compartilhada, o genitor que dela ficar privado terá direito de visitas, que pode ser entendido como a possibilidade de o genitor não guardião se avistar com seus filhos, podendo ser sob a supervisão do guardião, ou de terceira pessoa, caso isso se mostre necessário ao atendimento do melhor interesse da criança. Aliás, na definição de Fábio Maria de Mattia, o direito de visita é o “reconhecimento do direito de se comunicar com o menor e sua regulamentação ao progenitor que não exerce a guarda”.⁴⁷¹ Não se restringe ao contato físico periódico com o filho, mas deve ser mais abrangente, envolvendo, entre outros, aspectos como vigilância quanto à educação e quaisquer outras comunicações, hoje extremamente facilitadas pelas novas tecnologias.

O Código Civil de 1916 não previa o direito de visitas, tendo ele surgido inicialmente com o Decreto-lei n. 9.701/46, que o assegurava, expressamente, ao genitor não guardião. Em seguida, veio a Lei n. 4.121/62, alterando o art. 326, prevendo o direito

⁴⁷⁰ “Súmula 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de Recurso Extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

⁴⁷¹ DE MATTIA, Fábio Maria. Visita: direito de. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 77. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 424.

de visita aos filhos menores em caso de separação consensual.⁴⁷² Após, a Lei n. 6.515/77 veio prever o direito de visita no art. 15, de forma ampla, ao genitor que não estivesse com a guarda do filho.⁴⁷³ Atualmente, o direito de visitas vem previsto no art. 1.589 do Código Civil.⁴⁷⁴ Euclides de Oliveira critica essa disposição, já que ficou restrita “(...) aos contatos na esfera paterna ou materna, sem atentar para os interesses de outros componentes da constelação familiar”.⁴⁷⁵

A regulamentação de tal direito será determinada levando-se em conta o melhor interesse da criança, atendendo-se suas conveniências e necessidades.⁴⁷⁶ Pode ser acordado entre os genitores ou, ainda, imposto judicialmente.

As visitas podem ser exercidas de forma livre, sem estipulação de dias e horários, parecendo ser este modo o que melhor atende o interesse das crianças. Ainda, há o regime extremamente regrado e o de visitação mínima. Naquele, haveria detalhado regramento para realização das visitas. Neste, haveria alternância de fins de semana para a visitação. Nada impede, porém, que haja uma junção da segunda com a terceira modalidade. Flávio Guimarães Lauria defende que o melhor a se fazer é ter-se uma regulamentação bem específica, devendo os pais, na prática, transformá-la em visitação livre. Assim, em casos de eventuais conflitos, seguir-se-ia o quanto já detalhadamente estabelecido.⁴⁷⁷

Esse direito pode ser dividido em direito de visitas e direito à visitas.⁴⁷⁸ O direito de visitas seria, a princípio, o direito que o genitor teria de se avistar com seus filhos. Porém, o acesso ao direito de visitas deve ser dado a todas as pessoas que guardem alguma afinidade com a criança, sejam parentes consanguíneos ou não, como avós, tios, primos, amigos, pais afins ou mães afins.

⁴⁷² “Art. 326. §2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita”.

⁴⁷³ “Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

⁴⁷⁴ “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

⁴⁷⁵ OLIVEIRA, Euclides. *Idem*, p. 85.

⁴⁷⁶ Nesse sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. *Idem*, p. 290; DE MATTIA, Fábio Maria. *Visita...*, p. 431; DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 324.

⁴⁷⁷ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 86.

⁴⁷⁸ Discorre sobre essa diferenciação: DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 324.

O direito de visitas pode ser visto, também, como um dever dos pais com relação aos filhos, titulares do direito à visita. Nesse sentido se coloca Regina Beatriz Tavares da Silva, entendendo que esse viés de dever é advindo do art. 1.634 do Código Civil, quando expressa que “compete” aos pais terem os filhos “em sua companhia e guarda”.⁴⁷⁹

Já o direito à visita é o direito que o filho tem de ter a presença do genitor não guardião em sua vida, bem como a de demais pessoas com quem tenha algum tipo de relação afetiva (avós, padrinhos, demais parentes, e até amigos, por exemplo).

Há, então, dois interesses que devem ser sopesados: o direito à visita e o direito de visita. Embora o direito à visita deva prevalecer, visto que seu detentor é a criança, titular do melhor interesse, não deixa o titular do direito de visita de também ter interesses. Segundo Flávio Guimarães Lauria, a principal consequência do direito do visitador seria a proteção de seu direito por meio da tutela jurisdicional.⁴⁸⁰ Mais adiante, apresenta o autor um terceiro interesse que poderia estar envolvido na situação: o interesse do guardião de que o visitador cumpra seu dever de visitas, para que possa exercer sua “(...) pretensão de estar livre dos cuidados para com o filho nos períodos reservados às visitas”.⁴⁸¹

Em casos de eventuais conflitos envolvendo o direito à visita e o direito de visita, é o primeiro que deverá prevalecer, e isso para se atender ao melhor interesse da criança.⁴⁸² Observa Silvio Rodrigues que desde há muito o melhor interesse da criança é o norteador de decisões judiciais que envolvam direitos de menores: “A preocupação de melhor atender ao interesse do menor é de tal modo relevante que derogava todas as regras e inspirava o julgador em todas as decisões”.⁴⁸³ Corroborando o quanto dito, o autor traz narrativa de caso envolvendo guarda, julgado em São Paulo (Ap. Cível 77.322), e que teve seguimento até o STF, em que ficou decidido que “Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento pode o juiz ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O

⁴⁷⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares. Guarda de filhos não é posse ou propriedade. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 178.

⁴⁸⁰ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 94.

⁴⁸¹ LAURIA, Flávio Guimarães. *Idem*, p. 95.

⁴⁸² Nesse sentido: CAHALI, Yussef Sahid. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 932; NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 305; DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 326.

⁴⁸³ RODRIGUES, Silvio. *Idem*, p. 243-244.

que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou da mãe”.⁴⁸⁴ Na verdade, o que mais chama a atenção para o caso é a data do julgado: vinte de dezembro de 1967. Isso mostra que mesmo antes da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) e antes da Constituição Federal, o interesse da criança e do adolescente já preponderava sobre outros eventuais interesses em conflito.

O direito de visita é irrenunciável e, devido a isso, desde que não haja relevante motivo, baseado no melhor interesse da criança,⁴⁸⁵ não pode haver sua supressão nem por decisão judicial nem por meio de acordo entre os genitores. E sendo baseado no interesse da criança, sua extensão depende do grau de afinidade existente entre a criança e a pessoa que a visita. Caso haja rejeição por parte da criança, as visitas podem ser acompanhadas por pessoa que goze de sua confiança, além de poderem ser realizadas em local neutro, até mesmo nos fóruns, em salas específicas para tal intento.

Outro problema que pode surgir na seara do direito aqui analisado é a negativa do genitor detentor da guarda de permitir o direito de visita do outro genitor, ou de terceira pessoa. Ainda, pode ser mencionado o caso de o visitador se recusar a realizar as visitas. Nesses casos, além do direito do filho à visita, há ainda violação do direito ou do visitador, no primeiro caso, ou do guardião, no segundo. Assim, medidas judiciais podem ser tomadas para que se evitem tais situações.

Uma dessas medidas é a busca e apreensão da criança, que pode ser deferida tanto no caso de o guardião se recusar a entregar a criança ao visitador quanto no caso de o visitador não devolver a criança dentro do prazo determinado. Porém, como adverte Flávio Guimarães Lauria, tal medida deve ser excepcional, não podendo se tornar rotineira, devido às graves consequências que pode provocar no desenvolvimento psicológico da criança, causando trauma que pode ser superior ao bem que se pretende proteger com as visitas.⁴⁸⁶ Critica o autor a busca e apreensão entendendo ser incompatível esta forma de implementação dos direitos de visita e à visita com o melhor interesse da criança, podendo ser considerada, inclusive, medida que viola tanto o art. 227 da CF quanto o art. 18 do

⁴⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. Idem, p. 244.

⁴⁸⁵ Nesse sentido é a posição de Fábio Maria de Mattia: “(...) não se poderia negar ao pai o exercício do direito de visita, a não ser por determinação judicial fundamentada no interesse do menor”. (*Visita...*, p. 429).

⁴⁸⁶ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 99-100.

ECA, que determina que é obrigação de todos colocar crianças e adolescentes a salvo de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.⁴⁸⁷

Outra medida que pode ser tomada, a princípio viável quando há turbacão aos direitos à visita e de visita, é a inversão da guarda ou suspensão e perda do poder familiar. Nesse sentido é a lição de Fábio Maria de Mattia, quando trata da negativa infundada do guardião de permitir a visita.⁴⁸⁸ Crítica tal posição Flávio Guimarães Lauria, entendendo que estas medidas não tutelam, de fato, os direitos de visitar e de ser visitado, já que “(...) não representam nenhum passo sequer no sentido de prover ao sujeito o objeto de sua pretensão ou representar uma reparação dos prejuízos causados pelo inadimplemento”. Como exemplo, menciona hipótese de criança de tenra idade que não tenha muito contato com o visitador. Caso o guardião impedisse as visitas, a inversão da guarda não traria qualquer benefício para a criança, que deixaria de conviver com quem se sente confortável, para restar na companhia de alguém com quem não tem muita afinidade.⁴⁸⁹

O que não se pode olvidar é o fato de que tanto o regime de guarda quanto o de visitas estão subordinados à cláusula *rebus sic stantibus*, podendo ser alterados sempre que assim o exigir o melhor interesse da criança.⁴⁹⁰

O direito de visitas pode ser estendido para além dos genitores, abrangendo também os avós, ainda que com a oposição dos primeiros.⁴⁹¹ Essa oposição é válida em caso de haver, de fato, razões plausíveis que mostrem que as visitas serão prejudiciais à criança. Esta é a posição de Fábio Maria De Mattia, exemplificada com a atitude dos avós de “estimularem na criança um sentimento de animosidade para com quem exerça a guarda ou de exercer sobre a criança uma influência moralmente nefasta”.⁴⁹²

⁴⁸⁷ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 100-101.

⁴⁸⁸ DE MATTIA, Fábio Maria. *Visita...*, p. 425.

⁴⁸⁹ LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 102.

⁴⁹⁰ Nesse sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. Idem, p. 291; DE MATTIA, Fábio Maria. *Visita...*, p. 425 e 426; LAURIA, Flávio Guimarães. Idem, p. 37-38; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Idem, p. 184.

⁴⁹¹ Nesse sentido: DE MATTIA, Fábio Maria. *Avô...*, p. 532; CAHALI, Yussef Sahid. Idem, p. 954.

⁴⁹² DE MATTIA, Fábio Maria. *Avô...*, p. 535-536. Nesse sentido: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direitos e deveres...*, p. 34.

Ressalte-se que a possibilidade de visita pelos avós vai de encontro ao direito da criança e do adolescente à convivência familiar,⁴⁹³ se fundando tanto nas obrigações advindas da relação de parentesco quanto na solidariedade familiar.⁴⁹⁴ Esse direito dos avós existe não somente em caso de dissolução da relação entre os pais, mas ainda quando de sua convivência, desde que, por qualquer motivo não justificável, impeçam os avós de se avistarem com os netos.

O Código Civil de 1916 não previa esse direito, mas a doutrina e a jurisprudência da época o reconheciam.⁴⁹⁵ O Código Civil de 2002, por sua vez, também não previa, originalmente, o direito de visitas pelos avós. Porém, desde 2001, já tramitava Projeto de Lei (PL n. 4.486, apresentado pela Senadora Luzia Toledo), visando estender a eles tal direito. Em vinte e oito de março de 2011 foi sancionada a Lei n. 12.398, que acrescentou parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil,⁴⁹⁶ bem como deu nova redação ao inciso VII do art. 888 do Código de Processo Civil.⁴⁹⁷

Além do vínculo familiar, a lei confere aos avós algumas obrigações para com os netos, que podem requerer judicialmente medidas de proteção à criança em caso de abuso de poder pelos pais (art. 1.637, CC), tendo o dever de prestar alimentos, no caso de impossibilidade do genitor (art. 1.696, CC), além de ser tutores legítimos preferenciais (art. 1.731, CC) e sucessores hereditários necessários (arts. 1.829, II, 1.836 e 1.845, CC).

O Enunciado n. 333, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, determina que “O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor

⁴⁹³ Nesse sentido, Euclides de Oliveira admoesta que “A consideração primeira é de que se busque a preservação da comunidade familiar em que se integra o menor, como parte do seu contexto de vida em sociedade” (Idem, p. 80).

⁴⁹⁴ Nesse sentido: DE MATTIA, Fábio Maria. *Avô...*, p. 533; MONTEIRO, Washington de Barros. Idem, p. 292; OLIVEIRA, Euclides de. Idem, p. 91; GONÇALVES, Carlos Roberto. Idem, p. 292-293.

⁴⁹⁵ No sentido de ser admitido o direito de visita pelos avós, antes da alteração legislativa: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direitos e deveres...*, p. 30 e 33.

⁴⁹⁶ “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”.

⁴⁹⁷ “Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: VII – a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós”.

interesse”. Isso significa que, caso as visitas dos avós, por qualquer motivo, interfiram no melhor interesse da criança, podem elas ser restringidas ou até mesmo suspensas.

Para que seja garantido à criança e ao adolescente o direito ao convívio familiar e à afetividade, o direito de visitas pode, e deve, ser estendido para além dos genitores e avós, abarcando demais parentes que tenham relação afetiva com a criança, ou, mesmo, pessoas sem qualquer vínculo consanguíneo, como vizinhos ou amigos, desde que se atendendo ao melhor interesse da criança.⁴⁹⁸ Assim, o direito de visitas não se restringe ao cônjuge que não detenha a guarda, mas a todas as pessoas que tenham alguma relação de afetividade com a criança ou adolescente. Logo, até mesmo a um amigo⁴⁹⁹ ou a padrinhos de batismo⁵⁰⁰ o direito de visita poderia ser concedido. Analisando os padrinhos de batismo, Fábio Maria de Mattia entende tratar-se “(...) do parentesco espiritual do direito canônico”.⁵⁰¹ Transportando-se essa ideia para os dias atuais, podemos interpretar o parentesco espiritual como a relação de afeto existente entre as pessoas.

Atualmente, com a paternidade socioafetiva, o direito de visitas também deve ser estendido a quem, não tendo vínculo biológico com a criança, conviveu por união estável ou casamento com seu genitor, fazendo surgir um vínculo de afinidade e posse do estado de filho. É o caso, por exemplo, de decisão prolatada pelo TJSP, na Ap. 9160070-57.2008.8.26.0000, 8ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 17.06.09, que tratava de ação de regulamentação de visitas proposta por madrasta, com quem a criança manteve estreita convivência, concluindo o Acórdão por ser necessária a manutenção desses laços.

Na verdade, alçando-se o direito à convivência familiar à categoria de direito fundamental da criança, não se deveria mais utilizar-se a nomenclatura ‘direito de visitas’, ou até mesmo ‘direito à visita’, substituindo-as por direito à convivência familiar. O direito de se avistar e ter contato com as pessoas com quem mantenha relação familiar ou afetiva

⁴⁹⁸ Nesse sentido: DE MATTIA, Fábio Maria. *Visita...*, p. 428; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 351; OLIVEIRA, Euclides de. *Idem*, p. 41.

⁴⁹⁹ No sentido de ser possível a concessão do direito de visitas a um amigo da criança, ou qualquer pessoa a quem ela tenha afeição: OLIVEIRA, Euclides de. *Idem*, p. 91; DINIZ, Maria Helena. *Idem*, p. 324.

⁵⁰⁰ No sentido de ser possível a extensão do direito de visitas aos padrinhos: DE MATTIA, Fábio Maria. *Visita...*, p. 429; BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 2, n. 5, 2000, p. 48.

⁵⁰¹ DE MATTIA, Fábio Maria. *Visita...*, p. 429.

leva, necessariamente, ao direito da criança de conviver com tais pessoas. É assim que se estará atendendo seu melhor interesse nesta seara.

Com relação a julgados que podem ser encontrados sobre o tema, destacam-se alguns proferidos pelo TJSP, entendendo que o direito de visitas deve ser regulamentado, mantido ou alterado tendo-se em vista o interesse da criança: AI 0098477-10.2013.8.26.000, 5ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Moreira Viegas, j. 18.09.13; AI 0086898-65.2013.8.26.0000, Rel. Des. Donegá Morandini, decisão monocrática, j. 09.05.13; Ap. 0028197-10.2009.8.26.0564, 8ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 10.04.13; AI 0195836-91.2012.8.26.000, 6ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 07.03.13 (neste caso, ficou determinada a impossibilidade de suspensão desse direito do pai com relação às filhas sem haver fatos graves relacionados às visitas); Ap. 00005127-74.2004.8.26.0099, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 11.11.10; AI 0098918-93.2010.8.26.0000, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 13.04.10; AI 0054891-25.201.8.26.0000, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Fábio Quadros, j.11.03.10; Ap. 9179352-47.2009.8.26.0000, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 21.01.10; Ag. Interno 0284428-19.2009.8.26.0000, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Maia da Cunha, j. 13.01.10.

Sobre a extensão do direito de visitas aos avós, podem ser mencionados os seguintes Acórdãos do TJSP: Ap. 003681-28.2009.8.26.0045, 1ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Christine Santini, j. 30.04.13; AI 0304629-61.2011.8.26.0000, 5ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. James Siano, j. 22.02.12; AI 9040777-59.2009.8.26.0000, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 04.08.09; AI 0130523-96.2006.8.26.0000, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Maia da Cunha, j. 25.08.06.

Com relação ao STJ, destacam-se três Acórdãos que entendem que o direito de visitas deve ser determinado de acordo com o melhor interesse da criança: MC 019.404/SC, Rel. Des. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 12.06.12; REsp 1.032.875/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 28.04.09; REsp 964.836/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 02.04.09.

Junto ao STF, a pesquisa efetuada trouxe como resultado os seguintes Acórdãos: AI 704.552/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, j. 13.08.10, cujo julgamento foi obstado devido à proibição da Súmula 279 de reexame probatório; HC 99.369/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, j. 09.06.09, que tratava de ação e posteriores recursos interpostos por avós com o fito de visitar seu neto. Porém, por questões processuais, negou-se seguimento ao pedido, entendendo o Ministro que não cabe esse tipo de discussão em sede de *habeas corpus*, específico para proteger a liberdade de locomoção; AI 506.202/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, j. 24.05.04, ao qual se negou seguimento por não ter havido prequestionamento (Súmulas 282 e 356) e por ter o Acórdão recorrido aplicado ao caso somente legislação infraconstitucional e, em havendo violação a dispositivo constitucional, seria ela indireta ou reflexa (Súmula 636).⁵⁰²

4.3. Educação

A educação talvez seja, logo após o direito à vida e à saúde, o direito mais importante que uma pessoa tem, já que, através dele, é possível requerer todos os outros direitos. Além disso, ele proporciona uma melhor inserção da pessoa na sociedade. A educação pode levar alguém a alterar o curso de sua própria história.

Mariana Sant'Ana Miceli ressalta que a educação pode ser vista como mecanismo de desenvolvimento, tanto pessoal quanto da sociedade. Assim, está associada à liberdade de aprender, pesquisar e divulgar conhecimento.⁵⁰³ Para Paulo Afonso Garrido de Paula, deve funcionar como “(...) instrumento de transposição da marginalidade para a cidadania”.⁵⁰⁴ Segundo Tânia da Silva Pereira, educar é conduzir a criança no processo de aprendizagem, no desenvolvimento social, da personalidade e do caráter.⁵⁰⁵ Nas palavras de José Manuel de Torres Perea, é pela educação que a criança amadurece e alcança autonomia, vindo a ser responsável por seus atos.⁵⁰⁶

⁵⁰² “Súmula 636. Não cabe Recurso Extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

⁵⁰³ MICELI, Mariana Sant'Ana. *Idem*, p. 284.

⁵⁰⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Idem*, p. 95.

⁵⁰⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança...*, p. 138.

⁵⁰⁶ PEREA, José Manuel de Torres. *Idem*, p. 33.

De acordo com José Carlos Teixeira Giorgis, compreende a formação cultural da criança e adolescente em todos os níveis, com o objetivo de sua posterior inclusão no mercado de trabalho.⁵⁰⁷ Para Motauri Ciocchetti de Souza, o processo educacional abrange transmissão de valores e experiências entre as gerações, fazendo com que as mais novas alcancem interação social, além de proporcionar meios e instrumentos para manter, aprimorar e retransmitir a seus sucessores seus valores, comportamentos socialmente adequados e arcabouço cultural. Continua ele afirmando que “(...) a educação está para a existência da sociedade assim como a saúde se encontra para o exercício do direito à vida”.⁵⁰⁸ Segundo Mâra Barbosa Tavares, é através do conhecimento que se atenderá o princípio do melhor interesse da criança, sendo a educação fundamental para ajudar a criança a escapar da marginalidade e tornar-se cidadã “com vez e voz” na sociedade. Mais adiante, afirma ainda que é através da educação que a pessoa será capaz de defender seus direitos e fazer reivindicações.⁵⁰⁹

Rodrigo Albuquerque de Victor entende servir a educação como alicerce para a materialização de outros direitos, já que o indivíduo tomará consciência de suas liberdades, de seus direitos e da importância dos seus deveres. Acrescenta que sem educação a pessoa dificilmente conseguirá uma existência digna, tendo suas chances no mercado de trabalho diminuídas. Assim, é uma forma de erradicação da pobreza e da marginalização. Apresenta ele uma diferenciação entre educação e instrução, estando a primeira ligada à formação moral e ética da pessoa, enquanto a segunda remete a conhecimentos técnicos.⁵¹⁰

Quanto se trata do adimplemento do melhor interesse da criança por parte do Estado, talvez o fornecimento de educação de qualidade seja o ponto mais importante.

Pode-se afirmar que a história da educação no Brasil começou com as escolas dos jesuítas, já que se entendia que a evangelização seria mais rápida se os índios soubessem ler e escrever. Já no século XVIII, inspirado pelos ideais iluministas, o Marquês de Pombal retirou o múnus da educação da igreja, transferindo-o para o governo. Em 1808, com a

⁵⁰⁷ GIORGIS, José Carlos Teixeira. Idem, p. 66.

⁵⁰⁸ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 9-10.

⁵⁰⁹ TAVARES, Mâra Barbosa. Idem, p. 628 e 631.

⁵¹⁰ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61-63.

vinda da família real ao Brasil, o sistema educacional passou a ser dirigido unicamente aos filhos dos senhores das classes dominantes.⁵¹¹

Com relação à previsão do direito à educação nas Constituições, tem-se que a primeira delas, de 1824, trazia no art. 179, XXXII, que a instrução primária seria gratuita e se estenderia a todos os cidadãos. Já a Constituição de 1891 previa, em seu art. 72, §6º, que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria leigo. A próxima Constituição, de 1934, dedicou-se mais ao tema, prevendo a ele um capítulo inteiro (Capítulo II do Título V, abrangendo os artigos 148 a 158, além do art. 10, VI, que previa a competência concorrente da União e dos Estados na difusão da instrução pública em todos os seus graus).

Em 1937, a educação passou a ser regulada sob o epíteto “Da Educação e da Cultura”, englobando os arts. 128 a 134. O art. 130 estabelecia especificamente que o ensino primário deveria ser obrigatório e gratuito. Porém, deixou de prever patamares mínimos de investimentos públicos na área. A Constituição de 1946 determinava, em seu art. 5º, XV, d, a criação de lei de diretrizes e bases da educação nacional. A educação em si vinha prevista no Título V, Capítulo II, “Da Educação e da Cultura”, abrangendo os arts. 166 a 175. Voltou-se a prever patamares mínimos de investimento público para manutenção e desenvolvimento do ensino. O art. 168 caracterizava o ensino primário como obrigatório e gratuito. Foi sob a égide desta Constituição que entrou em vigor a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal n. 4.024/61).

A Constituição de 1967 não trouxe muitas alterações, embora tenha suprimido a vinculação de recursos orçamentários na área. Vinha o tema previsto no Título IV, “Da Família, da Educação e da Cultura”, nos arts. 168 a 172. Já a Constituição de 1969 não trouxe alterações, a não ser quanto aos artigos que tratavam do tema, que passaram a ser do art. 176 ao art. 180. A EC n. 24/83 voltou a prever a vinculação orçamentária para a educação.

O art. 6º da Constituição Federal prevê a educação como o primeiro dos direitos sociais. Seus arts. 205 e seguintes tratam do tema especificamente. Já o ECA a prevê a

⁵¹¹ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Idem, p. 28-29.

partir do art. 53. Atualmente, o viés da educação não é mais integrar o aluno à sociedade existente, mas, sim, fazer do aluno um ser participante e modificador da sociedade. Com isso, a educação para o terceiro milênio deve apoiar-se em quatro pilares recomendados pela UNESCO, quais sejam, aprender a conhecer, a fazer, a viver junto e a ser.⁵¹²

A Constituição inaugura a seção referente à educação ressaltando ser ela um direito de todos, competindo ao Estado, à família e à sociedade sua promoção. O objetivo da educação também vem previsto nesse art. 205, entendido como o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, o art. 205 tem o objetivo claro de atribuir justiciabilidade ao direito à educação, significando que, em caso de descumprimento da prestação da educação pelo Poder Público, esse direito deverá ser reivindicado judicialmente.⁵¹³

Há previsão constitucional dos princípios que regem o direito à educação formal no Brasil, basicamente, no art. 206. Segundo Motauri Ciocchetti de Souza, o objetivo da educação formal é o pleno desenvolvimento da pessoa, e seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.⁵¹⁴ Primeiramente, pode-se ressaltar que seu inciso I prevê a aplicação do princípio da igualdade ao ensino, estabelecendo igualdade de condições de acesso e permanência na escola (repetido pelo art. 53, V, ECA e art. 4º, X, LDB - Lei n. 9.394 de vinte de dezembro de 1996). O acesso também é importante, devendo a criança ser matriculada em estabelecimento próximo à sua residência. Caso isso não seja possível, o Estado deverá fornecer transporte até outro local.

Já o inciso II do referido artigo traz o direito à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. O próximo princípio contemplado é o do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, nesse pluralismo estão englobadas todas as linhas de pensamento e de transmissão de conhecimento.⁵¹⁵ Prevê-se,

⁵¹² TAVARES, Mára Barbosa. *Idem*, p. 637 e 647.

⁵¹³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 490.

⁵¹⁴ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Idem*, p. 39.

⁵¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Idem*, p. 1422.

ainda, a gratuidade do ensino público (inciso IV), que engloba matrículas, taxas, mensalidades, material e suporte necessário para o bom desenvolvimento do projeto pedagógico.⁵¹⁶

Após, no inciso V, tem-se a valorização dos profissionais do ensino, a gestão democrática do ensino público (inciso VI), o padrão de qualidade de ensino que deve ser mantido (inciso VII), culminando com a autonomia universitária (art. 207) que, nas palavras de André Ramos Tavares, é a impossibilidade de o Estado ingerir nos assuntos que dizem respeito à consecução das finalidades próprias da universidade.⁵¹⁷ Ressalta Kildare Gonçalves Carvalho que a autonomia é didático-científica, além de administrativa e de gestão financeira e patrimonial.⁵¹⁸

O art. 208 traz as garantias a serem dadas pelo Estado no cumprimento de seu dever de educação. Exemplificativamente, podem ser citados os incisos III, que prevê atendimento educacional especializado para portadores de deficiências físicas, e o VI, com a oferta de ensino noturno regular.

Um dos pontos mais importantes sobre o direito à educação é seu caráter de direito público subjetivo.⁵¹⁹ Assim, o indivíduo tem o poder de exigí-lo frente ao Estado, contra quem terá um direito de crédito.

Alguns direitos fundamentais da pessoa a ser educada, constantes tanto da CF quanto do ECA, são o direito ao respeito (art. 227, CF e arts. 17 e 53, II, ECA), igualdade de condições para acesso e permanência na escola (art. 206, I, CF e art. 56, I, ECA), direito de contestar critérios avaliativos (art. 53, III, ECA), bem como de organizar e participar em atividades estudantis (art. 5º, XVII, CF e art. 53, IV, ECA).

O artigo 214 da Constituição prevê o estabelecimento de Plano Nacional de Educação (PNE), de duração decenal. A Lei n. 10.172, de nove de janeiro de 2001 aprovou

⁵¹⁶ SOUZA, Motaury Ciocchetti de. Idem, p. 43.

⁵¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 811-812.

⁵¹⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1258-1259.

⁵¹⁹ Nesse sentido: SIFUENTES, Mônica. *Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 43.

o PNE 2001-2010. O novo PNE ainda está sendo discutido. É o PL n. 103/2012. Em vinte e cinco de setembro deste ano, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) o aprovou. Em vinte e nove de outubro de 2013, o PNE passou pela quarta Audiência Pública, para debates. O novo PNE tem vinte metas para serem implementadas durante o decênio de sua vigência. A Meta 20 é considerada uma das mais polêmicas, por tratar do percentual do PIB que deverá ser investido na educação, chegando a 10% no final do decênio. Outras metas que podem ser citadas, a título exemplificativo, são as seguintes: Meta 01, cujo objetivo é universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para crianças de quatro e cinco anos, e ampliar a oferta de vagas em creches para atender, até 2020, no mínimo 50% das crianças de até três anos; Meta 06, que prevê o oferecimento de educação em tempo integral em no mínimo 50% das escolas públicas; Meta 09, cujo objetivo é erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em 50% a taxa de analfabetismo funcional.

A educação é organizada em dois níveis, conforme prevê o art. 21 da LDB: educação básica e educação superior, sendo que a primeira se subdivide em educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

A expulsão não pode ser vista como penalidade aceitável, já que tanto a CF quanto o ECA preveem a educação como direito fundamental.⁵²⁰ Além disso, não pode a escola particular vedar a frequência do aluno em razão de falta de pagamento das mensalidades. Caso isso ocorra, deve o aluno recorrer ao Judiciário para ver resolvida adequadamente a questão.⁵²¹

Pelo mesmo motivo, a criança não pode vir a sofrer qualquer tipo de retaliação pelo fato de seus pais estarem inadimplentes. O direito à educação não é decorrente de relação contratual, mas é direito fundamental. Nas palavras de Paulo Afonso Garrido de Paula, “(...) tais direitos decorrem não de um contrato, mas, essencialmente, da própria condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento e do caráter público da educação”.⁵²²

⁵²⁰ Nesse sentido: PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Idem, p. 98; SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Idem, p. 19; VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. Idem, p. 48; SIMAS, Ulisses Fialho. Idem, p. 616.

⁵²¹ TAVARES, Mâra Barbosa. Idem, p. 646.

⁵²² PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Idem, p. 99.

Os pais devem participar ativamente do processo de educação de seus filhos, recaindo sobre eles deveres previstos pela CF, pelo ECA e também pelo Código Civil. O art. 205, da CF, é claro em afirmar que a educação é dever da família, cabendo aos pais o dever de educar os filhos menores (art. 229). Esse dever também é previsto pelo art. 22, do ECA, que traz, em seu art. 55, o dever de matricular os filhos na rede regular de ensino. Ainda, devem os pais acompanhar a frequência e aproveitamento escolar (art. 129, V). Também é um dos atributos do poder familiar (art. 1.634, I, Código Civil). Caso os pais deixem de atender esse direito fundamental da criança, podem vir a ser suspensos ou destituídos do poder familiar (art. 1.638, CC), bem como serem agentes do crime de abandono intelectual (art. 246, CP).

