

EM BUSCA DA FAMÍLIA DO NOVO MILÊNIO

Rosana Fachin, Juiz do TAPR e doutoranda em Direito da UFPR.

Introdução

A família e o Direito de família estão na pauta das discussões contemporâneas. Mudanças, transformações e desafios: temas importantes para a sociedade e para todos os aplicadores do Direito.

De um lado, os avanços da Constituição brasileira; de outro, a força avassaladora dos fatos, na engenharia genética e na bioética; de uma parte, grandes progressos; de outra, incertezas. Num lado da margem, o século XXI que bate as portas com instigantes problemas; noutro, o novo Código Civil, recém aprovado, mas com ares de ancianidade.

Enfim, cabe a pergunta: para onde vai o Direito de família no Brasil?

Sabemos que a superação do modelo colonial de família -herança histórica que nos foi legada pelo Código Civil de 1916-, sofre transformações operadas pela Constituição de 1988, "locus" da constitucionalização do Direito de Família.

Hoje, se evidencia no mundo jurídico a diversidade de composições familiares, reconhecendo nessas uniões um modelo plural de família a ser protegido pelo Direito, como também, o presente eleva o direito de viver juntos à condição de direitos fundamentais, orientados pelo princípio da

dignidade humana.

Agora, já no limiar desse novo século, passamos a vivenciar mais uma experiência, com a aprovação pela Câmara dos Deputados do Novo Código Civil. Um Código que já nasce velho, pois inspirado sob a égide da Constituição anterior (Emenda 69), e alheio às transformações atuais, como, por exemplo, as famílias monoparentais.

É certo que o novo Código compreende as filiações extramatrimoniais e adota o princípio da igualdade, entre outros aspectos. Todavia, a realidade é mais desafiante. Face à nova codificação, ou independente dela, há um horizonte repleto de questionamentos.

O porvir reclama um repensar acerca da pessoa, de seu bem-estar, que permita reconhecer o refúgio do afeto, a vida sob a comunhão da afetividade e não apenas de laços formais.

As palavras que delineiam esta breve reflexão, tentam dar algumas indicações para examinar esse momento em que vivemos.

O debate revela um Direito em constante movimento, cujas relações intersubjetivas denotam que a lei pura e simples não socorre a todas as perguntas e questionamentos que surgem.

Sem embargo de partir dessas mesmas premissas, se procura refletir sobre tais circunstâncias a partir da *práxis*, a alavanca de reflexão.

Esse caminho pode passar pelo valor jurídico dos acordos homologados em matéria de família, bem como das sentenças que homologam ou decretam separações, fixam alimentos ou que estabelecem a guarda e regulamentam as visitas.

Nessa via, buscam-se os problemas que se revelam na prática, no âmbito da eficácia ou até mesmo da ineficácia de tais ajustes ou decisões, à luz do Direito Civil "constitucionalizado".¹

Aliás, a jurisprudência tem dado imensa colaboração empregando aos julgados os princípios constitucionais como fonte de interpretação. À guisa de exemplo no âmbito do direito civil temos a prisão por dívida, nos casos de ação de busca e apreensão convertida em depósito, na qual há a primazia do princípio da dignidade humana face ao patrimônio. No âmbito da família há o recente julgado no Rio Grande do Sul, reconhecendo a união homossexual como entidade familiar, são fatos que estão a demonstrar um Poder Judiciário sensível e atilado com o seu tempo.

Na evolução dos direitos garantidos aos filhos pode oscilar² a

¹ Integra a doutrina o reconhecimento do Direito Civil "constitucionalizado": "O Direito Constitucional penetra, hoje, em todas as disciplinas e, via de consequência, também, no Direito Civil. Além da liberdade, constitucionalmente assegurada, e suas repercussões no direito à intimidade, trata a questão da igualdade no Direito Civil, dividindo-a em momentos básicos: igualdade como não discriminação no exercício, ou do gozo dos direitos civis; igualdade em matéria sucessória.

