



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA
CLEBER LUCIANO DA SILVEIRA JUNIOR

GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA RECONSTITUÍDA

CARATINGA / MG

2019

CLEBER LUCIANO DA SILVEIRA JUNIOR

GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA RECONSTITUÍDA

Projeto de monografia apresentado ao curso de Direito da Rede de ensino Doctum como requisito parcial para aprovação em bacharel em direito, sob a orientação do Professor Rafael Firmino soares

CARATINGA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

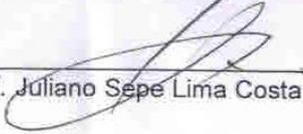
Trabalho de Conclusão de Curso **Guarda compartilhada na família reconstituída**, elaborado **Cleber Luciano da Silveira Júnior** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 10 de 12 2019


Prof. Alessandra Dias Baião


Prof. Anderson Fábio Nogueira Alves


Prof. Juliano Sepe Lima Costa

RESUMO

Nos dias atuais, observa-se que a melhor proteção aos interesses do menor, deve ser preservado seja pelos genitores ou mesmo madrastas e padrastos que tenha o enteado como filho, ou seja, cuida desse com ânimo de estado de filho, e cuja vontade de ambos seja a de figurarem também no campo jurídico como tal, o filho em questão, pode ter acrescido na sua certidão de nascimento, conjuntamente com o nome dos pais biológicos ou adotivos, o nome do pai/mãe socio afetivo. Com esse direito adquirido surgem alguns questionamentos acerca de outras possibilidades, sendo uma delas a guarda do menor que integra a família reconstituída. Desse modo, a guarda compartilhada entre as três figuras detentoras do poder familiar no caso da família reconstituída, sendo os pais biológicos/adotivos e pai/mãe socio afetivo os guardiões da família, buscando melhor entendimento da aplicabilidade jurídica no caso de haver rompimento do núcleo familiar reconstituído e que ao menos um dos integrantes seja um menor de 18 anos.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da afetividade; poder familiar, guarda; guarda de fato

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	8
CAPITULO 1 - Noções fundamentais sobre direito de família.....	12
1.1 Entidades familiares.....	12
1.2 A Função social da família	15
1.3 Princípios constitucionais do Direito de Família.....	17
1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	20
1.3.2 Solidariedade	22
1.3. 3 Afetividade	23
1.3.4 Melhor interesse do menor.....	25
CAPITULO 2 - Da proteção da pessoa dos filhos.....	30
2.1 Poder familiar	31
2.2 Guarda e as espécies reguladas pela legislação brasileira.....	35
CAPITULO 3 - Regularização da guarda de fato e as famílias reconstituídas ...	42
3.1 Guarda de fato: um estudo doutrinário	43
3.2 Análise de decisões	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O tema ora apresentado para estudo é baseado na proteção dos filhos dentro das famílias reconstituídas dada a importância para o cenário social e jurídico.

Neste sentido, propõe-se a investigar o tema diante da perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor. Assim, indaga-se se seria juridicamente possível a regularização da guarda de fato do padrasto/madrasta em famílias reconstituídas?

A pesquisa conduz a hipótese positiva como resposta ao problema de pesquisa. Assim, diante do princípio da afetividade, invocando o vínculo construído entre a criança e o adolescente e seu padrasto ou madrasta, em famílias reconstituídas, entende-se que a guarda, embora seja um atributo do poder familiar pode se desvincular do mesmo quando se fala em guarda de fato para aquele que exercem diariamente os atributos de guardião do enteado ou enteada defendendo-os de qualquer dano ou perigo. Por fim, seguimos o posicionamento das jurisprudências que garante o melhor interesse da criança e do adolescente reconhecendo o direito a guarda compartilhada entre o padrasto ou madrasta e os pais biológicos. Tendo como exemplo o caso da cantora nacional Cassia Eller que após seu falecimento o filho biológico ficou sob a guarda de sua companheira.

Confirmando o entendimento extrai-se os dizeres do marco teórico.

[...] ante ao já consagrado princípio da afetividade, e reconhecido o vínculo de afeto que se estabelece no âmbito da família reconstituída, há que se conferir uma parcela do exercício do poder familiar ao pai e mãe afetivo no modelo reconstituído. A guarda é um atributo do poder familiar, mas que dele se separa, não se exaurindo, nem se confundindo com este, de forma que um pode existir sem o outro. A guarda é o direito de reter consigo os filhos menores no intuito de defendê-los contra qualquer dano ou perigo. Logo, ao analisar estes conceitos percebe-se que a madrasta e o padrasto exercem a guarda de fato em relação ao filho de seu cônjuge ou companheiro, uma vez que, convivem diuturnamente com o menor, desempenhando os atributos da guarda sem nenhum reconhecimento jurídico. Caminha-se para este reconhecimento, pois a jurisprudência tem se posicionado, em nome do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a deferir pedidos judiciais de guarda compartilhada de padrastos e madrastas, que ao longo da relação com seu antigo cônjuge, criaram vínculos afetivos com o então enteado [...].¹

¹ CAPELARI, Elaine Cristina; FERMENTÃO, Cleide Gomes Aparecida Rodrigues. Guarda de fato no âmbito das famílias. In: Revista de Direito de Família e Sucessão. ISSN: 2526-0227. Maranhão. v. 3. n. 2 P. 99-120. Jul/Dez, 2017. P. 114.

A pesquisa se justifica pelos estudos aprofundados no ramo do direito de família e a devida aplicação dos princípios do melhor interesse do menor, da dignidade da pessoa humana bem como a legislação vigente no caso da guarda do menor na família reconstituída.

O ganho jurídico está respaldado nas contradições existentes e na vasta pesquisa na legislação, doutrina e jurisprudência a ser realizada ganhando o ordenamento jurídico com a pesquisa realizada.

O ganho social está por se tratar de um tema não somente jurídico, mas, também, social pois os alimentos são voltados ao dever de sustento e manutenção de todos dentro de uma sociedade.

O ganho pessoal se mostra com o aumento do conhecimento desse pesquisador sobre os temas aqui demonstrados, que envolvem questões de direito de família, direito constitucional e sua aplicação no dia a dia.

O presente trabalho de pesquisa científica tem como metodologia de trabalho teórico-dogmática, usando como parâmetro a legislação vigente, doutrina, jurisprudência e legislação revogada assim como artigos e revistas da internet.

A pesquisa será trabalhada com interdisciplinaridade nos ramos do Direito de Família e Direito Constitucional.

A monografia será trabalhada em três capítulos, sendo o primeiro deles denominado de “Noções Fundamentais sobre o direito de família” com o objetivo de demonstrar como o mundo jurídico entende a família e quais os princípios são aplicáveis para sua preservação e constituição.

O segundo capítulo é voltado para a proteção da pessoa dos filhos não somente o prescrito pela a Constituição da República e pela Lei Civil, mas também pelo ECA e os tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico, ressaltando as particularidades de cada uma delas. Para finalizar, o terceiro e último capítulo, será intitulado de “Regularização da guarda de fato e as família reconstituídas” no qual se delimitará o problema e hipóteses levantadas, falando do exercício da guarda de fato no ordenamento jurídico e trazendo a baila estudo de casos concretos nesse sentido.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta sobre o poder familiar nas famílias reconstituídas, considerando a relevância da abordagem sobre o reconhecimento do exercício da guarda pelo padrasto ou a madrasta após a separação, faz-se necessário a apresentação de alguns conceitos essenciais para a compreensão deste trabalho. São eles: Família reconstituída; Poder familiar; Guarda de fato; Dignidade Humana; Melhor interesse do menor.

Nelson Rosenwald define família reconstituída da seguinte forma:

a família reconstituída como Na estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior" (*Fammas reconstituídas*, Apesar de, em linhas gerais, concordarmos com a conceituação proposta discordamos, tão somente, da extensão do conceito, por entender que os rearranjos familiares podem decorrer em outras hipóteses e não somente através de novos casamentos ou uniões estáveis. Bastaria pensar na formação de uma união homoafetiva.²

Com a conceituação de família reconstituída Adilson Souza Nunes expressa o seguinte:

A família reconstruída compreende uma família que é formada por um casal adulto na qual pelo menos um dos membros tem um filho de uma relação anterior. Pode-se dizer que é a criação de uma nova família a partir de outra já existente. Quanto às causas que explicam o fenômeno da família reconstruída, podemos destacar dois: um aumento significativo no número de divórcios e uma mentalidade mais permissiva e aberta quando se trata de entender a proposta da família.³

Já Rolf Madaleno entende que a família constituída em seu conceito amplo faz parte da realidade da sociedade atual, também conceituando da seguinte maneira:

A partir do casamento podem surgir e é comum que surjam diferentes ciclos familiares experimentados depois da separação, ficando a prole com a mulher em uma nova conformação familiar, dessa feita uma entidade monoparental. Seguindo sua trajetória de vida e, sobrevivendo ou não o divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união estável e passa a constituir uma nova família, que não tem identificação na codificação civil, e passou a ser chamada de *família reconstituída*, *mosaica* ou *pluriparental*. A família reconstituída é a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união

²ROSENVALD, Nelson **Curso de Direito Civil**, v.6, ed. rev.e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2017, p.88

³ NUNES, Adilson Souza. **O que é família reconstituída**. Disponível em <https://conceitos.com/familia-reconstruida/>. Acesso em 02 nov 2019

estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente⁴

O princípio do melhor interesse do menor é assim conceituado por Kátia Maciel:

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.⁵

Também Gustavo Tepedino esclarece que não é exceção a regra dentro do direito civil e sim o entendimento as particularidades do menor, assim conceituando:

O princípio do melhor interesse da criança não é exceção, bastando sua leitura para perceber a generalidade e abstração de que se está a tratar: o princípio, ao mesmo tempo em que indica claramente a obrigatoriedade de observar o melhor interesse da criança, não descreve as situações ou os fatos que correspondem a tal melhor interesse. Abre-se, assim, campo para a indagação filosófica, pois "é precisamente na interpretação e exegese dos princípios constitucionais, que não têm a especificidade das regras, que os grandes temas da Filosofia do Direito se colocam⁶

A guarda de fato é um entendimento que vai ao encontro do princípio do melhor interesse do menor, pois ela ocorre quando sai dos genitores passando a um terceiro que tem o cuidado com esse menor, ainda que não seja possuidor da guarda de direito, apenas de fato. Pablo Stolze nesse sentido.