4.3.1. Educação básica

A educação básica, conforme mencionado anteriormente, se subdivide em educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (art. 21, LDB).

A LDB traz os princípios concernentes à educação básica: grade curricular comum a todas as redes de ensino (arts. 23, §1º e 26); carga horária mínima de oitocentas horas/aula anuais para os ensinos fundamental e médio (art. 24, I) e verificação do rendimento escolar (art. 24, V)

A educação infantil vem regulamentada em seus arts. 29 a 31, sendo sua finalidade o desenvolvimento integral de crianças até cinco anos, englobando aspectos físicos, psicológicos, intelectuais e sociais, como forma de complementação às ações da família e da comunidade. O art. 30 prevê que seu oferecimento se dará em creches ou estabelecimentos equivalentes para crianças até três anos, e em pré-escolas, para crianças de quatro ou cinco anos.

O ensino fundamental, previsto nos arts. 32 a 34 da LDB, é obrigatório e gratuito, com duração de nove anos, tendo início com os seis anos da criança. Seu objetivo é a formação básica do cidadão. Segundo Mônica Sifuentes, a ampliação para nove anos se justifica pelo objetivo de inclusão das crianças no sistema educacional, especialmente as

advindas de setores populares, já que as crianças de seis anos das classes média e alta já se encontram incorporadas ao sistema de ensino.⁵²³

Já o ensino médio (arts. 35 e 36, LDB) terá duração mínima de três anos, tendo por finalidade a consolidação e aprofundamento dos conhecimentos até então adquiridos, bem como preparação básica para o trabalho e para a cidadania, aprimoramento do aluno como pessoa humana, incluindo formação ética e desenvolvimento do pensamento crítico e da autonomia intelectual e, por fim, a compreensão dos fundamentos científicos e tecnológicos de processos produtivos.

O inciso I do art. 208 estatui a obrigatoriedade e gratuidade da educação básica, dos quatro aos dezessete anos. Porém, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior entendem que é equivocado apontar-se apenas o ensino fundamental dotado de obrigatoriedade, já que esta abrange toda a educação básica.⁵²⁴

Motauri Ciocchetti de Souza vai mais além na análise da obrigatoriedade e gratuidade. Analisando o art. 208 da Constituição, ressalta ele que não há hierarquia ao se enumerar as áreas de atuação do Estado na educação. Essa afirmação é corroborada pelo art. 211, que define que cabe aos Municípios atuar, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil, sem se fazer distinção quanto ao caráter imperativo das ofertas (§2º). Assim, conclui que ao Estado é obrigatória a oferta tanto do ensino fundamental quanto da educação infantil. Apesar de somente o inciso I do art. 208 trazer a locução ‘obrigatório’, ele deve ser lido no contexto a que pertence. Logo, todas as regras do art. 208 são de atendimento e observância obrigatórios, e isso porque prevê o *caput* que o dever do Estado em relação à educação será efetivado mediante a garantia de atendimento nas formas e situações previstas nos incisos do dispositivo. Segundo ele, “(...) o Estado somente atenderá a seus deveres, se assegurar (*rectius* garantir) atendimento educacional no ensino infantil, inclusive às crianças portadoras de deficiência”.⁵²⁵

Segue o mencionado autor explicando, então, o uso do vocábulo ‘obrigatório’ somente no inciso I do art. 208. A referida obrigatoriedade da educação fundamental se

⁵²³ SIFUENTES, Mônica. Idem, p. 150-151.

⁵²⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Idem, p. 491.

⁵²⁵ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Idem, p. 48-50.

volta não só para o Estado, mas também para a família e, assim, caso os pais não adotem providências necessárias para que seus filhos cursem ao menos o ensino fundamental, estarão incorrendo no crime do art. 246 do CP (abandono material).⁵²⁶ Esta é a posição defendida por esta pesquisa.

Já Mônica Sifuentes defende posição contrária. Segundo ela, como a CF trata apenas do ensino fundamental como gratuito e obrigatório, somente a ele há outorga expressa da característica de ser direito público subjetivo.⁵²⁷ E essa característica leva à acionabilidade imediata do instituto, em caso de sua violação. Entende que os outros direitos ligados à educação também possuem acionabilidade, mas com relação ao direito ao ensino fundamental, essa característica é inegável, não estando sujeita à interpretação diversa.⁵²⁸

Questão que causa perplexidade é a relativa à possibilidade ou não da educação ser feita em seara domiciliar. Nesses casos, as crianças não seriam enviadas à escola, optando seus pais por se encarregar de ensiná-los. Estariam os pais preocupados em que os filhos de fato aprendessem, tendo-se em vista todos os problemas pelos quais passa o ensino escolar brasileiro. Seria a educação domiciliar, assim, uma forma de adimplir com o melhor interesse da criança, ao proporcionar a ela ensino de qualidade, com o objetivo de torná-la uma cidadã funcional e prepará-la adequadamente para o mercado de trabalho.

A princípio, apesar do quanto previsto no art. 249 do ECA,⁵²⁹ tal opção pedagógica seria admissível, já que não proibida pelo ordenamento jurídico, devendo haver, porém, fiscalização estatal para comprovação de sua efetiva aplicação bem como eficácia potencial. Nesse sentido, vale destacar interessante julgado do TJSP, em caso em que os pais de duas meninas interpuseram recurso de Apelação por terem sido multados em três salários mínimos por não as terem adequadamente matriculado no ensino fundamental. Os pais tomaram essa atitude por entender que a escola era fraca e por terem entendimento neste tipo de metodologia de ensino, já que assim haviam educado filho mais velho. O

⁵²⁶ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Idem*, p. 51.

⁵²⁷ SIFUENTES, Mônica. *Idem*, p. 67.

⁵²⁸ SIFUENTES, Mônica. *Idem*, p. 74.

⁵²⁹ “Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar. Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

Relator do Acórdão ressaltou que a CF, em seu art. 206, I, preconiza a liberdade de aprender e ensinar, bem como o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (inciso III), repetidos pela Lei n. 9.394/96 (LDB), em seu art. 3º, II e III. Ainda, o art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem prescreve a prioridade dos pais em escolher o gênero de educação a dar a seus filhos. Ainda, o art. 24, LDB, prevê que a classificação do aluno em qualquer série ou etapa, com exceção da primeira, pode ser feita independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola. Apesar de a educação recair prioritariamente sobre a família, cabe ao Estado sua fiscalização. Assim, no caso sob estudo, apesar de se entender que é possível a educação domiciliar, o resultado de primeiro grau foi mantido, “(...) não por considerar-se ilegítima a opção dos apelantes pela educação domiciliar, conforme exaustivamente demonstrado, mas sim ante a postura processual adotada, em tudo e por tudo alheia à fiscalização estatal, cujo exercício não pode ser cerceado, presente a diretriz principiológica do superior interesse dos menores”.⁵³⁰

Porém, o STJ, em decisão anterior à prolatada pelo TJSP,⁵³¹ decidiu em sentido oposto, entendendo que há impossibilidade dessa opção pedagógica por não haver previsão constitucional ou legal a autorizar os pais a ministrarem a seus filhos as disciplinas do ensino fundamental em casa e por não haver controle do poder público em relação à frequência e ao total de horas letivas indispensáveis. Tratava-se de casal, pais de três filhos, de nove, oito e seis anos, que impetraram Mandado de Segurança contra ato do Ministro da Educação que homologara parecer emitido pela Câmara de Ensino Básico do Conselho Nacional de Educação, que negava a pretensão de que as crianças fossem educadas pelos pais em regime domiciliar, embora estivessem matriculadas em escola para a realização apenas das provas e para obtenção de certificado quando da conclusão do ensino fundamental. Inclusive, havia nos autos avaliação feita pela escola quando da matrícula das crianças, demonstrando estarem elas um ano à frente das séries correspondentes às suas idades. A Subprocuradoria-Geral da República emitiu parecer favorável à pretensão dos impetrantes. O voto vencedor, do Min. Francisco Peçanha Martins, entendeu que, por não haver legislação nesse sentido, o Judiciário não poderia imiscuir-se na seara legislativa, e baseou-se nos arts. 205 e 208, da CF, 24, VI, da LDB e

⁵³⁰ TJSP, Apelação n. 0000767-19.2011.8.26.0595, Rel. Des. Luis Antonio Ganzerla, CâM. Especial, j. 17.10.2011.

⁵³¹ STJ, MS 7.407, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 1ª Seção, j. 24.04.02.

arts. 5º, 53, I e 129, V, do ECA. A Min. Laurita Vaz, que acompanhou o relator, acrescentou a obrigatoriedade de ser o ensino fundamental presencial na escola (art. 32, §4º, LDB) e que o art. 24, VI, do mesmo diploma legislativo, exige frequência mínima de 75% para aprovação. Houve, porém, dois votos vencidos, dos Ministros Paulo Medina e Franciulli Netto, discordando de tal posicionamento.

Em seu voto, o Min. Franciulli Netto entendeu que o dever de educar os filhos foi conferido pela CF tanto ao Estado quanto à família, estando esta última sujeita à fiscalização por parte do primeiro quanto à frequência escolar. Porém, a CF também prevê a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, visando a educação, como um todo, não apenas aquisição de conhecimento técnico e científico, mas também o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para a cidadania e para o trabalho. Para ele, a pessoa tem direito a escolher seu próprio método educativo, desde que os requisitos anteriores sejam adimplidos. A família, assim, teria precedência ao Estado, por constituir ela a base da sociedade. Afirma ele que “Se é dever do Estado e da família garantir a educação e ao Estado a promoção do bem-estar da família, a vontade familiar prevalece na determinação dos métodos e concepções pedagógicas”. E, em sendo assim, se os pais querem educar os filhos em casa, caberia ao Estado apenas a fiscalização das atividades familiares. Ressalta que isso só é possível, porém, caso os pais demonstrem estar em condições de garantir educação de qualidade a seus filhos. Como o Estado tem deficiência crônica em seu sistema educativo, por vezes as famílias têm mais condições intelectuais, financeiras e afetivas para realizar o que preconiza a CF no campo da educação.

O Ministro baseia seus argumentos na LDB, que não proíbe o ensino domiciliar. Menciona, também, o art. 26, n. 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê que pertence aos pais a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.

Com relação à obrigatoriedade de frequência escolar, presente tanto na CF quanto na LDB, entende que deve ser interpretada de forma a significar a necessidade do comparecimento periódico dos estudantes à escola, e não necessariamente a presença diária

no estabelecimento de ensino. Ademais, essa exigência se refere aos casos em que a educação é prestada em estabelecimentos diversos da residência do estudante.⁵³²

Duas outras interessantes questões sobre educação básica podem ser levantadas. A primeira delas se refere a crianças que têm sua matrícula recusada em alguma série do ensino básico por não ter a idade mínima exigida por lei. A jurisprudência entende que a criança tem direito a estudar, apesar de não cumprir o requisito etário. Nesse sentido pode ser mencionado recente julgado do TJSP (Ap. 0048735-22.2011.8.26.0053, 3ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Ronaldo Andrade, v.u., j. 01.10.13). Tratava-se de caso de mandado de segurança impetrado por criança que teve sua matrícula para vaga de Pré II do curso de educação infantil recusada pela escola por não contar ela com idade mínima para tal. A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pela manutenção da sentença de primeiro grau, que concedera a segurança. O Acórdão entendeu que a criança tem direito a estudar e manteve a sentença de primeiro grau, entendendo que a recusa impediria o avanço escolar e conseqüente conclusão do ensino fundamental, sem qualquer ganho pedagógico.

No mesmo sentido, podem ser citados outros Acórdãos do mesmo Tribunal: RN 0000141-02.2011.8.26.0077, 3ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Ronaldo Andrade, j. 27.08.13; Ap. 0001921-43-2012.8.26.0270, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 14.05.13; Ap. 0056309-76-2011.8.26.0577, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 30.04.13; RN 0007562-56.2012.8.26.0223, 12ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Burza Neto, j. 20.02.13; Ap. 0007713-58.2010.8.26.0363, Rel. Des. Marrey Uint, j. 21.08.12; Ap. 0008088-82.2011.8.26.0053, 10ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 06.08.12; AI 0262439-83.2011.26.0000, 20ª Câ. Dir. Priv., v.u., Rel. Des. Luis Carlos de Barros, j. 13.02.12.

Esta questão, embora atinja o STJ, acaba sendo obstada de julgamento por questões processuais. Por vezes, o argumento utilizado é o impedimento dado pela Súmula 7, que impede análise dos autos pelo Superior Tribunal se envolver reexame probatório (é o caso dos seguintes julgados: AREsp 359.446, Res. Des. Benedito Gonçalves, decisão monocrática, j. 13.11.13; AREsp 423.167/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão monocrática, j. 11.11.13; Ag 1.131.002/MS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12.05.09; REsp 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 27.03.07). Outro óbice se refere à

⁵³² No mesmo sentido é o teor do segundo voto vencido, da lavra do Min. Paulo Medina.

aplicação da Súmula 283, do STF,⁵³³ por analogia, quando o Acórdão recorrido se assenta em mais de um fundamento suficiente, e o recurso não abrange todos eles (é o que ocorre nos seguintes julgados: AREsp 300.041/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão monocrática, j. 26.08.13; AREsp 288.975/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão monocrática, j. 25.04.13), ou, ainda, falta de prequestionamento, de acordo com as Súmulas 282 e 356 do STF (AREsp 309.049/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão monocrática, j. 05.09.13). Usa-se, ainda, do argumento de que a matéria discutida nesses casos é constitucional, o que afasta a competência do STJ, aplicando-se a Súmula 280 do STF⁵³⁴ (REsp 1.183.575, Rel. Min. Humberto Martins, decisão monocrática, j. 02.05.13, sendo que este julgado também se baseia na falta de prequestionamento, de acordo com a Súmula 211, do STJ; SLS 001721/SC, Rel. Min. Felix Fischer, decisão monocrática, j. 25.02.13).

O mesmo ocorre no STF. As decisões monocráticas arroladas negam seguimento ao recurso por terem os Acórdãos recorridos se utilizado somente de legislação infraconstitucional para decidir: ARE 771.782/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 14.10.13; ARE 749.915/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.05.13; ARE 748.209/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 06.05.13; ARE 730.958/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 01.02.13.

A segunda questão a ser analisada jurisprudencialmente baseia-se no Acórdão proferido pelo TJSP no AI 2005411-39.2013.8.26.0000, da 4ª Câm. Dir. Públ., julgado em 05.08.13.⁵³⁵ Tratava-se de caso de criança portadora de síndrome de Down que necessitava de transporte especial para sua escola especializada, que não era conveniada com a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo. Devido à falta de convênio, não seria atingida pelo programa de transporte da referida Secretaria. A criança requerente alegava que tanto a saúde quanto a educação são direitos básicos, devendo, portanto, ser atendida com transporte. A liminar foi a princípio deferida, sendo posteriormente revogada sob o argumento de não ser aluno matriculado em instituto de educação credenciado ou conveniado com a Secretaria de Educação. O TJSP deu provimento ao recurso, entendendo que a CF protege o direito à saúde e à educação, bem como o fornecimento de transporte gratuito e adequado ao portador de deficiência. E para tal não se exige que o aluno esteja

⁵³³ “Súmula 283. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

⁵³⁴ “Súmula 280. Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

⁵³⁵ Rel. Des. Rui Stoco.

matriculado exclusivamente em instituição credenciada ou conveniada com a Secretaria de Educação.

No mesmo sentido, colaciona-se outros julgados do TJSP: AI 0242292-02.2012.8.26.0000, 4ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 10.06.13; AI 0109428-97.2012.8.26.0000, 3ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 22.01.13; AI 0242882-76.2012.8.26.0000, 10ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Urbano Ruiz, j. 17.12.12; Ap. 0032360-14.2009.8.26.0053, 4ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 30.07.12; AI 990.10.126661-0, 8ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Dimas Mascaretti, j. 15.09.10; Ap. 990.10.139740-4, 13ª Câ. Dir. Públ., Rel. Des. Peiretti de Godoy, j. 25.08.10.

A matéria, embora chegue às portas do STJ, acaba não sendo analisada por óbices processuais, do mesmo modo que ocorre com relação à idade mínima para ingresso no ensino fundamental. Os argumentos processuais são variados, como nos seguintes exemplos: AResp 106.703, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão monocrática, j. 19.03.12: negou-se provimento ao agravo com base na Súmula 13 do STJ,⁵³⁶ por não haver nos autos Acórdãos de Tribunais diferentes para configurar a divergência de decisões; REsp 945.244/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, 2ª Tuma, j. 19.06.08: os argumentos utilizados foram a falta de prequestionamento (Súmulas 282 e 356, STF) e falta de competência do STJ por tratar-se de matéria constitucional; REsp 1.012.033/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, decisão monocrática, j. 04.03.08: negou-se seguimento ao recurso por falta de prequestionamento (Súmula 211, STJ) e devido ao fato de ser necessário reexame probatório, o que é impedido pela Súmula 7, STJ; REsp 925.570/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, decisão monocrática, j. 08.05.07: negou-se seguimento ao recurso por falta de prequestionamento (Súmula 282, STF) e pela não interposição de embargos de declaração com efeito prequestionador; Ag 596.433/MG, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 29.09.04: foi negado provimento por não poder haver reexame probatório (Súmula 7, STJ); REsp. 400.048/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão monocrática, j. 17.06.02: negou-se seguimento ao Recurso Especial pelo fato de apesar de o Acórdão recorrido se basear em fundamento constitucional e infraconstitucional, a parte recorrente

⁵³⁶ “Súmula 13. A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja Recurso Especial”.

não interpôs Recurso Extraordinário (Súmula 126, STJ)⁵³⁷, além do impedimento de reexame probatório trazido pela Súmula 7, STJ.

Já o STF tem jurisprudência pacífica sobre o tema, no sentido de ser dever do Estado fornecer transporte aos alunos da rede de ensino, por ser o direito à educação fundamental e indisponível. Alguns exemplos de decisões podem ser citados: ARE 712.662/SP, Rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática, j. 24.05.13; AI 683.887/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 13.06.11; AI 615.761/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 09.07.10; RE 603.575-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 20.04.10; RE 293.412/SP, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, j. 15.04.06.

4.3.2. O direito à creche

O princípio do melhor interesse da criança também deve ser o norteador de políticas públicas educacionais voltadas para a proteção da tenra infância, abarcando crianças de até cinco anos.

Afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a gratuidade do ensino deve dar-se em todos os níveis, abarcando desde o ensino especializado aos portadores de deficiência às crianças desde o nascimento até os seis anos de idade.⁵³⁸ Rodrigo Albuquerque de Victor concorda com tal posição, afirmando que o Estado tem obrigação de proporcionar creches e pré-escolas às crianças de zero a cinco anos.⁵³⁹

Nesta seara, merece realce o problema da deficiência de vagas em estabelecimentos que atendem crianças de zero a cinco anos de idade. Embora o art. 208, IV, da CF, disponha que é dever do Estado garantir a educação infantil em creche e pré-escola a crianças de até cinco anos (o que é previsto também pelo art. 54, IV, do ECA), é frequente que, ao se buscar junto à municipalidade uma vaga em creche, os genitores da criança

⁵³⁷ “Súmula 126. É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

⁵³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 372-373.

⁵³⁹ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. Idem, p. 48. Também nesse sentido: TAVARES, Mára Barbosa. Idem, p. 641.

recebam a notícia de que não há vagas e que devem inscrever-se em lista de espera, sem previsão de chamada.

A esses pais não resta remédio para fazer valer o direito à educação das crianças que não seja recorrer ao Poder Judiciário. Normalmente, a vaga é concedida em sede de liminar. É comum o Município alegar a falta de previsão orçamentária para criação de novas vagas em creche, bem como o princípio da reserva do possível, e ainda a ingerência do Poder Judiciário no Executivo. Tais argumentos, porém, não devem prosperar, sobretudo pela busca do melhor interesse da criança. Há várias decisões do STF confirmando a liminar e garantindo vaga em creche para as crianças.⁵⁴⁰

Argumenta-se que crianças em tenra idade não necessitariam de uma educação escolar, visto que o que aprenderiam em casa com seus pais já seria suficiente para sua entrada posterior na escola no âmbito do ensino básico. Tal argumento, porém, não pode prevalecer. Conforme ensina Motaury Ciocchetti de Souza, “(...) os primeiros anos de vida são decisivos para o desenvolvimento de habilidades lógicas, musicais, emocionais, motoras e de convívio social, predicamentos indispensáveis para que o ensino fundamental possa vir a ser melhor aproveitado pelo infante”.⁵⁴¹

Pode-se defender a necessidade de vagas em creches para crianças tendo por base, ainda, a observância à proteção integral. O objetivo dos pais ao intentarem vaga em creche para seus filhos não se dá apenas devido à educação escolar que estarão recebendo, mas, também, pela necessidade de que alguém vele por seus filhos enquanto se veem obrigados a buscar o sustento da família fora do âmbito residencial. Assim, tendo em vista a necessidade imperativa de trabalhar fora, caso não tenham a creche como local para deixar seus filhos, ficarão eles sozinhos ou sob o cuidado de irmãos mais velhos (embora ainda muito jovens, havendo notícias de crianças de seis a oito anos cuidando de seus irmãos menores). Estarão eles em clara situação de risco, o que é absolutamente contrário a tudo quanto prega a proteção integral.

⁵⁴⁰ Como exemplo, podem ser citados os seguintes Acórdãos: STF, RE 464.143 AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 15.12.2009; STF, AI 772.765/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. 03.08.2010; STF, AgRg no RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 03.02.2006.

⁵⁴¹ SOUZA, Motaury Ciocchetti de. *Direito educacional*, p. 70.

Aproveita-se para se ressaltar que o acesso à educação infantil, além de ser direito da criança, também é direito dos trabalhadores em geral, levando-se em consideração o art. 7º, XXV, da Constituição Federal, que concede direito de atendimento gratuito a seus filhos e dependentes de até cinco anos em creches e pré-escolas.⁵⁴²

Outro ponto que deixa clara a necessidade de vagas em creches para crianças é o direito à convivência familiar. Ao proporcionar uma vaga em creche, o Estado está, em última análise, possibilitando a permanência da criança com sua família. É uma forma de manter a criança em família que não tem condições de sustento a não ser que todos os adultos da casa trabalhem fora. Muitas vezes se observam denúncias de maus-tratos contra crianças que ficam sozinhas ou sob o cuidado de irmãos mais velhos enquanto seus pais trabalham. Estas situações podem levar os pais a perder ou a ter seu poder familiar suspenso, fazendo com que seus filhos sejam institucionalizados. Assim, com a vaga em creche, poderão exercer sua função laborativa com tranquilidade e manter a criança em sua convivência.

Recentíssimo julgado do TJSP determinou a obrigatoriedade de o poder público oferecer vaga em creche para crianças de zero a cinco anos.⁵⁴³ Tratava-se de caso em que, em primeiro grau, ficara determinado à municipalidade de Diadema a obrigatoriedade de conceder a vaga. O município recorreu e, em decisão monocrática, teve rejeitado seu pedido. Assim, interpôs o Agravo Regimental objeto do Acórdão. A decisão monocrática foi mantida, entendendo ser cabível a vaga pleiteada pela criança. Os argumentos de mérito apresentados pelo município referiam-se à sua possibilidade de oferecer vagas na medida em que houvesse disponibilidade financeira e orçamentária para tal, bem como que somente filhos de trabalhadores teriam direito a vaga em creche, devendo ser priorizada a manutenção da criança junto de sua família.

Tais argumentos foram rebatidos pelo Tribunal, que entendeu ser obrigação do poder público a concessão de vaga em creche para crianças de zero a cinco anos, por ser este um direito social assegurado tanto pela CF (arts. 205, 208, 211, §2º e 5º) quanto por lei federal (ECA, arts. 53, V e 54, IV e LDB). A decisão menciona, ainda, as Súmulas 63, 64 e

⁵⁴² SOUZA, Motaury Ciochetti de. Idem, p. 70.

⁵⁴³ TJSP, AgrR 00322494-37.2011.8.26.0161/50000, Rel. Des. Roberto Solimene, Câm. Especial, j. 04.11.13.

65 do TJSP.⁵⁴⁴ Caso o Município não ofereça a vaga requerida, estaria havendo lesão ao direito da criança. Ademais, esta decisão não estaria provocando violação à separação e independência dos poderes, pois se a administração não atende o que está expresso na CF, o administrado pode recorrer ao Judiciário para obter tal efeito. Caso o Município não tenha previsão orçamentária suficiente, dever-se-ia proceder a uma revisão da mesma de forma voluntária ou por ordem judicial. Rebate a decisão, ainda, o argumento de que devem os pais trabalhar para que os filhos façam jus à vaga em creche, já que a própria CF não faz distinção, instando o Município a oferecer vaga a todas as crianças de zero a cinco anos de idade.

A decisão, ainda, faz menção a inúmeros julgados no mesmo sentido, demonstrando a unanimidade da jurisprudência nesta seara: TJSP – Ap. 990.10.123200-6, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 14.06.10; Ap. 990.10.048522-9, Rel. Des. Ciro Campos, Câm. Especial, j. 31.05.10; Ap. 994.09.229.391-4, Rel. Des. Maia da Cunha, Câm. Especial, j. 29.03.10; Ap. 185.559-0/1-00, Rel. Des. Paulo Alcides, Câm. Especial, j. 30.11.09; Ap. 184.182-0/3-00, Rel. Des. Maria Olívia Alves, Câm. Especial, j. 23.11.09; Ap. 174.783-0/8-0, Rel. Des. Maria Olívia Alves, Câm. Especial, j. 05.10.09; REO 178.752-0/6-00, Rel. Des. Eduardo Gouvea, Câm. Especial, j. 07.07.09; AI 173.497-0/5-00, Rel. Des. Viana Santos, Câm. Especial, j. 29.06.09; Ap. 170.373-0/8-00, Rel. Des. Eduardo Gouvea, Câm. Especial, j. 15.12.08; Ap. 166.996-0/6-00, Rel. Des. Maria Olívia Alves, Câm. Especial, j. 17.11.08; Ap. 161.842-0/8-00, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 26.05.08; STJ – REsp 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.07; REsp 790.175/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 05.12.06; REsp 736.524/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 21.03.06; REsp 575.280/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 02.09.04; STF – ARE 639.337, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 23.8.11; RE 603.575, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 20.04.10; RE 554.075, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 30.06.09; AI 592.075, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 19.05.09; RE 592.937, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, j. 12.05.09; RE 463.210, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 06.12.05.

⁵⁴⁴ “Súmula 63: É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território”. “Súmula 64: O direito da criança ou adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança”. “Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes”.

O STJ compartilha do entendimento acima, também entendendo a obrigatoriedade de o Estado providenciar vagas em creche para crianças de zero a cinco anos. Um exemplo que pode ser mencionado é o REsp 1.185.474-SC, da lavra do Min. Humberto Martins, julgado em 20.04.10. A reserva do possível é discutida no corpo do voto do Relator, explicitando ele que esta teoria prevê que obrigação impossível não pode ser exigida. Além disso, entende ele que a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada, de plano, uma falácia. Ressalta que a reserva do possível está vinculada à escassez, e que bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe iguais direitos sobre o bem e que há impossibilidade de seu uso de forma igual e simultânea por todos. Porém, por vezes, a escassez resulta de uma decisão política. Quando não há recursos suficientes, o administrador deve decidir onde irá utilizá-los e, “A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade”. Assim, em um primeiro momento, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta à efetivação de direitos fundamentais, já que, quanto a eles, não cabe ao administrador preteri-los em suas escolhas. Nesse sentido, a ementa contém trechos que merecem ser destacados:

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social.

E elenca a educação entre esses direitos prioritários. O voto termina por discutir que se há real insuficiência orçamentária, ela deve ser provada, não podendo a tese da reserva

do possível ser usada como “(...) uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social”.

Há diversos outros Acórdãos e Decisões Monocráticas no STJ, todos recentes e no mesmo sentido: AREsp 381.550, Rel. Min. Sergio Kukina, decisão monocrática, j. 01.10.13; REsp 1.388.489, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, decisão monocrática, j. 20.09.13; REsp 1.392.486, Rel. Min. Sergio Kukina, decisão monocrática, j. 06.08.13; AREsp 343.861, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, decisão monocrática, j. 28.06.13; REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 18.08.09.

A jurisprudência do STF é unânime ao considerar o direito da criança à vaga em creche. Acórdão paradigmático, mencionado pela maioria das decisões, foi proferido no AI 746.290/SP, da lavra do Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 12.04.11, cuja Ementa segue:

Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC n. 53/2006). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (CF, art. 211, §2º). Agravo improvido.

O voto entende que é prerrogativa indisponível da criança seu atendimento em creche como primeira etapa do processo de educação básica, visando seu desenvolvimento integral, cabendo ao Estado, então, a obrigação de criar condições objetivas possibilitadoras deste direito. Continua o Ministro afirmando que não podem os Municípios desobrigarem-se de seu dever constitucional, que é juridicamente vinculante, e que limita sua discricionariedade, de atender crianças em creche, já que suas opções não podem “(...) ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social”. Não há ingerência do Judiciário nos outros poderes, já que, no caso, as políticas públicas definidas pela CF não estavam sendo desempenhadas. Em decisão proferida pela Min. Cármen Lúcia (AI 564.035/SP, j. 30.04.07), ficou enfatizado que:

(...) a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada.

Outros Acórdãos e Decisões Monocráticas podem ser mencionados, todos no mesmo sentido: RE 689.984/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 29.10.13; RE 604.529/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26.03.13; RE 601.640/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 07.05.13; AI 763.493/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11.06.12; AI 768.581/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, j. 08.06.12; RE 639.337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.06.11; RE 464.143/SP AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 15.12.09; RE 600.419/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.09.09; AI 44.208/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. 24.03.09; RE 646.079/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. 28.11.08; AI 725.891/SC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ. 10.10.08; RE 384.201/SP AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 03.08.07; RE 384.201/SP AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.04.07; RE 463.210/SP AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 06.12.05; RE 254.414/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 30.9.05; AI 545.094/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 27.9.05; RE 403.609/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 11.2.05; RE 401.880/SP, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ 28.9.04; AI 478.367/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 10.8.04.

5. ANÁLISE QUANTITATIVA DE DECISÕES DO STF E DO STJ

5.1. Introdução

Tendo em vista que a presente pesquisa apresenta também um viés prático, pareceu interessante realizar-se uma busca, no STF e no STJ, para se ter, ainda que minimamente, uma ideia do número de decisões que podem ser encontradas e que resvalam no tema do melhor interesse da criança. Essa ideia surgiu do fato de se tentar simular a resposta, em número de decisões, que qualquer operador do direito, que se encontre em qualquer local do território nacional, e de posse de acesso à internet, teria caso realizasse uma busca pelo tema.

Fato surpreendente, que chamou atenção de início, é a falta de uniformidade no uso dos termos para a prolação das decisões. Assim, ao se fazer uma busca utilizando-se, por exemplo, o termo “melhor interesse”, depara-se com um número que não corresponde ao total das decisões que tratam dos interesses de crianças e adolescentes.

