

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA
MIRIAM ALBERTO DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA RECONSTITUÍDA

BACHARELADO EM DIREITO

CARATINGA MG
2018

MIRIAM ALBERTO DA SILVA

GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA RECONSTITUÍDA

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação do professor Rafael Soares Firmino

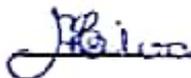
DOCTUM- CARATINGA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso Intitulado: Guarda compartilhada na família reconstituída, elaborado pelo aluno Miriam Alberto da Silva 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 09 de Julho 2018


Prof. Rafael Soares Firmino


Prof. Oscar Alexandre Teixeira Moreira


Prof. Salatiel Ferreira Lucio

Os filhos são heranças do Senhor, uma recompensa que Ele dá. Como flechas nas mãos do guerreiro são os filhos nascidos na juventude. Como é feliz o homem que tem sua aljava cheia deles! Não será humilhado quando enfrentar seus inimigos no tribunal.

(Salmos de Davi)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pelo dom da vida e por estar sempre comigo na minha caminhada desde antes do meu nascimento, por me carregar nos braços quando me sentia cansada, por ter me dado os pais maravilhosos que tenho e por me permitir persistir no sonho de cursar Direito.

À minha mãezinha, que hoje descansa no seio de Abraão, por não me deixar desanimar e sempre me pôr no caminho e mesmo após sua partida me fazer lembrar os incentivos e o amor devotado a mim e a nossa família.

Ao meu papito, que com todo o seu amor e cuidado me dá colo sempre que preciso e por me aturar nos meus desesperos.

Aos meus professores amados que partilharam comigo o conhecimento por eles adquiridos com tanto esmero.

Aos amigos, que mesmo chateados pela minha ausência se alegram com minha conquista.

Aos meus irmãos e sobrinhos amados, razão pela qual eu continuarei trilhando o caminho do saber.

A toda minha família – tios e primos (inclusive os primos de coração), pelos incentivos e amor.

Ao meu orientador, professor Rafael Soares Firmino, que tem o dom do magistério, por seus ensinamentos, pela orientação, correção e paciência.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte na minha formação acadêmica, o meu muito obrigado.

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 socioafetivo. 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 socioafetivo 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: Filição Socioafetiva; Família Reconstituída; Guarda Compartilhada; Princípio Da Afetividade; E Princípio Do Melhor Interesse Do Menor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	9
CAPÍTULO I- A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	11
1.1 As Famílias	11
1.2 Princípios No Direito De Família	13
1.2.1Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	14
1.2.2Princípio da Igualdade da Solidariedade familiar	15
1.2.3 Princípio da Paternidade Responsável	16
1.2.4Princípio Da Afetividade	17
CAPÍTULO II O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO À CRINAÇA E ADOLESCENTE.....	19
2.1 O ECA e os Princípios Protetivos da Criança e do Adolescente	21
2.2 O Instituto Da Guarda E Suas Espécies No Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	26
2.2.1 Guarda Alternada	27
2.2.2 Guarda Unilateral.....	27
2.2.3 Guarda Compartilhada.....	29
CAPÍTULO III - GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA RECONSTITUÍDA.....	33
3.1 A de Paternidade Socioafetiva	34
3.2 Guarda Compartilhada Na Família Reconstituída	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O objetivo principal desse estudo está pautado em Analisar a aplicabilidade da guarda compartilhada na família reconstituída.

O direito de família em tempos atuais possui novos institutos ou mesmo com nova análise dos institutos já existentes que ganham novas interpretações, a fim de resguardar os integrantes da família em suas variadas formas.

Torna-se relevante o presente estudo acerca do tema, haja vista o surgimento de novas formações familiares, estando o direito de família se aperfeiçoando, moldando-se às necessidades surgidas a partir de novas perspectivas jurídicas demandadas pelos integrantes da família, buscando o presente estudo um maior conhecimento jurídico sobre o tema, de forma a ampliar os horizontes intelectuais do pesquisador, possibilitando ainda, maior compreensão do tema ora apresentado.

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 socioafetivo, a mãe biológica/adotiva e o pai biológico/adotivo.

A hipótese aventada diz que sim, pois a guarda do menor no caso de dissolução de casamento ou união estável de uma família reconstituída, seguindo-se no que concerne ao direito hereditário, deve-se ser a guarda compartilhada entre o pai e a mãe biológicos e o pai/mãe socioafetivo, não podendo haver discriminação quanto a ser biológico adotivo ou por afetividade.