"Essa perspectiva, em conjunto com as demais, permite vislumbrar a importância da noção de igualdade, que, como princípio vinculante, infiltra-se na seara do Direito Civil, e acaba informando condutas legislativas diferenciadas." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**, 2000, p. 301).

² Não apenas no Brasil tais variações são sentidas, conforme infere: "CASACIÓN, 5 DE OCTUBRE DE 1908. REV., T. 6, SEC. 1ª, PÁG. 67. DOCTRINA. *El estado civil de hijo natural adquirido bajo el imperio de una ley y en conformidad a ella, continúa subsistiendo bajo el imperio de otra que exige condiciones diferentes para su adquisición.*

"COMENTARIO. *La norma del art. 3º de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las leyes, asimila la adquisición del estado civil a la que opera, en lo patrimonial, tocante a los derechos adquiridos. Es inalterable por la ley posterior en cuanto a su existencia misma.*

"En el mismo sentido: CASACIÓN, 8 DE MAYO DE 1908. REV., T.5, SEC. 1ª, PÁG. 368. CORTE DE TEMUCO, 30 DE JULIO DE 1937. REV., T.37, SEC.2ª, PÁG. 17.

"DOCTRINA. *El art. 32 de la Ley Nº 4.808, del año 1930, concedió a los hijos ilegítimos un nuevo derecho, como fue el de invocar como prueba de la paternidad para demandar alimentos el reconocimiento hecho por el padre en la inscripción de nacimiento.*

"Com arreglo al art. 3º inc. 1º de la Ley de 7 de octubre de 1861, debiendo

jurisprudência, mas este rumo aponta para a igualdade que, estando na Constituição, não pode ser afrontada.

A partir daí almeja-se ir além da questão que diz respeito meramente à formalidade processual, para encontrar nos destinatários desses comandos, elementos para reavaliar essa complexidade.

Cabe então verificar o sentido e o alcance que os litígios de família têm ou podem ter nessa perspectiva. Não se trata apenas da compreensão meramente técnica, mas sim da dimensão plural, aberta a outros campos do saber.

Em matéria de família, o julgador tem papel de relevo indiscutível. Por ações ou omissões, os pronunciamentos do Judiciário acabam edificando, a seu modo, um conceito de família.³

subordinarse a la ley posterior los derechos y obligaciones anexos a un estado civil, dicho art. 32 de la Ley Nº 4.808 es aplicable a los hijos simplemente ilegítimos nacidos antes de entrar en vigencia este nuevo precepto.

"COMENTARIO. El estado civil se originó con anterioridad a la nueva ley, pero el derecho concedido por la ley posterior es un efecto atribuido al mismo y en cuanto tal se puede hacer valer después del cambio legislativo por el hijo ilegítimo." (RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio. **El derecho civil y la constitución ante la jurisprudencia**, 1996, p. 99.)

³ A intervenção ou não do Estado no estabelecimento de vínculos parentais familiares suscita debate e dúvida. Afinal, a paternidade é um direito ou reconhecê-la se tornou compulsório? Essa pergunta anima a doutrina nesse debate: *"The process of establishing paternity outside marriage is still largely a voluntary one in the sense that neither the mother nor the father is under any automatic legal obligation to disclose or register paternity. Also, there is no public agency in England charged with the responsibility establishing the parentage of all children. Yet it is possible to identify certain features the existing legal process which, while falling short of compulsion, do exert pressure on individuals to co-operate. The power of the court to draw adverse inferences in the course of legal proceedings for non-compliance with a blood test direction is one such feature."* (BAINHAM, Andrew. **Children – the modern law**, 1998, p. 157). Tradução livre da autora: O processo de estabelecimento de paternidade fora do casamento ainda é largamente voluntário no sentido que nem a mãe nem o pai estão sob qualquer obrigação legal automática de divulgar ou registrar a paternidade. Também, não há qualquer agência pública na Inglaterra que tenha a responsabilidade de estabelecer a paternidade de todas as crianças. Ainda, é possível identificar certas características do processo legal existente que, enquanto escasso de compulsão, exerce pressão sobre os indivíduos para cooperarem. O poder do tribunal atrai inferências adversas dos procedimentos legais, o não consentimento para o teste de sangue é uma dessas características.