Para se ampliar a busca, então, utilizou-se uma série de termos, na tentativa de se encontrar o máximo possível de decisões envolvendo interesses de crianças e adolescentes. Com isso, pesquisou-se utilizando os seguintes termos: a) “melhor interesse”; b) “superior interesse”; c) “superiores interesses”; d) “interesse superior”; e) “interesses superiores”; f) “maior interesse”; g) “interesse maior”; h) “interesse da criança”; i) “interesses da criança”; j) “interesse do menor”; k) “interesses do menor”; l) “interesse da menor”; m) “interesses da menor”; n) “interesse do filho”; o) “interesses do filho”; p) “interesse da filha”; q) “interesses da filha”; r) “interesse do infante”.

5.2. Supremo Tribunal Federal

Iniciou-se o intento pelo STF, utilizando-se a guia “jurisprudência” e realizando-se “pesquisa livre”, utilizando-se todas as possíveis bases de dados fornecidas pelo site (compostas por acórdãos, súmulas, súmulas vinculantes, decisões monocráticas, decisões da presidência, questões de ordem, repercussão geral e informativo). A busca teve início em 24.05.2013, sendo concluída em 28.05.2013.

Encontrou-se um total de duzentas e noventa e duas decisões. Dessas, 23,28% se repetiram (tendo em vista a variedade de termos que foram utilizados para a pesquisa). Excluindo-se as repetidas, chegou-se ao total de duzentas e vinte e quatro decisões. Destas, 56,25% não tratavam sobre crianças e adolescentes. Restaram, assim, apenas noventa e oito decisões sobre o tema.

Das decisões que efetivamente tratavam sobre crianças e adolescentes (noventa e oito), 29,59% se referiam à guarda; 9,18% sobre crimes cometidos contra crianças e adolescentes; 5,10% sobre expulsão de estrangeiro com filho brasileiro; 5,10% sobre investigação de paternidade e alteração de registro; 5,10% sobre alimentos; 5,10% sobre direito de visitas; 4,08% sobre ensino; 4,08% sobre saúde; 3,06% sobre medidas sócio-educativas; 3,06% sobre adoção; 3,06% sobre destituição de poder familiar (ainda chamado de pátrio poder pelas decisões); 2,04% sobre busca e apreensão de menores; 21,42% sobre outros temas envolvendo crianças e adolescentes (como imissão na posse, tutela, benefícios previdenciários, sociedade mercantil, entre outras).

Algo que se destacou na análise foi o uso da expressão “menores” por decisões, mesmo que posteriores à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar da relutância dos doutrinadores pelo uso do termo, já que muitas vezes pejorativo (22,44% do total de 98 decisões).

5.3. Superior Tribunal de Justiça

A busca realizada no STJ iniciou-se em 06.11.13, tendo sido concluída em 08.11.13. Utilizou-se a guia “jurisprudência”, e foi feita uma “pesquisa livre”, utilizando-se os termos expressos acima. A busca foi feita em todas as bases de dados possíveis fornecidas pelo site (acórdãos, súmulas, decisões monocráticas e informativos de jurisprudência).

Foram encontradas cento e sessenta e sete decisões. Dessas, 45,50% se repetiram (tendo em vista a variedade de termos que foram utilizados para a pesquisa). Excluíram-se

as repetidas, chegando-se ao total de noventa e uma decisões. Destas, 13,18% não tratavam sobre crianças e adolescentes. Restaram, assim, setenta e nove decisões.

Das decisões que efetivamente tratavam sobre crianças e adolescentes (setenta e nove), 22,78% se referiam à guarda; 13,92% sobre expulsão de estrangeiro com filho brasileiro; 7,59% sobre busca e apreensão de criança; 7,59% sobre questões processuais; 6,32% sobre adoção; 5,06% sobre alimentos; 5,06% sobre poder familiar; 3,79% sobre paternidade; 2,53% sobre adoção *intuitu personae*; 2,53% sobre ato infracional; 2,53% sobre registro de nascimento; 2,53% sobre cadastro de adotantes; 2,53% sobre sequestro de crianças; 1,26% sobre adoção à brasileira; 1,26% sobre direito de visitas; 1,26% sobre acolhimento institucional; 1,26% sobre medidas de proteção; 13,92% sobre outros temas envolvendo crianças e adolescentes (como vulnerabilidade social, maus-tratos, nome, suprimento de consentimento, acidente aéreo, bem de família, entre outros).

Das setenta e nove decisões, mais da metade utilizava-se da expressão “menor” ou “menores” (54,43% delas), o que demonstra que a relutância na utilização do termo está mais adstrita à doutrina.

6. DIREITO ESTRANGEIRO

Com relação ao direito estrangeiro, quatro países foram escolhidos para análise de alguns de seus institutos frente ao melhor interesse: Inglaterra, Portugal, Espanha e Argentina. O objetivo deste capítulo é a análise de como o princípio vem sendo aplicado alhures, bem como o estudo dos mesmos institutos que foram analisados com relação ao direito pátrio, como os conceitos de família e poder familiar, colocação da criança em família substituta, guarda e educação. Ao final da pesquisa sobre cada país, foram analisadas algumas decisões de seus tribunais, para ser possível a observação de como o tema é cuidado na prática diária das cortes.

6.1. Inglaterra

É a Inglaterra o país de origem do princípio do melhor interesse da criança com seu instituto *parens patriae*.

Este princípio também é chamado de princípio do bem estar da criança (*child's welfare*). Porém, como adverte Jonathan Herring, a noção de bem-estar da criança é conceito ambíguo,⁵⁴⁵ cabendo aos tribunais decidir, caso a caso, o melhor interesse da criança. Se o melhor interesse não ficar claro para a *court*, será deferida ao genitor detentor da guarda a possibilidade de determinar o melhor interesse naquele caso.⁵⁴⁶

O bem-estar da criança deve ser visto pela lei como acima de qualquer outro objetivo (*law's paramount concern*). Assim determina o *Children Act 1989, section 1 (1)*.⁵⁴⁷ Embora a definição de *welfare* não esteja prevista no referido *Act*, a *section 1 (3)* traz lista de fatores que devem ser levados em conta em decisões judiciais envolvendo o bem-estar do menor: seus desejos e sentimentos (o peso a esse fator dependerá de sua maturidade, a importância do assunto discutido, a possibilidade de estar sob a influência de algum adulto, bem como em que a criança está se baseando para expressar sua opinião); suas necessidades físicas, emocionais e educacionais; os prováveis efeitos de uma mudança

⁵⁴⁵ HERRING, Jonathan. *Family law*. 5. ed. Essex: Pearson, 2011, p. 387.

⁵⁴⁶ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 401.

⁵⁴⁷ “*Children Act 1989, section 1 (1)*. When a court determines any question with respect to (a) the upbringing of a child; or (b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration”.

nas suas circunstâncias; sua idade, sexo, experiências prévias e quaisquer características que a corte possa considerar relevantes; qualquer prejuízo que tenha experimentado ou esteja correndo o risco de vir a experimentar; a capacidade de cada um de seus genitores, e de quaisquer outras pessoas que a corte possa considerar relevantes para atender as necessidades do menor; o espectro de poderes dados à corte pelo *Children Act* no processamento da situação sob análise.⁵⁴⁸ Esses fatores devem ser sopesados pelos tribunais em sua decisão, podendo outros, se necessário, ser também considerados.

Informações sobre qual seria o melhor interesse da criança podem ser obtidas pelos tribunais diretamente da criança, ou com a ajuda de assistentes sociais que elaborarão um relatório (*report*) para auxiliar os juízes em suas decisões.

Apesar do estatuído, não parece ser assim interpretado o bem-estar da criança. No caso *Sutter v Sutter and Jones*, noticia Jonathan Herring que a Corte de Apelação (*Court of Appeal*) deixou claro que o bem-estar da criança deveria ser a primeira consideração a ser levada em conta, mas isso não significaria que estaria acima das demais. Assim, seria o fator mais importante, mas não o único a ser analisado.⁵⁴⁹

A interpretação da expressão *paramount* é feita baseada em decisão do caso *J v C*, de 1970, significando que o bem-estar da criança deve ser tratado como o item principal em uma lista de tópicos relevantes para a resolução da questão. A palavra *paramount* denotaria um processo no qual todos os fatos relevantes, relacionamentos, alegações e desejos dos pais, riscos, escolhas e outras circunstâncias devem ser levadas em conta e sopesadas, e o curso a ser seguido será o que melhor atenda aos interesses da criança.⁵⁵⁰ Ao menos, deve-se tentar encontrar a solução “menos pior” (*least bad solution*) para o menor.

Porém, é curioso observar que o princípio do melhor interesse parece ser aplicado de forma bem mais restrita em terras inglesas. Segundo Jonathan Herring, esse princípio

⁵⁴⁸ “*Children Act 1989, section 1 (3) (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding); (b) his physical, emotional and educational needs; (c) the likely effect on him of any change in his circumstances; (d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant; (e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering; (f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs; (g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question*”.

⁵⁴⁹ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 223.

⁵⁵⁰ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 417.

não é aplicado em todos os casos. Sempre o será, porém, quando se tratar da criação (*child's upbringing*) e administração de seu patrimônio. Não se aplicará se o assunto não se relacionar a esses tópicos (como exemplo, Jonathan Herring explicita que, em uma questão envolvendo a necessidade do pretense genitor submeter-se a exame sanguíneo para determinação da paternidade, o melhor interesse não se aplica, já que a retirada de sangue não se relaciona à criação da criança).⁵⁵¹ Também não se aplica quando se tratar de disposições da Parte III do *Children Act*, que trata das responsabilidades do poder público em relação às crianças. Deixará de ser aplicado se algum estatuto expressamente afastá-lo (exemplifica Jonathan Herring com a distribuição dos bens entre os pais depois de um divórcio – o interesse dos filhos será o primeiro a ser considerado, mas não será o *paramount*). Não será também aplicado fora dos casos de processos judiciais. Conclui Jonathan Herring afirmando que o melhor modo de se entender a legislação é que há um dever dos pais de evitar causar danos aos filhos, mas não um dever positivo de promover o bem-estar da criança.⁵⁵²

Em casos de conflitos envolvendo interesses da criança e de terceira pessoa, ou de duas crianças, a regra básica a ser aplicada é a que analisa quem é o sujeito da determinação legal. É a orientação dada pelo *leading case Birmingham City Council v H (A Minor)*, que é aplicado usualmente em outros casos. Um exemplo dessa aplicação é o caso *Re S (Contact: Application by Sibling)*, que envolvia o interesse de criança adotada em manter contato com sua irmã, que fora adotada por outra família. A corte indeferiu o pedido, entendendo que o interesse que era o *paramount* no caso era o da irmã, porque ela era o sujeito da aplicação e, em sendo assim, não era de seu interesse uma determinação de visitas. Quando ambas as crianças são sujeitos da aplicação, o interesse de ambas deverá ser considerado e sopesado para descobrir-se qual será o prevalente no caso. Exemplo citado por Jonathan Herring é o caso *Re A (Conjoined Twins: Medical Treatment)*, no qual duas crianças eram gêmeas siamesas. Se nada fosse feito para separá-las, ambas morreriam. Caso fossem separadas, apenas uma delas sobreviveria. A *Court of Appeal* fez o balanço entre os interesses das duas crianças e a cirurgia foi autorizada.⁵⁵³

⁵⁵¹ HERRING, Jonathan. Idem, p. 418.

⁵⁵² HERRING, Jonathan. Idem, p. 419: “Perhaps the best way to understand the law is that there is a duty on parents to avoid causing the child harm, but not a duty positively to promote the child’s welfare”.

⁵⁵³ HERRING, Jonathan. Idem, p. 420.

O *Children Act* 1989 traz em seu corpo uma série de princípios necessários para que se alcance o interesse da criança. A *Section* 1 (1) trata do *paramountcy principle*, que significa que o interesse da criança deve prevalecer quando se decidir sobre sua guarda. Na mesma *Section*, no n. 3, estatui-se que os desejos e sentimentos da criança, bem como suas necessidades físicas, educativas e emocionais, devem ser levados em conta, observando-se sua idade e maturidade. A *Section* 1 (3) (c) determina, pelo princípio do *status quo argument*, que se deve observar os efeitos que uma mudança de entorno provocariam na criança. Nessa determinação da guarda, as condições dos pais também são observadas (*Section* 1 (3) (f)).

A infância (*childhood*) se estende até os dezoito anos, não havendo diferenciação para o período da adolescência. Essa alteração na maioridade foi provocada pelo *Family Law Reform Act* 1969, que reduziu a maioridade de vinte e um para dezoito. Apesar disso, é possível que crianças maiores de dezesseis anos pratiquem alguns atos, como casar-se, por exemplo. Também, a idade de vinte e um permaneceu para algumas situações, como a possibilidade de ser adotante. O caso *Gillick v W Norfolk and Wisbech AHA* é o *leading case* para a consideração da competência e maturidade do menor, reconhecendo que crianças se desenvolvem e amadurecem em diferentes idades e um menor de dezesseis anos pode ser considerado apto para tomar algumas decisões sobre sua pessoa.⁵⁵⁴

Os direitos das crianças apresentam três categorias doutrinárias. Há os interesses básicos, que envolvem o mínimo necessário para a vida, englobando necessidades físicas, emocionais e intelectuais. A segunda categoria seria a dos interesses de desenvolvimento, cujo objetivo seria maximizar recursos durante a infância para que a criança atingisse a vida adulta em sua plenitude. Na última categoria estariam os direitos de autonomia, permitindo a ela participação do processo de decisão sobre os interesses relacionados à sua vida.⁵⁵⁵

Não se tem definição exata de família na Inglaterra. Como no Brasil, o conceito é variável, passível de mudanças através do tempo. Porém, há *leading case* sobre o significado da família na lei. Trata-se de *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd*, cuja decisão baseou-se no *Rent Act* 1977 para determinar que para que haja vida em

⁵⁵⁴ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 397.

⁵⁵⁵ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 437.

família, é necessário haver mútua interdependência, bem como comunhão de vida, cuidado e amor, comprometimento e respaldo. Assim, resta claro que família não se restringe a pessoas casadas ou ligadas por vínculo sanguíneo.⁵⁵⁶

A definição de casamento é extraída do caso *Hyde v Hyde and Woodhouse*, sendo entendido como a união voluntária para a vida de um homem e de uma mulher, com a exclusão de todos os demais.⁵⁵⁷ Jonathan Herring apresenta definição mais atual, baseado nos ensinamentos de Thorpe LJ (*Lord Justice*), entendendo casamento como um contrato regulado pelo Estado no seu início e no seu término pelo divórcio, embora esclareça que essa definição não é a preferida dos tribunais, que tem um entendimento mais tradicional sobre o assunto, enfatizando a necessidade de pessoas de sexo diverso para haver casamento.⁵⁵⁸

Ao lado do casamento, há as parcerias civis (*civil partnerships*). Já que pela legislação inglesa os casais formados por pessoas do mesmo sexo (*same-sex couples*) não podem se casar, a legislação trouxe essa figura em 2004, pelo *Civil Partnership Act*. O detalhe interessante é que a figura das parcerias civis pode ser utilizada apenas por casais homossexuais. Aos heterossexuais, restam o casamento e a coabitação. A grande oposição que o casamento homoafetivo (chamado de *same-sex marriage* ou *gay marriage*) gera é baseada em crenças religiosas. Outro ponto seria a impossibilidade de reprodução sem intervenção médica.

Para os casais heterossexuais não casados (*unmarried couples*), há a chamada coabitação (*cohabitation*). Porém, a lei os trata como duas pessoas individualmente, sem levar em consideração o relacionamento existente entre eles. Nas palavras de Jonathan Herring, já que não há previsão legal específica para eles, a lei os trata do mesmo modo que trataria dois estranhos.⁵⁵⁹ Apesar do quanto afirmado, alguns *Acts* trazem tentativas de definição de *cohabitation*, como o *Adoption and Children Act 2002*, cuja *Section 144 (4) (b)* permite que duas pessoas de sexos opostos, que vivam em um relacionamento familiar estável, possam adotar. Ainda, o *Family Law Act 1996*, na *Section 62 (1) (a)* entende por

⁵⁵⁶ HERRING, Jonathan. Idem, p. 5-6.

⁵⁵⁷ No original: “(...) *the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others*”.

⁵⁵⁸ HERRING, Jonathan. Idem, p. 43.

⁵⁵⁹ No original: “*If there is no specific statutory provision then the law treats an unmarried couple in the same way as it would two strangers*” (HERRING, Jonathan. Idem, p. 81).

cohabitation duas pessoas que, ainda que não casadas, vivam juntas como marido e mulher ou duas pessoas do mesmo sexo em um relacionamento equivalente. Um dos objetivos da lei em proteger o casamento e não a coabitação é o de que, ao término dessas relações, como a última não é revestida de formalidades, o Estado não teria como intervir para garantir que os direitos dos filhos fossem devidamente observados.⁵⁶⁰ E isso porque uma sentença de divórcio somente é exarada após serem feitos arranjos sobre os filhos provenientes da união (*Family Law Act 1996, Section 5*).

Uma das grandes diferenças entre casais casados e não casados é com relação à filiação. Toda mãe adquire responsabilidade parental (*parental responsibility*) automaticamente com o nascimento de seu filho. Já o pai adquirirá tal responsabilidade apenas se for casado com a mãe (aplicação da presunção legal *pater is est*). Se não for casado, a adquirirá se registrar-se como pai (com o consentimento da mãe), se conseguir judicialmente homologação de acordo de responsabilidade parental (*parental responsibility agreement*) ou se requerer judicialmente uma ordem de responsabilidade parental (*parental responsibility order*). Para conseguir esta *court order*, deverá provar sua ligação genética com a criança.

Uma das mais comuns *court orders* é a *residence order*, prevista na *Section 8* do *Children Act 1989*. Determina-se, através dela, onde a criança deverá viver em caso de separação de seus pais. Pode ser com um dos pais, mas também pode ser dada a outra pessoa, como avós ou tios. A pessoa a quem a *residence order* é deferida também adquire a responsabilidade parental. É possível que seja deferida a duas pessoas (*shared residence order*), mesmo se não morarem juntas (*Section 11 (4) Children Act*). Será caso assemelhado à guarda alternada brasileira, pois a criança passará um período de tempo com uma das pessoas e outro com a outra. Devido a isso, alguns doutrinadores preferem utilizar o termo *dual residence*.⁵⁶¹

Outra *court order* de aplicação usual é a *contact order* (*Children Act, Section 8 (1)*), semelhante ao direito de visitas brasileiro. Pode se estender desde ao genitor com quem a criança não reside até a demais parentes ou amigos. O contato pode ser direto ou através de mídias eletrônicas, telefonemas ou outros meios. Caso o genitor não tenha interesse nessa

⁵⁶⁰ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 92.

⁵⁶¹ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 480.

medida, não poderá ser compelido a manter contato com a criança.⁵⁶² A doutrina ressalta que, mais importante que o contato em si, é sua qualidade e frequência. Jonathan Herring menciona estudo que conclui que a falta de contato com o genitor não detentor da guarda não produz impacto no bem-estar da criança. O que realmente influencia são as relações existentes na casa em que a criança mora. Assim, as evidências não mostram que o contato com o outro genitor é sempre benéfico e, portanto, a execução do direito de visitas não será, necessariamente, benéfica. Com isso, e tendo-se por base a *Section 1 (1)* do *Children Act 1989*, o que deve ser analisado é se o contato será no melhor interesse da criança ou não.

Antigamente, caso houvesse oposição do genitor detentor da guarda a que se realizasse a *contact order*, ele era severamente sancionado. Por estar violando uma ordem judicial, estaria em *breach of an order*, podendo chegar a ser preso (*hold in contempt*). Mais atualmente, as cortes aceitam que o detentor da guarda não queira cumprir o direito de visitas, desde que haja boas razões para assim agir. Nesses casos, a corte pode recusar que haja o contato. Se as razões forem inexistentes, haverá descumprimento de ordem judicial, mas, antes de o genitor ser preso, o que parece não beneficiar a criança de modo algum, alternativas devem ser buscadas, como multas, terapia familiar e até mesmo inversão da ordem de residência, indo a criança viver com o genitor que era originalmente o detentor do direito de visitas.

Apesar da igualdade entre homens e mulheres, Jonathan Herring chama a atenção para o fato de que, em uma separação, a guarda da criança tender a ficar com a mãe, podendo-se dizer que as cortes criaram uma presunção em favor das mães.⁵⁶³ Outra presunção com relação à guarda é que se ela está sendo disputada por um dos genitores e terceira pessoa, presumir-se-á que a melhor pessoa para criar a criança será seu genitor. Porém, conforme destacado no caso *Re B (A Child)*, de 2009, em que o genitor disputava a guarda com a avó da criança, que já estava com ela há algum tempo, decidiu-se que embora ficar com o pai seria uma opção adequada, os laços criados com a avó superavam isso e o melhor interesse da criança determinava que a situação permanecesse inalterada, isto é, que a avó permanecesse com a guarda.⁵⁶⁴ Outro problema no tocante à guarda é se

⁵⁶² HERRING, Jonathan. Idem, p. 482.

⁵⁶³ HERRING, Jonathan. Idem, p. 506.

⁵⁶⁴ HERRING, Jonathan. Idem, p. 508.

ela poderia ser deferida a genitor que estivesse em relação homoafetiva. Os casos mais antigos negavam essa possibilidade. Nos casos atuais, porém, o que se considera é o tipo de relacionamento existente entre o genitor e a criança, sendo que sua orientação sexual não é um dos fatores a serem sopesados na atribuição da guarda.

Em caso de ruptura da sociedade conjugal, alguns passos devem ser tomados tendo-se em vista o bem-estar dos filhos: os laços da criança com ambos os pais deve ser encorajado; deve-se assegurar renda adequada aos filhos; devem-se evitar conflitos que envolvam as crianças; deve-se garantir suporte emocional aos pais; deve-se limitar a necessidade da criança de se mudar de escola ou residência. Ainda, manter a criança informada durante o processo de separação é útil para seu bem-estar.⁵⁶⁵

A parentalidade (*parenthood*) é vista, segundo Jonathan Herring, por quatro diferentes aspectos: há a tradicionalmente atribuída pela contribuição biológica; porém, e mais importante, é a intenção de se tornar pai (*parent*, envolvendo pai e mãe). Ainda, a parentalidade pode ser adquirida pelo comprometimento e cuidado com a criança; por fim, é mencionada a *social parenthood*, que são as pessoas que efetivamente cuidam da criança diariamente, e que tem com elas um vínculo emocional, embora não estejam revestidas de responsabilidade parental.⁵⁶⁶

O direito inglês traz três classificações diferentes relacionadas ao estado da paternidade (amplamente considerada, incluindo paternidade e maternidade – *being a parent*). A primeira delas seria a *parentage*, correspondente aos pais biológicos da criança; a segunda seria a *parenthood*, que são as pessoas consideradas pais pelo direito. Às vezes, pode ser quem já tenha o atributo da *parentage*, mas não é obrigatório; por fim, há a *parental responsibility*, que são as pessoas que têm direitos e deveres para com a criança,⁵⁶⁷ o que lhes permite tomar decisões importantes sobre os interesses das mesmas. É instituto equivalente ao poder familiar brasileiro.

A princípio, a *parental responsibility* deve ser exercida com o fito de promover os interesses das crianças. Há autores, porém, que diferenciam entre direitos centrados nos

⁵⁶⁵ HERRING, Jonathan. Idem, p. 494.

⁵⁶⁶ HERRING, Jonathan. Idem, p. 368-371 e 409.

⁵⁶⁷ HERRING, Jonathan. Idem, p. 324.

pais e direitos centrados nos filhos. Os primeiros existem para benefício dos pais, embora não possam atingir de modo prejudicial a criança. Mas, às vezes, se faz difícil identificar de que tipo de direito se trata. Jonathan Herring exemplifica essa dificuldade com o direito à alimentação, que parece ser centrado na criança, mas o tipo de comida que será fornecida parece estar dentro do direito centrado nos pais.⁵⁶⁸

O conteúdo da responsabilidade parental vem previsto no *Children Act 1989*, *Section 3*, significando todos os direitos, deveres, poderes, responsabilidades e autoridade que o genitor tem com relação à pessoa e aos bens da criança.⁵⁶⁹ Assim, vê-se que o conteúdo específico não foi estatuído, exatamente para que a análise das responsabilidades pudesse ser feita em cada caso. Mas a doutrina entende que estão nela englobados os deveres de criar a criança, ter contato com ela, protegê-la e mantê-la, discipliná-la, prover-lhe educação, determinar sua religião, autorizar procedimentos médicos, entre outros.⁵⁷⁰

A responsabilidade parental pode ser compartilhada para além da figura dos genitores, atingindo número indeterminado de pessoas. É o que prevê a *Section 2 (7)* do *Children Act 1989*. Nesses casos, os detentores da responsabilidade agirão, em princípio, sozinhos, sem necessidade de obter o consentimento dos outros. Além disso, não há hierarquia entre seus detentores. Jonathan Herring ilustra a independência de exercício com situação em que a criança vive com a mãe. Ao visitar o pai, detentor da *parental responsibility*, ele pode alimentá-la de modo diferente, alterar seu corte de cabelo e fazê-la frequentar outra religião.⁵⁷¹ Entende-se, porém, que em situações assim, a criança acabará prejudicada, já que comportamentos tão díspares de seus pais podem levá-la a experimentar sensações de confusão e insegurança.

Algumas situações, porém, obrigarão que os diferentes detentores da responsabilidade parental ajam em conjunto, como consentimento para adoção (*Children Act 1989*, *Sections 12 (3)* e *33 (6)*), consentimento para o casamento (*Marriage Act 1949*, *Section 3 (1A)*), questões envolvendo a educação da criança, entre outros.

⁵⁶⁸ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 401.

⁵⁶⁹ “*Children Act 1989, section 3. In this Act, ‘parental responsibility’ means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property*”.

⁵⁷⁰ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 406.

⁵⁷¹ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 411.

Ponto interessante é o de que aos pais deve ser assegurada certa autonomia na decisão sobre os interesses dos filhos. Essa é a posição apresentada no caso *R (On the Application of Williamson) v Secretary of State for Education and Employment*, citado por Jonathan Herring. Tal é justificado pela premissa de que se vive em uma sociedade livre, na qual as pessoas são diferentes umas das outras e as diferenças devem ser respeitadas.⁵⁷²

Sobre a colocação em família substituta, há a figura dos *social parents*. São pessoas que estão cuidando de alguma criança como se fossem seus pais. Os *social parents* subdividem-se em categorias. Há a figura da guarda (*guardianship*), utilizada para crianças cujos pais faleceram. Os pais titulares do poder familiar, ainda em vida, tem o poder de determinar quem será o guardião de seus filhos no caso de sua morte. Qualquer pessoa pode ser escolhida, e pode haver mais de um guardião assinalado. Em caso de os pais não terem deixado guardião determinado, será o Poder Judiciário que deverá providenciar um, levando em consideração o bem-estar da criança e, de preferência, escolhendo alguém que ela conheça bem.⁵⁷³

Ao guardião é assegurada a responsabilidade parental. A ele também cabe o dever de manter a criança, providenciando-lhe educação, alimentação, roupas, cuidados médicos e abrigo.

Uma segunda categoria dos *social parents* é a dos *foster parents*. São pessoas que cuidarão da criança a longo prazo, mas que não tem qualquer vínculo com ela. Jonathan Herring dá exemplos de *foster parents*: do pedido da mãe a uma amiga para que cuide de seu filho enquanto aquela deverá passar longo tempo em hospital para tratamento de saúde, à família aprovada pela autoridade local para cuidar da criança que foi posta sob seus cuidados.⁵⁷⁴ Os *foster parents* podem ser selecionados de forma privada, figura essa definida pelo *Children Act 1989, Section 66*, ou pública, sendo então determinados pela autoridade local. A criança sob seus cuidados deve ter menos de dezesseis anos e os *foster parents* não podem ser um dos pais ou algum outro parente, não podem já ter responsabilidade parental sobre a criança e devem tê-la consigo por pelo menos vinte e oito dias.

⁵⁷² HERRING, Jonathan. Idem, p. 402.

⁵⁷³ HERRING, Jonathan. Idem, p. 339-341.

⁵⁷⁴ HERRING, Jonathan. Idem, p. 342.

Há ainda a figura do *special guardian*, criada pelo *Adoption and Children Act 2002*, que é a pessoa que cuida da criança em tempo integral, mas que não assume sua paternidade.

Têm-se as pessoas que tratam o menor como ‘criança da família’ (*child of the family*). Essa figura é correspondente à posse do estado de filho, abrangendo, ainda, filhos afins (*stepchildren*). As consequências serão o dever de prestar alimentos à criança, em caso de separação, bem como a possibilidade de requerer sua guarda ou ter visitas à criança regulamentadas. A criança terá direito à herança dos pais que a trataram como criança da família.⁵⁷⁵ O mesmo não ocorre com crianças assim tratadas por casais não casados pelo fato de, em situações assim, as crianças não assumirem a condição de *child of the family*.

Por fim, há a figura do *step-parent*, que é a pessoa que casa com um dos genitores da criança.⁵⁷⁶ O *step-parent*, embora possa tratar a criança como filho, não assume automaticamente a responsabilidade parental, devendo formalizar um acordo com o genitor da criança para tal, com autorização de seu outro genitor. Caso este último não concorde, o *step-parent* pode requerer uma *residence order*, que traz consigo a responsabilidade parental.

A *Section 20* do *Children Act 1989* prevê a figura da *accommodate child*. É o arranjo voluntário feito entre a autoridade local e os pais, que permanecem com a totalidade da responsabilidade parental. É utilizada para casos em que não há ninguém com responsabilidade parental sobre a criança, ou se esta última está perdida ou abandonada. Ocorre, ainda, se a pessoa que está cuidando dela se torna impedida de proporcionar-lhe acomodação e cuidados necessários.

Já a *Section 33* prevê as *care orders* ou *supervision orders*, que dão à autoridade local alguns itens da responsabilidade parental, restando os demais nas mãos dos pais. São utilizadas para casos em que a criança sofreu algum tipo de dano por parte dos detentores da responsabilidade parental, ou está em vias de sofrê-lo. Mesmo detendo responsabilidade

⁵⁷⁵ HERRING, Jonathan. Idem, p. 344-345.

⁵⁷⁶ Jonathan Herring destaca o estigma sofrido pelos padrastos e madrastas nos contos de fadas (Idem, p. 345).

parental, prevê a *Section 33 (6)* que a autoridade local não poderá consentir que a criança seja adotada ou não, bem como não poderá permitir que a criança seja criada em religião diferente da desejada por seus pais. Não pode, ainda, ser conhecida por sobrenome diferente (*Section 33 (7)*). Os deveres que recairão sobre a autoridade local estão genericamente previstos na *Section 22 (3)*, consistindo em proteger e promover o bem-estar da criança e fazer uso de serviços postos à sua disposição. Outros deveres são previstos: *Section 33 (1)* – dever de decidir onde a criança viverá; *Section 22 (4)* – dever de consulta à criança e à sua família antes de tomar decisões que afetarão àquela; *Sections 23 (5)* e *22C* – dever de providenciar acomodação, seja junto de sua própria família extensa, seja com *foster parents*, casas comunitárias, ou outras; *Section 22B* – dever de manutenção; *schedule 2*, para 15 – dever de promover o contato da criança com seus pais, parentes e amigos. Há, ainda, o dever de rever as *care orders* dentro de períodos de tempo determinados, para analisar se houve reversão da situação ou se será o caso de encaminhar a criança para adoção.