A hipótese suscitada tem por marco teórico 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.¹

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 pluriparental.

O presente trabalho de pesquisa científica seguirá a modalidade 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 “A família no ordenamento jurídico e os princípios aplicáveis” 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 do menor trazido não somente pela Constituição da República, 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 “Guarda compartilhada na família reconstituída” no qual se delimitará o problema e hipóteses levantadas, falando do exercício do poder familiar, da paternidade sócioafetiva e como ocorre a guarda compartilhada nesses casos, com conseqüente insegurança jurídica.

¹MADALENO, Rolf. **Direito de família** / Rolf Madaleno. – 7.^a ed.– Rio de Janeiro:Editora Forense, 2016.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A evolução é um fenômeno natural, e ao longo do tempo os seres vivos evoluíram e seguem evoluindo. Com o direito não é diferente, pois de tempos em tempos surgem novos institutos que se fazem necessários para que a vida em sociedade continue viável, e até mesmo os institutos já existentes ganham interpretações mais atualizadas.

Como Viana e Rodrigues bem explicam “A família surgiu a partir do momento em que os seres humanos viram a necessidade de proteger seus interesses de qualquer adversidade”.²

O conceito de guarda compartilhada é extraído do artigo 1583 do Código Civil Brasileiro: “Se entende 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.”

Nesse sentido, Maria Berenice diz que “Compartilhar a guarda de um filho é muito mais garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar.”³

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 socioafetiva, pautada na livre vontade e com base na posse do estado de filho.

Ao reconhecer a paternidade afetiva, dá-se ao pai/mãe socioafetivo 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 ultimo no art. 227 §6 da CF/88.

²VIANA, Fernando Antônio Campos; RODRIGUES, Lúcia Karyne de L. O Pluriparentalismo Das “Famílias Mosaico” À Luz Do Direito Brasileiro: Perspectivas Para O Poder Familiar: Ceará, 20 páginas, dez 2010. (PDF) Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/39328>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

³DIAS, Maria Berenice; Guarda Compartilhada, uma novidade bem vinda! Rio Grande do Sul, 2 páginas, set 2010. (Internet) Disponível em:<<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>>. Acesso em 17 de novembro de 2017.

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.

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.⁴

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 filho.

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

CAPÍTULO I- A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

1.1 As Famílias

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, e essa corrente de pensamento é partilhado por Ulhoa (2010, p. 15 e 16).

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.⁵

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.⁶

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.

⁵DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8º ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.27.

⁶VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família. 11º Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2011, p.20.

5º), tendo ainda a possibilidade de se tornar capaz com a emancipação que pode ser voluntária, judicial ou legal a partir dos 16 anos.

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;⁷

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

No direito de família, a ordem pública prepondera dispendo 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.⁸

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

⁷ BRASIL, CÓDIGO CIVIL, *VADE MECUM* São Paulo: Saraiva, 2017, p.269

⁸VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Direito de Família. 11º Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2011, p.10/11.

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 formas de organização familiar, o que caracteriza, mais do que nunca, a liberdade na construção dessas entidades familiares.⁹

Diante de um cenário tão diverso e múltiplo, com mudanças tão profundas, é que se cogita que a família estaria em crise. 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.¹⁰

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, Philliphe 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"¹¹

Diante disso que muitas categorias sociais perseguem hoje o seu reconhecimento como entidade familiar - a luta dos homossexuais pelo direito ao casamento é um exemplo disso.

1.2 Princípios No Direito De Família

É importante salientar que o direito de família possui técnicas e princípios próprios, mas utiliza-se também, de princípios constitucionais, como qualquer outro

⁹ DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.28

¹⁰ Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito de família** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.21

¹¹ VIGO, Phillippe **As famílias poliafetivas**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58673/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima/4>. Acesso em 15 maio 2018

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 jurídica¹².

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 (p.103).

Sobre os princípios, Caio Mário assim diz:

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 à uma explanação dos princípios que regem o direito de família e que trazem uma maior clareza ao que se pretende com este trabalho monográfico.

1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

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 decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,¹³

¹²MADALENO, Rolf. **Direito de família**– 7.ª ed.– Rio de Janeiro:Editora Forense, 2016, p.103

¹³UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 01 de maio de 2018.

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.¹⁴

O titular desse princípio é a pessoa humana, como versa o título do mesmo.

1.2.2 Princípio da Igualdade da solidariedade familiar

A Constituição Federal de 1988, proclama o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmando o direito à igualdade ao dizer no artigo 5.º que todos são iguais perante a lei.