O componente emocional⁴ integra uma perspectiva ineliminável do conflito jurídico nas famílias. Essa subjetividade não pode ser dissociada do fenômeno uma vez que compõe as crises familiares.

Por isso, da análise de cada caso emergente no Judiciário fica claro que para cada pretensão há sempre uma singularidade a ser decidida pelo Juiz. Isto se explica pela diversidade de particularidades e também pelo aspecto emocional que cada um desses processos carrega.

Resta saber se o Judiciário, da forma como está aparelhado, dará conta de tantas demandas e perspectivas.

Na família⁵ contemporânea, a igualdade entre os cônjuges e a proibição de designação discriminatória dos filhos, a paternidade sócio-afetiva, alcançam o interior das relações familiares, assumindo pais e filhos novos papéis, segundo observa Ricardo LIRA: "[...] não há poder dos pais sobre os filhos. Há deveres e há faculdades que são

⁴ A avaliação do componente emocional não é singela: "Essa avaliação e o sistema de guarda única lidam com a presunção implícita de que há um fim no conflito quando o litígio termina, porque os litigantes não continuarão um relacionamento no futuro. Os profissionais envolvidos procedem como se não continuasse a haver uma complexa interação entre as partes por muito tempo após o julgamento. Quando o juiz decide que a guarda irá para o pai, contra a vontade da mãe, ele não tem meios de acessar o ressentimento da mãe a respeito da decisão judicial ou a influência desse ressentimento na relação futura com seu filho e com seu ex-marido. Temos de considerar que, se o relacionamento mãe-filho muda, isso repercutirá sobre o relacionamento pai-filho, bem como sobre o relacionamento entre os irmãos. Em realidade, o julgamento por si só traz o risco de colocar novos, inesperados, e insolúveis conflitos. Muitas vezes essa forma serve ao desejo do progenitor 'vencedor' de remover o progenitor 'perdedor' da vida da criança. Paradoxalmente, os profissionais vêem tal curso como prova da decisão correta tomada. Se o progenitor sem a guarda luta para manter o relacionamento com seus filhos e para controlar os sentimentos de ressentimento causados pela decisão, esse curso também é visto como prova de que a decisão foi correta.

"Apesar disso, é possível que, para alguns casais, esse sistema seja a única forma de manejar suas disputas. É o caso de comportamento severamente patológico, e emocionalmente abusivo."(GEHLEN, Marília Kraemer. **Estado atual da guarda no Brasil**, 1999, p. 110-111).

⁵ Segundo a doutrina abalizada: "Essa é a família contemporânea, à luz do nosso ordenamento, assentado em princípios democráticos, de aperfeiçoamento e dignificação da pessoa humana". (LIRA, Ricardo César Pereira. **Breve estudo sobre as entidades**

instrumentos desses deveres".⁶

Para levar adiante essa reflexão, vamos nos remeter à questão atinente a paternidade dos laudos, em primeiro lugar, e a referente à guarda e à visita, de modo subsequente.

2.1 A PATERNIDADE DOS LAUDOS

Inicialmente ressalto a importância da engenharia genética no auxílio das investigações de paternidade por meio do exame do DNA.

Sem embargo dessa importante contribuição é preciso equilibrar a verdade sócio-afetiva com a verdade de sangue, pois o filho é mais que um descendente genético, devendo revelar uma relação construída no afeto cotidiano.

Em determinados casos a verdade biológica deve dar lugar à verdade do coração; na construção de uma nova família, deve-se procurar equilibrar essas duas vertentes, a relação biológica e a relação sócio-afetiva.

