



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**Mariana Alvarenga de Oliveira Ribeiro**

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA  
NA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.**

Brasília

2017

**MARIANA ALVARENGA DE OLIVEIRA RIBEIRO**

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA  
NA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília

2017

**MARIANA ALVARENGA DE OLIVEIRA RIBEIRO**

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA  
NA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Brasília, \_\_\_\_ de abril de 2017.

Banca Examinadora

---

Professor Júlio César Lérias Ribeiro

Orientador

---

Examinador

---

Examinador

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço primeiramente a Deus, pelas oportunidades dadas ao longo deste curso, inclusive a possibilidade de realização deste. Pela força diária, coragem e determinação nesta caminhada.*

*Agradeço ao meu orientador, Professor Júlio César Lérias Ribeiro, pelos conselhos, tempo, paciência e dedicação cedidos.*

*Agradeço aos meus pais David de Oliveira Ribeiro e Marta Rejane Alvarenga pelos ensinamentos diários que me tornaram alguém melhor e capaz de compreender que tudo é possível quando corremos atrás e nos dedicamos, e ainda pela confiança depositada durante todos estes anos. À minha irmã de coração Jayne Louise, por sempre me auxiliar em tudo que fosse possível, sempre acreditando em mim e me colocando como um exemplo a ser seguido.*

*Ao meu namorado Athos Áquila pela paciência e ensinamentos ao longo destes anos e pela capacidade de me trazer paz nos momentos de agonia e correria de cada semestre. Você me faz querer ser alguém melhor.*

*Ao meu gestor Ronaldo Viana Andrade, que sempre se dispôs a ajudar no que fosse possível para que não me fosse causado qualquer prejuízo acadêmico. Pelas colegas de trabalho que sempre se dispuseram a ajudar e me ouvir no que fosse preciso.*

## RESUMO

A presente monografia estuda a possibilidade de concessão da guarda compartilhada na paternidade afetiva, com enfoque no melhor interesse da criança. A questão se justifica tendo em vista que o genitor do menor, ainda que inicialmente não cumpra com suas responsabilidades paternas, poderá reaver seu direito de convivência com a criança, sob o argumento de que existe o vínculo biológico e este deve ser preservado. Enquanto isto, por vezes temos a figura do pai/mãe afetivos, companheiros de um dos genitores da criança, que dedicam parte de sua vida para cuidado com este, com quem não mantém vínculos biológicos, apenas a convivência decorrente do relacionamento conjugal com um dos genitores. Com subsídios doutrinários e legais e no método dedutivo das pesquisas realizadas, o objetivo do trabalho é defender a aplicação da guarda compartilhada aos pais afetivos que, mesmo não tendo vínculo biológico com os menores, são dotados de poder familiar decorrentes da convivência, além do afeto por ela gerado, tornando padrastos/madrastas e enteados vinculados afetivamente. Não restam dúvidas quanto às vantagens geradas pela mencionada espécie de guarda, no que se refere a proteção integral do menor, todavia, o alcance dos benefícios de tal guarda dependerá também de sua correta aplicação.

**Palavra chave:** Civil. Família. Paternidade afetiva. Guarda compartilhada.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>CAPÍTULO 1 – ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA PATERNIDADE AFETIVA</b> .....	9
1.1 - Direito de Família Contemporâneo. ....	9
1.2 - A paternidade afetiva na doutrina do Direito de Família atual.....	14
1.3 - A guarda compartilhada na doutrina do Direito de Família atual. ....	18
<b>CAPÍTULO 2 – ANÁLISE LEGISLATIVA DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA PATERNIDADE AFETIVA</b> .....	24
2.1 - A guarda compartilhada na paternidade afetiva e a Constituição Federal de 1988.....	24
2.2 - A guarda compartilhada na paternidade afetiva e o Código Civil de 2002 .....	30
2.3 - A guarda compartilhada na paternidade afetiva e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.....	35
<b>CAPÍTULO 3 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA PATERNIDADE AFETIVA</b> .....	41
3.1 - Jurisprudência favorável à concessão de guarda compartilhada na paternidade afetiva.....	41
3.1.1 - <i>Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 200.2010.003876-5/001 PB. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 11 de julho de 2012.</i> .....	41
3.2 – Jurisprudência desfavorável à concessão de guarda compartilhada na paternidade afetiva.....	45
3.2.1 - <i>TJ-RS - AC: 70035687227 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 31/05/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/06/2011.</i> .....	45
<b>CONCLUSÃO</b> .....	49
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	52