É preciso considerar a guarda de fato pois na situação concreto a seria de extrema importância, pois o futuro do menor dependeria da ajuda recebida de seu avô materno, que já se encontraria com a guarda de fato do neto, pretendendo apenas a regularização, inclusive para fins previdenciários.

Já a definição de poder familiar se dá no seguinte contexto conforme extraído dos dizeres de Livia Andrade:

A guarda consiste na atribuição de um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida

⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de Família, de acordo com o novo CPC**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 53,

⁵ MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.(p. 28

⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Civis e Estatutárias. Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 881.

por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício (por Paulo Lobo). Este instituto não é regulamentado, limitando-se a identificá-lo como atributo do poder dos pais, e está inserido no CC/2002, no Título I, Subtítulo I, do Livro IV, Capítulo IX, que teve os Art. 1.583 e 1.584 alterados pela Lei 11.698/08 (Lei da Guarda Compartilhada), tendo também atenção especial no ECA (Lei 8.069/90) nos artigos 33 a 35.⁷

Para Maria Berenice Dias poder familiar deve ser conceituado como algo que pertence a existência das famílias, dentro das características de cuidados para com os filhos menores.

Poder familiar é um “conjunto de direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”. Há quem diga que o poder familiar poderia ser chamado de “função”, tendo em vista que, embora seja exercido pelos pais, ele serve para atender aos interesses também dos filhos.⁸

Conceituando a dignidade da pessoa humana Ingo W. Sarlet é assertivo nos dizeres que está estabelecido para compreensão das diferenças frágeis na sociedade.

Todavia, quando se busca definir o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, seja como princípio (valor) autônomo, seja quando está em causa a natureza e intensidade da sua relação com os direitos humanos e fundamentais, percebe-se que os níveis de consenso registrados de uma ordem constitucional para outra e mesmo no âmbito interno de cada Estado, são muito diferenciados e muitas vezes até frágeis. Já no que diz com a própria compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana na (e para a) ordem jurídica considerada em seu conjunto, mas especialmente no tocante à sua relação com os direitos fundamentais, segue – também no Brasil – farta a discussão em nível doutrinário e jurisprudencial. De qualquer sorte, como aqui se trata apenas de apresentar, quanto aos seus contornos gerais e principais funções, a dignidade da pessoa humana na condição de princípio geral e fundamental, questões mais específicas relativas à sua estrutura normativa, bem como concernentes à sua relação com os direitos e garantias fundamentais, aqui serão apenas marginalmente apresentadas⁹

⁷ ANDRADE, Livia. **Conceito de guarda, tutela e curatela.** Disponível em <https://juridicocerto.com/p/dra-livia-andrade/artigos/guarda-tutela-e-curatela-3324>. Acesso em 04 nov. 2019

⁸ DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias.** 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.132

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017, p.185

Para Guilherme Peña Moraes a dignidade da pessoa humana deve ser conceituada:

A dignidade da pessoa humana consiste no valor supremo da ordem jurídica, na medida em que confere unidade teleológica aos princípios e regras que compõem o ordenamento constitucional e infraconstitucional, de maneira que a pessoa humana deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para o fim de outros.¹⁰

Dentro desse novo cenário de direito de família a guarda compartilhada surge como atendimento aos anseios e proteção dos menores. Contudo, quando essa guarda envolve modelos novos de família o questionamento se faz diante da possibilidade de a guarda compartilhada entre o pai socio afetivo, a mãe biológica/adotiva e o pai biológico/adotivo.

¹⁰ MORAES, Guilherme P. **Curso de Direito Constitucional** , 10ª ed., Rio de Janeiro: Atlas2018, p.142

CAPITULO 1 - Noções fundamentais sobre direito de família

1.1 Entidades familiares

A família é uma entidade protegida pelo Estado, tendo sido esta, nos primórdios do direito Romano, sustentada e protegida pela figura do *pater*. Para alguns doutrinadores, possivelmente a primeira lei existente, de cunho familiar é a proibição do incesto, visto que a fim de preservar a espécie humana era primordial que descendentes de um mesmo tronco não se relacionasse sexualmente.¹¹

A respeito da origem da família Maria Berenice assim explana:

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito.¹²

A formação familiar, no Direito Romano podia ser também por afeto, não sendo, no entanto, essa característica que denominava um conjunto de parentes como uma família, de acordo com Venosa, que assim segue explanando:

Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo pater. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar de seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido, a quem passava a fazer oferendas. Por esse largo período da antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados.¹³

No Brasil, com a Constituição da República de 1988, a família passa a ser a base da sociedade (art. 226), sendo ambos os cônjuges equiparados no que tange ao poder familiar (art. 226, § 5º), a mulher adquire a capacidade plena do mesmo modo que o homem (ao completar 18 anos) com o novo Código Civil de 2002 (art. 5º), tendo ainda a possibilidade de se tornar capaz com a emancipação que pode ser voluntária, judicial ou legal a partir dos 16 anos.

¹¹ DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.202

¹² DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.202

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. 11º Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2016, p.20.

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;¹⁴

A respeito das normas de direito público que regem o direito de família Venosa assim explana:

No direito de família, a ordem pública prepondera dispondo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica (...). Por outro lado, esse ramo também possui normas supletivas que permitem, por exemplo, acordos entre cônjuges no divórcio a respeito de seu patrimônio, visita e guarda dos filhos etc.¹⁵

Maria Helena Diniz define o direito de família como:

O ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois embora a tutela e curatela não advenham de relações familiares, têm, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família.

Uma das principais fontes do Direito De Família é a Constituição Federal da República do Brasil, de onde se extrai princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade Entre os Cônjuges, da Paternidade Responsável, dentre outros, sendo, ainda, fontes do Direito de Família as leis, doutrinas e jurisprudências.

Pensar numa família contemporânea é pensar em pluralidade, ou seja, no lugar de família, famílias. Nos últimos anos essa pluralidade familiar tem sido cada vez mais reconhecida e protegida pela legislação e pela jurisprudência. O casamento deixou de ter a força absoluta das décadas passadas, abrindo espaço para a união estável (inclusive entre casais homoafetivos), para famílias monoparentais e inúmeras outras

¹⁴ BRASIL, CÓDIGO CIVIL, VADE MECUM São Paulo: Saraiva, 2018, p.269

¹⁵VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. 11º Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2016, p.10/11.

formas de organização familiar, o que caracteriza, mais do que nunca, a liberdade na construção dessas entidades familiares.¹⁶

Diante de um cenário tão diverso e múltiplo, com mudanças tão profundas, é que se cogita que a família estaria em crise dentro de um processo histórico que grande alterações. No entanto, conforme Rodrigo da Cunha Pereira:

É natural que em meio um processo histórico, ainda vivenciado, tenhamos um olhar medroso e pessimista frente às mudanças. É compreensível que as coisas novas amedrontem, mas o processo é de evolução histórica e não de decadência. As turbulências do caminho são decorrências naturais do processo evolutivo civilizatório.¹⁷

Tanto assim que a família, embora seja alvo de críticas e contestações ao longo da história ainda representa um abrigo diante das modalidades de desamparo que enfrentamos no presente.

Neste sentido, Phillippe Vigo afirma que:

[...] há uma imortalização na ideia de família. Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este locus que se renova sempre "como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social"¹⁸

Diante disso que muitas categorias sociais perseguem hoje o seu reconhecimento como entidade familiar – reconhecimento ao casamento dos homoafetivos é um exemplo do reconhecimento de novos modelos de formação de família que se deu diante de profundas transformações e aceitações sociais.

Nesse raciocínio as relações familiares ganharam novos contornos conforme as mudanças sociais, sem, todavia, deixar de compreender o núcleo da sociedade, pois as famílias são formadas baseadas em relacionamentos e convivência familiar determinando toda afetividade nelas inseridas.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.28

¹⁷ Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito de família** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.21

¹⁸ VIGO, Phillippe **As famílias poliafetivas**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58673/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima/4>. Acesso em 30 setembro de 2019

1.2 A Função social da família

A função social da família tem relação direta com as modificações e consequentes inovações e evolução no formato dessas na sociedade. Não há porque não reconhecer esses novos modelos constantes da sociedade e deixar desamparados por considerar fora dos padrões de família tradicional.

O que é certo sobre as famílias é que nelas desenvolvem as questões de proteção aos que nela estão envolvidos e o cuidado e atenção direcionada a tais temas tendem a formação de uma sociedade organizada.

Eleva-se ao pensamento que família estando saudável toda a sociedade por consequência também estará, pois os reflexos são imediatos. Por exemplo quando uma família tem um problema de convivência esse pode afetar no desenvolvimento escolar, na saúde dos envolvidos, dentre outras séries de observações a serem construídas nesse sentido. Logo, “A família surgiu a partir do momento em que os seres humanos viram a necessidade de proteger seus interesses de qualquer adversidade”.¹⁹

Dizer que a família é a base de construção da sociedade e por conseguinte da organização e desenvolvimento social, faz com que o Estado cumpra o compromisso de regulamentar as relações familiares por meio de políticas públicas, construção e validação de leis que seja inserida nesse contexto, sempre atento à função social das famílias.

A função social da família é elemento basilar no contexto organizacional social, nos critérios de bem-estar social e solidariedade pois estão relacionadas à promoverem todo o suporte necessário de modo organizado.

Para Rolf Madaleno o Estado não existiria se não houvessem as famílias e sua função social.