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.¹⁵

O princípio da igualdade busca dar o mesmo tratamento a todos, uma forma de dar aqueles que precisam o tratamento adequado para que não sejam tratados fora dos padrões de dignidade da pessoa humana.

Já a solidariedade é o que cada um de nós devemos ao outro, os alimentos compensatórios são dever de assistência, nada mais é do que um exemplo da efetivação do do princípio da solidariedade familiar.

¹⁴MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 7.ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p.103

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010., p. 139.

A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230).¹⁶

No contexto familiar o princípio da solidariedade entra nos moldes de paternidade responsável, ou seja, todos são responsáveis pelo planejamento familiar bem como pelos os que compõem sua família.

1.2.3 Princípio da Paternidade Responsável

Previsto no artigo 226, § 7º da CRFB, que institui a responsabilidade de planejamento familiar aos cônjuges, companheiros e companheiras, devendo-se levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal princípio é vinculado ao poder familiar exercido pelos genitores desde o nascimento dos filhos, conforme dito em entrevista João Paulo de Sanches

O princípio da paternidade responsável está também contido na norma civil, mais precisamente no artigo 1566 inciso IV do CC, que impõe a ambos os pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Ao tratar do dever de sustento dos filhos, o CC o faz no sentido material, ou seja, cabe aos pais prover alimentos, vestuário e demais coisas necessárias ao desenvolvimento saudável do filho, além de serem o pai e mãe os responsáveis pela permanência do filho numa instituição de ensino, porém a doutrina e jurisprudência fazem uma interpretação extensiva de tal inciso, incluindo aí o direito ao sustento afetivo.¹⁷

São o pai e a mãe os responsáveis pelo pleno desenvolvimento dos filhos, assumindo o Estado a responsabilidade de “propiciar recursos educacionais e

¹⁶ FREITAS, Daniele Xavier. **Princípio da paternidade responsável.** Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em 01 out 2017

¹⁷MATTAR,Daniela. Direito das Famílias: aula 2: **princípios do direito das Famílias.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ufhz5PdeArl>. Acesso em: 02 de maio de 2018

financeiros para o exercício desse direito”, ficando este de fora quando o assunto versar sobre o planejamento familiar conforme previsto no art. 1565, §2º do CC/2002. É um direito/dever dos pais com a colaboração do Estado.

1.2.4 Princípio Da Afetividade

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 arranjados 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”.¹⁸

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.¹⁹

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-

¹⁸GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1082

¹⁹GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1083

se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.²⁰

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.²¹

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.

²⁰ 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 2018

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A personalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 02 jun 2018

CAPÍTULO II O INSTITUTO DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO À CRIANÇA E ADOLESCENTE

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 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.”²²

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.²³

Assim, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma série de princípios, todos de forma a garantir, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana. Dentre estes podemos citar o da condição peculiar da pessoa em processo de desenvolvimento e o da prioridade absoluta da criança e do adolescente, princípios estes que foram acertadamente, retificados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

²² 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., 2003. p.41.

²³ BARROSO, Luis Roberto. Org. Ana Paula de Barcellos (*et, al*) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.38.

Para Alexandre de Moraes, a proteção das crianças e adolescentes pela Constituição da República abrange também os portadores de necessidades especiais, e deve ser entendida da seguinte forma:

O Estado no cumprimento de sua obrigação constitucional promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; criação de programas de prevenção e atendimento especializado para portadores de deficiência física e sensorial e mental, bem como a integração completa do adolescente no meio social portador de deficiência mediante treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.²⁴

O artigo 226, §7º da Constituição da República estabelece o princípio da paternidade responsável:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.²⁵

Novamente as lições de Alexandre de Moraes são pertinentes:

Em face da relatividade dos direitos e garantias fundamentais e aplicando-se os princípios da convivência das liberdades públicas e da concordância das normas constitucionais, não se pode deixar de observar que o texto constitucional ao proclamar expressamente o princípio da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7.º) deverá ser compatibilizado com o princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III)²⁶

Se o planejamento familiar deve estar pautado na paternidade responsável, tem-se a garantia constitucional que crianças e adolescentes estarão sob essa tutela nesse período.

²⁴ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004. p.2087.

²⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016. p.58.

²⁶ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015.p 683

2.1 O ECA e os Princípios Protetivos da Criança e do Adolescente

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 decorrem precisamente do seu estatuto antológico próprio de “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”.²⁷

Dentre os princípios trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se o da 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.²⁸

Em consonância com o disposto, é a jurisprudência:

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

²⁷ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. . 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2010. p.55.