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática a possibilidade jurídica de concessão de guarda compartilhada na paternidade afetiva, tendo como base o princípio constitucional do melhor interesse da criança e o princípio que tem se manifestado e sendo cada vez mais aceito no Direito de Família, qual seja o princípio da afetividade, pautando-se sempre no direito de convivência que deve ser garantido a todos os membros do núcleo familiar.

A possibilidade de guarda aos pais e mães afetivos é relevante no aspecto moral por reconhecer a existência de vínculo entre pais e filhos afetivos, pais estes que, espontaneamente, dedicaram suas vidas para que fosse garantido o melhor interesse do menor envolvido, uma vez que dispuseram de seus bens, tempo e afeto para com os menores, os quais não foram gerados por eles. Além da existência relevante no aspecto jurídico, pois negar a existência de vínculo e afeto entre padrastos e madrastas com seus enteados é negar toda construção atual do Direito de Família, que tem se desenvolvido e entendido as novas conjunções familiares, pautadas na afetividade.

Neste contexto coloca-se como questão central desta monografia a suficiência da afetividade manifestada entre os envolvidos, qual seja padrastos/madrastos, pais/mães e menores, para que seja tutelado pelo direito a possibilidade de manter o vínculo destes por meio da guarda compartilhada. Tal problemática se dá pelo fato da afetividade ganhar maior relevância do que o aspecto biológico para determinação da filiação, uma vez que até genitores devem comprovar o afeto pelos filhos ao pleitear seu direito à convivência, pois este é um requisito essencial para que o menor tenha o pleno desenvolvimento moral e sentimental de forma saudável.<sup>1</sup>

Grande relevância será dada ainda ao princípio da dignidade humana que influenciou em todo o ordenamento jurídico brasileiro. No Direito de Família, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente influenciou de forma significativa, uma vez que sua função não é apenas a de estabelecer diretrizes

---

<sup>1</sup> SANCHES e VERONES. Dos filhos de criação à filiação socioafetiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. P 94

para resolução de conflitos, como também implica na busca de mecanismos capazes de trazer eficácia prática a estas soluções encontradas.

Conforme será demonstrado, a criança pode ter mais de um pai ou mãe convivendo simultaneamente com ela, o que pode ser levado de forma saudável desde que todos se dediquem mutuamente para auxiliar no desenvolvimento do menor, sempre observando a garantia do melhor interesse dele.

Para justificar a tese pretendida, o primeiro capítulo trará uma análise doutrinária do tema, demonstrando a evolução do direito de família e apresentando os princípios que influenciam neste, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os filhos, a pluralidade das formas familiares, o princípio da afetividade e do melhor interesse da criança, juntamente com o direito de convivência. Além da abordagem sobre a paternidade afetiva no direito de família atual seguidos de explicação sobre a guarda compartilhada, sua evolução e atuais modalidades.

O segundo capítulo dedicar-se-á à análise legal do tema, onde serão demonstrados artigos do Código Civil, da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente de maior relevância sobre o assunto, todos eles apresentaram artigos significativos que corroboram com as reflexões apresentadas no trabalho.

Por fim, será demonstrado no terceiro capítulo o cenário jurisprudencial sobre o tema, onde será apresentado primeiramente um julgado favorável e no segundo ponto um julgado desfavorável, seguidos de comentários sobre os mesmos, utilizando os estudos doutrinários e legais apontados no primeiro e segundo capítulos.

