
CONVIVÊNCIA FAMILIAR E AFETO COMO PRESSUPOSTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO INDIVÍDUO

Adrielli Mozara Prunzel¹
Melissa Barbieri de Oliveira²

Área de Conhecimento: Direito

Eixo Temático: Direito Civil, Processo Civil e Tutela dos interesses coletivos, difusos e transindividuais.

RESUMO

A sociedade a qual o direito busca de certa forma regulamentar, tem trazido novas situações para a apreciação dos julgadores. Mesmo nas situações mais corriqueiras, os novos arranjos familiares e os valores recentemente incorporados no âmbito dos direitos das famílias, um novo olhar é requisitado, aquele que carrega consigo o valor do afeto, que se destaca nas relações de convivência familiar, mesmo quando os vínculos biológicos não existam. Desta percepção surgiu o interesse pela pesquisa que ora se apresenta, a qual utilizando a metodologia bibliográfica pelo método dedutivo reflete acerca das novas configurações familiares e seus reflexos no desenvolvimento do indivíduo.

Palavras-Chave: Afeto. Convivência familiar. Desenvolvimento

INTRODUÇÃO

A família é entidade anterior ao Estado, à religião, bem como ao Direito que a regulamenta. Com o passar das décadas, a sociedade evoluiu, de modo que as pessoas passaram a cada vez mais buscar suas realizações pessoais como objetivo basilar, principalmente no seio da família.

Nesse sentido, Paulo Lôbo destaca que:

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as

¹ Acadêmica do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. adri_prunzel@hotmail.com

² Mestre em Ciências Jurídico-civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professora do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Unioeste – *campus* Francisco Beltrão, PR, no Curso de Direito. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ). Membro do GEDUS - Grupo de Pesquisa Educação e Sociedade, coordenadora da linha Direito e Sexualidade.



codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos. (LÔBO, 2011, p.27) [grifo nosso]

Assim, a unidade familiar atual não tem mais como escopo principal o casamento, e para tanto, o direito deveria se adaptar a essas novas formas de famílias. Atualmente a Constituição Federal em seu artigo 226, considera três formas de família quais sejam o casamento civil, a união estável e a família monoparental.

Entretanto, a doutrina vem se adaptando a realidade social e elenca ainda, outras formas de família.

A família matrimonial é aquela decorrente do casamento e a informal é a decorrente da união estável, seja ela de fato ou por meio de contrato.

Ademais, Maria Berenice Dias dispõe que a família homoafetiva é decorrente da união entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não previstas expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica. A carência de regulamentação estabelece que as uniões homoafetivas sejam identificadas como institutos familiares no âmbito do Direito de Família. (DIAS, 2009, p.47-48). Tal modalidade já foi reconhecida nos Tribunais Superiores, inclusive no tocante ao casamento.

Há ainda, as famílias monoparentais, pluriparentais e anaparentais, a primeira está disposta no artigo 226, § 4º da Constituição Federal, sendo aquela formada por qualquer dos genitores e seus descendentes. A família pluriparental ou também denominadas mosaico, resultantes da pluralidade das relações parentais fomentadas pelo divórcio, separação e recasamento. Por fim, anaparental é a família que se institui pela convivência entre parentes ou não, dentro de uma estruturação com identidade de propósito. (DIAS, 2009, p. 48-50)

Por fim, a família eudemonista é aquela que se forma através de vínculos de afeto. *“A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade*



ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida” (DIAS, 2009, p.54).

Destarte, sendo o afeto o escopo principal das relações familiares atuais e considerando a inércia legislativa frente a essas mudanças, é preciso considerar os princípios constitucionais do direito de família como fontes principais destas relações.

1 PRINCÍPIO DO SUPERIOR/MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor (superior) interesse da criança tem relação com o princípio da prioridade absoluta, o qual faz parte do sistema de garantias.

Além disso, o melhor interesse da criança deve clarear a investigação das paternidades e filiações socioafetivas, vez que a criança é o protagonista principal. Diferente de um passado recente, em que havendo conflito, a aplicação do direito era movida sempre no interesse dos genitores, sendo a criança e/ou adolescente mero objeto da decisão. (LOBO, 2011, p.75-76)

De acordo com Andréa Rodrigues Amin:

O princípio da prioridade absoluta estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte.

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos necessários, obrigatoriamente terá que optar pela primeira. (AMIN. In: MACIEL, 2010, p.20).