A família cumpre uma inquestionável função social e é constitucionalmente considerada a base da sociedade dado ao seu relevante papel de intervenção social. A família se apresenta como elemento-chave para o sistema do bem-estar e de solidariedade social, pois na família são supridas as carências básicas e essenciais de moradia, educação, saúde, amparo à velhice e

¹⁹ VIANA. Samara. **Os tipos de famílias e guarda reconhecidos no direito brasileiro**. Disponível em <https://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>. Acesso em 10 nov 2019

amparo ao desemprego. Certamente, o próprio Estado não existiria acaso não existisse a família, em qualquer um de seus formatos. Trata-se a família de um grupo humano que cria a partir do afeto uma rede interna de lealdade, apoio, segurança e de estabilidade econômica, emocional e psicológica²⁰

Miguel Reale confirma esse entendimento da seguinte forma:

Em virtude dessa função social da família – que a Constituição considera “base da sociedade” – cabe ao juiz o poder-dever de verificar se os filhos devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, atribuindo a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade, de acordo com o disposto na lei específica, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).²¹

A função social da família é motivo indispensável para que ao analisar o contexto familiar e os problemas correlatos os aplicadores do direito possam estar atentos a mantê-las enquanto base social.

No Direito de Família a função social da família é determinada por sua finalidade dentro do contexto social, para que justifique sua razão de ser a partir da valoração constitucional dada a elas.

Esse é o entendimento de Nelson Rosenwald sobre a função social das famílias, que reconhece uma nova arquitetura jurídica colchoando como ponto relevante a valoração constitucional sobre o tema o que não opinião do autor não poderia ser diferente, devido a necessidade de sintonia com a solidariedade contida no texto constitucional

Nessa nova arquitetura jurídica, dúvida inexistente de que todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma *função*, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo 214 da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais. E, naturalmente, não pode ser diferente com o Direito das Famílias. A aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a *funcionalidade* de seus institutos.²²

²⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família, de acordo com o novo CPC**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 522

²¹ REALE, Miguel. **A função social da família no Código Civil**. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acesso em 04 nov 2019

²² ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atual, Salvador: Editora Juspodvm, 2018, p.129

Então, “como se vê, a família é disciplinada na plenitude de sua função social.”²³ Com esse entendimento deve-se procurar entender qual a intenção do legislador constitucional ao buscar a proteção familiar dentro da sociedade de forma em que possa entender como e o porquê da normatização dessas relações.

Exemplos característicos do cumprimento de uma função social pelos institutos de Direito das Famílias podem ser apresentados, ilustrativamente. *Primus*, o reconhecimento do direito de visitas aos diferentes membros das entidades familiares, como avós, tios e, até mesmo, padrastos ou madrastas. Nessa toada, inclusive, o parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil, com a redação emprestada pela Lei n' 12.398/11, reconhece, expressamente, a visitação avoenga: “o direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”. *Secundus*, a possibilidade de condenação alimentícia para a manutenção dos membros da família. *Tertius*, o reconhecimento da união estável quando um dos companheiros, apesar de ainda estar casado, já se encontra separado de fato do seu cônjuge, como reconhece o art. 1.723, § 1º, do Código Civil. Em todas as situações apontadas, percebe-se a preocupação em reconhecer uma perspectiva solidária nos núcleos familiares.²⁴

Assim, pode-se dizer que a família é espaço de integração social, não cabendo nenhum tipo de compreensão de modo individualizado, devendo ser reconhecida a entidade familiar como um todo, com o objetivo de criar uma ambiente seguro e que demonstre um espaço de boa convivência para todos os que ela compõem, sempre atentos ao contido nos critérios de dignidade da pessoa humana.

1.3 Princípios constitucionais do Direito de Família

Uma coisa é certa afirmar várias são as preocupações do homem com o futuro da humanidade, ou seja, do próprio homem, assuntos que giram em torno do aumento populacional incontrolado, degradação do meio ambiente e armamento, dentre outros.

Nesse sentido o direito se alia a tais preocupações buscando englobar as questões de cunho social.

Denota-se que Norberto Bobbio, busca demonstrar que o problema não é recente e que desde o início da década moderna, tem-se a preocupação com os direitos inerentes ao homem voltados as questões sociais.

²³ REALE, Miguel. **A função social da família no Código Civil.** Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acesso em 04 nov 2019

²⁴ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias.** 9 ed., atual, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.130/131

O problema, bem entendido, não nasceu hoje. Pelo menos desde o início da era moderna, através da difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais [...] Mas também é verdade que somente depois da segunda guerra mundial é que o problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo pela- pela primeira vez na história- todos os povos.²⁵

Já não é de hoje que os princípios gerais do direito incitam numerosas discussões no ordenamento jurídico. Isso ocorre devido à importância do estudo dos princípios para diferentes disciplinas, cuja teorização importa muito ao mundo do Direito. Como advertiu Paulo Bonavides, "sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo".²⁶

Importante, nesse momento estabelecer a conceituação de princípio para um melhor entendimento: "Da análise do próprio termo *princípio*, sói perceber quão amplas poderiam ser as noções expostas por quem objetivasse elaborar um conceito a ele. E isto se dá, em razão do caráter multifacetário e polissêmico do termo princípio."²⁷

Em que pese à expressão princípio ter como uma de seus atributos a existência de uma indeterminação conceitual e dimensional, o certo é que, na atualidade, na fase interpretativa-constitucional em que existimos, os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhe seja conferido o foque, auferiram, ou melhor, tiveram reconhecido seu imenso grau de juridicidade. Ou seja, deixou de cumprir os princípios um papel auxiliar, para incidir como protagonistas do ordenamento, ganhando, desse modo, a estimativa de seu caráter de norma jurídica potencializada e dominante.

Conforme expressa Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por essência, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...).²⁸

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.49.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 231.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 159.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 159.

Ainda Miguel Reale expressa como enunciações normativas que visam dar a orientação ao ordenamento jurídico auxiliando em sua compreensão.

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis²⁹

Pode-se dizer que as regras, geralmente, têm um grau de concretização maior, dado que acondicionam o fenômeno jurídico com um grau menor de abstração, enquanto os princípios colocam pautas de procedimentos, de valores, a serem adotados no aproveitamento das regras em geral, sendo elementos informadores destas.

Não há falar desse modo, em caso de embate de princípios constitucionais, em antinomia, visto que, não se pode meramente justapor os critérios costumeiros para decisão de antinomias entre regras.

É importante salientar que o direito de família possui técnicas e princípios próprios, mas utiliza-se também, de princípios constitucionais, como qualquer outro ramo do direito. Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade Entre os Cônjuges, da Paternidade Responsável, dentre outros, são extraídos da CRFB sendo, ainda, fontes do Direito de Família as leis, doutrinas e jurisprudências.

Rolf Madaleno ensina que:

Os princípios gerais de Direito integram a maioria dos sistemas jurídicos e no Brasil sua reafirmação tem sido constantemente observada diante da tendência de constitucionalização do Direito Civil e, notadamente, do Direito de Família. Os princípios podem ser expressos ou não, podendo ser extraídos do contexto da norma jurídica³⁰.

Os princípios levam à garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, sendo um elo entre todos os povos independente da ordem constitucional a que pertença, como ensina Madaleno

Sobre os princípios, Caio Mário assim diz:

²⁹ REALE, Miguel. **A função social da família no Código Civil**. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acesso em 04 nov 2019

³⁰MADALENO, Rolf. **Direito de família**– 7.ª ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p.103

O papel dos princípios é informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, dessa forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro.

Passaremos então a uma explanação dos princípios que regem o direito de família dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana que é tido como o grande norteador do ordenamento jurídico.

1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Ao fazer uma análise acerca da história recente da humanidade, percebe-se a ocorrência de diversos eventos dos qual o ser humano foi tratado de forma degenerada. Diante disso pode-se verificar a existência de um movimento intenso de valorização da pessoa humana, direcionado exatamente para fortificar a proteção a todos os seres humanos.

Nesse intento a dignidade da pessoa humana passou a ser valorizada dentro de sua plenitude a fim de dar a todos os seres condições de vida digna em todos os âmbitos.

Conforme dito a dignidade da pessoa humana objetiva a proteção dos cidadãos em todas as esferas, daí denota-se sua amplitude.

Nesse ponto as considerações de Gláucio Ribeiro Junior são importantes: “A tarefa de definir o conteúdo do princípio da dignidade humana não é fácil; muito ao revés, as dificuldades são patentes. Isso se deve ao fato de serem inúmeras e complexas as manifestações possíveis da personalidade humana”.³¹

O artigo 1º da Declaração dos Direitos da Pessoa Humana assinado em 10 de dezembro de 1948 pelos países que integram as Nações Unidas (ONU), dentre os países integrantes está o Brasil, traz o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, tal princípio é citado até no preâmbulo de tal declaração:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que

³¹ RIBEIRO JUNIOR, Gláucio Vasconcelos. *Contornos históricos e conceituais do princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14392>>. Acesso em 15 ago. 2010.

decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,³²

É o princípio da dignidade da pessoa humana a base de uma sociedade livre, justa e democrática, garantidor de um Estado Democrático de Direito, como alude Madaleno

É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito conforme preceitua a CRFB no art. 1º e inciso III. Ainda, durante a Carta Magna, vê-se tal princípio, como no art. 5º, incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso) dentre outros.³³

A dignidade da pessoa humana é fonte de outros direitos fundamentais. Daí verifica-se o porquê o legislador constitucional tê-lo elevado à condição de fundamento da república. Logo, “A dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito: o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões”³⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana, de modo a fazer com que toda a sociedade seja protegida.

A palavra *dignidade* vem do latim *dignitas* que significa honra, virtude ou consideração, razão porque se entender que dignidade é uma qualidade moral inata e é a base do respeito que lhe é devido. “Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência [...]”³⁵

Cabe ao Estado oferecer condições mínimas de existência digna conforme os ditames da justiça social com o fim de manter ordem econômica.

³²UNICEF BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 01 nov 2019

³³MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 7.ª ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p.103

³⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 107.

³⁵. RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p.49

1.3.2 Solidariedade

Dentro dessa concepção de função social da família e o reconhecimento do papel de cada um dos membros que a constitui surge o dever da solidariedade familiar.

Cabe aos entes familiares fazer com que a proteção seja efetiva num conceito amplo. “É a família que protege econômica e afetivamente seus membros quando eles não recebem recursos suficientes para suprirem suas necessidades vitais de sobrevivência”³⁶

Esse entendimento vai ao encontro do contido no artigo 3^a da Constituição da República que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;³⁷

É clara a ligação entre o contido no artigo 3^a da Constituição da República e o princípio da dignidade da pessoa humana discorrido anteriormente. Veja que no dispositivo mencionado dentre os fundamentos da República também estão contidos os ideais de construção de uma sociedade justa, livre e com solidariedade, que tem por objetivo garantir o desenvolvimento nacional, ou daqueles que estão nela inseridos e por fim a erradicação da pobreza e réu

Ao coadunar o dever de solidariedade familiar e função social da família com a intenção do legislador constitucional vê-se os objetivos fundamentais do Brasil enquanto República Federativa está amparado na justiça social, o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais em cada região, atentando às necessidades locais.