O objetivo desta monografia é defender que a ligação sanguínea entre pais e filhos não é requisito fundamental para predominar sobre a afetiva, de modo que haja a possibilidade de concessão da guarda compartilhada àqueles que não mantêm vínculo sanguíneo, porém exercem efetivamente a função de responsável pelo menor, uma vez que em diversas situações a figura afetiva destina maior dedicação ao menor do que o próprio genitor.



O presente trabalho utilizará de pesquisas doutrinárias, legal e jurisprudencial para expor a afirmativa ao problema proposto buscando demonstrar que o menor convivente com padrastos e madrastas, que porventura tenham dissolvido a relação matrimonial com os genitores, deve ter garantido seus direitos, uma vez que, o afeto tem sido reconhecido pelo direito civil com meio capaz de formar uma família, e conseqüentemente gera aos entes deste núcleo familiar direitos e deveres.

## 1. ANÁLISE DOUTRINÁRIA DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

Neste capítulo serão apresentados argumentos doutrinários que fundamentam o tema proposto, inicialmente apresentando as alterações nos modelos e conjuntura do Direito de Família, desde sua origem no Brasil até o modo como ele se apresenta atualmente. A paternidade afetiva como instituto decorrente da vontade e convivência entre indivíduos será analisada para demonstrar a necessidade de reconhecimento desta paternidade como efetiva para concessão da guarda compartilhada. Além disso serão demonstrados os aspectos da guarda compartilhada no direito brasileiro, bem como a possibilidade de exercício do poder familiar pelos pais, ainda que estes não mantenham sua relação matrimonial. Serão enfatizados os princípios do melhor interesse da criança e da efetividade e ainda o direito de convivência.

### 1.1. Direito de Família contemporâneo.

O direito de família brasileiro está sempre passando por constantes modificações e adequações à sociedade, desde sua origem até o presente momento tal direito sofreu inúmeras alterações, em sua composição, princípios, disposições e características.

A família do direito romano, de onde se originou a estrutura do direito de família brasileiro, era uma organização que concentrava o poder na figura do *pater familias*, chefe do grupo familiar, aquele que exercia o poder marital, dotado de autoridade capaz de sobrepor sua vontade à dos demais entes que compunham a família, principalmente a figura dos filhos e da mulher. Como afirma Nehemias Domingos de Melo “a família era organizada em torno do pater família, que exercia sobre os filhos direito de vida e de morte, e no qual a mulher cumpria um papel de total subserviência.”<sup>2</sup>. O patriarca atribuía o cargo de chefia, administrando toda

---

<sup>2</sup> MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de Direito Civil; Famílias e sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p.5. v.5

extensão econômica e toda influência social que a família exercia, dotado de autoridade absoluta.

Ainda comparando à ideia de família antiga, marcada por características advindas da Roma, tinha-se até não muito tempo, a ideia da mulher submissa à vontade de seu marido ou ao seu pai, quando ainda não gozava do status de mulher casada, tal submissão consistia não só na obediência absoluta como também na ausência de direitos perante a sociedade, sendo seu dever a plena dedicação às funções direcionadas ao lar, ao marido e aos filhos. Competia ao marido a função de chefiar a sociedade conjugal, sendo ele atribuído de estabelecer o domicílio conjugal, gerenciar os filhos e seus bens, visto que a ele era designado com exclusividade o pátrio poder, além da administração do patrimônio familiar.

Neste período, exaltava-se a figura masculina dentro da família, fato que gerava diferenças de tratamento entre filhos homens e filhas mulheres, sendo aqueles detentores de direitos diferenciados das filhas, estas por sua vez eram consideradas incapazes enquanto morava com seus pais, tornando-se relativamente incapaz ao contrair matrimônio, sendo assistida por seu marido nos atos da vida civil. Tal diferenciação é notada na possibilidade de sucessão apenas aos filhos de sexo masculino, onde a mulher era excluída da sucessão dos bens do pater família. As diferenças de tratamento entre filhos homens e mulheres influenciavam diretamente na condição das relações matrimoniais, visto que o filho homem tornava-se o pater família ao contrair matrimônio, ao passo que a filha dada a casamento deveria cumprir com submissão ao marido, sendo por ele assistida e representada nos atos civis, enquanto cuidava das questões ligadas ao cuidado do lar e dos filhos.<sup>3</sup>