Em complemento sistemático, tem-se o princípio do melhor interesse da criança, disposto na Constituição Federal, no artigo 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança,



www.unioeste.br/eventos/conape

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.

Trata-se de princípio que orienta todas as exigências naturais da infância e da juventude e, portanto, deve ser materializado.

Em suma, tal princípio assegura que como pessoa humana em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente estão em condição peculiar e, portanto, merecem tratamento diferenciado e cabe à família, à sociedade e ao Estado assegurar estes direitos.

2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A família contemporânea vem abandonando aquele conceito de ser apenas um núcleo familiar de reprodução, formado pelo casamento ou união estável. Assim, a afetividade torna-se prioridade em diversas relações, pois a relação que deve existir entre pais e filhos vai além da relação entre cônjuges ou companheiros e além do vínculo biológico ou patrimonial entre eles e os filhos. Nessa esteira, a jurisprudência vem acolhendo o princípio da afetividade, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico, senão, veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INJETIVATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. COMPROVAÇÃO DA VERDADE REGISTRAL E SOCIOAFETIVA QUE PREVALECE SOBRE A BIOLÓGICA. COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA POR EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DO PAI REGISTRAL QUE FICOU EVIDENCIADA, A PONTO DE AFASTAR A VERDADE BIOLÓGICA. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do código civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho. Ainda que exista a filiação biológica, confirmada no feito, estando demonstrada nos autos a filiação



socioafetiva que se estabeleceu entre a autora e o pai registral, a paternidade socioafetiva impera sobre a verdade biológica. (Apelação Cível AC 70044880854 Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 11/04/2012) [grifo nosso].

É importante destacar ainda que tal princípio não possui redação expressa pela Constituição, mas tem seu fundamento a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da dignidade humana. Destacando essa importância, Flávio Tartuce assegura que mesmo não constando a expressão afeto no Texto Maior como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana. (TARTUCE, 2006, p.09)

Deste modo, deve-se partir do pressuposto que se o vínculo foi formado a partir dos pressupostos para a constituição da paternidade-filiação, a saber, ainda que posteriormente o afeto não exista mais entre o pai e o filho socioafetivos, deve-se entender pela impossibilidade da desconstituição do vínculo devido à própria ideia da indisponibilidade do estado de filiação. (GAMA, 2008, p.84)

Consoante entende Maria Berenice Dias, o novo olhar sobre a sexualidade resultou em valorização dos vínculos conjugais, sustentando-se primordialmente no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias acolheu uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. Por isso, tem-se que o princípio da afetividade é o norteador do direito das famílias. (DIAS, 2009, p.71).

3 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PLANEJAMENTO FAMILIAR

Por fim, o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar está consolidado no artigo 226 §7º da Carta Constitucional, assegurando que com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar meios educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Paulo Lobo dispõe que o princípio da paternidade responsável compreende



igualmente a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. Assim, o poder familiar do pai separado não se extingue com a separação, exceto no tocante a guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia, que não se resumem somente na pensão alimentícia. (LÔBO, 2011, p.312)

Deste modo, a Paternidade Responsável deve ser desempenhada desde o momento em que o filho é gerado, de modo que o pai, seja ele afetivo ou biológico, assumam com as obrigações e direitos daí decorrentes. Se um filho veio ao mundo, seja de forma planejada ou não, os pais devem arcar com essa responsabilidade.

Destarte, tal princípio possui íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o planejamento familiar, o qual deve ser exercido também de modo responsável.

Feitas estas considerações, passar-se-á a abordar o poder familiar, que é uma decorrência natural das relações de filiação, sendo uma prerrogativa dos pais e mães em relação aos filhos. O poder familiar também sofreu alterações em virtude do reconhecimento do afeto, conforme será demonstrado.

4 PODER FAMILIAR: EVOLUÇÃO E CARACTERÍSTICAS

Há ainda entre os juristas e historiadores controvérsias acerca do estabelecimento das origens do pátrio poder³ no direito brasileiro. Entretanto, maioria significativa entende que suas raízes decorrem da Roma Antiga, já que o sistema jurídico pátrio tem sua procedência do sistema jurídico romano.