2.2 O DIREITO À CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS

Os novos tempos redesenham diferentes papéis no âmbito da família, gerando conseqüências sobre figuras jurídicas tradicionais, como por exemplo, a guarda, instituto que se abre para acolher novas

familiars, 1999, p. 81 ; 85.)

⁶ *Ibidem*, p. 85.

percepções, dentre elas a guarda compartilhada.⁷

A guarda dos filhos, via de regra, é estabelecida na dissolução da sociedade conjugal, seja por acordo ou por sentença.

Segundo afirmaram os professores José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ,⁸ "quanto à atribuição da guarda dos filhos, a lei estabeleceu uma série de diretivas ao magistrado. Esses critérios não são, porém, absolutos [...]".

Regulada pela Lei n.º 6.515 de 26 de dezembro de 1977, em seus artigos 9º e seguintes, a guarda, expressão que não significa apenas guardar, importa precisamente em assumir responsabilidade, no interesse da criança.

Consoante adverte Edgar de Moura BITTENCOURT,⁹ "a guarda de menores é direito condicionado ao interesse de menores. Interesses de ordem sentimental, moral e material [...]".

Atender aos interesses do filho menor é, portanto, o núcleo da questão, de onde Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco MUNIZ¹⁰ afirmaram: "tal interesse e não a autoridade paterna é o eixo do problema. Por isso mesmo, é o interesse do filho que informa a noção de 'motivos graves' que, segundo o artigo 13, autorizam o juiz à 'regular

⁷ "A guarda compartilhada, de possível aplicação em nosso direito, deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que a criança tem uma residência principal (na casa do pai ou na casa da mãe) – única e não alternada -, próxima ao seu colégio, aos vizinhos, amigos, clube, pracinha, que define ambos os genitores, do ponto de vista legal, como os detentores do mesmo *dever* de guardar seus filhos. Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e é também bem sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre partes, desde que essas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade." (GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**, 1999, p. 443.)

⁸ OLIVEIRA ; MUNIZ. **Direito de família**, 1990, p. 477.

⁹ **Guarda de filhos**, 1981, p. 13.

¹⁰ OLIVEIRA ; MUNIZ, *op. cit.*, p. 478.

de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores à situação deles com os pais".

Em fase anterior, o Código Civil,¹¹ definiu a guarda, dispondo que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, tê-los em sua guarda e companhia. Tal preceito, bem como os contidos sobre a guarda na Lei n.º 6.515/77, devem hoje ser lidos à luz do texto constitucional.¹²

A máxima "no interesse da criança",¹³ preconizada pelo Estatuto

¹¹ A exegese dogmática da matéria tem síntese conhecida no que concerne à guarda: "O art. 326 do Código Civil traçava a seguinte rota: os filhos menores seriam entregues ao cônjuge inocente, e, se ambos fossem culpados, as filhas e os filhos varões ficariam sob a guarda da mãe, sendo que os últimos até que atingissem sete anos. A Lei n. 4.121/62 alterou a segunda regra, dispondo que os filhos menores seriam entregues à mãe, se ambos fossem culpados, facultando outra decisão ao juiz, se concluísse que haveria prejuízos morais para os menores. E, ampliando o que estava no Decreto-lei n. 9.701/46, autorizou o juiz, caso os pais não reunissem condições de ter a guarda dos filhos menores, deferi-la à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer um dos cônjuges, mesmo que não mantivessem relações sociais com o outro, assegurando-se o direito de visita. A Lei n. 6.515/77 traçou o caminho que deverá ser atendido, tendo em vista sempre o **bem do menor**. Se a separação é consensual, o juiz homologará o que os cônjuges houverem decidido, se conveniente aos interesses do menor e dos maiores inválidos. Se não estiverem preservados, poderá negar a separação (art. 34, § 2º).