Com relação à adoção, para que se concretize, os candidatos a adotantes devem se submeter a escrutínio realizado pela autoridade local. Ainda, a Corte deverá considerar se a adoção atenderá ao melhor interesse da criança. A sentença de adoção confere aos adotantes a qualidade de pais, bem como a responsabilidade parental.

Não há, no direito inglês, o direito genérico de se conhecer a paternidade genética, já que não se testam todas as crianças nascidas para se comprovar a paternidade.⁵⁷⁷

O artigo 2 do Primeiro Protocolo da Convenção Europeia de Direitos Humanos estatui que a ninguém pode ser negado o direito à educação. Porém, o Estado deverá respeitar o direito dos pais de providenciar a educação de acordo com suas convicções filosóficas e religiosas. Assim, é possível, por exemplo, que as crianças estudem fora de estabelecimentos oficiais de ensino. É o chamado *homeschooling*. As crianças são consideradas sujeitos ativos e participantes de seu próprio processo educativo. A *Section 7* do *Education Act 1996* impõe aos pais a obrigação de assegurar que o menor receba educação efetiva em tempo integral.

⁵⁷⁷ HERRING, Jonathan. *Idem*, p. 372.

Serão destacadas algumas decisões proferidas por Tribunais ingleses que enfrentam temas relacionados ao melhor interesse da criança. A primeira a ser estudada foi proferida pela *England and Wales High Court (Family Division) Decisions*, da lavra do Relator Justice Wall, proferida em 04.02.04 ([2004]EWHC (Fam) 142, [2004]1FLR 1195; [2004]EWHC 142 (Fam)).⁵⁷⁸ Tratava-se de caso de separação, em que o genitor, pai de dois filhos, obteve uma *residence order* em relação a eles. De início, o genitor tentou obter uma *joint residence order* e uma *defined contact order*, pelo fato de a genitora estar tomando medidas unilaterais concernentes à educação e saúde das crianças. Com o passar do tempo, a filha não quis mais manter contato com o genitor. Para se definir se havia risco no contato entre pai e filha, foi determinada a remessa dos autos para a Corte Superior de Família.

O genitor queria a imediata remoção das crianças da guarda materna. Foi determinado, de início, que a guarda permaneceria com a mãe e o pai teria direito a visitas. Após certo tempo, laudos sociais e psiquiátricos foram expedidos, verificando-se que as crianças passavam cinquenta por cento do tempo com cada genitor. Assim, a mãe requeria fosse determinada a guarda compartilhada, e o pai, que permanecesse com a guarda unilateral, pois, caso fosse determinada a guarda conjunta, a mãe iria dela abusar, impedindo novamente o contato das crianças com ele.

Foi determinada judicialmente a guarda compartilhada. E isso porque após uma separação, cada um dos pais tem direito e responsabilidade de ser informado e tomar decisões apropriadas sobre seus filhos. Porém, essa decisão deve refletir o dia-a-dia das crianças. Se as crianças já estão passando tempo proporcional com cada um dos pais, a guarda compartilhada pareceria apropriada. Já se a criança vive com um dos pais e tem contato esporádico com o outro, a guarda unilateral seria a mais indicada. E sempre é o melhor interesse da criança que deve ser o guia das decisões. A decisão da *High Court* termina listando decisões sobre crianças que podem ser tomadas por um dos pais independentemente do outro (como o que as crianças farão em companhia do genitor que está com a guarda fática naquele momento), decisões que o genitor deve tomar informando o outro, mas sem necessidade de sua concordância (como tratamento médico em casos de

⁵⁷⁸ Extraída do site www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2004/142.html. Acesso: 30.11.13.

emergência) e decisões que devem ser tomadas em conjunto (como qual escola as crianças frequentarão).

A segunda decisão advém da *England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions*, proferida em 18.03.03, pelos juízes Lord Justice Thorpe e Mr Justice Wilson ([2003]EWCA Civ 592, [2003]2FLR 397).⁵⁷⁹ O caso sob análise tratava de genitores que disputavam a guarda de duas crianças. Após a separação, os pais agiram de maneira colaborativa com relação às filhas. A mãe, caso ficasse com a guarda, pretendia levá-las para Edimburgo, na Escócia, sua cidade natal. O pai pretendia abrir mão de sua carreira na marinha para iniciar uma carreira civil, em prol de passar mais tempo com elas. Ele sinalizou que, caso a guarda ficasse com a mãe, se mudaria para as proximidades de Edimburgo, para manter o contato com as filhas.

O laudo psicossocial concluiu que o melhor resultado para as crianças seria ficar sob a guarda da mãe, com contato generoso com o pai. A conclusão da decisão de primeiro grau foi de guarda compartilhada, sendo permitida à mãe a mudança com as crianças para Edimburgo, se assim ela decidisse. A decisão trouxe um plano elaborado da divisão do tempo das crianças entre os pais, que permaneceria válido caso a mãe se mudasse, ou caso o pai permanecesse na marinha. Para chegar a essa decisão, a juíza utilizou-se da *check list* da *Section 1 (3)* do *Children Act 1989*.

O pai apelou da decisão, basicamente quanto a dois pontos: primeiramente, devido ao que a juíza de primeiro grau havia inferido, a guarda deveria ter sido concedida de forma unilateral ao pai, e não ter se decidido pela guarda compartilhada. Ademais, como a juíza deu liberdade para a mãe se mudar para a Escócia, haveria contradição com a ideia de guarda compartilhada. Seria como se a mãe tivesse obtido a guarda individual, podendo eleger sozinha para onde levar as crianças.

A *Court of Appeal* entendeu que os argumentos paternos não eram persuasivos, já que a decisão apelada havia deixado bem claro porque aquelas posições eram tomadas, além do fato de a guarda compartilhada ter sido escolhida tendo por base a realidade das crianças, que já dividiam seu tempo entre os genitores. O resultado de primeiro grau,

⁵⁷⁹ Extraída do site www.bailii.org.ew/cases/EWCA/Civ/2003/592.html. Acesso: 30.11.13.

baseado no melhor interesse da criança, refletia adequadamente o equilíbrio sofisticado e difícil que teve que ser delineado tendo-se em vista as evidências e alegações. A apelação foi, assim, denegada.

A terceira decisão a ser analisada foi proferida pela *House of Lords*, em 17.12.01 ([2002] Fam Law 168, [2002]WLR 258, [2002]1FCR150, [2002]1AllER 641, [2002]1FLR 196, [2001]UKHL 70, 11 BHRC 702, [2002]1WLR 258, Rel. Lord Nicholls of Birkenhead).⁵⁸⁰ Tratava-se de apelação em caso de adoção proposto pelo pai, com o consentimento da mãe, com relação a menina de três anos. Foi proferida sentença de adoção em primeiro grau. Porém, a Corte de Apelação reverteu-a. O pai recorreu à *High Court*. Os pais da criança tiveram relacionamento do qual adveio o nascimento de criança. No momento do nascimento, a mãe declarou ao hospital que queria que a criança fosse adotada. Com quatro dias de vida, a menor foi direcionada a *foster parents*, para posterior adoção. O pai não sabia nem da gravidez nem do nascimento. O serviço social acabou descobrindo seu paradeiro por um golpe de sorte. Quando contatado, ele expressou seu interesse em ficar com a menor, que foi registrada em seu nome. Em seguida, os genitores acordaram que ambos teriam responsabilidades parentais sobre ela.

A menina ficou com seu genitor desde 1998 até a data do julgamento. O problema que se planteava era se o genitor deveria ser considerado o único *parent* da criança. A princípio, a mãe concordara, mudando de ideia posteriormente. O caso foi transferido para a High Court devido à sua natureza peculiar.

O genitor entendia que se sentiria mais seguro se a mãe não tivesse mais responsabilidade parental sobre a criança. E isso só poderia ser conseguido com uma decisão de adoção. A mãe foi contatada e concordou com o pedido. O juiz da *High Court*, Bracewell J, em 29.06.00, sentenciou favoravelmente ao pedido do pai, entendendo que era a única maneira de se promover o bem-estar da menor. O advogado da criança apelou para a *Court of Appeal*, que reformou a decisão, entendendo que a decisão de adoção era uma interferência pública no direito de respeito à família. Essa modalidade de adoção somente seria possível se existisse uma razão para excluir a mãe, o que não ocorria no caso, e, em

⁵⁸⁰ Extraída do site www.bailii.org/uk/cases/UKLH/001/70.html. Acesso: 30.11.13.

assim se agindo, não se estaria atendendo aos interesses da criança. A adoção foi, então, revogada, e determinou-se que o pai ficaria com a guarda.

O pai apelou, então, à *House of Lords*, cujo Acórdão aduziu que, ao se discutir o melhor interesse, não há resposta certa e objetiva em qual de duas ou mais possibilidades estará o princípio. Não há como se demonstrar que uma possibilidade está claramente correta e a outra claramente errada. Assim, foi restaurada a decisão de primeiro grau, já que a insegurança do pai quanto a futuras possíveis medidas a serem tomadas pela mãe afetaria a estabilidade da criança.

6.2. Portugal

Para o direito português, a família é elemento fundamental da sociedade (art. 67, n. 1, Constituição da República Portuguesa). A Constituição portuguesa prevê o direito de constituir família em seu art. 36º, n. 1. O n. 5, do mesmo artigo, atribui aos pais o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, que não poderão deles ser separados a não ser por decisão judicial em caso de não cumprimento de seus deveres fundamentais (art. 36º, n. 6).

Pode-se dizer que o princípio do melhor interesse da criança também se encontra presente no ordenamento jurídico português. À semelhança do que ocorre no Brasil, o melhor interesse é conceito indeterminado em seus parâmetros, embora todas as decisões que envolvam crianças devam, obrigatoriamente, levá-lo em consideração.⁵⁸¹

O Código Civil português prevê como fontes das relações familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção (art. 1576º). Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira criticam essa disposição, entendendo ser ela limitadora da abrangência de tais relações, por não contemplar a união de fato, que acaba relegada a domínio extra-familiar.⁵⁸² Chegam a afirmar que a opção do Código é *non-sense*,⁵⁸³ já que a afinidade,

⁵⁸¹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da família: tópicos para uma reflexão crítica*. 2 ed. actual. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 200.

⁵⁸² CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Idem*, p. 117-118.

⁵⁸³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Idem*, p. 118.

considerada relação familiar, produz praticamente nenhum efeito, enquanto que a união de fato, bem mais expressiva no tocante a efeitos, é deixada de lado.

Os critérios que fazem com que ditas relações sejam consideradas familiares podem ser extrapolados para se chegar a outras que tenham o mesmo viés e, assim, possam também ser consideradas familiares. Tais critérios seriam a durabilidade, laços afetivos expressivos e ato constitutivo significativo, seja do ponto de vista biológico, vivencial, administrativo ou judicial.⁵⁸⁴

Com a redação original do Código Civil em vigor em Portugal, o casamento somente podia ser realizado entre duas pessoas de sexo diferente. Caso contrário, era reputado inexistente, de acordo com o art. 1628º, alínea “e”. A Lei n. 9/2010 alterou este cenário, passando a permitir o casamento homoafetivo.

Mesmo antes desta lei alguns autores reputavam os artigos do Código Civil eivados de inconstitucionalidade, já que a Constituição, especificamente nos artigos 13º e 36º, previa, respectivamente, o princípio da igualdade (ressaltando que a orientação sexual não deve ser motivo de discriminação) e o acesso ao casamento e à constituição de família como direitos fundamentais.⁵⁸⁵

Interessante ressaltar que, embora o casamento só tenha sido positivado em 2010, a Lei n. 7/2001 já admitia a união de fato (equivalente à união estável brasileira) homossexual, embora com direitos um pouco mais restritos que a união de fato heterossexual. Como exemplo, pode ser citado o art. 2020º do Código Civil, que, ao prever o direito de pensão por morte do companheiro, refere-se à expressão “condições análogas às dos cônjuges”. Pelo fato de o artigo trazer a palavra “cônjuges”, noticiam Carlos Pamplona Corte-Real e José Pereira da Silva que parte da doutrina entendia que este direito não se estenderia à união de fato homossexual, pois, até então, o casamento homoafetivo era inexistente.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. Idem, p. 119.

⁵⁸⁵ Nesse sentido: CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. Idem, p. 132. Segundo eles, o não reconhecimento do casamento homoafetivo seria um grave desrespeito à dignidade humana, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao direito à liberdade e à não discriminação (p. 133).

⁵⁸⁶ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. Idem, p. 150.

Porém, a Lei n. 7/2001, em seu art. 7º, veda claramente a adoção aos parceiros que vivam em união de fato homoafetiva. O mesmo veio a ocorrer com a Lei n. 9/2010, que expressamente veda a possibilidade de adoção conjunta para pessoas do mesmo sexo casadas entre si (artigo 3º, n. 1).

Quanto ao poder paternal, previa o Código Civil, em sua redação de 1966, que seria exercido por ambos os pais. Mesmo com a separação, o divórcio ou a nulidade do casamento, ambos dele continuavam titulares, mas seu exercício era regulado por acordo entre eles ou por imposição do Tribunal de Menores. Em 1977, o Código Civil foi alterado, passando o art. 1906º, n. 1, a prever que o poder paternal seria exercido pelo cônjuge ao qual fosse atribuída a guarda do filho. Informa Maria Clara Sottomayor que normalmente a guarda cabia à mãe, pela doutrina da tenra idade, que era considerada estendida até dez anos. O objetivo desse exercício único era evitar conflitos entre os pais. Critica a autora essa posição do Código Civil, por estar em dissonância com a Constituição de 1976 que, em seu art. 36º, n. 2, previa a igualdade entre homens e mulheres, o que, segundo ela, deveria refletir-se no exercício do poder paternal. Apesar disso, a jurisprudência portuguesa homologava diuturnamente acordos entre os cônjuges prevendo o exercício conjunto do poder paternal, desde que esta solução fosse a que melhor atendesse os interesses dos filhos.⁵⁸⁷

A Lei n. 84/95 alterou novamente o Código Civil, passando a prever o acordo dos pais quanto ao exercício em conjunto do poder paternal, que é entendido como guarda conjunta. Não há na legislação uma preferência pela guarda conjunta. No caso de não ser possível o acordo entre os genitores, o juiz decretará o exercício unilateral do poder paternal.

Maria Clara Sottomayor critica a guarda alternada, por não ser solução prática e por provocar perturbações na segurança e estabilidade da criança.⁵⁸⁸ Critica severamente, também, a guarda conjunta, entendendo que não haverá mudanças significativas na relação entre a criança e o genitor que com ela não residir, podendo apresentar, ainda, pontos negativos, como aumento do conflito entre os pais com relação à educação dos filhos e

⁵⁸⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2001, p. 53-55.

⁵⁸⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A introdução...*, p. 56.

devido ao fato de o genitor residente com a criança (normalmente a mãe) ter que obter o consentimento do outro (geralmente o pai) para todas as decisões que envolvam a pessoa ou os bens do filho. Entende que esta situação é como um retorno às sociedades patriarcais, nas quais o poder paternal atribui direitos aos homens sem que tenham deveres correspondentes pelo cuidado cotidiano da criança. Ademais, por ser a guarda conjunta advinda de acordo, sustenta ela que os tribunais apenas o homologam, não analisando o caso com a profundidade necessária para verificar se o interesse da criança está sendo preservado. Assim, a única forma de proteção da criança é a manutenção da ideia de guarda única e exercício unilateral do poder paternal.⁵⁸⁹

Em caso de divórcio, os cônjuges podem apresentar acordo quanto às suas responsabilidades em relação aos filhos menores. Essa orientação também deve ser seguida em quaisquer casos de uniões das quais provenham filhos. Conforme previsto pelo art. 1776.º-A, referido acordo deve seguir para a apreciação do Ministério Público, que pode recusá-lo caso considere que não atenda aos interesses dos menores. Nessa situação, os cônjuges podem apresentar novo acordo ou alterá-lo em conformidade ao exigido pelo Ministério Público. Caso os requerentes não concordem com as exigências feitas, a homologação será recusada e o processo será remetido ao tribunal, para decisão (art. 1778º). Em Portugal, ainda existe o instituto da separação judicial, à qual se aplicam as mesmas regras pertinentes ao divórcio (artigo 1794º).

A respeito da filiação, a legislação portuguesa prevê a biológica, a adotiva e a por consentimento não adotivo, sendo que esta última se refere a casos de inseminação artificial da mulher com material genético diferente do do marido, mas com autorização deste (é o caso do art. 1839º, n. 3, que traz que é proibida a impugnação de paternidade com base em inseminação artificial por parte do cônjuge que nela consentiu).

Quanto à paternidade, também em Portugal utiliza-se de sistema de presunções, baseadas no estado de casado. Assim, prevê o art. 1826º que é pai o marido da mãe (regra do *pater is est*). Outras presunções vêm previstas pelo art. 1871º, cuja alínea a, do n. 1, determina que é presumida a paternidade “quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público”. Autores como

⁵⁸⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A introdução...*, p. 59-60.

Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, se posicionam pela prevalência da paternidade afetiva, citando como grande exemplo a adoção.⁵⁹⁰ Na verdade, a paternidade socioafetiva, em Portugal, tanto quanto no Brasil, deve ser mais valorizada que a biológica. Segundo Patrícia Oliveira, a filiação “(...) é uma experiência relacional e afectiva e, em circunstância alguma, exclusivamente biológica”.⁵⁹¹

Ressaltam Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira que não deve haver hierarquização entre diferentes tipos de parentalidade. Para eles, “O que interessa é acentuar que o vínculo da parentalidade se traduz mais do que num poder, num verdadeiro dever norteado sempre pelo “interesse superior da criança” (...)”, que, segundo eles, deve sempre ser levado em consideração em quaisquer ações visando o pleno desenvolvimento do menor.⁵⁹²

O interesse do filho é ressaltado pelo art. 1875º, n. 2, que aduz que, em caso de não haver acordo entre os pais quanto à escolha de seu nome próprio e dos apelidos, tal caberá ao juiz, em “harmonia com o interesse do filho”. Ainda, o art. 1878º, ao tratar das responsabilidades parentais, ressalta que estas devem ser exercidas no interesse dos filhos, devendo os pais “velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar seus bens”. Afinal, segundo palavras de Patrícia Oliveira, “Na nossa sociedade o direito dos filhos prevalece perante o direito ao filho”.⁵⁹³

O art. 1887º-A prevê que “Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com irmãos e ascendentes”. A redação original deste artigo foi alterada pela Lei n. 84/95.

O artigo 1906º trata das responsabilidades parentais em caso de separação dos pais. A princípio, as responsabilidades parentais devem ser exercidas do mesmo modo que o

⁵⁹⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Idem*, p. 199.

⁵⁹¹ OLIVEIRA, Patrícia. A responsabilidade da família afectiva na construção da identidade e da historicidade pessoal da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 274.

⁵⁹² CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Idem*, p. 200. Interessante ressaltar, ainda, que tanto o Código Civil português quanto os doutrinadores, muitas vezes, ao invés de se referirem aos termos ‘criança’, ‘adolescente’, ‘infante’, entre outros, preferem o uso do termo ‘menor’, o que pode denotar que, em Portugal, não se vislumbra o preconceito que podemos encontrar em território pátrio quanto ao vocábulo.

⁵⁹³ OLIVEIRA, Patrícia. *Idem*, p. 270.

eram à época da união. Quanto aos atos da vida corrente do filho, o exercício das responsabilidades parentais caberá ao genitor com quem a criança se encontre temporariamente. Tal exercício não pode contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo genitor com quem o filho resida habitualmente. O n. 5 determina expressamente que “O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”.

Em seu n. 7, o artigo 1906º entende que o tribunal decidirá sempre tendo em vista o interesse do menor, inclusive quanto ao fato de manter uma relação de proximidade com ambos os genitores, tomando decisões que “favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”.

A guarda do filho pode restar com pessoa diversa da de seus genitores, cabendo a esta os poderes e deveres de pais que forem necessários ao bom desempenho de sua função (artigo 1907º, n. 1 e 2). Caberá aos pais, nesses casos, o direito de visitas, a não ser que “o interesse do filho o desaconselhe” (artigo 1919º).

Apesar de os artigos 1877º a 1920º-C tratarem das responsabilidades parentais (expressão introduzida pela Lei n. 61/08, em tentativa de substituição ao termo “poder paternal”), os artigos seguintes utilizam a expressão “poder paternal”. Diogo Leite de Campos critica a utilização da expressão ‘paternal’, por evocar a época em que tal poder era exercido exclusivamente pelo pai. Segundo ele, se faz preferível o uso da expressão ‘parental’.⁵⁹⁴

Em Portugal existe o regime jurídico da tutela, que é deferido nos casos em que os pais são falecidos; se os pais estiverem inibidos do poder paternal quanto à regência da pessoa dos filhos; se estiverem eles há mais de seis meses impedidos de fato de exercer o poder paternal; ou se forem incógnitos.

⁵⁹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2005, p. 370.

A tutela, que envolve a guarda e a regência da pessoa do menor, pode englobar, ou não, a administração de seus bens. Caso não englobe, será instituído o regime de administração de bens do menor, conforme prevê o artigo 1922º.

É exercida por um tutor e pelo conselho de família (art. 1924º, n. 1). O tutor é designado pelos pais – para casos em que venham a falecer ou se tornem incapazes - ou pelo tribunal de menores (art. 1927º). Nesse último caso, após ouvido o conselho de família, este nomeará um tutor dentre os parentes ou afins do menor ou entre pessoas que tenham cuidado ou estejam dele cuidando, ou que por ele demonstrem afeição. Caso a criança seja maior de catorze anos, deve se manifestar quanto à nomeação de tutor pelo tribunal.

A adoção vem prevista pelo Código Civil português nos arts.1973º a 2002º-D, com algumas alterações trazidas pela Lei n. 31/2003. Além da adoção propriamente dita, existem, ainda, medidas de proteção de menores em perigo e famílias de acolhimento (Lei n. 147/99, alterada pela Lei n. 22/2007).

A adoção é vínculo estabelecido por meio de decisão judicial, e o processo deve ser instruído com um inquérito sobre a personalidade e saúde de ambos, adotante e adotado, bem como idoneidade do primeiro para criar e educar o segundo, sua situação familiar e econômica e as razões determinantes do pedido de adoção. Ressalta o art. 1974º, n. 1, que “a adoção visa realizar o superior interesse da criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adotando (...)”. Há duas modalidades de adoção: a restrita e a plena. A diferença entre elas se dá quanto à extensão de seus efeitos.

Preliminarmente à adoção, prevê o Código, em seu art. 1978º, o instituto da “confiança”, que nada mais é do que a entrega do menor a casal, pessoa ou instituição, objetivando sua futura adoção. Podem ser dados em confiança filhos de pais incógnitos ou falecidos; se os pais tiverem consentido previamente com a adoção; em caso de abandono do menor pelos pais, ou se estes o colocarem em perigo grave para sua saúde, segurança, formação, educação e desenvolvimento; se os pais tiverem revelado manifesto desinteresse pelo filho durante os três meses que precederem o pedido de confiança. O n. 2 do citado artigo é claro ao mencionar que “Na verificação das situações previstas no número anterior

o tribunal deve atender prioritariamente aos direitos e interesses do menor”. Há dois tipos de confiança: a administrativa e a judicial. Há, ainda, a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para adoção.

Podem requerer a confiança: o Ministério Público, o organismo de segurança social da área de residência do menor, a pessoa a quem o menor tenha sido administrativamente confiado, o diretor do estabelecimento público ou a direção de instituição particular que o tenha acolhido, o candidato a adotante quando, por decisão judicial, tenha o menor a seu cargo.

Com relação à adoção plena, podem utilizá-la duas pessoas casadas há mais de quatro anos e não separadas judicialmente, contando ambas com mais de vinte e cinco anos. Singularmente, podem adotar plenamente os maiores de trinta. É também possível a adoção do filho do cônjuge – para tal, o adotante deve contar com mais de vinte e cinco anos. Porém, aos maiores de sessenta anos não é concedido o direito à adoção. O único caso em que o Código prevê diferença de idade entre o adotante e o adotado é para o caso de o adotante ser maior de cinquenta anos: nestes casos, a diferença de idade não pode ser superior a 50 anos (art. 1979º, n. 5).

A adoção plena pode ser deferida tendo por candidatos a adotandos os menores filhos do cônjuge do adotante e os que tenham sido confiados a ele (administrativa ou judicialmente, ou, ainda, mediante medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para adoção). Para tal, o menor deve ter menos de 15 anos quando do pedido judicial de adoção, com exceção de já estar sob a confiança de pelo menos um dos adotantes ou quando for filho do cônjuge do adotante.

Deve haver o consentimento da criança, se maior de 12 anos. No caso de adoção singular, é ainda necessário o consentimento do cônjuge do adotante. Se não estiver o menor sob confiança, devem seus pais consentir com a medida, mesmo que já não exerçam o poder paternal. Esse consentimento é necessário ainda que não esteja em curso processo de adoção,⁵⁹⁵ não sendo também necessária a identificação dos futuros adotantes. Em caso

⁵⁹⁵ Este ponto da legislação é criticado por Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira (Idem, p. 201).

de falecimento dos pais, o consentimento deve ser dado por ascendente, colateral até o terceiro grau ou tutor do menor.

Para efetivação da adoção, é necessário que o juiz ouça os filhos do adotante, se maiores de 12 anos (art. 1984º, a).

A identidade do adotante não será revelada aos pais biológicos do adotado, sendo que a identidade dos últimos também pode ficar oculta para o primeiro. Porém, é possível o acesso à identidade genética. Conforme afirma Patrícia Oliveira, “Na verdade, para conhecer plenamente a sua história e para reconhecer a sua identidade pessoal cada um de nós precisa de saber quem lhe transmitiu a identidade genética”.⁵⁹⁶

Como efeitos da adoção plena, tem-se que a criança adquire condição de filho do adotante, extinguindo-se suas relações com seus parentes biológicos, com exceção de a adoção ser efetivada com relação ao filho do cônjuge, já que, neste caso, “mantêm-se as relações entre o adotado e o cônjuge do adotante e os respectivos parentes” (art. 1986º, n. 2). O adotado, que perde seus apelidos de origem, pode, também, ter seu nome próprio alterado, a pedido do adotante.

A adoção plena nunca é revogável, embora seja possível a revisão da sentença por algum tipo de erro de procedimento (no prazo de seis meses a contar da data em que se teve notícia da adoção ou da data em que cessou o vício do consentimento ou, por iniciativa do adotado, até seis meses após a maioridade ou a emancipação), como a falta de consentimento dos pais do adotado. Porém, conforme ressalta o art. 1990º, n. 3, não será admitida a revisão da sentença quando os interesses do adotado possam ser consideravelmente afetados.

Já a adoção restrita pode ser utilizada por maiores de vinte e cinco anos. Porém, devem contar com menos de 60 até a data em que o menor lhes for confiado, salvo se o adotando for filho do cônjuge do adotante. As pessoas que podem ser adotadas restritamente são as mesmas que o podem na forma plena, também sendo necessário, aqui, o consentimento da criança, se maior de 12 anos, do cônjuge do adotante, em caso de

⁵⁹⁶ OLIVEIRA, Patrícia. *Idem*, p. 276.

adoção singular, dos pais do adotando e, em caso de seu falecimento, o consentimento deve ser dado por ascendente, colateral até o terceiro grau ou tutor do menor.

A maior diferença entre a adoção plena e a restrita é que nesta o adotado conserva os direitos e deveres em relação à sua família natural, salvo eventuais ressalvas previstas em lei. Assim, o adotado e os parentes do adotante não são herdeiros entre si, nem ficam obrigados à prestação de alimentos. Porém, o adotante e o adotado serão herdeiros legítimos um do outro na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes (com relação ao adotante ser herdeiro legítimo do adotado, também será observada a falta de irmãos e sobrinhos deste último). Sobre alimentos, o adotado está obrigado a prestá-los ao adotante, na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes aptos a fazê-lo. Caberá ao adotante o exercício do poder paternal (art. 1997º), podendo ainda o adotado assumir os apelidos do adotante (art. 1995º).

Esta modalidade de adoção é revogável por requerimento do adotante ou do adotado, caso se verifique alguma das causas que justifiquem a deserção dos herdeiros necessários (chamados de legitimários). Ainda, a revogação pode ser requerida pelo Ministério Público, pelos pais naturais, ou pessoa a cujo cuidado estava a criança antes da adoção, no caso de o adotante deixar de cumprir os deveres inerentes ao poder paternal ou se a adoção se tornar inconveniente para a educação ou interesses do adotado.

A Lei n. 103/2009, conhecida como lei do apadrinhamento civil, instituiu essa figura no ordenamento português. É considerada medida intermediária entre a tutela e a adoção restrita, e isso porque o padrinho (ou madrinha) é mais que um tutor, já que sua relação com o apadrinhado ou afilhado será quase familiar, não se extinguindo com a maioridade, sendo perpétua enquanto não houver revogação (prevista pelos seus arts. 24º e 25º). É prevista obrigação recíproca de alimentos. Porém, o padrinho é menos que um adotante restrito, já que os requisitos do apadrinhamento civil, previstos nos arts. 4º e 12º da Lei n. 103/2009, são menos exigentes que os da adoção. Não se prevê a atribuição dos nomes de família do padrinho ao afilhado, não havendo também direitos sucessórios entre eles. De acordo com o Observatório Permanente da *Adopção* - Centro de Direito da Família, da Universidade de Coimbra, “(...) os padrinhos assumirão o papel que geralmente lhes está associado na linguagem corrente: são pessoas que não se confundem com os pais,

que não assumem o estatuto de pais, mas que desempenham as funções de pais sempre que estes não possam fazê-lo”.⁵⁹⁷

Ainda segundo o Observatório Permanente da *Adopção*, o objetivo do apadrinhamento é “(...) responder a situações em que a manutenção dos vínculos com a família biológica a par de outros vínculos *afectivos* se revela a melhor solução para o interesse da criança ou jovem”.⁵⁹⁸ Assim, podem ser apadrinhados, de acordo com o art. 5º, crianças ou jovens que estejam sob medida de acolhimento em instituições; que estejam sob alguma outra medida de proteção; que se encontrem em situação de perigo, comprovada por procedimento judicial. Podem, ainda, ser encaminhados ao apadrinhamento por iniciativa do Ministério Público, da comissão de proteção de crianças e jovens, do organismo de segurança social, dos pais ou representantes legais da criança ou do jovem ou por iniciativa, ainda, do próprio menor.

Os padrinhos são escolhidos entre pessoas ou famílias habilitadas, constantes de lista do organismo de segurança social (art. 11º, 1). Caso a iniciativa seja dos pais ou do próprio menor, podem eles designar pessoa ou família de sua escolha (art. 11º, 2), o mesmo ocorrendo com a instituição que estiver acolhendo a criança (art. 11º, 3). O apadrinhamento será constituído por decisão judicial ou por compromisso homologado judicialmente (art. 13º).

Quanto à educação, ela é entendida amplamente, abrangendo o processo de socialização e aculturação, devendo ser realizado também no seio da família.⁵⁹⁹ É reconhecido o direito dos pais de optar pelo sistema de estudo que providenciarão aos seus filhos, se nos estabelecimentos de ensino oficiais ou de forma privada.

Conforme noticia Mônica Sifuentes,⁶⁰⁰ as Constituições portuguesas de 1826 e 1911 previram a obrigatoriedade e gratuidade da instrução primária. A Constituição de 1933 alterou essa ideia, estabelecendo a obrigatoriedade do ensino primário, mas nada dispondo sobre a gratuidade. E isso porque a educação passava a ser obrigação primordial

⁵⁹⁷ Observatório Permanente da *Adopção* - Centro de Direito da Família. *Regime jurídico do apadrinhamento civil anotado*. Número especial. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 8.