Silvio Rodrigues assegura que nos primórdios do direito romano o pátrio poder é representado por uma série de prerrogativas atribuídas ao *pater*, na condição de chefe da organização familiar, e sobre seus filhos. É um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo objetivo basilar é fortificar a autoridade

³ Nessa perspectiva histórica, a nomenclatura *pátrio poder* será mantida, vez que corresponde àquela que vigorava ante a edição do novo Código Civil em 2002.



paterna, a fim de solidificar a família romana, na qual a sociedade encontra seu principal fundamento. (RODRIGUES, 2008, p.353)

Nesse diapasão, Fustel de Coulanges descreve o *pater* como autoridade máxima, o homem forte que protegia os seus, além de ser o sacerdote do lar, aquele que sabia os ritos dos cultos e fórmulas secretas de oração, vez que toda religião advinha dos conhecimentos do *pater*. Assim também era na Grécia Antiga. (COULANGES, 2008, p.93-102).

O *pater* não é só o sacerdote do culto familiar, como o chefe de um pequeno agrupamento humano, a família, que constitui a célula em que baseia toda a organização política do Estado. Através de sua autoridade se estabelece a disciplina e assim se consolida a vida dentro do lar e, por conseguinte, dentro da sociedade. (RODRIGUES, 2008, p.353-354)

Outrossim, na família romana a autoridade do homem, ou seja, do *pater famílias* era suprema sobre a mulher e os filhos, não sendo o afeto uma característica daquele tipo de família. (COULANGES, 2008, p.93-102).

O antigo direito lusitano tem sua inspiração nos romanos, mas é em grande parte influenciado pelas Ordenações, ao passo que o chefe de família passa a ter além dos direitos, uma série de deveres para com seus descendentes. (RODRIGUES, 2008, p.355)

Apenas com o Código Civil de 1916 que foram revogadas as Ordenações, de modo que o país passou a ter sua própria codificação de Direito Civil, a qual ainda mantinha a ideia da família tradicional do século XIX, fundada no casamento formal, em que o homem ostentava uma posição de predominância. (ATAIDE JUNIOR, 2009, p. 28)

Nesse sentido, como resquício das legislações anteriores, o poder familiar era exercido pelo marido, considerado o chefe da família, só sendo exercido pela mulher de forma subsidiária, de acordo com o artigo 233 do revogado Código: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos” (COMEL, 2003, p.26-33; GONÇALVES, 2010, p. 399).



Entretanto, foi com a Constituição Federal de 1988, que ambos os cônjuges passaram a ter plena igualdade no exercício do poder familiar. É o que preceitua o artigo 226 § 5º: “*Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”.

Apenas dois anos após a promulgação da Constituição Federal, passa a vigorar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que nasce para substituir o Código de Menores de 1979. Tal Estatuto surge em consonância com o já disposto pela Magna Carta, expondo em seu artigo 21: “*O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência*”. [grifo nosso]

Nesse diapasão, em 2002 é promulgado o Código Civil, que em seu artigo 1.631, também atribuiu o poder familiar a ambos os genitores: “*Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade*”.

O novo Código, em harmonia com o ECA, optou por alterar o até então “*pátrio poder*” pela designação de poder familiar. Silvio Rodrigues entende que o legislador se equivocou em apenas se preocupar com a retirada do termo “*pátrio*” por relacioná-la impropriamente ao pai. Quiçá, tivesse cuidado para incluir na identificação o real conteúdo, que antes de poder, representa uma obrigação dos pais. (RODRIGUES, 2008, p.355)

Assim, nessa linha de pensamento, filia-se ao doutrinador, haja vista que a expressão “*autoridade parental*”, por exemplo, traduziria o verdadeiro sentido de maneira mais clara.

Importante ressaltar que mesmo com o fim da união ou casamento entre os pais, o poder familiar não se extingue. Porém, como não há mais a convivência diária no lar, o legislador definiu que ao genitor que permanece com o filho será garantida a guarda e àquele que não, será atribuído o direito de visitas.



5 GUARDA E DETERMINAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente dispõe a respeito da convivência familiar destes. Sendo assim, a regra é que os filhos permaneçam com os pais biológicos, mas há situações, que justamente em respeito ao referido princípio o distanciamento dos genitores biológicos ou civis é a melhor solução.

Assim, a guarda como forma de colocação em família substituta é a última opção, ou seja, será determinada apenas quando não se mostrar possível a criação e educação dos filhos no seio de sua família natural e tem como condição a perda do poder familiar.