"Se o litígio se instala, observa-se o seguinte: a) se a causa é a conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, a guarda é entregue ao inocente (art. 5º, *caput*). Se ambos forem culpados, os filhos ficam com a mãe, salvo se o juiz verificar que a solução trará prejuízos de ordem moral a prole. Se resta provado que os pais não reúnem condições para o encargo, ele será deferido à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos consortes; b) se o motivo é a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos (art. 5º, § 1º), a prole fica com aquele que a tinha em sua companhia. A solução se coaduna com a regra que assegura o pátrio poder aos pais, e que, com a igualdade jurídica, é exercido em pé de igualdade; c) se a separação vem apoiada em doença mental (art. 5º, § 2º), os filhos são entregues ao cônjuge que reunir melhores condições para assumir o encargo." (VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de direito civil**, 1993, v. 2, p. 130).

¹² Os fenômenos recentes da "constitucionalização" e da "publicização" do Direito Civil provocam relevantes transformações, nem todas assimiláveis a um mesmo sentido de aferição teórica: "[...] a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**, jan./mar. 1999, p. 101).

¹³ "Esta condição especial deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de

da Criança e do Adolescente¹⁴ relativamente à guarda, é princípio informador para que o juiz¹⁵ confira a guarda àquele dos pais que efetivamente tenha melhores condições de realizar, dentro de padrões mínimos, esses interesses.

Daí decorre a possibilidade de, se ausentes as qualificações dos pais, de outras pessoas, os avós, por exemplo, virem a exercer este mister caso neles estejam presentes as condições necessárias. A deficiência apresentada pelos pais poderá ensejar que o Estado-Juiz intervenha em favor do melhor interesse da criança.

Sob a ótica da família, a guarda é parcela do "pátrio-poder", conforme disposto no artigo 21 do referido Estatuto, atribuindo aos pais o direito de ter os filhos em sua companhia, enquanto menores, sendo simultaneamente um dever na medida em que os genitores não podem abandonar seus filhos, devendo protegê-los, tanto física como moralmente.

Nesse passo, em relação à Constituição de 1988, assinala Luiz Edson FACHIN:

dignidade." (PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança**, 2000, p. 222).

¹⁴ Ver o artigo 22 da Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990.

¹⁵ Nesse sentido colhe-se da doutrina: "A possibilidade da guarda ser exercida por outras pessoas que não os pais revela uma profunda alteração no instituto do pátrio poder. Deixa este de ser discricionário, arbitrário e onipotente (como os romanos o concebiam) e transforma-se num poder-dever, um direito-função que desaparece quando os pais não o exercem como um fator de proteção. [...].

"O papel do Juiz, diante das novas tendências ficou sobremaneira valorizado. É ele que, cercado de prudente arbítrio e máxima sensibilidade, respeitados os interesses e os sentimentos do menor, decidirá o futuro do mesmo, suas chances de uma vida normal e sadia, longe dos conflitos familiares, quase sempre insolúveis." (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**, 1994, p. 135.)

“ ... do desenho patriarcal da família, retira legitimidade não apenas da expressão 'pátrio-poder', mas, de certo modo, também de 'pátrio-dever', embora esta, bem mais adequada que aquela. Ambas, porém, remetem para uma função que não toca mais apenas ao pai e se encontra diluída aos pais, incluindo necessariamente a mãe. Falar-se-ia um pouco melhor, em poderes e deveres parentais, expressão neutra, não discriminatória.¹⁶

Na expressão pretérita de Orlando GOMES, a guarda se manifesta a partir da atividade dos pais: "dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior deles";¹⁷ a referência comporta não só a guarda material, mas também a jurídica.

Por essa razão, aquele que não detém a guarda poderá visitar os filhos, como enseja o artigo 15 da Lei n.º 6.515/77. Esse direito-dever de visitação, conseqüência natural do vínculo paterno-filial, corresponde à ocasião em que os filhos poderão desfrutar da companhia daquele dos pais que não detém a guarda. Simultaneamente, propiciará ao visitante fiscalizar as deliberações daquele que está gerindo a guarda.

A defesa do melhor interesse da criança, no entanto, pode, por vezes, ser equivocadamente confundida com preconceituoso juízo¹⁸

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**, 1999, p. 245-246.