⁵⁹⁸ Observatório Permanente da *Adopção* - Centro de Direito da Família. *Idem*, p. 14.

⁵⁹⁹ OLIVEIRA, Patrícia. *Idem*, p. 267.

⁶⁰⁰ SIFUENTES, Mônica. *Idem*, p. 154-157.

da família, funcionando o Estado apenas supletivamente. Caso a família não tivesse renda, o Estado asseguraria a educação de seus filhos; se houvesse renda, a família pagaria uma taxa ou contribuição moderada. Já a Constituição de 1967 passou a ver a educação pelo seu aspecto eminentemente social, prevendo a incumbência do Estado ao ensino universal, obrigatório e gratuito no art. 74º, 2, a, bem como o direito universal ao acesso à educação e à cultura (art. 73º). A garantia da liberdade de aprender e ensinar vinha prevista no art. 43º. A Constituição de 1976 trazia uma visão socializante do ensino, estabelecendo no art. 74º, 2, que o ensino deveria ser modificado para superar sua função conservadora da divisão social do trabalho. Ademais, incumbia o Estado de assegurar o ensino básico, universal, obrigatório e gratuito, criar um sistema público de educação pré-escolar, garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo, bem como estabelecer progressivamente a gratuidade em todos os níveis de ensino (art. 74º, 3).

A Lei n. 46, de catorze de outubro de 1986, introduziu a atual Lei de Bases do Sistema Educativo português, que prevê a duração de nove anos para o ensino básico, que é obrigatório. Seu objetivo é assegurar formação geral comum a todos os portugueses, de acordo com seu art. 7º, a.

O artigo 1885º do Código Civil especificamente trata sobre o direito à educação, determinando seu n. 1 que “Cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos”. Já o n. 2 prevê que “Os pais devem proporcionar aos filhos, em especial aos diminuídos física e mentalmente, adequada instrução geral e profissional, correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um”.

Com relação às decisões prolatadas pelos Tribunais portugueses, tendo em vista o melhor interesse da criança, analisaram-se três delas.

A primeira foi proferida pelo Tribunal de Relação de Lisboa (Apelação 1035/06, STBVFX-A.L1-2, Rel. Jorge Leal, j. 14.11.2013).⁶⁰¹ Em 2011, os quatro filhos de um casal foram encaminhados para instituição devido à precariedade de condições da casa em que

⁶⁰¹ Extraído do site www.dsgi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2aaaaa5d883ecOcf222580257c2f004c62ec%FOpenDocument+&cd=38hl=pt-BR&ct=clnk&gl=pt. Acesso em 25.11.13.

viviam com os pais. Quanto a dois deles, o Ministério Público manifestou-se a favor de aplicação de medida de apoio junto dos avós. A genitora pronunciou-se pela institucionalização, enquanto o genitor requeria que as crianças fossem confiadas a ele. Em 08.07.13, houve decisão determinando que dois dos menores fossem mantidos em instituição, com vistas à futura adoção. Quanto aos outros dois, determinou-se a aplicação de medida de apoio junto ao avô, com duração de um ano. Os genitores apelaram, separadamente, da decisão.

No Acórdão, quando do julgamento das Apelações, ficou ressaltada que, apesar de a convivência familiar ser prioritária, por vezes uma separação entre a criança e a família se faz necessária para se atender ao seu interesse superior. De acordo com as provas colacionadas nos autos, seria melhor que a situação se mantivesse, permanecendo as duas crianças em instituição, com vistas à adoção, mantendo-se as outras duas com o avô.

A próxima decisão advém do Tribunal de Relação de Coimbra, resultado da Apelação 975/06.6TMCBR-F.C1, 3ª Seção, Relator Jacinto Meca, j. 12.09.12,⁶⁰² cuja Ementa ressalta que

(...) sabendo nós que o ‘superior interesse da criança’, enquanto conceito jurídico indeterminado, cuja concretização tem que acolher e respeitar o quadro constitucional que lhe confere um conjunto de direitos e vincula o Estado a protegê-lo, visado o seu desenvolvimento integral (...).

O Acórdão julgou a Apelação procedente, revogando a decisão recorrida, aplicando-se a duas crianças medida provisória de apoio junto aos avós maternos, que ficariam responsáveis por sua segurança, saúde, educação e bem-estar. Aos genitores restaria o direito de visitas, a ser realizado na casa dos avós maternos, e na presença deles.

Tanto a decisão de primeiro grau quanto a do recurso foram proferidas em vista dos superiores interesses das crianças. Enfatizou-se que é a parentalidade, consanguínea ou adotiva, que assume sempre o primeiro lugar entre as medidas de proteção de crianças e adolescentes. É por isso que a decisão sumária de primeira instância objetivou afastar os

⁶⁰² Extraído do site www.trc.pt/direito-civil/8130-ap975066tmcbr-fc1-html. Acesso em 25.11.13.

malefícios que a conduta da genitora ocasionava nas crianças, deixando-as a cargo dos cuidados dos avós maternos, ao invés de institucionalizá-las, já que uma instituição, por mais que faça por elas, não conseguirá lhes transmitir a mesma qualidade de afeto que seus avós lhes proporcionam. Já o pai das crianças trabalhava na Suíça e não havia elementos nos autos que demonstrasse seu interesse e possibilidade de ficar com as filhas.

Com a separação do casal, as crianças ficaram com a mãe, já que o pai foi trabalhar na Suíça. Porém, devido ao fato de a mãe ter colocado as crianças em perigo, potencializado pela chantagem que exercia sobre elas, impedindo-as de falar sobre o pai e de conviver com ele, houve intervenção do Ministério Público e subsequente decisão judicial que removeu o perigo e decretou a institucionalização das crianças. Quanto a esse último ponto, a primeira parte do Acórdão o modificou, substituindo a institucionalização pelo convívio com os avós, regressando as crianças a seu meio natural.

A terceira decisão a se tratar foi proferida pelo Tribunal da Relação do Porto, em sua 5ª Seção, em 12.03.12 (Apelação 2182/10.4TBVFR.P1, Relator José Eusébio Almeida).⁶⁰³ A apelante ingressou com ação em primeiro grau para regulamentar as responsabilidades parentais em relação às suas filhas, tendo em vista a separação ocorrida entre ela e o genitor das crianças. A decisão de primeiro grau determinou que o pai ficasse com a guarda, e que o exercício das responsabilidades parentais quanto aos atos cotidianos em relação às filhas caberia a ele, sendo compartilhada a responsabilidade relativa a questões de importância. Foi determinado regime de vistas maternas e alimentos a serem prestados pela mãe.

A genitora apelou, requerendo a guarda para si, bem como a inversão da decisão quanto ao regime de visitas e alimentos. O Acórdão entendeu que a decisão de primeiro grau baseou-se “(...) numa cuidada ponderação do interesse das menores”. Não se poderia ignorar, assim, a situação fática, que revelava o acompanhamento das crianças tanto pelo apelado quanto pela família paterna alargada, ao longo dos anos e por força do regime provisório de guarda, que determinou ficassem as menores com o pai.

⁶⁰³ Extraída do site www.trp.pt/jurisprudence.html. Acesso em 25.11.13.

O Acórdão ressaltou que o melhor interesse não é um conceito fixo, devendo ser analisadas as situações fáticas para se chegar a uma decisão. Assim,

O superior interesse da criança não pode ser um conceito abstrato, informado por soluções idênticas para uma multiplicidade de casos, mas um juízo concretizado pelas particularidades de cada situação, às quais se pergunta qual a solução mais adequada para a progressão do crescimento integral da criança.

Baseado nas circunstâncias fáticas, o melhor interesse revelava que se a guarda fosse atribuída à genitora, haveria ruptura da situação vivida pelas crianças, afastando-as dos avós paternos. Ademais, estavam elas sob a guarda paterna há vinte meses. Para se evitar alterações abruptas na rotina das menores, a Apelação foi julgada improcedente.

6.3. Espanha

O princípio do melhor interesse da criança pode ser inferido da análise do art. 39.2, 3 e 4, da Constituição espanhola, bem como pelo art. 10.1, que trata da dignidade da pessoa humana. A doutrina espanhola entende o melhor interesse como critério solucionador de conflitos: deve prevalecer, se referente a direito fundamental, o melhor interesse da criança (*superior interés del niño*). Porém, esta supremacia pode ser delimitada ou moderada pelo princípio da proporcionalidade.⁶⁰⁴

Entende-se que foi a Lei Orgânica n. 1/1996 que introduziu o melhor interesse no ordenamento positivo infraconstitucional espanhol, como cláusula geral, expressa normativamente por meio de conceito jurídico indeterminado.⁶⁰⁵ Segundo José Manuel de Torres Perea, essa técnica traz vantagens e desvantagens, sendo que as primeiras fazem com que seja possível adotarem-se soluções de acordo com a consciência social, que está sempre em evolução. As últimas são passíveis de ocorrer já que, devido ao grande leque de interpretações possíveis, podem ocorrer desvios ao que se considere adequado frente à determinada realidade social.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 13.

⁶⁰⁵ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 24.

⁶⁰⁶ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 25.

A Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, de 1989, foi ratificada pela Espanha em trinta de novembro de 1990.

A família é protegida constitucionalmente nos arts. 18, 35, 48 e 50, que garantem, respectivamente, o direito à intimidade familiar; à remuneração suficiente para satisfação de necessidades próprias e familiares; proteção integral da família; obrigações familiares para com a terceira idade. À família são garantidos os princípios da igualdade, sem discriminação de sexo (arts. 14, 32 e 39) e da dignidade da pessoa humana, bem como o desenvolvimento da personalidade (art. 10.1).

A Constituição traz, ainda, princípios específicos ao direito de família. O art. 39.1 é considerado o mais importante de todos, por tratar da proteção pública da família.⁶⁰⁷ Há, no art. 39.2, o princípio da igualdade entre os filhos, sejam eles advindos do casamento ou não (essa ideia é repetida pelo art. 108 do Código Civil). Preza-se, também, a igualdade entre os cônjuges, no art. 32.1. O rol de princípios abarca, ainda, a liberdade de eleição de rito matrimonial (civil ou religioso), nos arts. 16.3 e 32.2, e a investigação de paternidade, no art. 39.2.

A legislação espanhola não traz em seu bojo uma definição de família. Assim, o conceito varia de acordo com a evolução da sociedade. Carlos Lasarte entende que a família deve ser analisada dentro de cada momento histórico, visto que sofre série de condicionamentos sociais.⁶⁰⁸ Há na doutrina tradicional, ainda, o conceito de família nuclear, formada por pais e filhos, bem como de família extensa, abrangente de mais pessoas, ligadas por vínculo de parentesco, seja consanguíneo, seja por afinidade.⁶⁰⁹ Porém, devido às mudanças sociais, novas formas de arranjos, também considerados como família, podem ser vistos em cenário espanhol, conforme noticia Ángel Acedo Penco: famílias de fato, correspondente à união estável brasileira; famílias monoparentais; famílias reconstituídas (chamadas na Espanha de *ensambladas*); famílias homoparentais; famílias adotivas; famílias com pais separados ou divorciados; famílias mistas, com pais e

⁶⁰⁷ Esta é a posição de Ángel Acedo Penco (*Derecho de familia*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 29).

⁶⁰⁸ LASARTE, Carlos. *Idem*, p. 3.

⁶⁰⁹ PENCO, Ángel Acedo. *Idem*, p. 22-23.

mães de nacionalidades diferentes e famílias de acolhida.⁶¹⁰ Carlos Lasarte chama a atenção para o fato de haver aceitação social dos mais diversos esquemas familiares.⁶¹¹ Assim, resta claro que não é apenas a relação matrimonial que é entendida como familiar na Espanha.

O primeiro Código Civil espanhol data de 1889, modificado por diversas leis posteriores, especialmente pela Constituição de 1978 e pelas leis n. 11, de treze de maio de 1981, que o modificou quanto à filiação, pátrio poder e regimes de bens do casamento; n. 30, de sete de julho de 1981, que alterou a regulamentação do casamento, trazendo a possibilidade de separação e divórcio; n. 13, de um de julho de 2005, que passou a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo; n. 15, de 8 de julho de 2005, que o modificou novamente no tocante à separação e ao divórcio.

Especificamente quanto à população infanto-juvenil, podem ser citadas a Lei Orgânica n. 1, de 15 de janeiro de 1996, sobre a proteção jurídica da criança e a Lei n. 54, de vinte e oito de dezembro de 2007, que trata de adoção internacional. A Lei Orgânica n. 1/1996 traz princípios gerais aplicáveis na seara da infância e da juventude: o melhor interesse da criança sempre prevalecerá quando concorrer com qualquer outro interesse; todas as medidas que recaem sobre a criança terão caráter educativo e as limitações da capacidade dos menores deverão ser interpretadas de maneira restritiva. A grande novidade da Lei Orgânica, conhecida como LOPJM (Lei Orgânica de Proteção Jurídica do Menor), foi elevar a criança à pedra angular do direito de família, mediante o reconhecimento de seu melhor interesse, que deve prevalecer sobre quaisquer outros, ainda que também legítimos.⁶¹² Seu art. 2 entende o interesse superior dos menores como princípio geral de aplicação da lei. Ao se tomar decisões que vão afetar a criança, seu melhor interesse deve ser buscado. José Manuel de Torres Perea ressalta que a própria autorregulação da criança seria a primeira e melhor forma para alcançar seu desenvolvimento pessoal e bem-estar. Somam-se, ainda, a responsabilidade da família (advinda do art. 39 da Constituição e do art. 154 do Código Civil), do próprio Estado, por meio de entidades públicas que vigiarão

⁶¹⁰ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 23.

⁶¹¹ LASARTE, Carlos. Idem, p. 2.

⁶¹² PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 52.

os pais, protegendo as crianças de abusos familiares, e órgãos judiciais, quando se fizer necessário.⁶¹³

A legislação espanhola segue a legislação internacional quanto à definição de criança, que seria a pessoa até completar dezoito anos. Assim, não há a diferenciação entre infância e adolescência. José Manuel de Torres Perea critica essa posição, entendendo que o direito ignora a adolescência, e que não é possível passar da infância à maturidade em um instante de tempo.⁶¹⁴

A legislação mencionada é aplicada na maior parte do país. Porém, há que se destacar a existência de Comunidades Autônomas, que possuem sua própria legislação, conhecida como “legislação foral ou especial”, como ocorre, por exemplo, em Cataluña, Aragón, Baleares, Galicia, Navarra e País Vasco.⁶¹⁵ Carlos Lasarte traz alguns exemplos dessa legislação: Lei n. 37, de trinta de dezembro de 1991, da Cataluña, sobre medidas de proteção de menores desamparados e regulamentação da adoção, atualmente revogada; Lei n. 10/2007, de Valencia, sobre regime matrimonial de bens; Lei n. 3, de vinte e sete de abril de 2009, das Ilhas Baleares, sobre sucessões.⁶¹⁶

Ressalta José Manuel de Torres Perea que até a metade do século XX, chegava-se a mencionar o melhor interesse da criança, mas “eram os pais que definiam o que era bom para a criança, evidentemente em seu próprio interesse”.⁶¹⁷

O parentesco pode se dar por consanguinidade, adoção ou afinidade, sendo que este último se refere à relação de um dos cônjuges com os parentes consanguíneos do outro. O parentesco adotivo é chamado de parentesco civil.

A Espanha, conforme noticia Ángel Acedo Penco, foi o terceiro país do mundo a reconhecer o casamento homoafetivo, após os Países Baixos, em 2001, e a Bélgica, em 2003. A Lei n. 13/2005 alterou o art. 44 do Código Civil, que atualmente conta com a

⁶¹³ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 40-41.

⁶¹⁴ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 294.

⁶¹⁵ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 32. Posteriormente, o autor informa a existência de dezessete Comunidades Autônomas (p. 49).

⁶¹⁶ LASARTE, Carlos. Idem, p. 6.

⁶¹⁷ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 32. No original: “*Eran los padres los que definían ‘lo que era bueno para el niño’ evidentemente en su propio interés*”.

seguinte redação: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

Porém, devido ao art. 32.1, da Constituição, que, ao tratar do casamento, estatui que “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, o *Grupo Parlamentario Popular* propôs ação de inconstitucionalidade da Lei n. 13, que deu origem à STC 198/2012. Noticia Ángel Acedo Penco que o Tribunal Constitucional entendeu que a Lei n. 13 não violava a Constituição, mas desenvolvia a instituição do matrimônio de acordo com a cultura jurídica espanhola (interpretação evolutiva da Constituição). O Tribunal preferiu manter o termo “casamento” para referida união homoafetiva, já que os efeitos jurídicos a serem produzidos se igualam por inteiro aos efeitos de um casamento heteroafetivo. A decisão seguiu esse entendimento afirmando que o art. 32.1 da Constituição não proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo, apenas reconhece o direito do homem e da mulher a contrair o matrimônio. Porém, apesar de concordar com o resultado do julgado, Ángel Acedo Penco critica a interpretação evolutiva da Constituição, entendendo-a como perigosa, passível de outorgar ao Tribunal Constitucional função constituinte desmesurada, passível de alterar a Constituição, o que não pode ocorrer.⁶¹⁸ Carlos Lasarte entende que a Lei introduziu ideia totalmente revolucionária, tendo-se em vista a experiência secular do direito espanhol.⁶¹⁹

Esse entendimento se estende às uniões estáveis, chamadas de *parejas de hecho*, *unión no matrimonial*, *unión paramatrimonial* ou *familia de hecho*. Isso quer dizer que não há proibição de que estas uniões ocorram entre pessoas de mesmo sexo. Na verdade, mesmo antes da Lei n. 13/2005, afirma Ángel Acedo Penco que este era o único modo de se estabelecer uma relação sentimental entre pessoas do mesmo sexo. Porém, ressalta ele que não há regulamentação legal nacional para as uniões estáveis, o que levou as Comunidades Autônomas a expedir legislação própria sobre o assunto, e os Tribunais a elaborar tópicos que as disciplinam, como a afirmação de que são uma modalidade de família, diferente do casamento, mas com proteção constitucional.⁶²⁰ Esta é também a posição defendida por José Manuel de Torres Perea. Para ele, não se pode aplicar às uniões estáveis as regras previstas para o casamento, já que as pessoas são livres para se casar e,

⁶¹⁸ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 50-51.

⁶¹⁹ LASARTE, Carlos. Idem, p. 19.

⁶²⁰ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 63-66.

se escolhem não o fazer, é porque não querem que lhes sejam aplicadas as regras matrimoniais. Assim, deve haver proteção constitucional, mas por vias diferentes que as da analogia.⁶²¹

Conclui o último autor que não pode haver diferenciações entre filhos advindos do casamento e da união estável, e não por serem aplicáveis a ambos os institutos as mesmas regras, mas pelo fato de que, em se atendendo ao superior interesse da criança, previsto na Lei n. 1/1996, a posição dos filhos matrimoniais e não matrimoniais é análoga, aplicando-se o art. 96 do Código Civil também para os filhos oriundos de uniões de fato.⁶²²

Tanto em caso de separação ou divórcio, ou rompimento da união estável, caso haja filhos, o art. 92 do Código Civil, além de prever que as obrigações dos pais para com os filhos permanecem, traz as normas quanto à guarda e o art. 93 disciplina os alimentos.

De início, a guarda era deferida analisando-se a culpa do cônjuge pelo término da relação. Com a Lei n. 30/1981, houve alteração de entendimento, passando-se a entender que a guarda deveria ser deferida tendo-se em vista o interesse dos filhos, embora não com caráter prioritário, mas em concorrência ao interesse dos pais. Foi a Lei n.1/1996 que estabeleceu o interesse superior da criança sobre qualquer outro.⁶²³ Por fim, a Lei n.15/2005 eliminou a discussão da culpa na separação ou divórcio, bastando a vontade dos cônjuges para o rompimento.

Além disso, conforme ressalta Carlos Lasarte, a legislação objetivou deixar claro que os deveres dos pais para com os filhos permanecem a despeito da crise conjugal.⁶²⁴ Em caso de mútuo acordo, é necessária a apresentação pelos cônjuges de acordo regulamentador (*convenio regulador*), previsto pelo art. 81.1 do Código Civil. Nele devem constar, obrigatoriamente, qual dos cônjuges restará com a guarda dos filhos e se o pátrio poder (*patria potestad*) será exercido em conjunto ou por apenas um deles, já que, no direito espanhol, a guarda e o pátrio poder andam juntos. Assim, é praxe deferir-se a guarda dos filhos a um só dos genitores, que, devido a isso, exercerá com exclusividade o

⁶²¹ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 289.

⁶²² PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 292.

⁶²³ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 232.

⁶²⁴ LASARTE, Carlos. Idem, p. 111.

pátrio poder, restando ao outro sua titularidade, mas com carência de exercício.⁶²⁵ Ademais, deve constar o regime de visitas (art. 90-A). Excepcionalmente, o art. 103 prevê que a guarda e custódia dos filhos reste em mãos de terceiras pessoas, como avós ou parentes próximos, bem como, na falta de todos, a uma instituição idônea.

O acordo também pode prever o regime de visitas entre avós e netos, desde que se atendendo ao interesse destes últimos (art. 90-B). O direito de visitas dos avós não vinha originalmente previsto pelo Código Civil, tendo sido acrescentado pela Lei n. 42, de vinte e um de novembro de 2003. Há quem critique esta lei, já que quando o art. 160.2 previa que não se podia privar o menor de suas relações com outros parentes, os avós ali estariam incluídos. Atualmente, também modificado pela Lei n. 42, o art. 160.2 expressamente se refere aos avós. Se não houver justa causa, não se poderá afastar a criança de seus avós e outros parentes. José Manuel de Torres Perea ressalta a existência de sentenças diametralmente opostas sobre o assunto, todas baseadas no melhor interesse da criança. Por vezes, o que a primeira instância decide como sendo o melhor para o interesse da criança, em grau de apelação se considera que não o é. Segundo ele, muitas vezes se alega defender o interesse do menor, quando a decisão se funda, na verdade, em interesses diversos. Cita como exemplo as decisões que consideram que é sempre exigência do melhor interesse o contato com os avós. Essa afirmação não pode ser tomada como regra: haverá casos em que a relação com os avós poderá vir a ser prejudicial. Assim, só o caso concreto é que dirá se a relação com os avós será benéfica ou não para os netos.⁶²⁶

Caso não haja acordo entre os cônjuges, o juiz determinará, levando em conta o melhor interesse dos filhos, com qual dos pais ficará a guarda, quem exercerá o pátrio poder e como o cônjuge não guardador poderá vir a adimplir seu dever de velar por eles e exercer seu direito de visitas (art. 103.1).

O art. 92.2 prevê o direito de a criança ser ouvida em procedimentos para determinar sua guarda, cuidado e educação. Esse direito é repetido pelo art. 154.2 e pelo art. 9 da Lei n. 1/1996, denotando a importância da oitiva da criança para o direito espanhol. Esta oitiva é consequência do art. 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, que garante à criança, se em condições de emitir juízo próprio, o direito

⁶²⁵ PEREA, José Manuel de Torres. *Idem*, p. 232.

⁶²⁶ PEREA, José Manuel de Torres. *Idem*, p. 282.

de expressar sua opinião em qualquer assunto que venha a lhe afetar, sopesada sua opinião em função de sua idade e maturidade. Entende-se a oitiva como forma de proteção a seu interesse superior. Caso contrário, o interesse da criança deve ser expresso através de seus representantes ou de profissionais de equipe multidisciplinar do juízo.⁶²⁷

A guarda compartilhada é prevista no direito espanhol no art. 103.1, sendo que sua regulamentação vem prevista no art. 92, apartados 5 a 9. A redação do art. 92.8 parece apontar para a excepcionalidade da medida, fato contestado pela jurisprudência do Tribunal Supremo que, conforme informa Ángel Acedo Penco, entende que deve ser modalidade de guarda a ser regularmente aplicada, já que é a que efetiva o direito dos filhos de se relacionarem com ambos os genitores.⁶²⁸ Carlos Lasarte chama a atenção para o fato de que a *ratio* da guarda compartilhada é o interesse superior do menor ou sua proteção integral⁶²⁹ (o autor parece utilizar as expressões como sinônimas).

Para aplicá-la, deve o juiz proceder à oitiva da criança, se capaz para tal, bem como solicitar auxílio de especialistas no procedimento (a chamada equipe técnica judicial). É possível ser adotada a guarda compartilhada ainda que apenas um dos cônjuges a requeira, e o outro seja contrário a ela. Nesse caso, o Ministério Público deverá emitir parecer. Para Ángel Acedo Penco, o juiz a aplicará apenas se for o modo de se proteger adequadamente o superior interesse da criança.⁶³⁰ Notícias José Manuel de Torres Perea que os tribunais seguem preferindo aplicar a guarda unilateral, com preferência pela guarda materna.⁶³¹ Para este último autor, o compartilhamento deveria ser a regra, a ser adaptada à situação concreta, sendo que a guarda unilateral somente deveria ser aplicada quando houvesse risco de lesão à criança se se aplicasse a forma compartilhada.⁶³²

Ángel Acedo Penco entende que a guarda compartilhada não poderá ser aplicada quando um dos cônjuges esteja respondendo processo penal por atentar contra a vida, a integridade física, moral ou sexual e a liberdade do outro cônjuge ou dos filhos. Ou, ainda,

⁶²⁷ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 312-313.

⁶²⁸ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 108.

⁶²⁹ LASARTE, Carlos. Idem, p. 118.

⁶³⁰ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 108.

⁶³¹ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 239 e 236.

⁶³² PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 254.

sempre que houver indícios de violência doméstica, mesmo que não haja processo penal nesse sentido.⁶³³ Esta posição é compartilhada por Carlos Lasarte.⁶³⁴

O pátrio poder (*patria potestad*) vem regulado nos arts. 154 a 171 do Código Civil. A ideia do pátrio poder espanhol é a mesma do poder familiar brasileiro. Informa Ángel Acedo Penco que o referido instituto não teve origem romana clássica, constando já da Lei das Sete Partidas como um ofício a ser cumprido em benefício do filho.⁶³⁵ Porém, José Manuel de Torres Perea não compartilha desse entendimento, já que, segundo ele, o pátrio poder teve sim sua origem no direito romano, e foi somente com a alteração do Código Civil em 1981 que seu viés passou a ser o interesse do filho, conforme estatuído no art. 154.⁶³⁶ O mesmo autor critica o fato de que, apesar de se ter alterado a visão que se tinha do pátrio poder, perdeu-se oportunidade para se alterar, também, a nomenclatura, sugerindo a expressão ‘função parental’ (*función parental*).⁶³⁷

A *patria potestad* envolve os deveres de velar pelos filhos, tê-los em sua companhia, providenciar-lhes alimentação, educação e fornecer-lhes uma formação integral. Ademais da doutrina espanhola sempre ressaltar que deve a criança ser ouvida em quaisquer procedimentos que envolvam seus interesses (sendo que a oitiva é obrigatória após os doze anos), entende-se, também, que deve a criança participar da tomada de decisões que envolvam seus interesses, em particular, seus direitos fundamentais, sempre que apresentar maturidade para tal. Nesse sentido exemplifica José Manuel de Torres Perea que, em caso de decisão a ser tomada quanto à assistência médica, apesar de estar sob o pátrio poder, se a criança tiver suficiente capacidade, deverá ser ela a decidir a situação fática. O mesmo autor critica o estabelecimento etário para determinação da oitiva, entendendo ser melhor que se usassem critérios de graus de maturidade, já que cada criança a atinge em momento distinto.⁶³⁸ Já Carlos Lasarte entende que, apesar de a criança poder opinar sobre as decisões envolvendo seus interesses, esse fato não implica que seu parecer sobre qualquer questão familiar deva ser considerado preeminente nem que possa

⁶³³ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 108.

⁶³⁴ LASARTE, Carlos. Idem, p. 118.

⁶³⁵ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 213.

⁶³⁶ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 55. “Art. 154. (...) *La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica*”.

⁶³⁷ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 102.

⁶³⁸ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 103 e 182.

desobedecer as decisões de seus pais, como, por exemplo, a mudança de uma cidade para outra, que implicará em melhoras para a família como um todo.⁶³⁹

Entende José Manuel de Torres Perea que o art. 162 é a pedra angular do sistema de proteção à criança, eis que consagra a capacidade natural do menor no ordenamento.⁶⁴⁰ Mencionada capacidade deve ser analisada caso a caso, podendo acontecer de a criança ser entendida como capaz de praticar certos atos, mas não outros.

Casos de suspensão ou perda do pátrio poder não devem ser vistos como uma sanção ao genitor, mas uma medida de proteção à criança, uma forma de se atender seu interesse superior. Ainda para proteção da criança, os pais podem vir a recuperar a plenitude do exercício do pátrio poder, desde que cesse o motivo que deu causa à perda e suspensão e que seja essa a medida que melhor atenda seu interesse.⁶⁴¹

O art. 156 prevê o exercício conjunto deste instituto enquanto perdurar o casal conjugal, embora possa, sempre que necessário, ser exercido individualmente. Caso haja divergência entre os pais para seu exercício, o juiz não decidirá a situação concreta, mas atribuirá a um deles a faculdade de decidir sobre o caso concreto. Em caso de ruptura do casal conjugal, prevê o art. 156.V, que o pátrio poder será exercido pelo genitor que estiver com a posse fática do filho, embora o juiz possa, no melhor interesse da criança, determinar seu exercício conjunto ou distribuir entre o pai e a mãe as funções a ele inerentes.

Mesmo que estejam dele destituídos, aos pais cabe o dever de prestar alimentos aos filhos (art. 110). Extingue-se o pátrio poder pela morte (dos pais ou do filho), pela emancipação ou pela adoção do filho por terceira pessoa (art. 169).

A filiação é considerada estado civil da pessoa.⁶⁴² Para determinação da paternidade, o direito espanhol utiliza-se de sistema de presunções: o art. 116 segue a regra

⁶³⁹ LASARTE, Carlos. Idem, p. 328.

⁶⁴⁰ “Art. 162. Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

⁶⁴¹ Nesse sentido: PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 224-225.

⁶⁴² PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 196.

do *pater is est*, presumindo-se filhos do marido os nascidos depois da celebração do casamento e antes de trezentos dias seguintes à sua dissolução ou separação, ainda que de fato, dos cônjuges. Esta presunção também consta da Lei de Registro Civil (*Reglamento del Registro Civil*, de 1958). Embora seja prevista constitucionalmente a igualdade entre filhos, Ángel Acedo Penco critica disposição do art. 108.II do Código Civil, que, ao não prever presunção de paternidade para filhos nascidos de relações não matrimoniais, acaba por criar uma diferença entre eles. Segundo ele, a filiação não matrimonial nunca se opera *ope legis*, dependendo de ato volitivo de um ou ambos os pais, seja por ato no Registro Civil, seja por decisão judicial.⁶⁴³

Prevê o art. 39.3 da Constituição que cabe aos pais prestar assistência de toda ordem aos filhos havidos dentro ou fora do casamento, durante sua menoridade e nos demais casos em que legalmente se proceda.⁶⁴⁴ Carlos Lasarte entende a expressão assistência (*asistencia*) não como mera figura de linguagem, mas como a quintessência do conjunto de deveres dos pais para com os filhos, que são discriminados na legislação infraconstitucional.⁶⁴⁵

A posse do estado de filho se baseia nos três critérios seguidos também pelo Brasil: *nomen, tractatus e reputatio*.⁶⁴⁶ Segundo Ángel Acedo Penco, a posse de estado é “(...) a relação de fato estabelecida entre quem aparece perante a sociedade na qualidade de pai ou de mãe e quem é considerado filho daqueles”.⁶⁴⁷ Já Carlos Lasarte a define como uma situação de fato pela qual se manifesta ou pode-se inferir a existência de relação de filiação.⁶⁴⁸ É possível interpor ação objetivando a declaração da filiação com base na posse de estado (art. 131).⁶⁴⁹

Também é possível propor ação que venha a contestar filiação já estabelecida (art. 134). Nesses casos, se procedente, haverá necessariamente a revogação da filiação determinada anteriormente. Devido a isso, é conhecida como ação mista (*acción mixta*).