²⁸ 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, 2012. p.17.

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.²⁹

A prevenção geral vem prevista nos artigos 54 e 70 do ECA, que dispõe que é dever do Estado 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 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.³⁰

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.³¹

Maus tratos devem ser obrigatoriamente levados ao conhecimento do Conselho Tutelar da cidade, dentro do que determina o artigo 13 do Estatuto da

²⁹ 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 27 maio 2018

³⁰ 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 26 mai 2018.

³¹ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2015. p.255.

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:

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.³²

Maus tratos contra criança e adolescente podem surgir de várias maneiras, tais como privação de alimentação e cuidados necessários, excessos na correção e disciplina, dentre outras formas. Para sua configuração é necessário que tenha a autoridade sobre o menor, que não necessariamente advém dos genitores, conforme preleciona Luiz Régis Prado:

Autoridade é o poder, derivado de direito público ou privado, exercido por alguém sobre outrem (v.g. diretores de escola/alunos; carcereiros/presos, também pais/filhos, etc.). Guarda é a assistência permanente – e não apenas ocasional – prestada ao incapaz de zelar por si próprio e cuidar de sua defesa e incolumidade (v.g. pais, tutores e curadores, em relação a filhos, tutelados e curatelados); por fim vigilância é a assistência acautelatória, com vistas a resguardar a integridade pessoal alheia (v.g. guias alpinos/alpinistas; salva-vidas/banhistas, etc.) Já o sujeito passivo é aquele que estiver sob a autoridade, guarda ou vigilância do sujeito ativo, para fins de educação (atividade docente que tenha por escopo aperfeiçoar, sob o aspecto intelectual, moral, físico, técnico ou profissionalizante, a capacidade individual); ensino (são os conhecimentos transmitidos com vistas à formação de um fundo comum de cultura – ensino primário, secundário, etc.), tratamento (que reúne não apenas os processos e meios curativos, de caráter médico-cirúrgico, como também a administração de

³² 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 2018

cuidados periódicos, destinados a prover a subsistência alheia e custódia (que é a detenção de uma pessoa para fim autorizado legalmente).³³

O descumprimento das normas de prevenção sujeita os responsáveis (pessoa física ou jurídica) à obrigação de reparar o gravame ocasionado, por ação ou omissão, sem prejuízo da responsabilidade penal.

O menor tem direito a atendimento total e irrestrito (vida, saúde, educação, esporte, lazer, profissionalização, entre outros) necessários ao seu desenvolvimento (arts. 3º, 4º e 7º, do ECA).

Segundo este princípio o menor tem primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, assim como formulação e execução das políticas, sociais, públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, a,b,c,d).

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.³⁴

Nota-se que o dispositivo além da garantia da prioridade, a lei expressamentedetermina que se garanta a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.

Sobre tais serviços Munir Cury diz:

Serviços públicos de modo geral, são aqueles prestados diariamente pelos órgãos públicos ou por delegação destes. Se algum serviço for prestado simultaneamente no mesmo local, a criança ou o adolescente e também a adultos, os primeiros devem ser atendidos em primeiro lugar. Essa regra deve ser interpretada com bom senso, para que a garantia de precedência referida nesse dispositivo não se converta na afirmação de um privilegio

³³ PRADO, Luiz Régis, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, vol. 2, Parte Especial, São Paulo : RT, 2014. p.194/195.

³⁴ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016. p.979

absurdo e injustificável. Pode servir como exemplo a situação de uma criança que seja levada a um pronto socorro, para ser tratada de um pequeno ferimento, lá chegando ao mesmo tempo em que chega um adulto em estado muito grave. Se houver apenas um médico no local, ninguém há de pretender que a criança receba assistência em primeiro lugar.³⁵

No que tange ao princípio da sigilosidade, é vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

É garantido o acesso de todo menor à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos, sendo a assistência judiciária gratuita prestada a todos que dela necessitem:

Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

§ 1º. A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.

§ 2º As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.³⁶

Esse dispositivo vai de encontro ao princípio da proteção integral dada aos menores.