¹⁷ **Direito de família**, 1998, p. 129.

¹⁸ Eis exemplo significativo dessa realidade: "DADO A COMPROVAÇÃO DA CONDUTA IRREGULAR DA MÃE, COM QUEM EM PRINCÍPIO SERIA ACONSELHÁVEL A GUARDA E CUSTÓDIA DOS **FILHOS** NO INTERESSE DOS MENORES, E DADO A CIRCUNSTÂNCIA DE QUE COM ELA PODERIA ADVIR AOS **FILHOS** PREJUÍZO DE ORDEM MORAL E FÍSICA, NO CONFRONTO DE INTERESSE E DO COMPORTAMENTO DOS CÔNJUGES, MELHOR FICARÃO ELES COM O PAI COMO DECIDIDO." (Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – SEPARAÇÃO JUDICIAL – GUARDA DOS FILHOS – ADULTÉRIO. **Tribunal de Justiça do Paraná**, Acórdão: 4842, Apelação Cível. Relator: Des. Adolpho PEREIRA, Curitiba – 3ª Vara de Família, Terceira Câmara Cível, Public. 17/09/1987.)

sobre a conduta da mulher que, pelos papéis tradicionais, via de regra, detém a guarda dos filhos menores.

Tais universos de considerações não se mesclam, embora eventuais conflitos sejam inevitáveis.¹⁹

Uma vez que se trata de realidade dinâmica, seja ela provisória ou definitiva, a guarda poderá ser modificada²⁰. Nesse campo nada há de absoluto.

A mesma solução se apresenta para os casos de modificação ou de regulamentação de visitas.

A sanção para aquele que deixa de observar os critérios de fiel responsável, é a perda, por meio da revogação judicial, da guarda ou até mesmo, eventualmente, do direito de visita.

Nestes casos, a decisão é precedida de um amplo contraditório²¹ relativo ao direito em jogo, em que se verifica a existência de motivos graves, ofensivos aos direitos da criança.

Correlato ao tema, há previsão no Código de Processo Civil, artigos 839 e seguintes, segundo o qual, "o juiz pode decretar a busca e

¹⁹ A jurisprudência, no tocante à guarda, tem se mostrado sensível à força criadora dos fatos: "EMBARGOS INFRINGENTES – GUARDA DE MENOR À AVÓ – CONSENTIMENTO DOS PAIS QUE TRABALHAM EM PERÍODO INTEGRAL EM OUTRO MUNICÍPIO – ACOLHIMENTO. É de ser concedida a guarda e responsabilidade da menor à avó para regularizar a posse de fato já exercida por ela." (Emb. Infring. n. 26029-5/01 – Curitiba. Embarg. Iracema Alberton e outro. Embgo. Ministério Público. Rel. Des. J. Vidal Coelho. Ac. n. 2629 – I Grupo de CCiv.).

²⁰ A propósito: dispõe o artigo 13 da Lei n.º 6.515/77 que "havendo motivos graves poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação com os pais."

²¹ Recolhe-se aqui o exemplo: "A decisão de guarda exige do Juiz critérios de bom senso, sensibilidade, discernimento no conjunto de provas e trabalho apresentado por equipe técnica, não se colocando na balança a quantidade de amor deste ou daquele genitor mas exclusivamente o interesse do menor.

"Apesar da ajuda indispensável do corpo técnico, o Juiz não poderá ficar adstrito aos laudos, pois às vezes uma pequena orientação ou mudança no procedimento adotado pelos profissionais traz resultados positivos." (CAMARGO, Joecy Machado de. **Guarda e responsabilidade**, 1999, p. 275).

apreensão de pessoas ou de coisas".

Esta medida judicial serve para reaver a criança daquele que injustamente a detém, ou para as hipóteses em que corra algum risco quanto à sua integridade física ou moral.

Embora ideologicamente deva atender aos direitos da criança é, muitas vezes, fonte de traumas e de soluções inadequadas.