Outrossim, a entrega consensual da guarda do filho para terceiro também é possível, em conformidade com o artigo 166 do ECA. É um ato formal e exige lavratura de termo próprio de declaração, após a oitiva dos pais pelo Magistrado e pelo Ministério Público (§1º do artigo 166 do ECA). Apesar de ser um ato consensual, os genitores da criança e/ou adolescente colocado em família substituta, sob a espécie de guarda, não podem retirar, sem ordem judicial, o filho da companhia daquele(s) que exerce(m) este múnus. (MACIEL. In: MACIEL (org.), 2009, p.156-157).

É preciso salientar também que a guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar e de acordo com o ECA obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (Artigo 33).

Há ainda outras ocasiões, previstas pelo Código Civil em que há necessidade de determinar a guarda, como no caso da ruptura dos laços entre os genitores, seja por divórcio, separação de corpos ou separação de fato, vez que há a separação do casal, mas os vínculos com os filhos devem ser conservados, em consonância com o princípio do melhor interesse.

Nesse sentido, Dimas Messias de Carvalho salienta que a guarda concedida a um dos pais, não pressupõe perda do poder familiar do outro ou afasta a criança ou adolescente o direito de conviver com ambos os genitores (Artigo 1632 do Código



Civil). Atribui, todavia, ao guardião o poder de decisão no tocante à criação e educação no melhor interesse do filho, cabendo ao outro a fiscalização e o dever de buscar o Judiciário quando a guarda estiver sendo exercida de forma nociva à criança e/ou adolescente. (CARVALHO, 2013, p.61)

É importante ressaltar ainda que

Mais do que a guarda, concebida tradicionalmente como direito preferencial de um pai contra o outro, a proteção dos filhos constitui direito primordial destes e direito/dever de cada um dos pais. Invertendo-se os polos dos interesses protegidos, o direito à guarda converteu-se no direito à continuidade da convivência ou no direito de contato. Os pais preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos, com a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles e ao compartilhamento recíproco de sua formação. (LÔBO, 2011, p.190)

Em suma, a guarda constitui direito essencial da criança e/ou adolescente que do instituto necessite, seja em caso de omissão dos genitores em que há necessidade de colocação em família substituta, como também quando há ruptura dos laços entre os pais, o que gera a necessidade de um guardião, ou mesmo que ambos o sejam, como ocorre na guarda compartilhada.

6 DIREITO A CONVIVENCIA FAMILIAR: APLICAÇÃO DO PRINCIPIO DO MELHOR INTERESSE

Com os desdobramentos históricos e evolução do poder familiar, antes denominado pátrio poder, há um abrandamento no sistema de hierarquização entre os filhos e os genitores.

A transição de família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma feição fundada no afeto. (TRINDADE, 2012, p.334)

Deste modo, a família, sob a perspectiva constitucional, abandona o seu



caráter de instituição jurídica e passa a ser compreendida como um instrumento de realização pessoal do ser humano, de promoção da felicidade das pessoas nela envolvidas, deixando de ser um fim para ser o meio. (FARIAS, 2004)

A consequência é o reforço da tese de que os interesses da criança preponderam de forma efetiva sobre os de seus genitores biológicos, sendo necessário que a família, o Estado e a sociedade estejam atentos ao fato de que a afetividade funda a estabilidade das relações, bem como a comunhão plena de vida (DOMINGOS, In: BASTOS; ASSIS; SANTOS, 2009, p.459-460).

Como se percebe, as mudanças sociais, as descobertas científicas e as inovações na contribuição da psicologia comportaram a evolução da família para um modelo menos severo e entretecido de relações mais pessoais e mais dinâmicas. O afeto surgiu dos lugares subentendidos e tomou posições constitutivas de direitos e deveres, mas, principalmente, passou a repercutir livremente entre os sujeitos familiares, abrindo espaço para novas formas de vinculação, como por exemplo, a paternidade sócio afetiva. (TRINDADE, 2012, p. 353-354)

Sendo assim, entende-se que a convivência familiar é a relação afetiva duradoura formada pelas pessoas que compõe o grupo familiar, em virtude de parentesco ou não. (LÔBO, In: DIAS, 2009, p.393).