Novamente Munir Cury comenta o dispositivo citado:

Usando a expressão “Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos”, o *caput* do dispositivo, ora comentado, quis indicar que a criança e o adolescente terão acesso não apenas à Justiça da Infância e da Juventude, mas a todos os órgãos jurisdicionais. E esses órgãos são os mencionados no art. 92 da CF. mas além dos órgãos do Poder Judiciário, o Estatuto faz menção expressa à Defensoria Pública e ao Ministério Público.³⁷

Em regra, é defendido que a família, de fato ou de direito é o lugar ideal para a criação e educação do menor. Tal afirmativa se funda no fato de que os pais, pelo fato de possuírem o pátrio poder, são os principais responsáveis pela formação de

³⁵ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. . 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2015. p.42.

³⁶ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016. p.983.

³⁷ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. . 6 ed., São Paulo: Malheiros. 2015. p.468.

seus filhos. Pátrio poder este, exercido igualmente pelo pai e pela mãe, a partir da Constituição da República de 1988. Desta forma, qualquer divergência poderá ser dirimida em juízo.

2.2 O instituto da guarda e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro

Assim como o direito das famílias vem evoluindo, o instituto da guarda o 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.³⁸

³⁸ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.232.

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

2.2.1 Guarda Alternada

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.

2.2.2 Guarda Unilateral

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 mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.³⁹

³⁹ BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016. p.983.

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.⁴⁰

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.⁴¹

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.⁴²

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

⁴⁰ 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 mai 2018

⁴¹ 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 jun 2018

⁴² BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016. p.983.

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 1589do 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.⁴³

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.

2.2.3 Guarda Compartilhada

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. ⁴⁴

⁴³ BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016. 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.⁴⁵

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.⁴⁶

⁴⁴ BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016. p.983.

⁴⁵ 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 mai 2018

⁴⁶ 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 01 jun 2018

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.

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 possuir a guarda do filho menor ainda assim participará ativamente e efetivamente na sua vida, acompanhando de perto seu crescimento.⁴⁷

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.⁴⁸

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.

⁴⁷ 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 02 jun 2018

⁴⁸ 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 01 jun 2018

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.

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.

CAPÍTULO III - GUARDA COMPARTILHADA NA FAMÍLIA RECONSTITUÍDA

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.⁴⁹

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.

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.⁵⁰

Em se tratando de paternidade responsável, o dever dos pais em conviver com os filhos não está relacionado, apenas, com as questões afetivas, embora estas sejam extremamente importantes nas definições acerca da convivência.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A personalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 31 maio 2018

⁵⁰ 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 2018

Tal dever está também relacionado com a paternidade/maternidade responsáveis, previstas no art. 226 da CF, assim como, está por que não acrescentar, ao direito fundamental da criança e do adolescente.⁵¹

Não existe a possibilidade de desconsiderar o princípio da paternidade responsável quando se fala de cuidado e reciprocidade em âmbito familiar. A responsabilidade dos que compõem a família é antes de tudo dos seus genitores e familiares e deve ser assim entendida.

3.1A Paternidade Socioafetiva

Quando se fala em paternidade logo vem à memória as questões biológicas, ou seja, a paternidade oriunda de relacionamento sexual entre homem e mulher que leva a uma gestação.

Nesses termos são as considerações de Maria Berenice Dias que diz:

A paternidade biológica se relaciona com a consanguinidade, que pode ser provada cientificamente pelo exame de DNA, que revela a verdade técnica sobre a paternidade, buscada cada vez mais nos dias atuais. O marco principal para o reconhecimento da filiação biológica foi a quebra da presunção da paternidade, advinda do casamento, através da busca pela verdade real⁵²

A partir da Constituição da República e o Estatuto da Criança e do Adolescente com total proteção a esses, o direito à filiação passa a ser de caráter personalíssimo, imprescritível e indisponível.

Diante disso, os filhos tidos ou não na constância do casamento, adquirem o reconhecimento de sua origem, adotando conhecimento de seus ascendentes, sua identidade pessoal, qualidades e afinidades genéticas, avalizando além disso no campo jurídico os fins sucessórios e de caráter alimentar.

A origem biológica presume o estado de filiação ainda não constituído, independentemente de comprovação da convivência familiar, formando-se apenas o vínculo sanguíneo. Não há uma só verdade real e sim três, sejam elas: a biológica, com fins de parentesco para determinar a paternidade; a

⁵¹ LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da Criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de afetividade no Direito Brasileiro**. In: Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 550.