A busca e apreensão se executa pela tomada e entrega da criança a quem for determinada, essa é a norma abstrata a ser concretizada como medida satisfativa dos interesses, paradoxalmente, não necessariamente da criança, mas os do requerente.

Daí as dificuldades enfrentadas diariamente na busca de uma solução destas questões e que encontram respostas nem sempre adequadas, no andamento forense.

Embora o princípio do "melhor interesse" deva ser a tônica das decisões, na prática, assevera Tânia da Silva PEREIRA: "desafia-nos a identificação no Direito brasileiro, deste princípio por meio das regras de interpretação e das normas de Direito positivo."²²

Em verdade, a solução fica adstrita ao juiz, a quem cabe a interpretação da regra por meio dos princípios constitucionais, adicionando perspicácia e sensibilidade na busca da realização do efetivo interesse da criança.

No texto codificado, a guarda era exercida e se constituía como um dos direitos inerentes ao "pátrio-poder". Porém, a moderna concepção

²² PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança**, 2000, p. 222.

tem atribuído aos pais um complexo de direitos e deveres²³ que devem ser exercidos em relação aos filhos e no interesse desses.

Esse poder-dever a ser exercido pelos pais em proveito dos filhos, constitui uma nova concepção de guarda²⁴. Nessa tarefa, há que se levar em consideração a mudança qualitativa esculpida nos valores constitucionais que tutelam a família e a criança, agora tratada como sujeito de direitos e não apenas repositório das desavenças dos pais.

Dentro dessa nova concepção²⁵ de família, a criança tem merecido a atenção não só da doutrina, mas também do Poder Judiciário, dando relevo a questões referentes ao seu interesse e ao seu bem estar.

Para concluir, esperamos ter trazido, nessa singela contribuição, idéias sobre a evolução do Direito de Família, no começo deste novo

²³ A respeito: "A principal diferença entre o direito subjetivo e o poder-dever é que enquanto o direito subjetivo destina-se a realização de um interesse do próprio titular, o poder-dever é sempre exercido no interesse alheio.

"Portanto, a guarda – como de resto todos os elementos integrantes do conteúdo do pátrio-poder – constitui um dever dos pais e não um direito destes em relação aos seus filhos. Consiste em ter consigo o menor, reger-lhe a conduta, protegê-lo, obrigando o seu titular ao dever de prestar assistência material, moral e educacional (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33). E dado que voltada unicamente para o interesse do menor, sujeita-se a guarda às restrições que não recomendam seu deferimento a pessoas inidôneas, imaturas, ou portadoras de qualquer deficiência de natureza psíquica ou comportamental." (BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda e direito de visita**, 2000, p. 39.)

²⁴ Ensina Eduardo de Oliveira LEITE que o "direito de guarda, exercido pelos pais em relação aos filhos, é antes um dever de assistência material e moral do que uma prerrogativa. Acarreta obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos. Embora o Código Civil tenha privilegiado a noção de direito, o novo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069 de 13.07.1990) imprimiu nova característica ao instituto favorecendo a idéia de dever, em favor dos menores." (**Temas de direito de família**, 1994, p. 133).

²⁵ No conhecimento do tema, cuja importância merece destaque, a doutrina revela: "O mundo jurídico assiste, neste século, fundamental mudança de paradigmas no que concerne à proteção da infante-adolescência. Destinatária de inúmeros documentos internacionais de proteção de Direitos Humanos, a população infante-juvenil passa a representar destacada preocupação das autoridades públicas dos diversos países, que vêm nela a continuação de seus projetos como Nação." (PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**, 1997, p. 639.)

século, com os paradoxos e desafios que se apresentam.

Em suma, eis aqui o debate que revela a riqueza de um Direito sempre em constante movimento, valorizando o papel construtivo da jurisprudência, na qual as relações intersubjetivas denotam que na aplicação da lei as perguntas e questionamentos que surgem demandam sensibilidade na solução do caso concreto.