Aqui cumpre ressaltar que o legislador constitucional alinhou o entendimento que deve haver o atendimento aos valores sociais, como a solidariedade, dignidade

³⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de Família, de acordo com o novo CPC**, 7^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 522

³⁷ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.89.

humana e liberdade a fim de que o alcance das normas cumpra a função social determinada.

O legislador constituinte assegurou a todos uma nova tábua axiomática, privilegiando valores essenciais à pessoa humana, como a *dignidade*, a *solidariedade social*, a *igualdade substancial* e a *liberdade*. Assim, é absolutamente imperioso compreender, doravante, o sentido e o alcance das normas a partir da experiência constitucional.³⁸

Por conseguinte, ao alinhar o entendimento que a família é a base da sociedade, os ditames constitucionais descritos podem ser entendidos no sentido de haver a solidariedade entre os membros da família, sendo subsidiadas pelo Estado.

Diante disso, considerando esse entendimento o dever de solidariedade se realiza como sendo” de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social.”³⁹

Portanto o dever de solidariedade está voltado também para a consagração do direito de igualdade e de dignidade da pessoa humana, dando a todos os familiares e os que cuidam dos menores o dever de contribuir para o pleno desenvolvimento, nos moldes do contido da função social da família. Sobre a solidariedade familiar Rolf Madaleno diz:

Solidariedade familiar obriga parentes, cônjuges e conviventes a se auxiliarem reciprocamente através de alimentos, ou com relação ao dever de cuidados físicos e morais, servindo a família como principal instrumento capaz de levar ao efetivo desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, devendo ser protegida para atender a sua função social de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros.⁴⁰

Dessa forma, a solidariedade familiar está diretamente relacionada com a função social da família especialmente, por um compromisso moral para com os seus integrantes, tendo em conta que os laços de confiança, afeto e solidariedade são as colunas da existência e do desenvolvimento, que colocam os apoios da construção do valor humano e profissional.

1.3. 3 Afetividade

³⁸ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.170

³⁹ LENZA, Pedro. p.80.

⁴⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família, de acordo com o novo CPC**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 712

Em tempos remotos, o elo entre os indivíduos de uma família era a obediência ao detentor do pátrio poder, ficando a mulher e os filhos sujeitos às decisões da figura paterna. Nos dias atuais, no entanto, é a afetividade que une as pessoas em grupos familiares, é por causa desse sentimento que existem as variadas formas familiares e é pelo afeto que surgem novas famílias,

Mesmo considerando que com todo o esclarecimento nesse sentido ainda é possível ocorrer enlances matrimoniais arrançados e não pelo amor mútuo, porém a regra é que a afetividade una os indivíduos em família.

Stolze e Pamplona definem o princípio da afetividade como “uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida”.⁴¹

Dessa maneira, o princípio da afetividade é o elemento base, ou elemento chave para a constituição de famílias nos dias atuais

o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva — e encontra a sua raizônica — da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.⁴²

Na mesma esteira, quanto ao princípio da afetividade, Paulo Luiz Netto Lôbo, leciona que:

[...] o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.⁴³

Dessa maneira, o princípio da afetividade é o elemento base, ou elemento chave para a constituição de famílias nos dias atuais

o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva — e encontra a sua raizônica — da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é

⁴¹GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1082

⁴²GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1083

⁴³LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 20 out 2019

moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.⁴⁴

Na mesma esteira, quanto ao princípio da afetividade, Paulo Luiz Netto Lôbo, leciona que:

“[...] o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.⁴⁵

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais.

O Estado precisa criar instrumentos – políticas públicas - que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo. A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.⁴⁶

O afeto faz parte da formação das famílias como elemento basilar, fundamental. Não há como conceber a ideia de criação de núcleos familiares, como convivência mútua e duradoura sem que haja o afeto como cerne dessas entidades familiares.

Não há como pensar em famílias, nos critérios de dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, igualdade entre os que os familiares, solidariedade e outros, sem que o princípio da afetividade esteja presente.

1.3.4 Melhor interesse do menor

⁴⁴GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1083

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 30 set 2019

⁴⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A personalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 30 set 2019

Crianças e adolescentes passaram a ser tratadas como sujeitos de direitos fundamentais, com a garantia de que o princípio da dignidade humana será observado em qualquer situação, reafirmando, a normatividade dos princípios exarada no constitucionalismo atual.

O princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente ligado ao melhor interesse do menor, acaba por revelar que os interesses dessa parcela da sociedade deverão, sempre, sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, merecendo ser tratado como “[...] uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico.”⁴⁷

Ainda, o princípio da prioridade absoluta, disposto em capítulo específico do referido Estatuto, no qual se aborda o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade de crianças e adolescentes, é decorrência direta do princípio da dignidade humana.

Na lição de Barroso:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.⁴⁸

Assim, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma série de princípios, todos de forma a garantir, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente nasceu com o objetivo precípua de regular de forma integral o cuidado a ser observado com as crianças e adolescentes, porém este surgimento foi lento e impulsionado por graves situações. Trata-se de norma fundamental na defesa dos seus direitos, tendo em vista se tratar de pessoas em condição de desenvolvimento.

Munir Cury, nesse sentido aduz que:

A consequência prática de todo o Estatuto reside no reconhecimento de que as crianças e os adolescentes são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e mais direitos especiais que

⁴⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. rev. e ampl., de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p.41.

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Org. Ana Paula de Barcellos (*et, al*) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p.38.

decorres precisamente do seu estatuto antológico próprio de “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”.⁴⁹

Dentre os princípios trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se o do melhor interesse do menor ou também denominado de prevalência do menor. Segundo este princípio, na interpretação do estatuto levar-se-ão em conta os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

José de Farias Tavares, em comentários ao artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim nos ensina:

Este é o dispositivo-eixo pelo qual se há de mover todo o Estatuto. A regra básica dessa hermenêutica é a consideração que o intérprete terá sempre em mente de que o direito estatutário é especialmente protetor. A redação defeituosa de alguns dispositivos, os erros de técnicas legislativas em outros, impropriedades de expressões, por vezes encontradas no texto desta lei provocam dúvidas que o intérprete deve dirimir recorrendo a este art. 6º, como bússola que indica o Norte.⁵⁰

Em consonância com o disposto, é a jurisprudência colacionada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que os direitos inerentes à criança e ao adolescente deve permanecer :

Incorre cerceamento de defesa, em decorrência do julgamento antecipado da lide, quando os documentos acostados ao processo forem bastantes para a exarcação da sentença, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil. "Na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente deve-se ter presente o art. 6º, segundo o qual serão levados em conta os fins sociais a que esse diploma legal se dirige, bem como 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. A jurisprudência sempre reconheceu que o interesse da criança deve prevalecer sobre qualquer outro interesse quando seu destino estiver em discussão.⁵¹

Ao se falar de melhor interesse do menor, observa-se que o dispositivo trata a prevenção geral nos artigos 54 e 70 do ECA, que dispõe que é dever do Estado

⁴⁹ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. . 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2017. p.55.

⁵⁰ TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. rev. ampl. e atual. com os dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.17.

⁵¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA Apelação Cível: AC 509241 SC 2008.050924-1 - Segunda Câmara de Direito Civil – j. 12.04.18.Acesso em 30 set 2019

assegurar à criança e ao adolescente as necessidades básicas para o seu pleno desenvolvimento e prevenir a ocorrência de ameaça ou violação desses direitos.

A prevenção especial, ligada à primazia de atendimento ao interesse do menor, está contida nos artigos 74: “O Poder Público regulará, através de órgãos competentes, as diversões e espetáculos públicos”.

As medidas de prevenção especial vêm inserta no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 74 a 85 e visam estabelecer direitos, assegurando a todas as crianças e adolescentes direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento - artigo 71 do ECA.⁵²

Visto que é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação de direitos, ninguém pode eximir-se desta obrigação. Qualquer atentado aos direitos fundamentais, por ação ou omissão, merece exemplar punição.

Não podemos esquecer que a criança e o adolescente são seres humanos em formação- portanto, passíveis de diversas influências, até em direções antagônicas. Não se trata de um julgamento moral, não estamos defendendo que das crianças se escondam temas essenciais intimamente ligados às questões da vida, da sexualidade, da morte, da violência e das drogas. Trata-se, isto sim, de respeitar cada faixa etária da criança e do adolescente, a fim de que possam assimilar tais informações sem causar danos. Não podemos esquecer que o adolescente, ávidos por integrar-se ao mundo adulto, muitas vezes, simplesmente copia modelos de comportamentos, sem compreender o bem ou o mal que lhe podem ocasionar.⁵³

Maus tratos devem ser obrigatoriamente levados ao conhecimento do Conselho Tutelar da cidade, dentro do que determina o artigo 13 do Estatuto da Criança e do adolescente e ao juiz da infância e juventude, para as providências legais cabíveis.

Diante da existência de maus tratos, deve-se primar pela dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de qualquer tratamento atroz, violento, atemorizante, vexatório ou constrangedor, bem como toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, garantida a convivência familiar e comunitária.

Nesse ponto Geraldo Claret expõe que:

⁵² ZAINAGHI, Maria Cristina. Medidas preventivas e de proteção no Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index .php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4407](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4407). Acesso em 30 set 2019.

⁵³ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2015. p.255.

E um dos direitos mais importantes de crianças e adultos, recepcionados pela Constituição Brasileira, em seu artigo 227, é o da convivência familiar, originário da Doutrina da Proteção Integral construída sob a égide da Organização das Nações Unidas. Outros direitos incluídos entre os mais relevantes, são os da filiação e os da maternidade e paternidade, irrevogáveis, imprescritíveis e sobretudo, vitalícios. O pai ou a mãe só podem perder o pátrio poder - hoje elevados à categoria de poder familiar pelo novo código civil - quando for condenado por sentença judicial em um dos mais violentos processos judiciais existentes, o da “destituição do pátrio-poder”, por cometer o tipificado na lei, como espancamento dos filhos, abandono, arruinação de seus bens, entre outros.⁵⁴

Assim resta estabelecido que o princípio do melhor interesse do menor deve prevalecer a todo o tempo em que estiverem envolvidas questões inerentes ao menor.