⁵² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 317.

biológica sem fins de parentesco quando já existe vínculo afetivo com outro pai, e a socioafetiva, quando já está constituído o estado de filiação. Assim, o reconhecimento da filiação biológica, não vincula ao exercício efetivo da paternidade, sendo esse o fator principal das divergências doutrinárias existentes.⁵³

A Lei Civil do início do século trazia a presunção de paternidade como forma de proteção às famílias, visto que essa calhava com a realidade. Logo, o marido era o pai dos filhos gerados durante o matrimônio sem que houvesse qualquer questionamento a esse respeito.

Nesse tempo não se questionava a verdade biológica existente em uma relação, pois como dito, a presunção de paternidade se concretizava apenas com o fato de haver um casamento

A veracidade biológica era uma verdade reprimida. Filho era tão-somente filho no sentido jurídico. A descendência genética podia e necessitaria calhar com a concepção do direito; a eliminação do sistema se empurra, o filho que não se continham aos exatos limites da lei⁵⁴

Assim sendo a solidificação da família apresentava maior importância do que a veracidade dos fatos. Apesar disso, na suposição de existência de filho gerado extra matrimonialmente, a presunção de paternidade não havia.

Dessa maneira, constituía a paternidade por meio do reconhecimento espontâneo, ou por via judicial, através da ação de reconhecimento de paternidade, no desígnio causar o vínculo paterno.

Nesse caso, a decisão pelo exercício da paternidade exige que haja a prática de um ato jurídico, realizado pelo pretense pai, o qual pode não ser o biológico, porém independentemente da verdade real, haverá a instituição do direito sucessório, a partir do registro em cartório do nascimento da criança, declarando-o como seu filho. Assim, o registro público faz prova da filiação jurídica, possuindo a presunção de veracidade e publicidade, inerente aos documentos públicos oficiais. E, ainda, é instrumento hábil a gerar direitos e deveres imediatos perante o pai registral, não importando a consanguinidade.⁵⁵

⁵³LOBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessão*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, pp. 05-22.

⁵⁴FACIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 20.

⁵⁵ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.17

Feitas as considerações sobre a filiação em tempos remotos, na atualidade o conceito se difere, sobretudo sendo analisado por novo paradigma, composto pela sociedade contemporânea, imprescindível faz-se compreender sobre o reconhecimento nesse novo Direito de Família, da socioafetividade.

Nesse ponto novamente são imprescindíveis as considerações de Maria Berenice Dias no que tange à socioafetividade e a filiação em tempos atuais.

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e transcorre do direito à filiação. O filho é titular do estado de filiação, que se concretiza na afetividade. Não obstante, o art. 1.593 demonstra a probabilidade de vários tipos de filiação, quando cita que o parentesco pode resultar do laço de sangue, da adoção ou de outra origem, cabendo de tal modo à hermenêutica a interpretação da amplitude normativa previsto pelo CC de 2002.⁵⁶

Nesse intento a paternidade socioafetiva está fundamentada no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, contido na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, com o entendimento de que a busca pela verdade sociológica, baseada no estado de filiação, situação em que uma pessoa adota o papel de pai e outra o de filho, involuntariamente do vínculo biológico.⁵⁷

Quando se fala em filiação socioafetiva nos remete à ideia de posse de estado de filho, a qual tem a seguinte definição, como expressa Pablo Stolze:

Trata-se do mesmo fenômeno, visto na perspectiva do filho. É o famoso “filho de criação”, cuja adoção não foi formalizada, mas o comportamento, na família, integra-o como se filho biológico fosse. O outro lado da moeda da paternidade socioafetiva é a figura da posse do estado de filho, em que, exteriorizando-se a convivência familiar e a afetividade, admite-se o reconhecimento da filiação.⁵⁸

Então entende-se que a filiação se perfaz independente de traços de consanguinidade ou não.

⁵⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 334.

⁵⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.510.

⁵⁸GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1083

O reconhecimento da paternidade socioafetiva pode ocorrer até mesmo por meios extrajudiciais como se depreende da jurisprudência que se segue:

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, 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.⁵⁹

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

A posse do estado de filho é uma relação afetiva, pessoal e demorada, assinalada pela reputação frente a terceiros como se filho seu fosse, logo, o chamamento de filho e a aceitação de ser chamado de pai concretizam uma relação constituída entre pai e filho, fundamentado no afeto mútuo e consecutivo.

3.2 Guarda Compartilhada Na Família Reconstituída

Este tipo de família não é novidade quando considerados os novos modelos de família que compõem nossa sociedade, visto que além daqueles que ficam viúvos e tem filhos existem aqueles que voltam a reconstituir família após uma separação ou divórcio.