⁶⁴³ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 198-199. Também nesse sentido: LASARTE, Carlos. Idem, p. 269.

⁶⁴⁴ “Art. 39.3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

⁶⁴⁵ LASARTE, Carlos. Idem, p. 258.

⁶⁴⁶ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 196.

⁶⁴⁷ No original: “(...) *relación de hecho establecida entre quien aparece ante la sociedad en calidad de padre o de madre y quien los hace como hijo de aquéllos*” (Idem, p. 205).

⁶⁴⁸ LASARTE, Carlos. Idem, p. 285.

⁶⁴⁹ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 205.

É possível, ainda, a ação de impugnação de filiação que tenha sido determinada extrajudicialmente, alegando-se ou que a filiação não coincide com a realidade biológica ou que o título ou declaração utilizado para determinação da filiação extrajudicial era inválido.⁶⁵⁰

O art. 138 permite impugnação da filiação matrimonial por vício de consentimento (erro, violência ou intimidação). Pode ser exercitada pelo marido da genitora, sobre o qual recaia a presunção *pater is est*. Caso procedente, impõe como consequência necessária que a paternidade real (biológica) deve sobrepor-se sobre a paternidade presumida, segundo lição de Carlos Lasarte.⁶⁵¹ Ressalte-se que, diferentemente do Brasil, a paternidade biológica é privilegiada em detrimento de eventual constituição da paternidade afetiva. Com relação à impugnação da filiação extramatrimonial pelo filho, caso tenha ele a posse de estado, a ação caberá a ele ou a quem aparece como genitor, bem como aos seus herdeiros (art. 140, §2º). Caso não exista posse de estado, pode a filiação ser impugnada por quaisquer pessoas que se sintam por ela prejudicadas (art. 140, §1º).

A colocação em família substituta se dá por intermédio das “*instituciones de guarda*” e da adoção. As instituições de guarda se subdividem em tutela, curatela e defensoria judicial, e seus objetivos são a guarda e proteção da pessoa e de seus bens, somente da pessoa ou somente dos bens. Com relação à infância, interessam apenas os institutos da tutela e do defensor judicial.

Especificamente quanto à tutela, estão previstas a ordinária e a administrativa. Em ambos os casos, conforme assinala Ángel Acedo Penco, o melhor interesse do menor inspira toda a sistemática do instituto.⁶⁵² Segundo ele, a tutela é a modalidade mais importante das *instituciones de guarda*, pois é a que concede proteção à criança da forma mais similar possível ao pátrio poder.⁶⁵³ Embora se tenha analisado a tutela apenas com relação à criança e adolescente, também é ela usada para pessoas incapazes.

⁶⁵⁰ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 207.

⁶⁵¹ LASARTE, Carlos. Idem, p. 288.

⁶⁵² PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 227.

⁶⁵³ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 229.

Com relação à tutela ordinária, assim que os parentes da criança, ou a pessoa que esteja com sua guarda de fato, tomem conhecimento da situação, estão obrigados a constituí-la, sob pena de serem responsabilizados por eventuais prejuízos, caso deixem de fazê-lo (art. 229). O art. 234 do Código Civil determina certa ordem de pessoas que devem ser instadas a cumprirem a tutela. Porém, em benefício da criança, o juiz pode vir a alterá-la e até mesmo nomear como tutor alguém que não se encontre no rol.⁶⁵⁴ Como sói ocorrer no direito espanhol, antes da nomeação do tutor o juiz ouvirá a criança, se ela tiver condições para tal. É possível assinalar-se dois tutores para a mesma criança, quedando um responsável por sua pessoa e o outro, por seus bens.

A relação a ser estabelecida entre tutor e tutelado é similar à estabelecida entre pais e filhos. Ao tutor cabe o cuidado com a criança, sua representação e a administração de seu patrimônio.

Há previsão de tutela administrativa para situações em que tenha sido declarado o desamparo, que é figura inexistente no Brasil. O desamparo vem previsto pelo art. 172, não podendo ser confundido com situação de desproteção, que é configurada como uma situação de risco. Nesta última, o poder público, por meio de suas entidades sociais voltadas à proteção da infância, deve fornecer à família o suporte necessário para que a situação se normalize e para que à criança seja garantida sua permanência no âmbito familiar. Já a situação de desamparo prevê a saída da criança do meio familiar. Ocorre em casos em que os pais deixem de cumprir seus deveres de proteção para com a criança, ou quando esta esteja privada de assistência moral ou material. Somente quando a desproteção for de tal monta, exigindo a retirada do menor de sua família, é que estará configurada situação de desamparo.

Em caso de declaração de desamparo, prevê o art. 222 que a criança ficará sob tutela administrativa, situação na qual o pátrio poder resta suspenso, embora permaneçam o direito de visitas e o dever de prestar alimentos. Caso haja algum parente ou outra pessoa disposta a ficar com a criança, será ela nomeada sua tutora, configurando o caso de tutela ordinária. Caso isso não seja possível, aplicar-se-á o art. 239, que estabelece que a criança ficará em entidade pública competente dentro da área territorial em que se encontra. Esta

⁶⁵⁴ PENCO, Ángel Acedo. *Idem*, p. 230.

tutela é automática, constituída em decorrência da lei, sem que seja necessário procedimento judicial. É situação considerada excepcional e transitória, durando até que seja conseguida a tutela ordinária ou adoção, sendo também possível aos pais solicitarem sua revogação, caso suas condições fáticas estejam alteradas, já estando eles em condições de receber e cuidar da criança.

Outras importantes figuras são a guarda de fato e a guarda administrativa. Por seu intermédio, uma pessoa ou entidade pública recebe a criança de forma temporária, por pedido expresso ou tácito dos detentores do pátrio poder ou por determinação legal. Ao guardador são estabelecidas as obrigações de ter a criança em sua companhia, dela cuidar, alimentar, educar e dar-lhe formação integral. A guarda de fato (*guarda de hecho*) vem prevista nos arts. 303, 304 e 306 do Código Civil. Nela, há proteção dos menores por pessoa que não tem nenhum título jurídico que a habilite para tal intento. Assim, o guardador de fato será a pessoa que, sem ter poder legal sobre o menor, exerce sobre ele algumas das funções pessoais próprias da tutela, ou se encarrega da administração de seus bens e interesses patrimoniais. Exemplo da *guarda de hecho* é o caso de avós que ficam com os netos após o falecimento de seus pais em acidente.

Já a guarda administrativa é aquela assumida pelo poder público. Sua principal característica é a temporariedade, existindo até que os pais superem o problema que os levou a requerê-la. O pátrio poder não é afetado, já que a instituição só se ocupa de seu conteúdo pessoal, sem assumir a representação legal e a administração dos bens da criança. O poder público pode delegar a guarda para o diretor do estabelecimento de acolhida da criança. Essa modalidade de guarda é fiscalizada pelo Ministério Público (*Ministerio Fiscal*). Pode ser requerida pelos titulares do pátrio poder, em caso de enfermidades ou outros motivos graves (art. 172.2), pode ser instaurada por determinação legal, em caso de declaração de desamparo (art. 172.1) ou pode haver decisão judicial nesse sentido. O exercício da guarda administrativa é feito por meio do acolhimento familiar ou do acolhimento residencial.

O acolhimento familiar (*acogimiento familiar*) é previsto pelo art. 173. A criança é acolhida por uma família, que a recebe e tem as obrigações pessoais do pátrio poder, devendo dela cuidar, tê-la em sua companhia, alimentá-la, educá-la e fornecer a ela

formação integral. O que a diferencia da adoção é que, no acolhimento familiar, não há ruptura entre a criança e sua família de origem, sendo inclusive preferível que a família de acolhida seja a família extensa da criança. Caso isso não se mostre possível, o acolhimento se dará junto à *familia de acogida*, que é família que se candidatou junto ao poder público e passou por procedimentos para obter a declaração de idoneidade para desempenhar a função. O acolhimento familiar se subdivide em *simple*, que é o que objetiva posterior reintegração da criança à sua família de origem ou até se adotar medida de proteção mais estável, como a tutela. O tempo que a criança ficará com a família e suas relações com ela serão especificadas no *Contrato de Acogimiento* ou na decisão judicial. Pode ainda ser *permanente*, com o objetivo de facilitar à criança uma maior estabilidade, sendo as funções da família de acolhida praticamente as mesmas da tutela. Por fim, há o *acogimiento preadoptivo*, que funciona como um estágio de convivência entre a família de acolhida, que deve demonstrar que possui os requisitos para proceder a uma adoção. Informa José Manuel de Torres Perea que já era possível, antes mesmo da Lei n. 13/2005, que casal homoafetivo procedesse ao acolhimento familiar. Agora, com a possibilidade de matrimônio, não há quaisquer razões para discriminação.⁶⁵⁵

O acolhimento residencial é o exercido pelo diretor do estabelecimento no qual a criança ficará. O estabelecimento assume toda a responsabilidade pelo desenvolvimento integral da criança, devendo suprir-lhe a satisfação de suas necessidades afetivas, sociais e biológicas. Somente é implantado no caso de todas as alternativas descritas anteriormente não serem passíveis de aplicação, ou caso tenham se mostrado insuficientes ou inadequadas.

A figura do defensor judicial (art. 299 e seguintes) é caracterizada por sua ocasionalidade, sendo utilizada para situações em que haja conflito de interesses entre o menor e seus representantes legais ou se o tutor não desempenhar adequadamente as funções que lhe são próprias, até que seja designado outro.

Quanto à adoção, ressalta Ángel Acedo Penco que sua finalidade é a integração familiar dos menores, realizada no benefício destes últimos que, por qualquer motivo, não

⁶⁵⁵ PEREA, José Manuel de Torres. *Idem*, p. 180.

podem se desenvolver normalmente junto à sua família de origem.⁶⁵⁶ Porém, nem sempre foi assim. Carlos Lasarte noticia que o Projeto isabelino de 1851 e o texto definitivo do Código Civil espanhol previam a adoção, mas privavam-na dos efeitos que hoje são considerados a ela inerentes. E isso porque não era determinada a ruptura do adotado com sua família biológica, nem lhe eram atribuídos direitos sucessórios, não podendo ele usar, ainda, o nome de família do adotante. Legislação de vinte e quatro de abril de 1958 introduziu no Código Civil a distinção entre adoção plena e menos plena, podendo a escritura de adoção (*escritura de adopción*) pactuar eventuais direitos sucessórios. Em quatro de julho de 1970, foi aprovada a Lei n. 7, reduzindo os requisitos para adotar e estabelecendo as categorias de adoção simples e plena, sendo a plena a regra geral. A Lei n. 11/1981 alterou pequenos detalhes quanto à adoção, e a Lei n. 13/2005, que passou a permitir o casamento entre pessoas de mesmo sexo, lhes garantiu, também, o acesso à adoção. A regulamentação atual da adoção veio delineada pela Lei n. 21/1987.⁶⁵⁷ Já a adoção internacional vem tratada pela Lei n. 54 de vinte e oito de dezembro de 2007.

Vem prevista pelo Código Civil nos arts. 175 a 180. A adoção é tratada na Espanha do mesmo modo que no Brasil, ao menos no tocante aos efeitos: os filhos adotivos gozam exatamente dos mesmos direitos dos filhos biológicos, sendo extintos os vínculos com sua família de origem, e todo o procedimento deve ter em vista o melhor interesse da criança.⁶⁵⁸ O art. 176.1 expressamente prevê que a adoção terá sempre em conta o interesse do adotando.⁶⁵⁹

Alguns pontos interessantes no tocante à adoção devem ser destacados. Primeiramente, se alguém adota, sozinho, uma criança, e venha a se casar posteriormente, é permitido que seu cônjuge venha também a adotar aquela criança. Ainda, em caso de morte do adotante, é possível uma nova adoção do adotado. Talvez a regra mais emblemática seja a que admite a adoção por casal homoafetivo, sejam casados ou conviventes em união de fato, embora, segundo Carlos Lasarte, a regra geral é a adoção por adotante individual.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 245.

⁶⁵⁷ LASARTE, Carlos. Idem, p. 310-312.

⁶⁵⁸ PENCO, Ángel Acedo. Idem, p. 247.

⁶⁵⁹ “Art. 176.1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”.

⁶⁶⁰ LASARTE, Carlos. Idem, p. 313.

Para início do procedimento, deve haver uma proposta prévia da entidade pública em favor do adotante (*propuesta previa de la entidad pública*), na qual os futuros adotantes são declarados idôneos para o exercício do encargo. Se a criança a ser adotada for órfã e parente do adotante, se for filho do cônjuge do adotante, se for emancipado ou se já estiver em período de convivência com o adotante, a proposta prévia é dispensada.

Especificamente quanto à adoção por casal homoafetivo, ressalta José Manuel de Torres Perea que, apesar de estarem em situação de igualdade com os casais heteroafetivos, ao tentarem obter sua declaração de idoneidade, por vezes não a conseguem especificamente devido à sua orientação sexual, dando-se preferência a casais heterossexuais, considerados mais idôneos.⁶⁶¹ Conforme explicita referido autor, como o Código Civil permite casamento entre pessoas do mesmo sexo, esse casamento deve ter exatamente os mesmos efeitos de um casamento entre pessoas de sexo diverso. Assim, quando o art. 175.4 permite que a adoção seja feita por ambos os cônjuges, está permitindo, também, a adoção por casal homossexual. Apesar disso, ressalta ele que cada caso deve ser analisado para ver se aquela adoção estará atendendo ao melhor interesse da criança, sejam os candidatos a adotantes hetero ou homossexuais. A discriminação por razão da opção sexual somente seria válida se cientificamente restasse comprovado algum prejuízo ao menor. Ressalta Perea que essa investigação foge ao âmbito jurídico, devendo ser realizada por especialistas. Porém, até então, como não há nenhum estudo comprobatório do prejuízo, a adoção segue sendo permitida. O que os especialistas alertam, segundo ele, é que o importante não é o tipo de família na qual cresça a criança, mas sim o funcionamento familiar.⁶⁶²

Com relação à adoção homoafetiva por *pareja de hecho*, algumas das Comunidades Autônomas possuem legislação regulamentando-a, como a Lei n. 6/2000 de Navarra, a Lei n. 2/2003 da Comunidade Autônoma Vasca, a Lei n. 1/2005 de Cantabria, entre outras. Como o Código Civil não trata especificamente das *parejas de hecho*, José Manuel de Torres Perea entende ser necessário recorrer-se à Lei n. 21/1987, que modificou o Código

⁶⁶¹ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 208.

⁶⁶² PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 212-213. Ressalta novamente o autor, mais adiante, a inexistência de estudos que demonstrem prejuízos à criança pelo fato de estar inserida em família homoafetiva. O que os estudos demonstram é que as crianças provenientes de lares homossexuais têm valores positivos em si arraigados, como o respeito e a tolerância (p. 218).

Civil, bem como à legislação processual (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), quando tratam da adoção e de outras formas de proteção ao menor. A *disposición adicional tercera* da Lei n. 21/1987 prevê que as referências que se fazem aos cônjuges também se aplicam ao homem e à mulher integrantes de um par unido de forma permanente por relação de afetividade análoga à conjugal.⁶⁶³ Pode-se pensar que a referência à homem e mulher excluiria do par homoafetivo a possibilidade de adoção. Mas não é possível a discriminação entre *parejas de hecho* homo ou heteroafetivas, especialmente depois que se passou a admitir o casamento homoafetivo e sua possibilidade de adotar. Ressalta ele que talvez não se possa equiparar casamento a união de fato, mas com certeza as uniões de fato homo e heterossexuais podem ser equiparadas.⁶⁶⁴

É possível a adoção ainda que o adotante tenha falecido, caso o procedimento já estivesse iniciado. A adoção na Espanha é irrevogável e permite-se ao adotado acesso às suas origens biológicas (art. 180.5). Na opinião de Carlos Lasarte, a possibilidade deste acesso deve ser analisada caso a caso, já que a busca das origens biológicas pode causar mais problemas que vantagens.⁶⁶⁵

Quanto à adoção internacional, destaca-se a Lei n. 54/2007, que tem enfoque diferente da legislação brasileira. Os adotantes são espanhóis e a criança adotada é estrangeira (art. 11). Carlos Lasarte explica tal fenômeno pela baixa taxa de natalidade existente na Espanha.⁶⁶⁶

O direito à educação vem previsto no art. 27.3 da Constituição espanhola e no art. 14, do Código Civil. A grande discussão doutrinária é se é possível aos pais preferirem que seus filhos estudem fora da rede oficial de ensino, fornecendo a eles o ensino privado. O art. 172 do Código Civil prevê como uma das possibilidades de declaração de desamparo o abandono moral. O mesmo é previsto pelo art. 13.2 da LOPJM. Como não há legislação regulando a possibilidade do ensino fora de estabelecimentos oficiais, a discussão se impõe. Muitos pais entendem que, por serem eles os primeiros responsáveis pela formação

⁶⁶³ “*Disposiciones Adicionales. Tercera. Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultaneamente a un menor será también aplicable al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*”.

⁶⁶⁴ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 230-231.

⁶⁶⁵ LASARTE, Carlos. Idem, p. 319.

⁶⁶⁶ LASARTE, Carlos. Idem, p. 321.

de seus filhos, a eles caberia esta opção pedagógica. Porém, como ressalta José Manuel de Torres Perea, o fato de que esta opção carece de respaldo legislativo faz com que se entenda que o ensino deve ser obrigatoriamente cursado nos centros oficiais, até que se termine a ESO⁶⁶⁷ (que significa ‘educação secundária obrigatória’, e que corresponde aos 7º a 10º ano de estudos).

O problema parece ser a falta de controle do governo sobre o que as crianças estão aprendendo, já que a própria Constituição, em seu art. 27.1, determina que cabe ao poder público a inspeção do sistema educativo. Critica-se o ensino em casa por ser método que tornaria fácil a manipulação mental, com anulação da capacidade crítica, além de levar a deficiências de socialização e autonomia pessoal. Já os defensores do sistema entendem que não há vulneração da Constituição, haja vista que, até que não haja prova em contrário, não se pode supor que as crianças não receberam ensinamentos adequados. A violação ao art. 27 existiria em situações em que os pais impeçam o acesso aos estudos por seus filhos, o que não é o caso. Porém, como ressalta José Manuel de Torres Perea, cada vez mais os pais poderão vir a optar pelo método, e será pelo interesse da criança que se decidirá o que deve prevalecer naquele caso concreto.⁶⁶⁸ Deve-se observar, ainda, que, levando-se em conta o sistema espanhol, caso a criança esteja em condições de decidir, ela deverá optar por receber o ensino em casa ou por frequentar os estabelecimentos oficiais.

O dever dos pais de educar os filhos pode vir a se estender para além da maioridade, que se dá aos dezoito anos. E isso porque nem sempre a maioridade corresponde à independência financeira. Assim, informa José Manuel de Torres Perea que os tribunais consideram que a independência financeira é alcançada aos vinte e seis anos.⁶⁶⁹ A Constituição espanhola de 1978 prevê o direito à educação em seu art. 27, cujo objeto é o pleno desenvolvimento da personalidade, respeitando-se os princípios democráticos de convivência e os direitos e liberdades fundamentais. Prevê, ainda, no mesmo artigo, o direito ao ensino básico, obrigatório e gratuito (art. 27.4).

⁶⁶⁷ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 128-129.

⁶⁶⁸ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 131.

⁶⁶⁹ PEREA, José Manuel de Torres. Idem, p. 135.

A seguir, passar-se-á à análise de alguns julgados proferidos pelos Tribunais espanhóis, destacando-se o *superior interés del niño*.⁶⁷⁰

O primeiro caso a ser analisado foi proferido pelo *Tribunal Supremo*, em 04.11.13 (STS 5185/2013, *Ponente* Jose Antonio Seijas Quintana). Tratava-se de Recurso de Cassação contra sentença proferida em grau de apelação pela Seção Terceira da *Audiencia Provincial* de Las Palmas. A requerente queria que o tribunal prolatasse sentença para que fosse restabelecido, de forma cautelar, seu regime de visitas, pernoites e comunicação com sua filha, bem como o contato desta com o restante da família biológica, que haviam sido suspensos, administrativamente, por seis meses, entendendo ser medida arbitrária que afetaria os interesses da criança. A sentença de primeiro grau, de 13.07.10, confirmou a medida administrativa, suspendendo as visitas ente mãe e filha e determinando tratamento psicológico para a criança, favorecendo a desvinculação materno-filial. A mãe interpôs recurso de apelação, julgado em 13.07.11, que confirmou a sentença de primeiro grau. A genitora interpôs, então, o presente recurso de cassação.

O Tribunal Superior entendeu que é judicial a competência para suspender o direito dos pais de se relacionar com seus filhos, que somente pode dar-se por motivo excepcional e mediante fundamentação. Ademais, também os diplomas internacionais preveem o direito de comunicação dos genitores com seus filhos, já que esse é um direito básico dos últimos. Somente em prol do interesse das crianças é que se pode ter solução diversa. O Acórdão baseou-se nos seguintes textos legais: arts. 3, 9 e 18 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989; art. 14 da Carta Europeia dos Direitos da Criança; art. 243 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O segundo caso a ser analisado foi proferido pela *Audiencia Provincial*, Seção 6, de Oviedo, de 04.11.13 (SAP O 2848/2013, *Ponente* Maria Elena Rodrigues-Vigil Rubio). Tratava-se de Recurso de Apelação contra sentença de primeiro grau, de 04.07.13, estabelecendo o fim de convivência entre o requerente e a requerida, atribuindo a guarda do filho do casal ao requerente, mantendo compartilhado o exercício da *patria potestad*. Foram fixadas visitas à requerida, a serem realizadas no Ponto de Encontro Familiar de

⁶⁷⁰ Os julgados foram extraídos do site: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial. Acesso em 15.11.13.

Oviedo, tuteladas por técnicos do local. A requerida interpôs o recurso, objetivando que a guarda da criança fosse conferida a ela.

No julgamento, foi ressaltado que a criança sempre viveu com os avós paternos, local em que também vivia o casal. Com a separação de fato, a criança continuou no local, já que a genitora precisava encontrar trabalho para poder fazer frente à moradia e aos cuidados com o filho. Ressaltou-se, também, que ao se determinar com quem deveria ficar a criança, já que não houve sugestão de guarda compartilhada pelas partes e que seria inviável no caso devido à animosidade existente entre os genitores, dever-se-ia tomar por referência o princípio do *interés superior del niño*, de acordo com o art. 3.1 da Convenção dos Direitos da Criança de 1989; art. 39 da Constituição; arts. 92, 156 e 158 a 160 do Código Civil e art. 2 da Lei Orgânica n. 01/96. As circunstâncias do caso concreto também deveriam ser levadas em conta, bem como a tentativa de manter a criança em situação a mais próxima possível da que existia antes da separação de seus pais.

E, no caso em tela, devido a todos os elementos dos autos, a guarda paterna era a mais indicada, já que a apelante não demonstrou ter condições de suportar um aluguel que a permitisse ter um entorno adequado para criar o filho, e por ter duas outras filhas de relacionamento anterior, cuja guarda também ficara com o genitor delas, o que colocaria em dúvida sua capacidade e aptidão para cuidar do novo filho.

O terceiro caso foi extraído da SAP O 2720/2013, julgado pela *Audiencia Provincial*, Seção 4, de Oviedo, em 25.10.13 (*Ponente* Fracisco Tuero Aller). Tratava-se de Recurso de Apelação interposto pelo casal Guadalupe e Raimundo, demandados em primeiro grau, contra Yolanda, demandante originária e irmã da requerida Guadalupe. A sentença de primeiro grau, de 07.06.13, julgou parcialmente procedente o pedido de visitas feito por Yolanda, tia materna da criança, a serem realizadas em seu domicílio, aos terceiros domingos de cada mês. Não foi estabelecido regime de comunicação telefônica entre tia e sobrinho. Os demandados, ora apelantes, se insurgiram para que não houvesse direito a visitas ou, em o havendo, que fossem cumpridas não na residência da apelada, mas em algum ponto de encontro.

O Acórdão ressaltou que o direito de visitas, amplamente considerado, deve ser estabelecido em benefício do menor. O art. 160 do Código Civil prevê o direito de a criança se avistar com seus avós e demais parentes, embora esse direito esteja limitado pelo *interés superior del niño*. No caso sob julgamento, entendeu-se que era situação de suprimir o direito de visitas da tia, por não haver provas nos autos de relacionamento próximo entre ela e o sobrinho. Além disso, a relação conflituosa da apelada e dos apelantes não mostrava ser aconselhável esse tipo de relacionamento.

6.4. Argentina

Tanto a doutrina quanto a legislação argentinas usam, corriqueiramente, do termo ‘menor’, mostrando que não há qualquer sentido pejorativo na locução.

O melhor interesse da criança (*interés supremo del menor*) deve permear as decisões envolvendo crianças, pois, segundo Marta N. Stilerman, são mais indefesos, tanto do ponto de vista biológico quanto psicológico. Assim, ocupam lugar predominante na proteção jurídica e, em caso de colisão entre seus interesses e os interesses de seus genitores, aqueles deverão prevalecer.⁶⁷¹ São sujeitos de direito a merecer garantias da política social.⁶⁷²

O princípio do *interés supremo del menor* justifica que se deixe de aplicar uma norma legal expressa, estando essa escusa prevista ou não, mas desde que assim se o esteja adimplindo.⁶⁷³ Ainda, em casos envolvendo interesses de menores, a análise deve ser feita de forma casuística, não podendo ser subsumidos em normas legais demasiado estritas.⁶⁷⁴

Com a promulgação da n. *Ley 26.061*, em 2005 (*Ley de Protección y Promoción Integral de Niños, Niñas y Adolescentes*), do mesmo modo que no Brasil, houve alteração de paradigma, que vigia desde 1919, e que era caracterizado por compaixão e repressão,

⁶⁷¹ STILERMAN, Marta N. *Menores: tenencia: régimen de visitas*. 3. ed. actual. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1997, p. 25-26.

⁶⁷² LOTTINI, Celia Beatriz. El “sistema de protección integral de la niñez, adolescencia y familia”: análisis crítico del cumplimiento de la Ley n. 26.061/2005. In: FAZZIO, Adriana (compiladora). *Niñez, familia y derechos humanos: logros y desafíos pendientes en la primera década del siglo XXI*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2010, p. 32.

⁶⁷³ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 27.

⁶⁷⁴ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 66.

levando à confusão entre pobreza, situação de rua e perigo para a sociedade. Foi a partir dessa lei que crianças e adolescentes passaram de fato a serem vistos como sujeitos de direito, assegurando-se respeito à sua dignidade, proteção e bem-estar em todos os âmbitos de sua vida.⁶⁷⁵

A *Ley* n. 26.061 prevê diferentes medidas de atuação: medidas universais, que marcam as políticas da infância, adolescência e família, com implementação de programas para permitir o exercício de seus direitos fundamentais, sendo o Estado, a família e a sociedade responsáveis por elas; medidas de proteção, que são ações implementadas se houver ameaça ou violação dos direitos de crianças e adolescentes, por ausência ou omissão de políticas públicas; medidas excepcionais, que se instrumentam quando esgotadas as medidas de proteção e seja manifesta a necessidade de se retirar a criança do meio familiar para a salvaguarda de seus direitos, levando-se em conta, para tal, seu melhor interesse.⁶⁷⁶ Para que as políticas públicas sejam de fato efetivas, podendo implementar ou restituir os direitos de crianças e adolescentes, entende Adriana Fazzio ser necessário a existência de um “tecido social”, formado por redes familiares e comunitárias, e pelo fortalecimento da trama organizacional da comunidade.⁶⁷⁷

Na redação original do Código Civil argentino,⁶⁷⁸ o art. 126 previa que a menoridade se estendia até os vinte e dois anos. A *Ley* n. 17.711/68 modificou a dicção, reduzindo a menoridade para vinte e um. Atualmente, o Código Civil subdivide a menoridade em duas fases, previstas pelo art. 127: a primeira delas compreende a categoria dos menores impúberes, que se estende até a idade de quatorze anos completos; a outra se refere aos menores adultos, abrangendo a idade de quatorze anos até vinte e um completos.

Ao se buscar solução para alguma questão que envolva crianças, duas considerações devem sempre ser observadas: o melhor interesse da criança e a estabilidade das relações, o que condicionará o bom desenvolvimento emocional do infante. Além

⁶⁷⁵ LOTTINI, Celia Beatriz. Idem, p. 32; BOKSER, Mirta F. *Derechos de niñas, niños y jóvenes: políticas de gestión territorial*. Buenos Aires: Lumen-Humanitas, 2005, p. 38-39.

⁶⁷⁶ LOTTINI, Celia Beatriz. Idem, p. 33.

⁶⁷⁷ FAZZIO, Adriana. Hay que reconstruir el tejido social. In: FAZZIO, Adriana (compiladora). *Niñez, familia y derechos humanos: logros y desafíos pendientes en la primera década del siglo XXI*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2010, p. 100.

⁶⁷⁸ Conforme ressalta Mirta F. Bokser, a Argentina tem uma única Constituição, nacional, embora existam mais de vinte Constituições Provinciais. Com relação ao Código Civil, há também somente um, de aplicação nacional, embora existam mais de vinte Códigos de Processo Civil (Idem, p. 23-24).

disso, conforme ressalta Marta N. Stilerman, nenhuma norma pode ser tão ampla a ponto de abarcar todas as situações possíveis que existem em uma realidade em evolução. Assim, os fatores a serem considerados para se chegar a uma solução são os presentes em cada caso concreto sob análise.⁶⁷⁹ E, acima de tudo, o “único critério que pode considerar-se vigente para todas e cada uma das situações é o de se colocar o interesse dos menores por cima de toda outra consideração e, baseado nele, resolver o que se entenda mais conveniente”.⁶⁸⁰

Atualmente, na Argentina, viver em família significa constituir quaisquer de suas modalidades plurais, e isto quer dizer que são respeitados todos os modelos de família que se apresentem.⁶⁸¹

Com relação à guarda dos filhos (*tenencia* ou *custodia*), o Código Civil de 1869 (Código de Vélez Sarsfield) previa, no art. 213, que os filhos menores de cinco anos ficariam sempre com a mãe. Os maiores de cinco anos ficariam a cargo do cônjuge que melhor demonstrasse aptidão para educá-los, sem haver preferência materna ou paterna. Era uma posição avançada para o momento histórico. A *Ley* n. 2.393, de 1888 (*Ley de Matrimonio Civil*), não modificou a disposição. Já a *Ley* n. 17.711, de 1968, alterou diametralmente a orientação. O art. 76 passou a prever que os menores de cinco ficariam com a mãe e os maiores com o cônjuge inocente, desde que não houvesse prejuízos ao menor. Se ambos os cônjuges fossem culpados, o juiz decidiria, tendo em vista o melhor interesse da criança. A situação somente se acertou com a *Ley* n. 23.515, de 1985, que voltou a desconsiderar a culpa para a atribuição da guarda dos filhos. Atualmente, o assunto é regido pelo art. 206 do Código Civil.