⁵⁴ CLARET, Geraldo. **A Criança e do adolescente e o direito à convivência familiar**. Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1133004124>. Acesso em 26 out 2019

CAPITULO 2 - Da proteção da pessoa dos filhos

Ao falar de proteção da pessoa dos filhos remete-se o entendimento ao exercício do poder familiar, antes denominado de pátrio poder, que é designado àquele que tem o dever de cuidado dos menores que estão sob sua guarda.

Sob o instituto da guarda, tema que também será discorrido nesse capítulo, demonstra que são diferentes no ordenamento jurídico, contudo com o mesmo objetivo, tal seja evidenciando o cuidado que deve ser dado à criança e o adolescente dentro do contexto de proteção.

Para Rolf Madaleno esses dois institutos coadunam com o princípio da proteção da prole, seja ela biológica ou não, referenciando a necessidade de haver o resguardo, em todo tempo do melhor interesse da criança e do adolescente, sob pena de não reconhecer a constitucionalidade do ato jurídico.

o legislador constituinte conferiu prioridade aos direitos da criança e do adolescente, ressaltando os seus direitos em primeira linha de interesse, por se tratar de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade. Dessa forma seria inconcebível admitir pudesse qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tábula rasa do princípio dos seus melhores interesses, reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Carta Federal.⁵⁵

Ponto importante ainda sobre a guarda e o poder familiar é sobressaltar que a guarda em nada interfere no exercício do poder familiar, pois haverá ainda que de modo limitado a participação na vida da prole.

Aqui são importantes as considerações de Rolf Madaleno. “A guarda não interfere no poder familiar, muito embora seja um fator de limitação ao seu exercício por parte do genitor afastado da posse física dos filhos, pois não irá participar da rotina diária de sua descendência”⁵⁶

Feitas as considerações, em linhas gerais, passa-se a dissertar sobre o poder familiar e suas particularidades, bem como sobre os tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁵ MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.167/168

⁵⁶ MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.302

2.1 Poder familiar

O poder familiar, antes denominado de pátrio poder está diretamente relacionado com o cuidado dos pais para com os filhos menores. Assim, as tomadas de decisões desses pais que detêm o dever de cuidado se perfazem em consequências direta à vida dos filhos.

É certo que assim como a sociedade o poder familiar vem evoluindo ao longo dos tempos, partindo daquela velha idade do poder de mandar para o dever de cuidado.

O pátrio poder, como é conhecido hoje, teve suas origens na Antiguidade, mais precisamente em Roma, e seu conceito evoluiu no decorrer dos tempos, sob a influência do direito germânico. O titular do direito era o pai, o chefe da família, e a ele cabia todas as prerrogativas do pátrio poder. Já no direito germânico, o pátrio poder baseava-se, basicamente, nos mesmos moldes que o romano, só que com alguns abrandamentos. Enquanto em Roma, por exemplo, o pai tinha o direito de negar o filho em qualquer fase de sua vida, no germânico tal faculdade só era possível quando do seu nascimento, após o que, se aceito o filho, ao pai caberia exercer o pátrio poder como medida de proteção do menor

Então o fato de exercer autoridade dentro das famílias, seja qualquer delas, ligados à proteção de toda prole é que confirma o poder família devendo se dar em todas as searas em que a criança e o adolescente estejam inseridos, ou seja, o cuidado deve ser patrimonial, moral, psicológico com a finalidade de proteção mesmo.

Salienta-se que o fato de estar a criança em desenvolvimento valora ainda mais o exercício do poder familiar, pois o amparo deve se ter, primeiramente dentro do seio familiar e por isso a convivência torna-se condição indispensável para o bom relacionamento e exercício do poder familiar.

Este instituto disciplinará a proteção dos filhos, na ocasião da separação ou divórcio de seus pais, deixando clara a possibilidade de controle, tratando-se de um instituto jurídico pelo qual os pais recebem do Estado e da coletividade a missão superior de cuidar dos seus filhos, protegendo-os e estabelecendo limites de atuação, tendo, seus genitores, o direito, que também é obrigação, manter os filhos menores sobre sua companhia. Em se tratando de guarda compartilhada, a mesma será conferida a um deles, mediante acordo que entabularem ou segundo a decisão judicial proferida em demanda própria, podendo ainda ser conferida a um terceiro, se o juiz entender que a convivência com os genitores não vem em proveito dos filhos⁵⁷

⁵⁷ ANDRADE, Livia. **Conceito de guarda, tutela e curatela.** Disponível em <https://juridicocerto.com/p/dra-livia-andrade/artigos/guarda-tutela-e-curatela-3324>. Acesso em 04 nov. 2019

O Poder Familiar no contexto familiar pode ser entendido como o exercício da autoridade dos pais de modo a proteger a prole de todo e qualquer mal que possa advir sobre eles, seja de ordem patrimonial, físico ou moral.

O poder familiar está ligado ao contido no artigo 227 da Constituição da República a qual determina a convivência familiar

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 opressão⁵⁸

A Constituição da República em seu artigo 227 dispõe sobre direitos da criança e do adolescente, colocando dentre esses o direito à convivência familiar, cominando como dever da família, da sociedade e do Estado.

Nota-se que o dispositivo constitucional estende o dever de cuidados para além da família, sem, contudo, tirar da criança e do adolescente o direito à convivência familiar.

A convivência familiar garantida é aquela natural, baseada no afeto, saudável para os seus componentes, especialmente para as crianças. Ao colocar a convivência familiar como dever da família, não almejou o legislador estabelecer uma relação que não existe. Não se pode aqui esquecer que a família atual é aquela edificada a partir da afetividade, sendo a convivência familiar basilar para a formação da criança.

Quando se fala no exercício do poder familiar no contexto da família, estabelece-se o afeto como principal eixo de quem é detentor de tal poder. O exercício do poder familiar se dá dentro dos parâmetros desejados, ou seja, exercido com responsabilidade e dedicação, que é que se espera daqueles que cuidam.

Então qualquer tipo de abuso ou desmoralização a um dos direitos que possui a criança ou do adolescente ou, em existindo inadimplemento dos deveres intrínsecos aos pais, as providencias devem ser tomados no sentido da existência de consequências, dentre elas: a suspensão, a perda ou a extinção do poder familiar.

⁵⁸ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.89.

Sobre a perda do poder familiar as considerações de Nelson Rosenwald são importantes:

A perda do poder familiar é a forma mais grave de destituição do poder familiar e se dá por ato judicial quando o pai ou mãe castigar imoderadamente o filho, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidir de forma reiterada no abuso de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens do filho menor.⁵⁹

No que se refere a perda do poder familiar, é fundamental considerar o contido no artigo 1638 do Código Civil, é a pena mais severa imposta ao pai pelo descumprimento de alguma norma de família concernente à relação paterno-filial.

O ministro Dias Toffoli, presidente da República em exercício sancionou a lei 13.715/18, que amplia as hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do poder familiar ou contra o filho, filha ou outro descendente. Conforme publicação no Diário Oficial da União

Com isso a Lei civil, em seu artigo 1638 passou a vigorar com os seguintes dizeres:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.⁶⁰

Da justificativa para a alteração da legislação, o então presidente da república em exercício, ministro Dias Toffoli, justificou que a mudança é necessário pois haviam casos que era preciso retirar o poder familiar e não abarcados pela lei civil.

⁵⁹ FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD. **Nelson. Direito das Famílias**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017, p. 612

⁶⁰ BRASIL, CÓDIGO CIVIL, *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.89.

Com isso entendeu como nada mais natural do que retirar o poder familiar daqueles que se mostram inaptos a exercer esse poder, que é o familiar.

Observa-se que a partir de então existe a perda do poder familiar nos casos de cometimento de crimes dolosos no qual estão presentes casos de violência doméstica e familiar dentro do que descreve o inciso II, alínea “a”

Extraí-se do referido artigo que o legislador não especificou sobre qual caso de abandono seria imposta tal punição, ou seja, se seria para a hipótese do abandono material ou moral. Percebe-se, portanto, que tal penalidade será aplicada em qualquer caso, desde a falta de assistência material até a falta de assistência moral ou psicológica.

Com isso em conformidade com o pensamento de Nelson Roselvald e Cristiano Chaves de Faria, que a imputação do dano moral em face do abandono afetivo não é a melhor alternativa para se dirimir o problema, uma vez que não atenderia ao objetivo final colimado, qual seja, a reparação do dano psíquico sofrido pelo autor.

[...] Não entendemos razoável a afirmação de que a negativa de afeto entre pai e filho (ou mesmo entre outros parentes, como avô e neto) implicaria em indenização por dano moral. Faltando afeto entre pai e filho (e demais parentes), poder-se-ia imaginar, a depender do caso, a decorrência de outros efeitos jurídicos, como a destituição do poder familiar ou a imposição da prestação alimentícia, mas não a obrigação de reparar um pretense dano moral.⁶¹

Sobre a suspensão do poder familiar, encontra amparo legal no artigo 1637 do Código Civil, que também remete aos casos de abuso de autoridade e com isso colocando em risco a vida, saúde, ou mesmo os bens dos filhos que estão sob sua guarda.:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.⁶²

⁶¹ FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD. **Nelson. Direito das Famílias**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017, p. 554.

⁶² BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2018. p.296

O artigo é expresso nesse sentido pois determina que o poder familiar é designado à proteção e não ao uso indiscriminado dos bens que pertencem ao menor, pois o que é designado a ele deve ser preservado devido a sua condição de desenvolvimento

Ao contrário da destituição a suspensão do poder familiar pode ser revista e modificada pelo magistrado ou pela parte interessada, desde que haja mudança na situação e nos fatos que a provocaram.

Nos casos em que existe possibilidade de recomposição dos laços de afetividade entre pais e filhos, a suspensão do poder familiar deve ser a condição eleita, e não a perda.