O divórcio é um instituto jurídico que coloca fim as relações matrimoniais mas mantendo os laços familiares, sendo que o ordenamento jurídico por meio do

⁵⁹ 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 03/11/0016, publicação da súmula em 03/11/2017

divórcio extrajudicial facilitou sua aplicação exatamente com o intuito de manter as relações familiares.

Nesse contexto novas famílias foram se reconstituindo sendo um cenário comum em tempos sociais atuais, como expressa Elaine Capelari, vejamos:

Diante de tal fenômeno social, deixa-se o cenário comumente aceito de família no seu sentido tradicional, pai, mãe e filhos, e se insere em um contexto complexo onde se tem pai, mãe, filhos, padrasto, madrasta, meio irmãos, etc....., gerando diversas questões ainda não reguladas pelo Direito de Família⁶⁰

Desse modo, a família reconstituída, bem como os demais modelos da sociedade atual, está regularizada na afetividade e nos laços de solidariedade entre pais e filhos e não somente na conexão sanguínea ou jurídica existente entre seus integrantes.

As relações estabelecidas entre padrasto e madrasta e seus enteados pode ser entendida como uma relação de parentesco por afinidade pode ser desenvolvida uma relação socioafetiva, muito mais intensa, muito mais prazerosa, pela qual padrastos e madrastas, enteados e enteadas, se auxiliam mutuamente, criando efetivo vínculo de filiação, emergindo daí uma filiação socioafetiva, pela qual padrasto e madrasta assumem papel de pai e mãe, respectivamente, e enteados e enteadas.⁶¹

O artigo 1636 do Código Civil não deixa margem para dúvidas quando expressa que o pai ou a mãe que se casa novamente ou constitui união estável, não perde quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos do poder familiar, desempenhando-o sem qualquer influência do novo cônjuge ou companheiro.

Contudo, é importante frisar que quando analisado o contexto familiar como um todo deve-se identificar não somente a paternidade biológica, mas a possibilidade de se estabelecer a paternidade afetiva entre os filhos do relacionamento anterior do cônjuge ou companheiro.

Afastando-se do conceito de paternidade biológica, ou ainda se desfazendo das ideologias que disfarçam os sistemas de parentalidade, segundo a

⁶⁰ CAPELARI, Elaine Cristina de Moraes **A guarda compartilhada no âmbito das famílias reconstituídas** Revista de Direito de Família e Sucessão | e-ISSN: 2526 – 0227| Maranhão | v. 3 | n. 2 | p. 99 – 120 | ul/Dez. 2017. 102

⁶¹ CAPELARI, Elaine Cristina de Moraes **A guarda compartilhada no âmbito das famílias reconstituídas** Revista de Direito de Família e Sucessão | e-ISSN: 2526 – 0227| Maranhão | v. 3 | n. 2 | p. 99 – 120 | ul/Dez. 2017. 102

Psicanálise, a paternidade constitui uma função, que pode ser exercida por uma série de pessoas ou personagens, inclusive o marido ou companheiro da mãe⁶²

Em se tratando de tema novo, quando se fala em guarda compartilhada no momento do desfazimento dessas famílias reconstituídas, volta-se para os princípios jurídicos como forma de solução e nesses casos de maneira especial, o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da afetividade.

A jurisprudência tem atentado para esses critérios visualizando o melhor interesse do menor

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.⁶³

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

APELAÇÃO CÍVEL. Pedido de homologação de guarda compartilhada padrasto ao nome da menor. Homologação do acordo em relação quanto ao exercício da guarda compartilhada. Apelação dos requerentes. Influência direta nos direitos da personalidade justificam a necessidade do pedido.⁶⁴

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.

Diante da falta de legislação que regula a matéria vislumbra-se a insegurança jurídica, que em todos os ramos do direito é prejudicial, mas, sobretudo quando

⁶²GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1300

⁶³ 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: 20/10/2017; Data de Registro: 25/10/2017

⁶⁴ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO TJSP; Apelação 1001185-60.2017.8.26.0584; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 19/03/2018; Data de Registro: 19/03/2018

envolve a criança e o adolescente que necessitam de todo amparo para o pleno desenvolvimento.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que os direitos individuais são reconhecidos, que tem no Estado o garantidor dessa proteção.