Nesse sentido, dispõe Maria Aparecida Nery que:

A família vista como o espaço vital, em que toda criança tem direito a nascer e crescer em situação de proteção, afeto, segurança e cuidados, pode ser considerada um consenso na sociedade. As diferentes categorias profissionais – psicólogos, terapeutas, médicos, professores, advogados, entre outras – aceitam esta premissa sem muitos questionamentos, ainda que, para cada categoria, o termo *família* carregue suas especificidades e venha, ao longo dos anos, passando por significativas transformações. Tratar do tema *família* pode envolver vivências carregadas de representações, significados, opiniões, juízos ou experiências as mais diversas. Podem ser incluídas as lembranças boas e ruins, afetos, desafetos, perdas e tantos outros componentes que, no conjunto, escrevem a história de vida de cada ser humano. [...]Desde o movimento no espaço privado até a atuação no espaço público, no convívio com vizinhos, na comunidade, no trabalho vão se construindo as relações que estruturam a base de apoio no enfrentamento das dificuldades cotidianas. (NERY, 2010)

Nesse diapasão, o afeto é o envolvimento emocional que subtrai um



relacionamento da esfera do direito obrigacional, cuja essência é a vontade, e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que constitui as almas e embaraça patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos. (DIAS, 2009, P.10)

Ademais, no entendimento de Paulo Lôbo:

A convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais que não pode restar comprometido. (LÔBO, In: DIAS, 2009, p. 393)

A família desempenha papel fundamental no desenvolvimento da criança, sendo que dela advêm todos os ensinamentos éticos e morais para formação do indivíduo. Portanto, entende-se que a convivência familiar é um direito fundamental de toda criança e adolescente em viver junto à família, em ambiente de afeito e cuidado mútuos.

A ausência da família, a carência de amor e de afeto, comprometem o desenvolvimento da criança e do adolescente. A família é o agente socializador do indivíduo, sendo direito de todos ter um família. Tal direito é personalíssimo, inalienável, imprescritível e intransferível. (LIBERATI, 2007, p. 25 *apud* VIANNA, 2011)

Trata-se de um direito vez que pode ser praticado contra quem o dificulta, seja o Estado, o grupo familiar, o grupo social ou até mesmo outro membro da família. Por outro lado, é dever, haja vista que cada integrante do grupo familiar, ou cônjuge ou companheiro, ou filho, ou parente está legalmente compelido a exercê-lo, além da família como um todo, ou, ainda, a sociedade e o Estado. É dever de prestação de fazer ou de obrigação de fazer. (LÔBO, In: DIAS, 2009, p.393-394).

Importante salientar que a psicologia reforça a relevância dos laços afetivos para a formação do indivíduo através da Teoria dos Vínculos, também conhecida como Teoria do Apego ou Teoria da Regulação do Afeto. Em síntese, há um



entendimento de que as experiências precoces de carência afetiva são consideradas essenciais para o desenvolvimento e, conseqüentemente, propícias a provocar patologias rigorosas e irreversíveis e até mesmo a morte, pois a dependência afetiva é uma continuidade que, quando se rompe, leva o ser humano a busca insaciável e inflexível de gratificação. (TRINDADE, 2012, p. 349-351)

O conceito de formação do vínculo é explicitado por Klaus Marshall, John Kennel e Phyllis Klaus, *in verbis*:

A formação do vínculo é o investimento emocional dos pais em seu filho. É um processo que é formado e cresce com repetidas experiências significativas e prazerosas. Ao mesmo tempo, outro elo, geralmente chamado de apego, desenvolve-se nas crianças em relação aos seus pais e as outras pessoas que ajudem a cuidar delas. É a partir dessa conexão emocional que os bebês podem começar a desenvolver um sentido do que eles são, e a partir do que uma criança pode evoluir e ser capaz de aventurar-se no mundo. (KLAUS; KENNEL; KLAUS, 2000 *apud* TRINDADE, 2012, p.350)

Destarte, o aspecto principal da Teoria do Vínculo está no entendimento de que há uma relação causal entre as experiências de um indivíduo com seus pais e a habilidade para constituir vínculos afetivos na vida adulta. Uma vinculação problemática e insegura se despondará em problemas futuros, seja através de problemas relacionais ou conjugais, seja na formação de estruturas deficitárias de personalidade. Ademais, a mãe é essencial para os cuidados enquanto que o pai é imprescindível para a socialização e os dois são necessários ao desenvolvimento físico e psicológico da criança. (TRINDADE, 2012, p. 351-353)

7 DIREITO OU DEVER DE VISITAS?

Considerando o afeto e a convivência familiar como elementos estruturantes da personalidade e desenvolvimento da criança e do adolescente, se faz necessário analisar o direito/dever de visitas, quando há ruptura da relação entre os genitores, ou mesmo quando nem existiu uma relação.