Frise-se que o poder familiar é o exercício de algo inerente aos deveres de cuidado que são oriundos da convivência familiar. É algo de extrema importância na vida do menor, pois essa precisa de referências de cuidado para o pleno desenvolvimento, seja ele dentro do seio familiar, biológico ou mesmo social.

2.2 Guarda e as espécies reguladas pela legislação brasileira

Assim como o direito das famílias vem evoluindo, o instituto da guarda segue dentro da concepção de dinamismo que reveste o direito brasileiro.

Nesse contexto é de suma importância considerar o exercício do poder familiar adequando-o aos critérios de melhor interesse do menor e todas as ações voltadas a ele com a finalidade de consagrar a dignidade da pessoa humana.

O menor fazendo parte do rol da preservação e resguardo dos direitos fundamentais tem no direito de igualdade seu aliado sobretudo no que se refere à igualdade material no sentido de tratamento, adequando às suas condições de sobrevivência.

Com a Constituição Federal as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade.

A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família.

O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabelece as diretrizes do direito das famílias em grandes eixos, a saber:

- (a) a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar;
- (b) o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e
- (c) o tratamento igualitário entre todos os filhos. Como são normas de direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculo a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais.⁶³

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo.

Dentro desse contexto o Instituto da guarda volta-se para esses novos critérios de família.

Assim sendo, a guarda pode ser dividida em vários tipos, e que serão estudados a partir daqui para que se possa entender melhor esse instituto

A guarda alternada não é reconhecida no direito brasileiro exatamente por não ser considerada como benéfica para o menor.

Nesta modalidade de guarda o menor passa períodos alternativos na morada do pai e da mãe, seja uma semana, uma quinzena, um mês e por aí vai.

Não é um tipo de guarda adequada, pois a criança não tem um referencial domiciliar, tendo em vista que passa curtos períodos de tempo em cada residência. Não possui, assim, uma rotina, não terá uma convivência contínua com vizinhos, amigos, entre outros, o que pode vir a prejudicar imensamente o seu desenvolvimento.

A guarda unilateral como o próprio nome diz é aquela exercida por apenas um dos genitores ou mesmo por uma pessoa que detém o poder familiar.

Será outorgada a guarda àquele que possuir as melhores qualidades de exercê-la, nos moldes do artigo 1583 do Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada
 § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da

⁶³ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.232.

mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.⁶⁴

Ressalte-se que a guarda unilateral é exceção e somente deve ser aplicada quando não houver possibilidade de exercício da guarda compartilhada

A Guarda Unilateral somente é fixada quando não é possível a guarda compartilhada. Sua previsão legal está no art. 1.583 do Código Civil, é aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, cabendo ao juiz atribuir a guarda ao genitor que possuir melhores condições de proteger os direitos da criança e do adolescente, o que nem sempre é fácil de determinar.⁶⁵

Importante dizer que isso não significa que exclusivamente o genitor que tenha a melhor condição financeira conseguirá obter a guarda.

A guarda unilateral será ela concedida àquele que apresentar condições de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, o que vai muito longe do quesito financeiro.

Nesses casos o afeto é indispensável visto que não somente as questões financeiras devem permear nesse tipo de guarda, pois apenas um dos genitores ou do que possui a guarda se fará presente na vida desse menor.

AFETO É ESSENCIAL! E vale mais do que qualquer quantia monetária. O afeto é mais valioso. esta modalidade de guarda não é recomendada e sua aplicação ocorre apenas em caráter excepcional, se devidamente comprovada a sua necessidade.⁶⁶

Sobre a guarda unilateral é importante dizer que se o magistrado verificar que nenhum dos genitores é capaz de cuidar do menor poderá deferir a guarda à outra pessoa que tenha afetividade, como se verifica do artigo 1534, parágrafo 5º do Código Civil:

Art 1584:§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.⁶⁷

⁶⁴ BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2018. p.983.

⁶⁵ FILHO, Carlos dos Santos. **Os Diferentes tipos de guarda.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/12623/Guarda+dos+filhos+%E2%80%93+alternada+%2C+compartilhada+ou+unilateral%3F>. Acesso em 30 out 2019

⁶⁶ COIS, José Eduardo. **Os tipos de guarda no Brasil.** Disponível em [emde-guarda-no-brasil](http://emde-guarda-no-brasil.com.br/). Acesso em 02 nov 2019

⁶⁷ BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2018. p.983.

Importante frisar que a guarda unilateral é exceção e somente deve ser aplicada quando não houver possibilidade de exercício da guarda compartilhada

Nota-se, novamente, que o legislador coloca as questões de afetividade em lugar de apreço nesses casos.

O fato da guarda ser exercida por apenas um dos integrantes da família não significa que o direito de visitas não possa ser efetivado.

Assim dispõe o artigo 1589 do Código Civil:

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.⁶⁸

Esse entendimento vai ao encontro do contido no princípio do melhor interesse da criança. Desse modo, não pode impedir o contato com pessoas que tenham estima, carinho e afeto pelo menor em questão.

A guarda compartilhada tem sido o melhor modelo aplicado no país, entendeu-se que aqueles que possuem responsabilidade sobre os filhos devem realizá-las conjuntamente, sem que onere um ou outro.

Trata-se de um instituto moderno que tem no afeto e deveres de cuidado seu principal ponto de apoio.

A guarda compartilhada encontra respaldo jurídico no artigo 1583 do Código Civil, assim dispondo:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.⁶⁹

⁶⁸ BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2018. p.983.

⁶⁹ BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2018. p.983.

Nessa perspectiva é possível entender a guarda compartilhada regulamentada pela Lei 11.698/08 como a melhor opção para a criação dos filhos.

A Guarda Compartilhada foi instituída pela Lei 11.698/08. Nesta modalidade, os pais detêm a guarda jurídica do filho conjuntamente, podendo a guarda física ser ou não alternada. Nela os pais tomam juntos as decisões referentes ao filho (como qual escola estudar, atividades complementares, etc), evitando disputas e otimizando a continuidade da relação entre os pais e o filho.⁷⁰

A guarda compartilhada aprova aos pais uma maior convivência com os filhos, que permanecerão em condições de igualdade, tendo os mesmos direitos e os mesmos deveres para com seus filhos. Este tipo de guarda divide a responsabilidade legal pela tomada de todas as decisões importantes que afetam a vida dos filhos menores.

Aqui não se questiona os quereres dos pais ou dos responsáveis, a guarda é determinada de forma compartilhada para que o menor cresça em desenvolvimento sadio, pleno e completo.

Nesse sentido são as considerações de Maria Berenice Dias a qual salienta que a guarda compartilhada impede uma conduta repulsiva que é a barganha ou mesmo vingança entre os detentores da guarda.

Não importa a discordância de um ou de ambos os pais, ou eventual estado de beligerância entre eles. Encontrando-se ambos aptos ao exercício do poder familiar, a guarda é sempre compartilhada (CC, artigo 1.584, parágrafo 2º). Ou é assim, ou simplesmente a guarda será definida a favor de quem não deseja o compartilhamento. Basta manter-se em estado de beligerância com o outro. A solução legal é das mais louváveis, pois visa a impedir que o exercício do direito de convivência seja usado como instrumento de vingança ou de barganha.⁷¹

Frise-se que para que este tipo de guarda funcione, é efetivo que tenha um bom diálogo entre os pais. É indispensável, assim sendo, primar pelo bem-estar e saudável desenvolvimento da criança.

⁷⁰ FILHO, Carlos dos Santos. **Os Diferentes tipos de guarda.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/12623/Guarda+dos+filhos+%E2%80%93+alternada+%2C+compartilhada+ou+unilateral%3F>. Acesso em 20 out 2019

⁷¹ DIAS, Maria Berenice **Guarda Compartilhada flexibiliza a convivência em favor do filho.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenice-dias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos>. Acesso em 20 out 2019

Dessa forma, entende-se que mesmo não tendo o relacionamento de seus pais mais condições de continuar, o menor ainda terá a oportunidade de ter consigo ambos os genitores a maior parte do tempo, tomando as decisões importantes de sua vida, o que torna a separação menos danosa para a criança e garantirão seu desenvolvimento pleno.

Em outras palavras, o pai que não possui a guarda do filho menor ainda assim participará ativamente e efetivamente na sua vida, acompanhando de perto seu crescimento.⁷²

O melhor interesse do menor prevalece com a guarda compartilhada que tem a oportunidade de ter ao seu lado seus genitores, tomando decisões a seu favor, compartilhando as questões do dia a dia o que é extremamente benéfico ao pleno desenvolvimento da criança e adolescente.

A guarda compartilhada como o próprio nome diz faz menção ao compartilhamento, desse modo o dispositivo legal não atribui a fixação da residência do filho a um lar exclusivo. Ainda não diz que o alicerce de moradia necessita ser cominada a apenas um dos genitores. Tão somente estabelece que a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor acolhe aos seus interesses.

Ao falar em município ou cidade, parece implicar que os pais que moram em localidades distintas, fato que não evita o regime de compartilhamento. A atualizada parafernália tecnológica autoriza uma proximidade tão grande que, mesmo residindo em países distantes, podem os pais exercer a guarda compartilhada.⁷³

Então, se o período de convivência é desmembrado equilibradamente entre os pais, coisa nenhuma, categoricamente nada abona eleger-se uma base de moradia, expressão que nem sequer dispõe de precisão conceitual. Além disso, não decide a residência e nem coloca o domicílio do menor em questão.

É imperativo certa flexibilização da convivência, para acolher ao interesse do próprio filho o que não pode estar sujeito a recusa sem justificativa de quem tem constituída a seu favor a base da residência.

⁷² COIS, José Eduardo. **Os tipos de guarda no Brasil.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55683/os-tipos-de-guarda-no-brasil>. Acesso em 20 out 2019

⁷³ DIAS, Maria Berenice **Guarda Compartilhada flexibiliza a convivência em favor do filho.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenice-dias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos>. Acesso em 20 out 2019

Por isso é imprescindível conhecer que, na guarda compartilhada, independentemente do tempo de convívio com cada um dos pais, o filho tem dupla morada, dispondo, assim, de duplo domicílio.