O Estado em consideração segue a linha do direito, se autolimitando, protegendo as liberdades individuais, contrapondo-se ao estado de poder, ou totalitário, sendo constitucionalmente organizado. Os dois fundamentos do Estado de Direito são *a segurança* e a certeza jurídica. A segurança e a certeza do direito são indispensáveis para que haja justiça, porque é óbvio que na desordem não é possível reconhecer direitos ou exigir o cumprimento de obrigações.⁶⁵

Logo esse tipo de Estado pressupõe a existência de segurança jurídica para todos os cidadãos que nele vivem, visto que os conceitos de segurança jurídica e justiça encontram-se intimamente ligados. Logo, “Segurança e Justiça, portanto não se contrapõem, mas enquanto esta é um poder moral, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica.”⁶⁶

Sobre a segurança jurídica Luís Roberto Barroso expressa que:

A segurança encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas: açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.⁶⁷

A segurança vai de encontro aos anseios da população a qual espera que o Estado a propicie, extrapolando os limites da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também, e especialmente, a segurança jurídica.

Permitir a guarda compartilhada no desfazimento da família reconstituída é indispensável e deve ser feita num tempo menor, pois a proteção do menor contida na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente leva ao

⁶⁵ JUNIOR, Mauro Nicolau, **Segurança jurídica e certeza do direito. Realidade ou Utopia num Estado democrático de Direito?** Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/3Fn_Ink%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=677&revista_caderno=9. Acesso em 10jun2018.

⁶⁶ MARTINS, Eliezer Pereira. **Segurança jurídica e a certeza do direito em matéria disciplinar.** Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3852/seguranca-juridica-e-certeza-do-direito-em-materia-disciplinar>. Acesso em 25 out. 2010.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p.49.

entendimento que esse tem prioridade, especialmente quando envolve questões de afetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afetividade é o principal fundamento das relações familiares, sendo ela quem dita as ordens de como as famílias se constituem e se relacionam 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.

Dai 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 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 perdure por toda vida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Org. Ana Paula de Barcellos (et, al) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016.

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.16.008168-3/000, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/11/0016, publicação da súmula em 03/11/2017

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: 20/10/2017; Data de Registro: 25/10/2017

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO TJSP; Apelação 1001185-60.2017.8.26.0584; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 19/03/2018; Data de Registro: 19/03/2018

CAPELARI, Elaine Cristina de Moraes **A guarda compartilhada no âmbito das famílias reconstituídas** Revista de Direito de Família e Sucessão | e-ISSN: 2526 – 0227| Maranhão | v. 3 | n. 2 | p. 99 – 120 | ul/Dez. 2017. 102

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 2018

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 jun 2018

CONSTITUIÇÃO FEDERAL- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016.

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

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 01 jun 2018

DIAS, Maria Berenice **Manual de Direito das Famílias.** 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE- VadeMecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2016.

FACIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

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 mai 2018

FREITAS, Daniele Xavier. **Princípio da paternidade responsável.** Disponível em <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/144731896/principio-da-paternidade-responsavel>. Acesso em 01 out 2017

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

JUNIOR, Mauro Nicolau , **Segurança jurídica e certeza do direito. Realidade ou Utopia num Estado democrático de Direito?** Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/p/3Fn_Ink%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=677&revista_caderno=9. Acesso em 10jun2018.

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., 2003.

LIRA, Wladimir Paes de. **Direito da Criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de afetividade no Direito Brasileiro.** In: Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A personalização das relações de família.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 02 jun 2018

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 2018

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental.** *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessão.* Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, pp. 05-22.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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**– 7.^a ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

MATTAR, Daniela. Direito das Famílias: aula 2: **princípios do direito das Famílias.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ufhz5PdeArl>. Acesso em: 02 de maio de 2018

MARTINS, Eliezer Pereira. **Segurança jurídica e a certeza do direito em matéria disciplinar.** Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3852/seguranca-juridica-e-certeza-do-direito-em-materia-disciplinar>. Acesso em 25 out. 2010.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada.** 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Luiz Régis, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, vol. 2, Parte Especial, São Paulo : RT, 2014.

Rodrigo da Cunha Pereira, **Direito de família** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

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, 2012.

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 27 maio 2018

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Direito de Família.** 11^o Ed. Editora Atlas SA. São Paulo, 2011.

VIANA, Fernando Antônio Campos; RODRIGUES, Lúcia Karyne de L. **O Pluriparentalismo Das “Famílias Mosaico” À Luz Do Direito Brasileiro: Perspectivas Para O Poder Familiar:** Ceará, 20 páginas, dez 2010. (PDF) Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/39328>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

VIGO, Phillipe **As famílias poliafetivas.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58673/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima/4>. Acesso em 15 maio 2018

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 26 mai 2018.