Anteriormente explanou-se a respeito da guarda e a conseqüente determinação do direito/dever de visitas. No presente abordar-se-á a natureza jurídica deste instituto, se deve ser considerado um direito dos filhos, ou direito/dever dos genitores.

De acordo com Fabio Bauab Boschi a natureza jurídica do direito de visita divide-se em três facetas distintas:

Se o referencial forem os pais, a quem compete os encargos do poder familiar, a natureza jurídica da visita assumirá a feição de um direito-dever. Se o ponto de partida forem os parentes (avós, tios, irmãos, primos) ou terceiros, a natureza jurídica mais se assemelhará a um direito da personalidade de manter e conservar relações emotivas profundas, que redundem no interesse das partes envolvidas na relação e contribuam para o pleno desenvolvimento do menor. Mas se olharmos para o visitado, tomando-o como base para o estudo da natureza jurídica, veremos que, neste caso, trata-se verdadeiramente de um direito. (BOSCHI, 2006, p.49)

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias entende que a visitação não é simplesmente um direito assegurado ao pai ou a mãe, mas um direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. (DIAS, 2009, p. 57).

Além disso, ressalta a autora que o direito da criança em ter contato com o genitor que não possui a guarda e não convive cotidianamente é um direito de personalidade, que objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental, o que inclui não apenas os genitores, mas também os demais parentes. Assim, a necessidade de cultivar o afeto, firmando-se vínculos familiares de forma efetiva e eficaz, deve substituir o direito de visita pelo direito de convivência do filho com o pai que não reside sob o mesmo teto, atendendo as necessidades psíquicas dos filhos de pais separados. (DIAS, 2009, p. 58-60)

Importante salientar que o genitor não guardião tem o dever de fiscalizar os cuidados e educação dos filhos, enquanto as visitas têm o escopo concreto de patrocinar as relações humanas e de favorecer os vínculos afetivos entre pais e filhos, sempre no melhor interesse da criança. Isso porque é direito fundamental da



criança e do adolescente a convivência familiar, de modo que o direito de visitas é do filho, para manter contato e vínculos com o genitor, possuindo os pais o direito e o dever de visitas, cuidado e acompanhamento do desenvolvimento do filho. (BOSCHI, 2006, p.82)

Outrossim, não se pode confundir direito de visitas com convivência familiar. Visitar é ver alguém periodicamente. Conviver é tramar diariamente, cultivar e manter vínculos afetivos, essenciais para o desenvolvimento sadio das crianças. (BOSCHI, 2006, p.83-84)

A convivência familiar é direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação. (MACIEL, 2010, p.75)

Em se tratando de direito fundamental, cabe ao genitor guardião propiciar a convivência familiar do filho com o outro genitor e seus familiares, salvo se demonstrar que o convívio é nefasto e prejudicial à criança ou adolescente, como por exemplo no caso de abuso sexual, maus tratos, etc. (CARVALHO, 2013, p.84-87)

Fato corriqueiro é o condicionamento pelo guardião do exercício do direito de visitas ao pagamento de pensão alimentícia, como se fossem moedas de negociação. Porém, estas não se confundem. (MADALENO, 2009, p. 356-357)

O princípio da paternidade responsável, anteriormente abordado, abarca o dever de cuidado como um dos deveres paternos. O dever dos genitores abrange além dos aspectos materiais, como outros imateriais, a saber: educação, regras de conduta, orientação, apoio, referência familiar. (CARVALHO, 2013, p.88).

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, tendo o voto da relatora Ministra Nancy Andrichi, reconhecido o cuidado como valor jurídico, distinguindo o amor, do dever de cuidado:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do



menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”. Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal. (Recuso Especial nº 1.159.242-SP. Terceira Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Julgado em 24/04/2012) [grifo nosso].

Em suma, entende-se que o direito dos filhos à convivência familiar é um dever dos pais, sendo que o descumprimento injustificado do dever jurídico de convivência importa em uma série de consequências.