Os interesses e necessidades dos menores variam de acordo com sua idade, o que pode interferir na determinação da guarda. Marta N. Stilerman mostra que desde o nascimento até um ano e meio, a presença da mãe é de fundamental importância, devido à

⁶⁷⁹ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 126.

⁶⁸⁰ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 128. No original: “(...) *el único criterio que puede considerarse vigente para todas y cada una de las situaciones es la de poner el interés de los menores por encima de toda otra consideración, y en base a ello resolver lo que se entienda más conveniente*”.

⁶⁸¹ FAZZIO, Adriana; LOTTINI, Celia. Aportes y reflexiones para hacer efectivos los derechos de la niñez y la familia. In: FAZZIO, Adriana (compiladora). *Niñez, familia y derechos humanos: logros y desafíos pendientes en la primera década del siglo XXI*. Buenos Aires: Espacio Editorial 2010, p. 127 e 129. Falam as autoras em “*los derechos de las familias*” (p. 131).

lactação. Após, é a análise do caso que determinará com quem a criança deve permanecer. Exemplifica a mencionada autora que nos anos compreendidos entre três e cinco, a pessoa a cargo de cuidar do menor deve fazer com que toda sua potencialidade se desenvolva plenamente. Já as idades de seis a doze anos exige contato fluido com o genitor com quem não resida, sendo que as visitas não deveriam fixar-se em esquema rígido, pois poderiam interferir negativamente nas atividades da criança. Ainda, o menor pode necessitar de contatos mais frequentes, nem que sejam por telefonemas ou outros meios. A partir dos doze, a opinião da criança pode ser levada em conta, já que sua capacidade de compreensão está assemelhada a de um adulto, ainda que lhe falte experiência de vida.⁶⁸²

Pelo art. 264, 2º, o pátrio poder (*patria potestad*) deverá ser exercido pelo genitor detentor da guarda. Seu inciso 5º atribui o exercício do pátrio poder sobre os filhos havidos fora do casamento a aquele que tenha a guarda outorgada por meio de acordo ou judicialmente. O art. 264 *ter* admite espécie de exercício conjunto do pátrio poder: desde que não haja acordo entre os pais, o juiz pode distribuir suas funções entre eles.

Mesmo no caso de exercício individual do pátrio poder, haverá casos em que será necessária atuação conjunta. É o que prevê o art. 264 *quater*, que prevê a necessidade de consentimento expresso de ambos os pais para algumas situações da vida de seus filhos, como autorização para o casamento, possibilidade de estar em juízo, saída da Argentina, entre outras.

O art. 236 prevê a possibilidade de acordo entre os pais sobre guarda e visitas, em atenção ao melhor interesse. O acordo deverá ser homologado do modo pelo qual foi proposto, a menos que possa acarretar prejuízos à criança. Nesse caso, haverá objeção judicial. Assim, é possível afirmar-se que, caso os pais não apresentem divergências e não haja quaisquer danos para a criança, o Estado não poderá interferir. E isso porque, em casos de normalidade conjugal, o Estado não tem poder para interferir no exercício do pátrio poder. Ressalta Marta N. Stilerman que essa interferência desmedida do Estado “(...) configuraria um dirigismo familiar vulnerador das garantias essenciais amparadas pela Constituição (...)”⁶⁸³

⁶⁸² STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 39-42.

⁶⁸³ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 93. No original: “(...) *configuraría un dirigismo familiar vulneratorio de las garantías esenciales amparadas por la Constitución Nacional (...)*”.

Para casos de casais não casados, é possível solução semelhante à descrita acima, já que é possível utilizar-se da analogia na aplicação da lei (art. 16, Código Civil). Assim, pode haver a apresentação de acordo para homologação judicial. Podem, ainda, levar adiante o acordo na prática, sem necessidade de qualquer intervenção judicial.

Em caso de não haver acordo, é outorgada ao juiz a possibilidade de estabelecer com qual deles restará a guarda, ou se deve ela ser deferida a terceira pessoa, como irmãos mais velhos, tios ou avós.

Não há previsão legal de guarda compartilhada (*custodia compartida*) na Argentina. Nas palavras de Marta N. Stilerman, a guarda compartilhada não é vista com bons olhos, pois contraria o critério de estabilidade necessário para o bom desenvolvimento do menor.⁶⁸⁴ Porém, com a leitura de sua obra, nota-se estar ela se referindo ao que chamamos no Brasil de guarda alternada, que deve, de fato, ser evitada. Afirma ela que somente pode-se aceitá-la quando os pais com ela estejam de acordo e não haja danos aos interesses da criança.⁶⁸⁵ Há projeto de lei para a instituição da *guarda compartida*, com a mesma ideia da guarda compartilhada brasileira, com exercício compartilhado do pátrio poder. É o *Proyecto de Ley* da ANUPA (*Asociación de Nuevos Padres*), cujo objetivo, entre outros, é acrescentar o art. 206 *bis* no Código Civil, que teria a previsão de que, a pedido dos pais, o juiz poderia outorgar a *custodia compartida*, que implicaria exercício compartilhado do pátrio poder.

O direito de visitas não era previsto originalmente no Código Civil. Foi introduzido pela Lei n. 23.515, de 1987, que modificou o art. 264, 2º, prevendo que, para manter incólume a relação entre pais e filhos quando de uma separação matrimonial, deve ser concedido ao genitor sem pátrio poder o direito de visitas. O objetivo é manter o mais semelhante possível a convivência que os pais tinham com seus filhos quando ainda da vigência do casamento. Assim, segundo Marta N. Stilerman, o ideal é o estabelecimento de um regime de visitas amplo e livre.⁶⁸⁶ Mesmo antes de sua previsão legal, o direito de visitas era reconhecido jurisprudencialmente.

⁶⁸⁴ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 145.

⁶⁸⁵ STILERMAN, Marta N. *Idem*. *Ibidem*.

⁶⁸⁶ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 155.

O art. 376, *bis*, do Código Civil argentino (introduzido pela *Ley* n. 21.040), prevê direito de visitas aos parentes que se devem reciprocamente alimentos. Com isso, as pessoas que prestam assistência às crianças e adolescentes, já que têm essa obrigação, também têm o direito de se avistarem e conviverem com eles. Essa previsão é feita tendo-se em vista o benefício das crianças, que terão direito de se relacionar com seus parentes independentemente de eventuais desentendimentos entre eles e seus pais. É exatamente por esta razão que, por vezes, dependendo do relacionamento entre a criança e seu visitante, faz-se melhor adiar um pouco o exercício das visitas, caso possam elas provocar sentimentos perturbadores nas crianças.⁶⁸⁷

Ressalta Marta N. Stilerman que ainda não é possível falar-se em direito de visitas de madrastas e padrastos, já que é necessária a conjugação de diversas normas para se encontrar o marco jurídico adequado a esse reconhecimento, cujo requerimento deve basear-se no afeto nascido da convivência prolongada.⁶⁸⁸

O direito de visitas amplo se mostra importante, pois contribui com a proteção do menor em relação aos sentimentos de desamparo e incerteza que a separação de seus pais pode nele provocar.⁶⁸⁹ Pode ser efetivado por meio de acordo entre os pais, ou com intervenção judicial. Tanto o acordo quanto a decisão judicial devem ser respeitados e, em caso de não cumprimento espontâneo, deverá ser cumprido forçadamente. Por vezes, são aplicadas sanções pecuniárias ou cumprimento com uso de força pública.⁶⁹⁰ Outras sanções previstas são de cunho criminal. A *Ley* n. 24.270/93 prevê prisão de um mês a um ano ao detentor do pátrio poder que impedir ou obstruir o direito de visitas. Também o Código Penal, no art. 72, inc. 3º, prevê sanção para quem impedir contato dos filhos com seu genitor não convivente.

As ações para modificação de guarda e do regime de visitas podem ser propostas a qualquer tempo, desde que tenha havido alteração nas circunstâncias fáticas do caso.

⁶⁸⁷ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 192.

⁶⁸⁸ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 23.

⁶⁸⁹ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 63.

⁶⁹⁰ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 161.

Porém, a alteração deve-se fundar em razões graves, ou deve significar um correlativo benefício ao menor, vez que a estabilidade das situações é mais benéfica à criança.

É possível, na Argentina, a oitiva dos menores em processos que envolvam seus interesses, levando-se em conta seu grau de desenvolvimento intelectual e maturidade. Para que seja devidamente sopesada a opinião da criança, Marta N. Stilerman apresenta alguns elementos que devem ser considerados: sua idade, suas relações com a nova família do genitor, a autenticidade da opinião expressada (se houve influência ou não dos genitores), a inter-relação entre o desejo da criança e seu melhor interesse. Entende ela, também, que um acordo que ignore sua opinião será de difícil cumprimento na prática.⁶⁹¹ A oitiva da criança não está expressa na legislação, embora seja amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, especificamente devido ao fato de a Convenção dos Direitos da Criança prevê-la no art. 12, e a Constituição argentina de 1994 ter outorgado hierarquia constitucional aos tratados internacionais. Ainda, legislação esparsa trata da oitiva em alguns casos específicos, como no de adoção (*Ley n. 19.134*, art. 10, inc. c).

Em 2002, a cidade de Buenos Aires, por intermédio de sua *Legislatura*, promulgou a *Ley n. 1.004*, reconhecendo a *unión civil*, que é a união formada por duas pessoas, independentemente de seu sexo ou orientação sexual. Em 2010, entrou em vigor a *Ley n. 26.618*, que passou a permitir o casamento homoafetivo. Esta lei veio alterar o Código Civil, primeiramente em seu art. 172, prevendo que o matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos, independentemente de os cônjuges serem do mesmo ou de diferentes sexos. Ainda, alterou-se o art. 326, que trata da adoção, passando ela a ser permitida para casais de mesmo sexo.

A Constituição argentina prevê o direito à educação em seu art. 14, que dispõe que todos os habitantes têm o direito de ensinar e aprender. Este artigo vem previsto no capítulo que trata das declarações, direitos e garantias.

Algumas decisões proferidas pelos Tribunais argentinos serão destacadas, visto que foram decididas tendo por base o *superior interés del niño*. A primeira delas advém de apelação n. 49840/10, da *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial*, de relatoria de

⁶⁹¹ STILERMAN, Marta N. *Idem*, p. 70-72 e 76.

María Herminia Puig (j. 19.06.12), da *Provincia de Corrientes*.⁶⁹² Tratava-se de apelação contra sentença de primeiro grau que outorgou a guarda provisória de um menor, nascido em 2010, com fins de adoção, ao casal Claudio e Gabriela, e mandou notificar a *Asesora de Menores* (defensora da criança) dessa decisão. A *Asesora de Menores* interpôs apelação, alegando que não foi realizado estudo psiquiátrico da mãe biológica como medida prévia à decisão de entregar o filho para adoção. Ademais, o casal adotante não estava inscrito para adoção na circunscrição judicial na qual se deu a sentença (estava o casal inscrito na Terceira e na Quinta Circunscrições Judiciais da Província de Corrientes, e não na Primeira, que foi na qual a decisão foi dada). O Acórdão ressaltou que a mãe biológica, no exercício da *patria potestad*, escolheu o casal e decidiu entregar a ele seu filho para fins de adoção, dando seu consentimento expresso nesse sentido. Avaliação psiquiátrica posterior da genitora concluiu que não ficaram evidenciadas alterações emocionais de magnitude que a impedisse de ser responsável por suas ações e decisões.

Assim, o Acórdão entendeu que foram tomados todos os cuidados envolvendo essa adoção e que o que deveria prevalecer incólume deveria ser o interesse superior da criança. Não deveria ser considerado imprescindível para a outorga da adoção que a inscrição dos adotantes fosse feita no local da decisão, e isso porque todas as características do processo demonstravam que tudo foi decidido em respeito ao *interés superior del niño*. Como resalta o próprio texto do Acórdão:

A Corte Superior decidiu reiteradamente que quando se trata de resguardar o interesse superior da criança, devem os juízes buscar soluções que tenham a ver com a urgência e a natureza das pretensões, utilizar soluções que deem vazão aos trâmites e evitar que o rigor das formas possa conduzir à frustração de direitos que contam com tutela constitucional especial.⁶⁹³

Com isso, o Acórdão manteve a decisão de primeiro grau.

⁶⁹² Extraída do site www.juscorrientes.gov.ar/consInfojuris/consultas/listadoIntegral.php#. Acesso em 17.11.13.

⁶⁹³ No original: “*La CS ha resuelto reiteradamente que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional*”.

O segundo caso a ser analisado se refere a Apelação decidida pela *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes*, sala II, julgada em 14.06.06, tendo por Relatora María J. Nicolini de Franco.⁶⁹⁴ Tratava-se de caso de disputa de guarda entre genitores. A sentença de primeiro grau atribuiu a guarda ao genitor, de acordo com a vontade dos menores. A genitora apelou da decisão. Quando da separação do casal, em 1995, houve acordo de que a guarda dos filhos ficaria com a mãe. Em 2002, o pai entrou com pedido para receber os menores em sua residência. Os filhos, já com 12 e 14 anos, se manifestaram no sentido de desejar alterar o regime de guarda, alegando dificuldade de convivência com a mãe e seu novo par. Ambos os genitores se manifestaram requerendo a guarda individual. Foram realizados estudos sociais e psicológicos, que concluíram pela guarda paterna. A decisão de primeiro grau pela alteração da guarda ressaltou que o trâmite se iniciou por pedido dos próprios menores.

A mãe apelou alegando não haver elementos suficientes nos autos para modificar o regime de guarda e que a decisão foi adotada apenas por vontade dos menores, sem que o alegado houvesse sido provado.

O Acórdão entendeu que a genitora não apresentou provas quando deveria fazê-lo; ademais, ela própria admitiu, quando entrevistada para elaboração do laudo social, a dificuldade de convivência entre seu companheiro e seus filhos. O Acórdão ressaltou que a convivência já durava oito anos, e que se fosse possível superar as dificuldades por ajuda externa, isso já deveria ter sido feito. Além disso, o laudo psicológico ressaltava que os menores desenvolveram um sentimento de não pertencer ao grupo familiar formado pela mãe, seu novo companheiro e os filhos nascidos desta união.

A decisão *a quo* havia sido tomada com base na vontade dos menores, e o art. 12.1 da Convenção dos Direitos da Criança expressa que devem os menores ser ouvidos quando da tomada de decisões que lhes digam respeito. Assim, denegaram a apelação, confirmando a sentença de primeiro grau.

⁶⁹⁴ Acórdão fornecido em curso realizado na Universidade de Buenos Aires - UBA (*Posgrado en Derecho – Derechos del niño y del adolescente – análisis del nuevo paradigma*).

A última decisão a ser analisada decorre de Recurso Extraordinário julgado pela *Suprema Corte de Justicia* de Buenos Aires (Causa C 75973, Relator Negri, j. 30.08.00).⁶⁹⁵ Um genitor entrou com pedido de guarda de seu filho, que foi negado, estabelecendo-se regime de visitas a seu favor. Contra a decisão, o genitor interpôs Recurso Extraordinário, entendendo violado o interesse superior da criança, já que havia prova nos autos de que a criança negava-se a viver com sua mãe, estando a residir com ele, e que uma mudança na guarda fática iria modificar a vida do menor. Para o caso de o recurso não prosperar, solicitava cautelarmente que se suspendesse a restituição do menor até que se realizasse tratamento adequado para ajudar na transição da guarda. O recurso foi julgado parcialmente procedente, entendendo o Tribunal que a decisão se mostrava coerente com as provas dos autos. Apesar de haver modificação na vida do menor, tal sacrifício seria feito em prol do início de uma relação biparental até então inexistente. O menor ganharia uma mãe, o que não tinha até então, e isso resultaria extremamente benéfico a seu melhor interesse, já que sairia de relação monoparental para uma de biparentalidade. Assim, o julgado de primeiro grau não teria transgredido o *interés superior del niño*. Logo, foi rechaçado o Recurso Extraordinário.

⁶⁹⁵ Extraída do site www.scba.gov.ar. Acesso em 17.11.13.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A real proteção à infância e adolescência no Brasil pode ser considerada recente, e é possível dividi-la em três fases. A primeira delas, chamada de direito penal do menor, inaugurou-se com o Código Criminal do Império, em 1830. Nesta fase, foi criado o primeiro Juizado de Menores, no Rio de Janeiro, e foi promulgado o primeiro Código de Menores, em 1927. A preocupação, porém, se restringia à infância abandonada ou delinquente, tentando-se tirá-la das vistas da sociedade, institucionalizando-a e utilizando-se de modelos correccionais e repressivos.

A segunda fase se originou com o Código de Menores de 1979, e é conhecida como doutrina da situação irregular, abrangendo somente menores delinquentes ou abandonados, dando-se continuidade à política de institucionalização, mantendo o viés repressivo, acrescentando a ele uma política paternalista de assistencialismo. Apesar da previsão do melhor interesse da criança, era ele utilizado como justificativa para os arbítrios cometidos.

A terceira fase, que pode ser considerada como a que realmente trouxe a proteção universal à infância, foi inaugurada com a CF e confirmada pelo ECA. É a fase em que nos encontramos atualmente, chamada de proteção integral, na qual crianças e adolescentes passaram a ser tratados como sujeitos de direito, não mais meros objetos.

Internacionalmente, um dos primeiros diplomas legislativos a proteger a infância foi a Declaração de Genebra de 1924, seguida por inúmeros outros, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989).

A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae*, que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of the child*.

As primeiras decisões referindo-se ao melhor interesse também advieram do direito inglês, nas quais se entendeu que, em caso de conflito entre os interesses dos pais e os dos

filhos, os destes últimos deveriam prevalecer. Além disso, as circunstâncias do caso sob análise deveriam ser levadas em conta e, caso os pais não entrassem em acordo, os tribunais deveriam agir buscando o que seria melhor para a criança.

O melhor interesse no Brasil foi positivado pelo art. 227, CF, embora já existissem referências anteriores a ele (como no Estatuto da Mulher Casada – Lei n. 4.121/62, que acolhia a tutela do bem das crianças como seu objetivo primordial). O ECA veio corroborar o quanto previsto pela CF, fazendo com que crianças e adolescentes passassem a ser vistos como sujeitos de direito, mercedores de proteção e assistência, condizentes com sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento.

Esse princípio deve ser utilizado tanto na formulação quanto na aplicação de leis e políticas públicas. Na resolução de conflitos entre interesses de igual grandeza pertencentes a crianças e a terceiras pessoas, devem os primeiros ser privilegiados. Ainda em casos de inexistência de conflito, ou de conflito entre dois interesses fundamentais da mesma criança, o melhor interesse deve ser a tônica da decisão.

Há, ainda, seu viés de regra de interpretação, trazido pelo art. 6º, ECA. Como consequência, abre-se a possibilidade de que regra dispositiva aplicável ao caso concreto seja afastada para que o melhor interesse seja alcançado. Irradia-se essa ideia para todo o ordenamento, não ficando restrita apenas ao ECA, atingindo qualquer situação que envolva criança e adolescente.

Grande problema que se enfrentou foi a falta de definição exata e objetiva do princípio. Apesar disso, não pode ser entendido aleatoriamente, devendo ser analisado dentro do espírito constitucional e da dignidade da pessoa humana.

Por um lado, essa indefinição é vantajosa, já que seria impossível haver previsão de todas as situações em que o melhor interesse poderia vir a ser aplicado, por envolver variada gama de relações familiares, que não são objetivas. Com isso, embora a pesquisa estivesse buscando determinar critérios puramente objetivos para a aplicação do melhor interesse, ficou claro que tal intento não é possível. Todos os fatores envolvidos em cada caso concreto devem ser criteriosamente analisados, de preferência com auxílio de equipe

multidisciplinar, para que se determine, naquela situação específica, qual é o melhor interesse para aquela determinada criança ou adolescente.

Apesar disso, um mínimo de diretrizes deve ser seguido, para que não haja decisões que, sob o argumento de se estar protegendo o melhor interesse, venham a se posicionar favoravelmente a outros interesses que não o de crianças e adolescentes. Assim, para esta pesquisa, alguns critérios foram considerados fundamentais ao se buscar o melhor interesse: o bem da criança e do adolescente, suas relações afetivas, a continuidade de suas rotinas, seu atendimento prioritário e, por fim, suas preferências.

A doutrina, por vezes, classifica o melhor interesse como princípio, regra de interpretação ou direito fundamental. Entende-se, porém, ser tal classificação despicienda, já que o que importa é que se garanta, de fato, que o interesse de crianças e adolescentes esteja sendo adimplido em cada caso que se apresente.

O melhor interesse pode ser comparado com a dignidade da pessoa humana, podendo ambos ser vistos como valores e princípios. E isso porque crianças e adolescentes são pessoas humanas, devendo ser colocadas no centro do ordenamento, aplicando-se a elas o princípio da dignidade. Além disso, em caso de conflitos envolvendo a dignidade humana de um adulto e a de uma criança ou adolescente, é a dos últimos que prevalecerá, e isso como consequência da aplicação do princípio do melhor interesse. Isso se dá porque tanto a CF quanto a legislação infraconstitucional os alçou à posição de primazia no ordenamento. Assim, caso os princípios do direito pátrio fossem escalonados de forma piramidal, no topo estaria a dignidade da pessoa humana, seguida do princípio do melhor interesse. Após, viria a camada dos demais princípios. O melhor interesse pairaria acima dos demais porque a própria CF assim o determinou.

A família brasileira atual não pode mais ser vista como matrimonial, biológica e patrimonial. Esse cenário se alterou com o ingresso da mulher no mercado de trabalho e a possibilidade do divórcio. Com isso, novas formações de família surgiram, nas quais as funções maternas e paternas são mais importantes que as figuras da mãe e do pai. E é com essa alteração que a afetividade passou a ter papel relevante no cenário familiar. Pela afetividade, várias questões podem ser resolvidas, e o melhor interesse pode ser alcançado.

Outra forma de se adimplir o melhor interesse é a consideração da paternidade socioafetiva em substituição à biológica. É possível reconhecer-se vínculo jurídico a relação advinda da afetividade. Assim, até mesmo a presunção do *pater is est* pode ser entendida de modo diferente, presumindo-se a paternidade de quem age e se apresenta como pai, tenha ele fornecido ou não o material genético. Exemplo de paternidade socioafetiva pode ser encontrado nas famílias reconstituídas, formadas por pessoas em nova união, com filhos advindos de relacionamento anterior.

A princípio, a relação de parentesco entre pais e filhos afins será por afinidade (art. 1.595, CC). Porém, com o passar do tempo e com a convivência diária, pode o relacionamento evoluir para a paternidade socioafetiva, que traz como consequência as mesmas advindas da paternidade biológica. Para tal, dois requisitos devem estar presentes: a afetividade e a posse do estado de filho.

Do mesmo modo que a família, o pátrio poder também evoluiu, sendo hoje visto como poder familiar, exercido com igualdade por pais e mães, e cujo foco está no interesse dos filhos. Deve ser exercido de forma dialógica, com participação ativa da criança e do adolescente na tomada de decisões que afetem seus interesses. A penalidade de suspensão ou perda do poder familiar deve ser vista com reservas, já que o maior penalizado pode vir a ser a criança, que terá afastado seu direito fundamental à convivência familiar. Pode este instituto, até mesmo, vir a ser exercido pelos pais afins em famílias reconstituídas.

Deve-se diferenciar, com relação à guarda, seu viés de colocação em família substituta, previsto pelo ECA, e sua atribuição a um dos pais, em caso de separação do par conjugal. Como forma de colocação em família substituta, deve ser pautada pela aplicação do melhor interesse. Por ser característica destacável do poder familiar, pode restar com pessoas diferentes da dos pais, ficando os últimos, ainda, com sua titularidade. Seu objetivo é transferir para o guardião alguns dos deveres inerentes ao poder familiar, em situação em que a criança não esteja sob os cuidados de seus genitores. É forma de regularizar a posse de fato de criança e adolescente.

Contudo, é a adoção a principal forma de colocação em família substituta, sendo também a ela aplicados os princípios do melhor interesse e da afetividade. Para a criança, a adoção é forma de se adimplir seu melhor interesse, já que, uma vez adotada, passará a ter, na prática, os direitos garantidos pela proteção integral, como a convivência familiar. A mentalidade quanto à adoção, porém, precisa ser alterada, buscando-se uma família para uma criança e não uma criança para uma família. Assim, até mesmo o perfil do Cadastro Nacional de adoção poderia vir a ser alterado: ao invés de se cadastrar famílias para se encontrar crianças para elas, seria mais interessante cadastrar crianças e buscar uma família para elas.

É possível aplicar-se à adoção a teoria da perda de uma chance. Sendo o processo extremamente burocratizado, pode vir a ocorrer uma demora que pode fazer com que a criança não seja adotada, já que há uma preferência por crianças pequenas.

A união homoafetiva deve ser considerada como entidade familiar. Como a CF exige diferenciação de sexos para a constituição de união estável, e tendo em vista a decisão do STF (ADPF 132 e ADI 4277), que entendeu serem aplicáveis a ela as regras das uniões estáveis, vê-se a união homoafetiva como entidade familiar autônoma abrangida pelo art. 226, CF, mas diferente da união estável, embora sejam a ela analogamente aplicáveis as mesmas regras. E, em sendo assim, estaria aberta a possibilidade de adoção pela união homoafetiva.

Entende-se que esta adoção deve ser encarada como qualquer outra, isto é, devem ser verificados os requisitos legais para tal, não devendo ser impedida meramente pela opção sexual dos adotantes. E isso porque é possível a adoção unilateral por homossexual, que pode vir a ter um relacionamento com pessoa do mesmo sexo. Nesse caso, a criança estaria, na prática, relacionando-se com casal homoafetivo, sem ter toda a segurança advinda dessa relação, já que seu vínculo jurídico teria sido estabelecido somente com um dos membros do casal. A situação poderia vir a resolver-se pelo argumento da paternidade socioafetiva, mas se a criança já fosse adotada, estariam seus direitos assegurados de plano.

Quanto à adoção à brasileira, pela qual alguém se declara ou é levado a crer ser genitor biológico da criança, não o sendo na realidade, não está ela prevista pelo

ordenamento jurídico brasileiro. Porém, para que o melhor interesse seja preservado, caso esteja já instalada a paternidade socioafetiva e a posse do estado de filho, as decisões devem ser no sentido de ser mantida a filiação adotiva. Nesse caso, porém, cabe ao filho a propositura de ação para determinação da paternidade biológica, já que é direito da personalidade o conhecimento da origem genética. Isso não significará que a paternidade socioafetiva será desconstituída. Poder-se-á buscar, apenas, a determinação da origem biológica, sem demais consequências. Caso não haja paternidade socioafetiva, é possível a prevalência da biológica.

Através da adoção *intuitu personae*, também conhecida como pronta, direcionada ou consentida, os pais biológicos, ou um deles, escolhe a pessoa que deverá adotar seu filho. A discussão que se planteia é que, em se agindo assim, estar-se-á rompendo a ordem prevista no Cadastro de Adotantes, que tem rol de pessoas cadastradas, que já adimpliram os requisitos exigidos legalmente para adotarem. Mas, para que se atenda o melhor interesse da criança, e desde que haja relação de afetividade entre adotando e adotante, pode-se deixar de lado tal ordem, legitimando-se situação socioafetiva concreta.

O parto anônimo também pode ser visto como forma de colocação de criança recém-nascida em família substituta. É instituto inexistente no direito brasileiro. Por seu intermédio, a gestante entrega ao Estado filho que não quer manter consigo. Há duplicidade de interesses protegidos: da mãe, que tem sua identidade preservada, e da criança, que nascerá dentro de condições mínimas de segurança e higiene e poderá ser rapidamente encaminhada para adoção. Com isso, seus defensores entendem que a criança terá seu melhor interesse preservado. Existem mais argumentos contrários que favoráveis ao parto anônimo: estar-se-ia privilegiando os interesses da mãe em detrimento dos da criança; haveria violação ao direito da criança em conhecer sua identidade genética; se não for adotada, teria direitos da personalidade violados, como o direito ao nome; há existência de outros mecanismos para entrega da criança pela mãe. Em vista disso, e da incerteza de adoção imediata da criança, não há garantias de que o parto anônimo funcionasse a contento frente à realidade brasileira. Assim, o melhor interesse da criança estará mais bem atendido sem que se adote o parto anônimo no Brasil.

O melhor interesse também deve ser considerado na definição de quem ficará com os filhos em caso de separação do par conjugal ou da atribuição da guarda em caso de pais solteiros. O objetivo é diminuir ao máximo o sofrimento dos filhos e tentar manter, tanto quanto possível, sua rotina e convivência familiar. Encontram-se superadas a doutrina do *tender years* e a análise da culpa pela separação, devendo prevalecer a teoria do *tie breaker*, que considera todos os fatores envolvidos para determinar a quem a guarda será atribuída. É a forma mais consentânea com o melhor interesse. A guarda compartilhada é um passo além a essa teoria, que, porém, continua prevalecendo para os casos em que o compartilhamento não puder ser aplicado. A guarda compartilhada deve ser vista com cautela, apesar de o art. 1.584, §2º, CC, prever sua imposição judicial no caso de não haver acordo entre os pais. Uma imposição forçada, em casos de conflitos, poderia vir a ser extremamente nociva ao melhor interesse do filho, podendo ser, inclusive, contraproducente.

Com isso, em se tratando de guarda, somente se atenderá ao melhor interesse se não se estabelecer modelo definitivo prévio que deve ser adotado em todas as situações. O caso concreto deve ser detidamente analisado pelo juiz, com auxílio de equipe multidisciplinar, para que seja possível determinar, dentro daquela situação, o que será melhor para aquela criança.

Nos casos em que for aplicada a guarda unilateral, restará ao outro genitor o direito de visitas, que deve ser o mais abrangente possível, envolvendo, além do contato direto com o filho, vigilância quanto à educação e possibilidade de comunicações (telefonemas, e-mails etc). A regulamentação desse direito deve o ser levando-se em conta o melhor interesse da criança.

A educação talvez seja a principal forma de se adimplir o princípio estudado. É através dela que a criança passa de incapaz a pessoa plenamente hábil de atuar na sociedade. Através da educação, é possível fazer-se valer todos os seus demais direitos.

Deve a educação ser considerada direito público subjetivo, significando que o indivíduo tem o poder de exigí-lo frente o Estado, contra quem tem um direito de crédito.

Apesar de o art. 208, I, CF, prever como obrigatória e gratuita a educação dos 4 aos 17 anos, deve-se entender que a educação infantil também o é.

É possível o ensino domiciliar como forma de se atender ao melhor interesse da criança, já que o ensino escolar brasileiro notoriamente passa por problemas. Porém, deve haver fiscalização estatal para que se comprove sua efetiva aplicação e eficácia potencial. Pontos já pacificados jurisprudencialmente são a possibilidade de a criança ser matriculada em alguma série do ensino básico mesmo não tendo a idade mínima exigida por lei, e a obrigatoriedade do Estado de fornecer transporte para que criança deficiente possa locomover-se até estabelecimento de ensino especializado.