CAPITULO 3 - Regularização da guarda de fato e as famílias reconstituídas

Esse capítulo é voltado para o estudo do tema em si, qual seja, a regularização da guarda de fato nas famílias reconstituídas.

O fim da relação afetiva entre os cônjuges ou companheiros, não põe fim ao vínculo afetivo existente entre os enteados ou filhos de fato, e sendo a paternidade afetiva reconhecida, cabe ao pai afetivo os direitos e deveres de pai, assim como cabe ao filho os direitos e deveres de filiação. Nesse sentido de proteção os dizeres de Madaleno a respeito da dignidade da pessoa humana, incluindo-se aí a figura do menor:

(...) a família, constituída pelos pais, a sociedade e o Estado devem dar prioridade aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Conforme disposto ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre tendo em mira o princípio do melhor interesse, consolidou a doutrina da proteção integral e especial da criança e do adolescente e dispôs no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral desta lei, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades, com vistas a lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁷⁴

É de suma importância entender a necessidade da regularização da guarda de fato nas famílias reconstituídas e assim poder haver a possibilidade de guarda compartilhada.

O problema aqui proposto ao estudo sobre a possibilidade jurídica de regularizar a guarda de fato já existente entre o infante e seu padrasto ou madrasta da família reconstituída é evidenciado. Sendo a resposta para a indagação positiva, pois não se trata de regularizar simplesmente uma relação pré-existente e sim manter a continuidade de vínculos afetivos existentes que se quebrados, são capazes de implicar em danos irreversíveis contrariando o contido no princípio do melhor interesse do menor e da proteção.

O que leva a confirmação desse entendimento são os dizeres do marco teórico trazido como fonte legal de embasamento que afirma ser possível a regularização da guarda de fato com a finalidade da guarda compartilhada, pois a afetividade está inserida na relação com concretização de vínculos afetivos entre as partes que não

⁷⁴MADALENO, Rolf. Direito de família / Rolf Madaleno. – 7.ª ed.– Rio de Janeiro:Editora Forense, 2016.

devem ser desfeitos. Esse entendimento vem coadunar com as jurisprudências dos Tribunais Pátrios, conforme análise do tópico 3.2 a seguir.

3.1 Guarda de fato: um estudo doutrinário

O instituto da guarda se apresenta, atualmente, sob várias modalidades, dentre elas a guarda exclusiva unilateral e a guarda bilateral, aí compreendida a guarda alternada e a guarda compartilhada, sendo que, no Brasil, o modelo de guarda tradicional é ainda o modelo de guarda unilateral, também reconhecido a guarda de fato⁷⁵.

As famílias reconstituídas comportam uma série de personagens novos no cenário familiar, além da figura do pai ou mãe e filho ou filhos, surgem a figura do padrasto ou madrasta, do enteado ou filho do padrasto ou madrasta e ainda tem o meio irmão, criança que nasce da nova união do pai ou da mãe. Neste contexto tem-se um complexo de relacionamentos, trazendo à tona uma série de conflitos jurídicos ainda não enfrentados.

Sendo assim, ante ao já consagrado princípio da afetividade, e reconhecido o vínculo de afeto que se estabelece no âmbito da família reconstituída, há que se conferir uma parcela do exercício do poder familiar ao pai e mãe afetivos no modelo reconstituído.

A guarda é um atributo do poder familiar, mas que dele se separa, não se exaurindo, nem se confundindo com este, de forma que um pode existir sem o outro. A guarda é o direito de reter consigo os filhos menores no intuito de defendê-los contra qualquer dano ou perigo.

Logo, ao analisar estes conceitos percebe-se que a madrasta e o padrasto exercem a guarda de fato em relação ao filho de seu cônjuge ou companheiro, uma vez que, convivem diuturnamente com o menor, desempenhando os atributos da guarda sem nenhum reconhecimento jurídico.

A guarda de fato também se faz presente quando os pais não são casados e tampouco coabitam, e sua prole comum fica sob a custódia de um dos ascendentes sendo exercida por pessoa que não tem a condição legal de

⁷⁵ FONSECA, Maria Daciele da Fonseca. **Guarda compartilhada após a dissolução da união do casal**. 2012. 43f. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena – FADI, Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2012. p. 10.

guardião, mas a guarda de fato é desempenhada por uma pessoa que justamente carece da qualidade de tutor ou guardião, mas que no mundo dos fatos e de modo informal toma a si essa tarefa.⁷⁶

Nesse prospecto da guarda de fato, diante do contido nos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor, trazidos ao longo da monografia, o questionamento sobre a regularização da guarda de fato nas famílias reconstituídas tem um sentido positivo. Desse modo, seria juridicamente possível a regularização da guarda de fato do padrasto/madrasta em famílias reconstituídas?

A pesquisa conduz a hipótese positiva como resposta ao problema de pesquisa. Assim, diante do princípio da afetividade, invocando o vínculo construído entre a criança e o adolescente e seu padrasto ou madrasta, em famílias reconstituídas, entende-se que a guarda, embora seja um atributo do poder familiar pode se desvincular do mesmo quando se fala em guarda de fato para aquele que exercem diariamente os atributos de guardião do enteado ou enteada defendendo-os de qualquer dano ou perigo. Por fim, seguimos o posicionamento das jurisprudências que garante o melhor interesse da criança e do adolescente reconhecendo o direito a guarda compartilhada entre o padrasto ou madrasta e os pais biológicos.

Assim, com a normatização da guarda de fato, embasada na formação de vínculos de afeto entre a criança e o adolescente e padrasto e madrasta, a guarda, mesmo que seja inerente ao exercício do poder familiar, é desvinculada, dado aquele que tem o dever de cuidado, proteção, sustento, afetividade. Com isso torna-se possível o compartilhamento da guarda com os pais biológicos.

Confirmando o entendimento extrai-se os dizeres do marco teórico.

[...] ante ao já consagrado princípio da afetividade, e reconhecido o vínculo de afeto que se estabelece no âmbito da família reconstituída, há que se conferir uma parcela do exercício do poder familiar ao pai e mãe afetivo no modelo reconstituído. A guarda é um atributo do poder familiar, mas que dele se separa, não se exaurindo, nem se confundindo com este, de forma que um pode existir sem o outro. A guarda é o direito de reter consigo os filhos menores no intuito de defendê-los contra qualquer dano ou perigo. Logo, ao analisar estes conceitos percebe-se que a madrasta e o padrasto exercem a guarda de fato em relação ou filho de seu cônjuge ou companheiro, uma vez que, convivem diuturnamente com o menor, desempenhando os atributos da guarda sem nenhum reconhecimento jurídico. Caminha-se para este reconhecimento, pois a jurisprudência tem se posicionado, em nome do princípio do melhor interesse da criança e do

⁷⁶ MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.654

adolescente, a deferir pedidos judiciais de guarda compartilhada de padrastos e madrastas, que ao longo da relação com seu antigo cônjuge, criaram vínculos afetivos com o então enteado [...].⁷⁷

Importante frisar que mesmo com a guarda de fato o período de convivência familiar é indispensável para que haja a adoção legal do menor. Assim, mesmo que esteja vivendo por um período de tempo numa situação fática é imprescindível para a adoção.

Para Rolf Madaleno esse deve ser o entendimento sobre a necessidade da não possibilidade de dispensa da convivência familiar mesmo nos casos da guarda de fato.

Importante observar que a guarda deve ser legal, pois a simples guarda de fato não autoriza a dispensa da realização do estágio de convivência, sendo obrigatório um estágio mínimo de 30 dias, a ser cumprido no território nacional, para o caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País (ECA, art. 46, § 3º). Pela Lei Nacional da Adoção o Poder Público deve proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, buscando prevenir e minorar as consequências do estado puerperal.⁷⁸

Nota-se, portanto, que a guarda de fato está diretamente relacionada com a afetividade que envolvem as relações familiares.

Aqui o problema de pesquisa ganha relevância no momento em que o questionamento sobre a possibilidade de regularizar ou não a guarda de fato do padrasto ou da madrasta em famílias reconstituídas, levando a guarda compartilhada.

Acena-se positivamente a esse entendimento considerando os laços e vínculos de afetividade que se fazem presente, ainda que o poder familiar seja inerente ao detentor da guarda ele pode ser desvinculado, o princípio da proteção ao menor deve estar presente.

Com isso tem-se a permissão para aquele que atua como guardião do menor e provem o cuidado necessário todos os dias seja o detentor da guarda, conforme os dizeres do marco teórico da pesquisa colacionado na introdução desse trabalho.

3.2 Análise de decisões

⁷⁷ CAPELARI, Elaine Cristina; FERMENTÃO, Cleide Gomes Aparecida Rodrigues. Guarda de fato no âmbito das famílias. In: Revista de Direito de Família e Sucessão. ISSN: 2526-0227. Maranhão. v. 3. n. 2 P. 99-120. Jul/Dez, 2017. P. 114.

⁷⁸ MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.732

Quando se fala de família reconstituída não obsta ao(à) padrasto/madrasta devotar amor e cuidados de genitor para com o(s) filho(s) do cônjuge, sendo então estabelecida a relação de paternidade por afetividade, é nesse sentido que o Enunciado n. 519 da V Jornada de Direito Civil reconhece a paternidade socio afetiva, pautada na livre vontade e com base na posse do estado de filho.

Ao reconhecer a paternidade afetiva, dá-se ao pai/mãe socio afetivo todos os direitos e deveres de um genitor pra com seu filho, a á essa relação aplica-se os princípios aplicados nas relações familiares, como o princípio do bem estar do menor, a igualdade entre os pais e igualdade entre os filhos, figurando esse último no art. 227 §6 da CF/88.

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

E ainda, nesse sentido, o artigo 1596 do Diploma Civil Brasileiro veda a discriminação entre os filhos, não podendo fazer diferença entre os filhos adotados, filhos nascidos de casamento ou de união estável ou ainda filhos nascidos de relações adulterinas, estando a eles resguardados todos os direitos de filho.

Diz-se paternidade afetiva daquela que é pautada no afeto mútuo entre padrasto ou madrasta e enteado(a) do qual não guarda vínculo biológico.