Ainda nesse sentido, Eliene Bastos dispõe sobre a necessidade das crianças e dos adolescentes conviverem com seus pais e parentes para a formação de suas linhagens e em decorrência disso, o aprendizado com o saber que lhes pode ser transmitido em virtude de experiências já vividas. Deste modo, a importância da convivência familiar para a construção do sujeito em formação deve ser efetivamente privilegiado pela família, pela sociedade e pelo Estado, sob pena de não consolidação dos valores necessários à vida adulta saudável. (BASTOS. In: DIAS, 2009, p.389-390)

Os filhos tem a necessidade de contato e de comunicação mútua e permanente com seus dois genitores, pois é direito essencial, a fim de assegurar de



modo permanente sua higidez física e espiritual haja vista que o distanciamento de um dos pais pode gerar um vazio afetivo e criar sérias sequelas nas futuras relações pessoais do menor. (MOTTA, 1992 *apud* MADALENO, p. 227)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada indivíduo surge, desenvolve-se e torna-se maduro, mas não se pode considerar a maturidade adulta como algo separado do desenvolvimento anterior, o qual é extremamente complexo e ocorre de continuo desde o nascimento. No tocante as crianças, quando lhes é proporcionado um ambiente saudável, tem-se o objetivo de tornar possível o crescimento de cada infante até o estado adulto. (WINNICOTT, 2001, p.30-31).

Sendo assim, há autores que dispõem acerca da imprescindibilidade da convivência familiar para o desenvolvimento do indivíduo, haja vista que tal condição reflete significativamente na constituição de sua personalidade e em sua relação com a sociedade.:

Como símbolo inicial de socialização, a instituição familiar é responsável por constituir a subjetividade do indivíduo e suas habilidades. Além do desenvolvimento íntimo, a família contribui na percepção do social, da existência de direitos, deveres, obrigações e limites para o exercício da convivência comunitária e da cidadania. (BIZINOTTO; GARCEZ, p. 11)

Destarte, Mc Lanahan em seus estudos demonstrou que as crianças que crescem com a convivência de apenas um dos pais biológicos são menos bem-sucedidas, na media, que as crianças que convivem com ambos os pais. (Mc Lanahan, 1997, *apud* BEE, 2003, p. 427)

Em suma, percebe-se que a família, independente de sua composição, é imprescindível para amparo e desenvolvimento do indivíduo. Trata-se de uma instituição que deve ser o foco de cuidado do Estado e da sociedade civil, bem como de proteção legislativa, de modo a ter condições econômicas e estruturais de



permanecer com os filhos, fornecendo o necessário para um desenvolvimento pleno.

REFERENCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente**. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009.

BASTOS, Eliene. **Sujeitos à ordem parental jurídica e psíquica**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento**. Trad. Maria Adriana Veríssimo Veronese. 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2003.

BIZZINOTTO, Kelly; GARCEZ, Sergio Matheus. **Convivência Familiar na Lei Nº 12.010/09: O Poder de Tutela do Estado na Construção da Autonomia Privada**. Disponível em: < <http://www.sbpcnet.org.br> >. Acesso em julho de 2013.

BRASIL. Constituição. **Constituição federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil**. Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.

_____. **Código Civil**. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242-SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas Dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes De Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 24 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em julho de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível AC 70044880854. Apelante: D.B.M. Apelados: E.L.K e J.P.Q.K. Relator: Roberto Carvalho Fraga. 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em Fevereiro de 2013.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos



Tribunais, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOMINGOS, Sergio. **A institucionalização da criança: violação de direito fundamental à família**. In: BASTOS, Eliene Ferreira; ASSIS, Arnaldo Camanho de; SANTOS, Marlouve Moreno Sampaio (Coords.). *Família e Jurisdição III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. Casar e permanecer casado: eis a questão**. Disponível em: < www.portalciclo.com.br > Acesso em julho de 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito-dever à convivência familiar**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Guarda como Colocação em Família Substituta**. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. **Novos Horizontes no Direito de Família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY, Maria Aparecida. **A convivência familiar e comunitária é direito da criança e do adolescente e uma realidade a ser repensada pela escola**. Disponível em: < <http://www.scielo.br>>. Acesso em julho de 2013.



RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em <<http://www.faimi.edu.br>>. Acesso em fevereiro de 2013.

_____; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil, v. 5: direito de família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/re>>. Acesso em julho de 2013.