Cabe ao Estado proporcionar vagas em creches e pré-escolas a criança de zero a cinco anos de idade. O problema da falta de vagas em creches pode ser considerado crônico no Brasil. Apesar disso, a jurisprudência é unânime em reconhecer esse direito infantil, que é assegurado tanto pela CF quanto por legislação infraconstitucional (ECA e LDB). Ademais, ao determinar ao Município que providencie vaga em creche, não está havendo quebra na separação de poderes, já que se a administração não atende o quanto previsto na CF, pode o administrado recorrer ao Judiciário para ter seu direito adimplido. Também não cabe a argumentação de necessidade de previsão orçamentária, já que, se o orçamento não é suficiente para tal, dever-se-ia proceder à sua revisão. A reserva do possível também não se mostra argumento viável à não oferta de vagas, pois a escassez de recursos públicos não pode ser oposta a direitos fundamentais, que não podem ser preteridos.

Na análise quantitativa das decisões exaradas pelo STF e pelo STJ, deparou-se com grande falta de uniformidade no uso do termo “melhor interesse”, notando-se que vários outros eram utilizados, como “interesse superior” e “maior interesse”, por exemplo. Além disso, a expressão “menores” é utilizada normalmente, denotando que está superada a ideia pejorativa a ela ligada.

No estudo do direito estrangeiro, observou-se que, na Inglaterra, berço do melhor interesse, também não há uma definição exata do princípio, sendo ele analisado pelos tribunais caso a caso. Se a corte não chegar a uma conclusão sobre qual é o melhor

interesse no caso, será deferida ao genitor guardião a possibilidade de determiná-lo. O *Children Act 1989* traz, na *Section 1 (3)*, rol de fatores a serem considerados quando da prolação de decisões judiciais envolvendo menores, como seus desejos e sentimentos ou suas necessidades. Apesar disso, o melhor interesse parece ser de aplicação mais restrita do que o é no Brasil, pois é só mais um fator a ser considerado na tomada da decisão, não prevalecendo necessariamente sobre os demais. Além disso, não é aplicado em todos os casos, restringindo-se a assuntos que envolvam a criação e administração de bens da criança. Em caso de separação, há uma tendência da criança ficar com a mãe. Ainda quanto à guarda, antigamente não era deferida ao genitor que estivesse vivendo em relacionamento homoafetivo. Porém, já há decisões nesse sentido, privilegiando a relação existente entre o genitor e a criança, a despeito de sua atual orientação sexual.

Em Portugal, o melhor interesse também se faz presente, devendo ser considerado em todas as decisões envolvendo crianças e adolescentes, embora indeterminado em seus parâmetros. Apesar de o Código Civil ter sido alterado para permitir o casamento homoafetivo, há lei vedando expressamente sua possibilidade de adotar. Também às uniões de fato homoafetivas é vedada a adoção. A legislação portuguesa não traz preferência pela guarda conjunta. Caso não haja acordo dos pais nesse sentido, o juiz decidirá pelo exercício unilateral da guarda e do poder paternal.

Na Espanha, o princípio do melhor interesse vem previsto constitucionalmente, e é considerado como critério solucionador de conflitos, gozando de supremacia no ordenamento, embora passível de limitação pelo princípio da proporcionalidade. Também é previsto no ordenamento infraconstitucional (Lei n. 1/1996), que o considera princípio geral de aplicação da lei (art. 2). Em casos de separações conjugais, pelo fato de o pátrio poder e a guarda estarem atrelados, há tendência em se deferir a guarda a um só dos genitores, que exerceria com exclusividade o pátrio poder. A guarda compartilhada é prevista pelo Código Civil, embora de forma excepcional. É admitida ação de declaração de filiação com base na posse de estado de filho. A adoção é permitida a casais homoafetivos, sejam eles casados ou conviventes em união de fato, desde que atendam os requisitos legais e que se garanta o melhor interesse do adotando.

Na Argentina, as crianças são consideradas merecedoras de proteção jurídica, por serem mais indefesas tanto física quanto psicologicamente. Em caso de colisão entre seus interesses e os de outras pessoas, aqueles deverão prevalecer. E a análise do melhor interesse deve ser feita casuisticamente, por não caber suas hipóteses em normas legais, que são muito estritas. Quanto ao pátrio poder, será ele exercido pelo genitor a quem a guarda dos filhos houver sido atribuída. Porém, se não houver acordo entre os pais, o juiz pode distribuir suas funções entre eles. É permitido o casamento homoafetivo, bem como o acesso desses casais à adoção.

Por todo o exposto, faz-se mister concluir que o melhor interesse, de fato, não pode ser rigidamente previsto na legislação, por não ser possível a previsão objetiva de situações que não o são. Apesar disso, critérios devem ser observados, para que se evite a tomada de decisões que venham a privilegiar outros interesses. Os critérios que devem ser considerados, segundo esta pesquisa, são o bem da criança e do adolescente, suas relações afetivas, a continuidade de suas rotinas, seu atendimento prioritário e, por fim, suas preferências.

Ao se seguir os critérios acima elencados, bem como outros que se mostrem necessários na análise do caso concreto, estar-se-á tentando adimplir o princípio do melhor interesse da criança, objetivo primordial de toda a legislação protetora da infância e da adolescência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698/2008. *Revista IOB de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 9, n. 51, 2009, p. 95-117.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 7, n. 30, 2005, p. 99-123.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARELHANO, Izabel Cristina. Compensação psíquica na formação e educação da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97-110.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Direitos e deveres dos avós (alimentos e visitação). In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 5-38.

BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 2, n. 5, 2000, p. 36-50.

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *A adoção em relações homoafetivas*. Ponta Grossa: UEPG, 2011.

BARBOZA, Heloísa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85-96.

_____. Melhor interesse da criança e do adolescente (princípio do). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 835-840.

_____. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 103-135.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947.

BIRCHAL, Alice de Souza. União estável. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 81-104.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. *Revista dos Tribunais*, v. 676, 1992, p. 79-84.

BOKSER, Mirta F. *Derechos de niñas, niños y jóvenes: políticas de gestión territorial*. Buenos Aires: Lumen-Humanitas, 2005.

BRASIL. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.

BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 12, 2002, p. 27-39.

CAHALI, Yussef Sahid. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de “adoção à brasileira”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 13, 2003, p. 85-89.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Dos princípios da proteção integral e do interesse maior da criança e do adolescente como critérios de interpretação. In: CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; FREITAS, Alina da Silva (org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos em comemoração aos 20 anos*. São Paulo: LTr, 2010, p. 37-47.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família*. V. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÍFOLA, Diana Marre. Entre el ‘superior interés del menor’ y el ‘derecho al hijo’: los dilemas de la adopción en España. In: VILLALTA, Carla (compiladora). *Infancia, justicia y derechos humanos*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2010, p.135-162.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A família em nova moldura. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34-54.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da família: tópicos para uma reflexão crítica*. 2. ed. actual. Lisboa: AAFDL, 2011.

D'ANDRADA E SILVA, José Bonifácio. *Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura*. Paris: Firmin-Didot, 1825.

DE MATTIA, Fábio Maria. Avô: direito de visita e limites à autoridade parental. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 9. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 532-538.

_____. Visita: direito de. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 77. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 424-432.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Família homoafetiva. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 131-152.

_____. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Sociedade de afeto: um nome para a família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 22, 2004, p. 32-37.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. V. 5. 24. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

FAZZIO, Adriana. Hay que reconstruir el tejido social. In: FAZZIO, Adriana (compiladora). *Niñez, familia y derechos humanos: logros y desafíos pendientes en la primera década del siglo XXI*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2010, p. 99-126.

_____; LOTTINI, Celia. Aportes y reflexiones para hacer efectivos los derechos de la niñez y la familia. In: FAZZIO, Adriana (compiladora). *Niñez, familia y derechos humanos: logros y desafíos pendientes en la primera década del siglo XXI*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2010, p. 127-141.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. Promoção da convivência familiar e comunitária. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 7-11.

_____. O instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente – questões controvertidas – guarda satisfativa e previdenciária. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 35-48.

FRANCO, Natália Soares. A entrega de um filho em adoção como ato de cuidado e responsabilidade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 230-236.

FUGIE, Érika Harumi. A união homossexual e a constituição federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 15, 2002, p. 131-150.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Paternidade responsável (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 927-945.

_____. A parentalidade responsável e o cuidado: novas perspectivas. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 101, 2008, p. 29-36.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Notas sobre a guarda compartilhada. *Revista Síntese de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 12, n. 61, 2010, p. 64-85.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. V. 6. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Famílias reconstituídas: nova uniões depois da separação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança: contribuição da mediação interdisciplinar. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 62, 2001, p. 72-83.

HASSELMANN, Elisa de Carvalho Laurindo. O melhor interesse da criança e do adolescente em face do projeto de código civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 361-386.

HERRING, Jonathan. *Family law*. 5. ed. Essex: Pearson, 2011.

KLAFF, Ramsay Laing. The tender years doctrine: a defense. *California Law Review*. California, v. 70, issue 2, p. 335-372. Extraído de:
<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2206&context=californialawreview>. Acesso em 21.09.13.

LAMENZA, Francismar. *Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado*. São Paulo: Manole, 2011.

LASARTE, Carlos. *Derecho de familia*. 11. ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais: adultocentrismo x interesse das crianças. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65-118.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Adoção internacional: verdades e mitos. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 17-29.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Afetividade (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 48-52.

_____. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 19, 2003, p. 133-156.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 12, 2002, p. 40-55.

LOPES, Jaqueline Ferreira. O ‘melhor interesse da criança’ e o ‘cuidado’ na interface psicologia e direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 111-137.

LOTTINI, Celia Beatriz. El “sistema de protección integral de la niñez, adolescencia y familia”: análisis crítico del cumplimiento de la Ley n. 26.061/2005. In: FAZZIO, Adriana (compiladora). *Niñez, familia y derechos humanos: logros y desafíos pendientes en la primera década del siglo XXI*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2010, p. 31-60.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Colocação em família substituta: aspectos controvertidos. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 12-16.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 467-494.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Pluralidade familiar (princípio da). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 946-952.

_____. Filiação e homossexualidade. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 11-40.

_____. Ação declaratória de união estável homossexual: possibilidade jurídica da pretensão. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 39, 2007, p. 79-97.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICELI, Mariana Sant'Ana. Por uma visão crítica do direito da criança e do adolescente. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*. Franca, A. 14, n. 20, p. 275-288.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA ADOPÇÃO. Centro de direito da família. *Regime jurídico do apadrinhamento civil anotado*. Número especial. Coimbra: Coimbra, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. Direito de visitas dos avós aos netos. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 79-95.

OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. Parto anônimo e cuidado: efetivação do melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 237-265.

OLIVEIRA, Patrícia. A responsabilidade da família afectiva na construção da identidade e da historicidade pessoal da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 266-282.

OTTERO, Marcelo Truzzi. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalidade, efeitos e o melhor interesse da criança. *Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares*. Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, v. 5, n. 1, 2010, p. 150-167.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Educação. Direito e cidadania. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 91-103.

PENCO, Ángel Acedo. *Derecho de familia*. Madrid: Dykinson, 2013.

PEREA, José Manuel de Torres. *Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O parto anônimo no direito brasileiro. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 189-206.

PEREIRA, Tânia da Silva. O ‘cuidado’ chega ao Superior Tribunal de Justiça: decisão comentada. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 351-372.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 252-271.

_____. O Estatuto da Criança e do Adolescente e os desafios do Novo Código Civil. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, n. esp., 2002/2003, p. 116-131.

_____. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-102.

_____. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 6, 2000, p. 31-49.

_____. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. *Revista da ESMESC*. Florianópolis, v. 4, n. 5, 1998, p. 117-163.

_____. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 62, 1992, p. 34-46.

_____.; DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. O melhor interesse da criança e do adolescente como critério de fixação da competência. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, n. 42, 2008, p. 142-159.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREA, José Manuel de Torres. *Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel, 2009.

REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina. A dissolução da relação conjugal e o melhor interesse da criança: uma abordagem interdisciplinar. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, n. 21, 2004, p. 7-26.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. V. 6. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROMERA, Mário. O instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: *Cadernos de direito da criança e do adolescente – 1*. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude; Malheiros, 1995, p. 30-34.

ROSA, Alexandre Morais da. Cuidado e abandono afetivo: a equivocada tradução jurídica da dor. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12-17.

_____. O cuidado como critério do princípio do melhor interesse da criança. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 101, 2008, p. 7-13.

SANTOS, Lia Justiniano. Guarda compartilhada: modelo recomendado. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2001, p. 155-164.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIFUENTES, Mônica. *Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda de filhos não é posse ou propriedade. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 173-188.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA JUNIO, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SIMAS, Ulisses Fialho. O melhor interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimentos cíveis da Lei 8.069/90. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 605-626.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Revista Direito e Justiça*. Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. XVI, 2002, p. 191-214.

_____. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2001, p. 52-61.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de; DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 8, 2001, p. 62-69.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010.

STILERMAN, Marta N. *Menores: tenencia: régimen de visitas*. 3. ed. actual. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

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

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3-17.

_____. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas atuais e polêmicos do direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 97-123.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Mára Barbosa. Considerações preliminares para a divulgação do ECA no âmbito escolar: um dos caminhos para atender o princípio “melhor interesse”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 627-652.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Parto anônimo, planejamento familiar e direitos fundamentais da criança e do adolescente. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 101, 2008, p. 14-21.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. As famílias reconstituídas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 105-130.

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

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para u controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECISÕES JUDICIAIS

As decisões judiciais foram divididas por seus órgãos prolores e relacionadas na ordem em que são citadas no texto.

BRASIL

a) TJRS

- Ap. Cível 70008795775, 7ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23.06.2004.
- AI 599 075 496, 8ª Câ. Cível, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999.
- AC 70001388982, 7ª Câ. Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14.03.2001.
- Ap. Cível n. 70013801592, 7ª Câ. Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006.
- Ap. Cível 70028763902, 7ª Câ. Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 30.09.2009.

b) TJSP

- Ap. 0004884-79.2011.8.26.0457, Câ. Especial, Rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 23.07.12.
- Ap. 9000004-19.2011.8.26.0576, Câ. Especial, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 27.02.12.
- Ap. 9000003-34.2011.8.26.0576, Câ. Especial, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 30.01.12.
- Ap. 0063311-23.2004.8.26.0002, 8ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Helio Faria, j. 18.09.13.
- Ap. 0022629-65.2009.8.26.0482, 5ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. 19.06.13.
- Ap. 0291814-03.2009.8.26.0000, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. João Pazine Neto, j. 29.01.13.
- Ap. 0011540-59.2007.8.26.0597, 2ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 05.11.13.
- Ap. 0116583-03.2007.8.26.0009, 2ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 29.05.12.
- AI 990.10.086343-6/50000, Câ. Especial, v.u., Rel. Des. Maria Olivia Alves, j. 08.11.10.

- AgR 103.327-0/5-01-SP, Câm. Especial, v.u., Rel Des. Mohamed Amaro, j. 14.07.03.
- Ap. 0006193-93.2011.8.26.0568, 1ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, j. 05.02.13.
- Ap. 9103272-76.2008.8.26.0000, 9ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Gavra Brazil, j. 03.02.09.
- Ap. 0000767-19.2011.8.26.0595, Rel. Des. Luis Antonio Ganzerla, Câm. Especial, j. 17.10.2011.
- AgrR 00322494-37.2011.8.26.0161/50000, Rel. Des. Roberto Solimene, Câm. Especial, j. 04.11.13.
- Ap. 8.428-1, segredo de justiça, rel. Des. João Del Nero, j. 26.05.1981.
- AI 0156621-79.2010.8.26.0000, 9ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. João Carlos Garcia, j. 28.09.10.
- Ap. 9174303-93.2007.8.26.0000, 2ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Boris Kauffmann, j. 24.06.08.
- AI 0066706-14.2013.8.26.0000, 3ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 17.09.13.
- Ap. 0013482-56.2010.8.26.0554, 3ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 05.02.13.
- EDecl. 0195925-81.20078.26.0100, 6ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 13.12.12.
- Ap. 9104655-89.2008.8.26.0000, 3ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 06.10.09.
- Ap. 9160070-57.2008.8.26.0000, 8ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 17.06.09.
- AI 0098477-10.2013.8.26.000, 5ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Moreira Viegas, j. 18.09.13.
- AI 0086898-65.2013.8.26.0000, Rel. Des. Donegá Morandini, decisão monocrática, j. 09.05.13.
- Ap. 0028197-10.2009.8.26.0564, 8ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 10.04.13.
- AI 0195836-91.2012.8.26.000, 6ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 07.03.13.
- Ap. 00005127-74.2004.8.26.0099, 4ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 11.11.10.
- AI 0098918-93.2010.8.26.0000, 3ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 13.04.10.
- AI 0054891-25.201.8.26.0000, 4ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Fábio Quadros, j.11.03.10.

- Ap. 9179352-47.2009.8.26.0000, 4ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 21.01.10.
- Ag. Interno 0284428-19.2009.8.26.0000, 4ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Maia da Cunha, j. 13.01.10.
- Ap. 003681-28.2009.8.26.0045, 1ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Christine Santini, j. 30.04.13.
- AI 0304629-61.2011.8.26.0000, 5ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. James Siano, j. 22.02.12.
- AI 9040777-59.2009.8.26.0000, 3ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 04.08.09.
- AI 0130523-96.2006.8.26.0000, 4ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Maia da Cunha, j. 25.08.06.
- Ap. 0048735-22.2011.8.26.0053, 3ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Ronaldo Andrade, v.u., j. 01.10.13.
- RN 0000141-02.2011.8.26.0077, 3ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Ronaldo Andrade, j. 27.08.13.
- Ap. 0001921-43-2012.8.26.0270, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 14.05.13.
- Ap. 0056309-76-2011.8.26.0577, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 30.04.13.
- RN 0007562-56.2012.8.26.0223, 12ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Burza Neto, j. 20.02.13.
- Ap. 0007713-58.2010.8.26.0363, Rel. Des. Marrey Uint, j. 21.08.12.
- Ap. 0008088-82.2011.8.26.0053, 10ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 06.08.12.
- AI 0262439-83.2011.8.26.0000, 20ª Câm. Dir. Priv., v.u., Rel. Des. Luis Carlos de Barros, j. 13.02.12.
- AI 2005411-39.2013.8.26.0000, da 4ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Rui Stoco, j. 05.08.13.
- AI 0242292-02.2012.8.26.0000, 4ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 10.06.13.
- AI 0109428-97.2012.8.26.0000, 3ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 22.01.13.
- AI 0242882-76.2012.8.26.0000, 10ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Urbano Ruiz, j. 17.12.12.
- Ap. 0032360-14.2009.8.26.0053, 4ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 30.07.12.
- AI 990.10.126661-0, 8ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Dimas Mascaretti, j. 15.09.10.
- Ap. 990.10.139740-4, 13ª Câm. Dir. Públ., Rel. Des. Peiretti de Godoy, j. 25.08.10.
- Ap. 990.10.123200-6, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 14.06.10.
- Ap. 990.10.048522-9, Rel. Des. Ciro Campos, Câm. Especial, j. 31.05.10.

- Ap. 994.09.229.391-4, Rel. Des. Maia da Cunha, Câm. Especial, j. 29.03.10.
- Ap. 185.559-0/1-00, Rel. Des. Paulo Alcides, Câm. Especial, j. 30.11.09.
- Ap. 184.182-0/3-00, Rel. Des. Maria Olívia Alves, Câm. Especial, j. 23.11.09.
- Ap. 174.783-0/8-0, Rel. Des. Maria Olívia Alves, Câm. Especial, j. 05.10.09.
- REO 178.752-0/6-00, Rel. Des. Eduardo Gouvea, Câm. Especial, j. 07.07.09.
- AI 173.497-0/5-00, Rel. Des. Viana Santos, Câm. Especial, j. 29.06.09.
- Ap. 170.373-0/8-00, Rel. Des. Eduardo Gouvea, Câm. Especial, j. 15.12.08.
- Ap. 166.996-0/6-00, Rel. Des. Maria Olívia Alves, Câm. Especial, j. 17.11.08.
- Ap. 161.842-0/8-00, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 26.05.08.

c) TSE

- Consulta 1.504, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, publicado em 24.06.2008.
- REsp Eleitoral n. 24564, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em 01.10.2004.

d) STJ

- REsp 1.207.185/MG, 4ª Turma, Rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. 11.10.11.
- REsp 100.294/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 28.06.11.
- SEC 259/HK, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 04.08.10.
- REsp 889.852, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 27.04.2010.
- REsp 1.281.093/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 18.12.12.
- SE 4.525-US, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 25.07.10.
- REsp 264.342, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 15.08.13.
- HC 268.943, Rel. Min. João Otávio de Noronha, decisão monocrática, j. 26.04.13.
- HC 265.771, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão monocrática, j. 07.03.13.
- AResp 256.238, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 17.12.12.
- HC 250.203, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 07.08.12.
- REsp 1.259.460/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 19.06.12.
- REsp 1.059.214/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 16.02.12.
- REsp 1.098.036/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 23.08.11.
- REsp 1.000.356/SP, Rel. Des. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 25.05.10.
- REsp 1.078.285/MS, Rel. Des. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 13.10.09.

- REsp 878.941/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.07.
- REsp 119.346/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 01.04.03.
- AREsp 368.478, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão monocrática, j. 27.08.13.
- REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 18.12.12.
- AREsp 028.836, Rel. Min. Massami Uyeda, decisão monocrática, j. 17.10.11.
- REsp 939.818/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 25.10.10.
- REsp 833.712/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 17.05.07.
- REsp 148.897-MG, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.02.1998.
- REsp 238.715-RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 07.03.2006.
- REsp 1.088.157/PB, da lavra do Min. Massami Uyeda. 3ª Turma, j. 23.06.09.
- REsp 1.172.067/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 18.03.2010.
- REsp 1.199.465/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 14.06.2011.
- MS 7.407, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 1ª Seção, j. 24.04.02.
- AREsp 256.238, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 01.02.13.
- REsp 1.347.228/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 06.11.12.
- HC 250.203/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 07.08.12.
- REsp 1.289.318/RN, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 19.06.12.
- REsp 1.262.996/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, decisão monocrática, j. 12.06.12.
- REsp 1.259.435/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, decisão monocrática, j. 27.09.11.
- REsp 837.324/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 18.10.07.
- AgRg na MC 15.097/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 05.03.09.
- CC 124.355/PE, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 30.08.13.
- AgRg na MC 19.084/PI, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 19.04.12.
- AgRg na MC 18.329/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 20.09.11.
- CC 114.328/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 23.02.11.
- CC 1.111.130/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 08.09.10.
- CC 105.962/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, 2ª Seção, j. 28.04.10.
- CC 108.442/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. 10.03.10.
- REsp 964.836/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 02.04.09.
- REsp 916.350/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 11.03.08.
- REsp 469.914/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 04.02.03.
- REsp 1.368.066, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 20.09.13.
- REsp 1.182.266, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 03.09.13.
- REsp 1.186.086/RO, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 03.02.11.

- REsp 945.283/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 15.09.09.
- REsp 993.458/MA, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 07.10.08.
- AREsp 337.332, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 10.10.13.
- AREsp 237.376, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 27.11.12.
- REsp 1.147.138/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 11.05.10.
- REsp 1.251.000/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 23.08.11.
- AI 1.408.011/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática, j. 04.10.13.
- AREsp 108.414/MS, Rel. Des. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 06.11.13.
- AREsp 370.901, Rel. Min. João Otávio de Noronha, decisão monocrática, j. 01.10.13.
- REsp 1.357.049, Rel. Min. Nancy Andrichi, decisão monocrática, j. 08.02.13.
- MC 019.404/SC, Rel. Des. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão monocrática, j. 12.06.12.
- REsp 1.032.875/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 28.04.09.
- REsp 964.836/BA, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 02.04.09.
- AREsp 359.446, Res. Des. Benedito Gonçalves, decisão monocrática, j. 13.11.13.
- AREsp 423.167/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão monocrática, j. 11.11.13.
- Ag 1.131.002/MS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12.05.09.
- REsp 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 27.03.07.
- AREsp 300.041/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão monocrática, j. 26.08.13.
- AREsp 288.975/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão monocrática, j. 25.04.13.
- AREsp 309.049/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão monocrática, j. 05.09.13.
- REsp 1.183.575, Rel. Min. Humberto Martins, decisão monocrática, j. 02.05.13.
- SLS 001721/SC, Rel. Min. Felix Fischer, decisão monocrática, j. 25.02.13.
- AResp 106.703, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão monocrática, j. 19.03.12.
- REsp 945.244/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, 2ª Tuma, j. 19.06.08.
- REsp 1.012.033/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, decisão monocrática, j. 04.03.08.
- REsp 925.570/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, decisão monocrática, j. 08.05.07.
- Ag 596.433/MG, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 29.09.04.
- REsp. 400.048/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão monocrática, j. 17.06.02.
- REsp 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27.03.07.

- REsp 790.175/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 05.12.06.
- REsp 736.524/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 21.03.06.
- REsp 575.280/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 02.09.04.
- REsp 1.185.474-SC, da lavra do Min. Humberto Martins, julgado em 20.04.10.
- AREsp 381.550, Rel. Min. Sergio Kukina, decisão monocrática, j. 01.10.13.
- REsp 1.388.489, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, decisão monocrática, j. 20.09.13.
- REsp 1.392.486, Rel. Min. Sergio Kukina, decisão monocrática, j. 06.08.13.
- AREsp 343.861, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, decisão monocrática, j. 28.06.13. -
- REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 18.08.09.

e) STF

- AI 719.142/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24.05.12.
- AI 557.284/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.10.05.
- ADIn 3300 MC/DF, Rel. Min. Celso Mello, j. 03.02.2006.
- RE 594.020, Rel. Min. Menezes Direito, decisão monocrática, j. 29.04.09.
- RE 464.143 AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 15.12.2009.
- AI 772.765/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandovski, decisão monocrática, j. 03.08.2010.
- AgRg no RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 03.02.2006.
- ARE 718.806/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 08.11.12.
- ARE 706.632/RN, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 25.10.12.
- AI 782.792, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 19.02.10.
- AI 704.552/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, j. 13.08.10.
- HC 99.369/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, j. 09.06.09.
- AI 506.202/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, j. 24.05.04.
- ARE 771.782/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 14.10.13.
- ARE 749.915/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.05.13.
- ARE 748.209/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 06.05.13.
- ARE 730.958/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 01.02.13.
- ARE 712.662/SP, Rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática, j. 24.05.13.
- AI 683.887/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 13.06.11.
- AI 615.761/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 09.07.10.
- RE 603.575-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 20.04.10.

- RE 293.412/SP, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, j. 15.04.06.
- ARE 639.337, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 23.8.11.
- RE 603.575, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 20.04.10.
- RE 554.075, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 30.06.09.
- AI 592.075, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 19.05.09.
- RE 592.937, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, j. 12.05.09.
- RE 463.210, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 06.12.05.
- AI 746.290/SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 12.04.11.
- AI 564.035/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30.04.07.
- RE 689.984/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 29.10.13.
- RE 604.529/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26.03.13.
- RE 601.640/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 07.05.13.
- AI 763.493/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11.06.12.
- AI 768.581/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, j. 08.06.12.
- RE 639.337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.06.11.
- RE 464.143/SP AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 15.12.09.
- RE 600.419/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.09.09.
- AI 44.208/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. 24.03.09.
- RE 646.079/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, j. 28.11.08.
- AI 725.891/SC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ. 10.10.08.
- RE 384.201/SP AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 03.08.07.
- RE 384.201/SP AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.04.07.
- RE 463.210/SP AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 06.12.05.
- RE 254.414/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 30.9.05.
- AI 545.094/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 27.9.05.
- RE 403.609/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 11.2.05.
- RE 401.880/SP, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, DJ 28.9.04.
- AI 478.367/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 10.8.04.

INGLATERRA

- Finlay v. Finlay, 240 N.Y. 429, 434, 148 N.E. 624, 626 (1925).
- 97 Eng. Rep.'913 (K.B. 1763) (Mansfield, C.J.).

- 98 Eng. Rep. 899 (K.B. 1774) (Mansfield, C.J.).
- *England and Wales High Court (Family Division) Decisions*, Relator Justice Wall, j. 04.02.04 ([2004]EWHC (Fam) 142, [2004]1FLR 1195; [2004]EWHC 142 (Fam)).
- *England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions*, Relatores Lord Justice Thorpe e Mr Justice Wilson, j. 18.03.03 ([2003]EWCA Civ 592, [2003]2FLR 397).
- *House of Lords*, Relator Lord Nicholls of Birkenhead, j. 17.12.01 ([2002] Fam Law 168, [2002]WLR 258, [2002]1FCR150, [2002]1AllER 641, [2002]1FLR 196, [2001]UKHL 70, 11 BHRC 702, [2002]1WLR 258).

PORTUGAL

- Tribunal de Relação de Lisboa, Apelação 1035/06, STBVFX-A.L1-2, Rel. Jorge Leal, j. 14.11.2013.
- Tribunal de Relação de Coimbra, Apelação 975/06.6TMCBR-F.C1, 3ª Seção, Rel. Jacinto Meca, j. 12.09.12.
- Tribunal da Relação do Porto, Apelação 2182/10.4TBVFR.P1, 5ª Seção, Rel. José Eusébio Almeida, j. 12.03.12.

ESPAÑA

- *Tribunal Supremo*, STS 5185/2013, *Ponente* Jose Antonio Seijas Quintana, j. 04.11.13.
- *Audiencia Provincial*, Seção 6, Oviedo, SAP O 2848/2013, *Ponente* Maria Elena Rodrigues-Vigil Rubio, j. 04.11.13.
- *Audiencia Provincial*, Seção 4, Oviedo, SAP O 2720/2013, *Ponente* Francisco Tuero Aller, j. 25.10.13.

ARGENTINA

- *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Provincia de Corrientes*, Ap. 49840/10, Rel. María Herminia Puig, j. 19.06.12.
- *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes*, sala II, Ap., Rel. María J. Nicolini de Franco, j. 14.06.06.

- *Suprema Corte de Justicia* de Buenos Aires, Recurso Extraordinario, Causa C 75973, Rel. Negri, j. 30.08.00.

SITES CONSULTADOS

www.fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/a-fundacao/historia. Acesso em 10.07.13.

https://mainelaw.maine.edu/academics/maine-law-review/pdf/vol41_2/vol41_me_1_rev_361.pdf. Acesso em 21.09.13.

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2206&context=californialawreview>. Acesso em 21.09.13.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&caixaBusca=N>. Acesso em 27.09.2013.

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648240&filenome=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2747/2008. Acesso em 30.09.13.

www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2004/142.html. Acesso: 30.11.13.

www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2003/592.html. Acesso: 30.11.13.

www.bailii.org/uk/cases/UKLH/001/70.html. Acesso: 30.11.13.

www.dsgi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2aaaaa5d883ecOcf222580257c2f004c62ec%FOpenDocument+&cd=38hl=pt-BR&ct=clnk&gl=pt. Acesso em 25.11.13.

www.trc.pt/direito-civil/8130-ap975066tmcbr-fc1-html. Acesso em 25.11.13.

www.trp.pt/jurispity.html. Acesso em 25.11.13.

www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial. Acesso em 15.11.13.

www.juscorrientes.gov.ar/consInfojuris/consultas/listadoIntegral.php#. Acesso em 17.11.13.