Esse reconhecimento de paternidade é pautado no princípio do melhor interesse do menor e no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse último, grosso modo, o valor moral e espiritual, inerentes a pessoa humana, quanto ao primeiro visa garantir os direitos inerentes ao menor, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento e sua formação psíquica e física, impedindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança.

DIREITO CIVIL E FAMÍLIA. ALIMENTOS. GUARDA DE FATO. ADMINISTRAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. GUARDA DE FATO. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELO PROVIDO. 1) O ordenamento jurídico brasileiro assegura aos pais o poder-dever de fiscalizar a manutenção dos filhos, no sentido de averiguar o respeito à dignidade, à integridade física e psíquica, bem como se estão sendo

atendidos seus pressupostos materiais fundamentais. 2) Inspirado nesses valores, o art. 1.589 do Código Civil prescreve que o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. 3) No caso, assiste razão ao recorrente para que os alimentos sejam geridos por quem de fato exerce a guarda, sem prejuízo de fiscalização pelos pais, a fim de possibilitar a manutenção e educação da menor, como corolário da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, CF) e da dignidade da pessoa humana. 4) Apelo conhecido e provido.⁷⁹

Depreende da jurisprudência colacionada que a guarda de fato faz com que mesmo nas famílias reconstituídas permaneçam as obrigações até mesmo alimentar. A guarda de fato atribui os mesmos deveres e obrigações aos pais.

A jurisprudência tem atentado para esses critérios visualizando o melhor interesse do menor que no caso concreto apresentado o melhor interesse da criança foi considerado, principalmente por haver laços de afetividade entre o menor e o padrasto.

Guarda de menor Guarda compartilhada- padrasto- que melhor atende aos interesses da criança. Laudos psicológico e social que atestam as mesmas condições do padrasto. O ex companheiro da genitora é pessoa considerada de bom trato com o menor proporcionando o ambiente adequado em que deve se desenvolver o menino. Sentença que deferiu a modificação da guarda e fixou a guarda compartilhada atendendo o princípio da afetividade. Dou provimento do recurso do requerido.⁸⁰

Da leitura da decisão é permitido notar que a guarda foi modificada para aquele que possui a guarda de fato do menor, já que os laços de afetividade promovem um ambiente saudável a criança em questão.

Em outra jurisprudência o tribunal também reconhece a guarda compartilhada na família reconstituída

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EXTRAJUDICIALMENTE - VÍNCULO SOCIOAFETIVO DECLARADO EM ESCRITURA PÚBLICA PELO PAI COM O CONSENTIMENTO DO FILHO MAIOR - FÉ PÚBLICA - DISCREPÂNCIA ENTRE AS IDADES DOS INTERESSADOS - IRRELEVÂNCIA - PRESCINDIBILIDADE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - ORDEM CONCEDIDA.O reconhecimento extrajudicial da paternidade/filiação socioafetiva, resultante da declarada posse do estado de filho feita pelas partes, pode ser realizado através de escritura pública,

⁷⁹ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJ-AP - APL: 00014291120188030002 AP, Relator: Desembargador ROMMEL ARAÚJO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 16/04/2019, Tribunal. Acesso em 11 nov 2019

⁸⁰ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO TJSP; Apelação 0002187-74.2010.8.26.0472; Relator (a): EnioZuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Porto Ferreira - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 20/10/2018; Data de Registro 25 out 2019

perante o notário, a ser arquivada no Registro Civil das Pessoas Naturais, com anuência da mãe, se o filho for menor de dezoito anos, ou com o consentimento do próprio filho, se maior de idade. Não existe impedimento legal ou motivos jurídicos razoáveis a impor aos interessados o caminho da ação declaratória de paternidade/filiação socioafetiva simplesmente por causa da "diferença de idade entre ambos", sob pena de violar a presunção de boa-fé das partes e a fé-pública da escritura lavrada pessoalmente perante notário por agentes capazes.⁸¹

Diante disso é possível afirmar que o afeto se sobrepõe a consanguinidade e a conexão formada não pode ser estremecida, nem ameaçada, por quem se encontra abaixo dessa relação. Não competindo, assim, a desconstituição dessa paternidade socioafetiva surgida entre pai e filho

Nota-se dos julgados colacionados que o reconhecimento da guarda compartilhada no caso das famílias reconstituídas são pautados no princípio da afetividade e do melhor interesse do menor.

⁸¹ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINHAS GERAIS. TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.16.008168-3/000, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/11/0018, publicação da súmula em 03 nov 2019

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afetividade é o principal fundamento das relações familiares, sendo ela quem dita as ordens de como a família se constitui e se relaciona entre si e com toda a sociedade.

A criança e adolescente são dotados de prioridade e atenção especial, sobretudo por sua condição de pleno desenvolvimento carecendo, portanto de cuidados que são voltados à sua proteção integral.

Atento a essa proteção e cuidados além do contido na Constituição da República que é a Lei Maior do nosso ordenamento jurídico, o legislador preocupou em editar lei específica qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente para que nenhuma dúvida exista sobre esses cuidados especiais.

Além da legislação, quando se fala em criança e adolescente no contexto familiar outros princípios são indispensáveis nesse cuidado especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade dentre outros que buscam dar ênfase ao entendimento que a convivência familiar deve se dar em harmonia com os que compõem a família e a sociedade na qual estão inseridas.

O poder familiar é o exercício dos cuidados com os menores realizados por aqueles que têm o dever de cuidado. Embora num primeiro momento venha a ideia de ser realizado por pai e mãe, as famílias constituídas na atualidade levam ao entendimento que tal ideia não pode ser restrita aos genitores.

Famílias unicelulares, pluricelulares, homoafetivas, reconstituídas, são todos os tipos que hoje fazem parte da nossa sociedade.

Daí a guarda que é o dever de cuidado tem tomado cada vez mais relevância, especialmente a guarda compartilhada que é entendida como a melhor forma de cuidado para com as crianças e adolescentes.

Nesse sentido, a guarda compartilhada nas famílias reconstituídas não pode ser negada, pois ainda que o genitor ou genitora não esteja presente na relação, não é possível negar o dever de cuidado e solidariedade que se tem nas famílias reconstituídas.

Ainda, a afetividade não tem laços com consanguinidade e sim com respeito, cuidado, carinho dentre outros sentimentos que estão na relação de convivência e que perdura mesmo com o fim do relacionamento.

A jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de haver a guarda compartilhada nas famílias reconstituídas exatamente por esses critérios que são exatamente os resguardados pelos princípios que permeiam as relações familiares.

Desse modo, a guarda compartilhada nas famílias reconstituídas não gera nenhum tipo de confusão ou conflito, ao contrário permite que os laços afetuosos formados durante a convivência perdurem por toda vida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Livia. **Conceito de guarda, tutela e curatela.** Disponível em <https://juridicocerto.com/p/dra-livia-andrade/artigos/guarda-tutela-e-curatela-3324>. Acesso em 04 nov. 2019

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Org. Ana Paula de Barcellos (*et, al*) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas,** Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional,** 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL- *VadeMecum/* obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2018.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA *Vade Mecum.* São Paulo. Saraiva, 2018. p.89.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TJ-AP - APL: 00014291120188030002 AP, Relator: Desembargador ROMMEL ARAÚJO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 16/04/2019, Tribunal. Acesso em 11 nov 2019

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINHAS GERAIS. TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.16.008168-3/000, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/11/0018, publicação da súmula em 03 nov 2019

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO TJSP; Apelação 0002187-74.2010.8.26.0472; Relator (a): EnioZuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Porto Ferreira - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 20/10/2018; Data de Registro25 out 2019

CAPELARI, Elaine Cristina; FERMENTÃO, Cleide Gomes Aparecida Rodrigues. Guarda de fato no âmbito das famílias. In: Revista de Direito de Família e Sucessão. ISSN: 2526-0227. Maranhão. v, 3. n. 2 P. 99-120. Jul/Dez, 2017. P. 114.

CLARET, Geraldo. **A Criança e do adolescente e o direito à convivência familiar.** Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=1133004124>. Acesso em 26 maio 2019

COIS, José Eduardo. **Os tipos de guarda no Brasil.** Disponível em [emde-guarda-no-brasil](http://www.emde-guarda-no-brasil.com.br). Acesso em 02 nov 2019

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** . 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice **Guarda Compartilhada flexibiliza a convivência em favor do filho**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenice-dias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos>. Acesso em 20 out 2019

DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018,

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD. **Nelson. Direito das Famílias**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017,

FILHO, Carlos dos Santos. **Os Diferentes tipos de guarda**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/12623/Guarda+dos+filhos+%E2%80%93+alternada+%2C+compartilhada+ou+unilateral%3F>. Acesso em 30 out 2019

FONSECA, Maria Daciele da Fonseca. **Guarda compartilhada após a dissolução da união do casal**. 2012. 43f. Monografia (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena – FADI, Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2012.

GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. rev. e ampl., de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A personalização das relações de família**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 30 set 2019

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 20 maio 2019

MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família, de acordo com o novo CPC**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019,

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Guilherme P. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª ed., Rio de Janeiro: Atlas: 2018.

NUNES, Adilson Souza. **O que é família reconstituída.** Disponível em <https://conceitos.com/familia-reconstruida/>. Acesso em 02 nov 2019

REALE, Miguel. **A função social da família no Código Civil.** Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acesso em 04 nov 2019

RIBEIRO JUNIOR, Glaucio Vasconcelos. **Contornos históricos e conceituais do princípio da dignidade da pessoa humana** . Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14392>>. Acesso em 15 ago. 2019

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002

Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito de família** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017,

ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atual, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 ,

SARLET, Ingo Wolfgang , Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo :

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4. ed. rev. ampl. e atual. com os dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Cíveis e Estatutárias. Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA Apelação Cível: AC 509241 SC 2008.050924-1 - Segunda Câmara de Direito Civil – j. 12.04.18.Acesso em 30 set 2019

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família**. 11º Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2016.

VIANA, Samara. **Os tipos de famílias e guarda reconhecidos no direito brasileiro**. Disponível em <https://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existentis-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>. Acesso em 10 nov 2019

VIGO, Phillipe **As famílias poliafetivas**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58673/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima/4>. Acesso em 30 setembro de 2019

ZAINAGHI, Maria Cristina. Medidas preventivas e de proteção no Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4407. Acesso em 30 set 2019.