O direito canônico, definido como “o conjunto de normas jurídicas, de origem divina ou humana, reconhecidas ou promulgadas pela autoridade competente da Igreja Católica, que determinam a organização e atuação da própria Igreja e de seus fieis”<sup>4</sup>, influenciava diretamente no casamento, uma vez que os interesses da igreja e do estado eram estritamente ligados e as decisões vinculavam um ao outro. O

---

<sup>3</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 14.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

<sup>4</sup> CIFUENTES, Rafael Llano. *Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988*. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989. p.15

casamento tinha, ao mesmo tempo, caráter jurídico e religioso influentes em diversas áreas da sociedade, aquele que se casava passava a ser o pai da família, assumindo assim o caráter de chefia em todos os assuntos relacionados aos indivíduos que estavam sobre seu poder, exercendo sobre eles total autoridade, além de contrair com o cônjuge a relação de obrigatoriedade de cumprimento das funções matrimoniais e se submeter à indissolubilidade do matrimônio, que eram privilégios constitucionais cedidos à Igreja Católica.

A família regida pelo direito canônico passava por um momento de absoluta influência da igreja, além de ser refém de uma sociedade extremamente conservadora que impedia o reconhecimento de núcleo familiar se não cumprido o requisito de concepção matrimonial, pois era voltada exclusivamente para o casamento, sem admitir qualquer outra forma de constituição familiar. Reconhecia-se o casamento como o elemento básico da família, de maneira que o direito ocupava-se basicamente com as relações familiares que compunham o casamento e o pátrio poder, uma vez que repousava sobre o casamento a própria sociedade civil, onde o matrimônio era indissolúvel. Por este motivo e por conta da excessiva exaltação da figura masculina, o casamento tinha a função de procriação e criação dos filhos, sendo ainda um instrumento econômico, em que o homem fazia a gestão da unidade de produção da família, além de ser patrimonializada, pois seus membros coincidiam com a força laboral, visando sempre a prosperidade do grupo familiar.

A partir de uma origem hierárquica, onde o casamento tinha uma função exclusivamente de cumprimento de requisitos impostos pelo Estado, não se falava sobre vínculo afetivo e sequer se discutia sobre a felicidade dos envolvidos, que muitas vezes eram obrigados a celebrar o matrimônio apenas para cumprimento dos pressupostos estabelecidos entre as famílias contratantes.

A família nos padrões romanos entendia como relevante “a manutenção da paz doméstica, o equilíbrio, a segurança, a coesão formal da família, mesmo em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente a

mulher”<sup>5</sup>, desta forma a preservação do vínculo familiar era a recompensa dada a mulher por se submeter às doutrinas de subordinação e obediência ao marido.

Diferente do que tem-se visto hoje, a família constituída por pais e filhos não era evoluída, ainda que o direito tenha evoluído e se atentado à concessão de direitos, a população ainda não tinha se adequadado a tais modificações, ainda existia a presença do pátrio poder que mesmo com o passar dos anos e evoluir do direito não havia se dissolvido, talvez pela dificuldade dos indivíduos em se dissociar do sistema que por muitos anos vigorou ou pela insuficiência da mulher em lidar com os direitos agora a ela concedidos.

A estrutura da família contemporânea é resultado de um avanço da sociedade e até mesmo da legislação brasileira, que na interpretação da atual Constituição Federal tem como base o amor, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, o reconhecimento da dignidade de todos os membros da família, a aceitação de outros modelos familiares diversos do casamento, tais como as famílias monoparentais e a união estável, sendo reconhecidos todos os filhos, estes advindos ou não do casamento, dotados igualmente de direitos diante de seus pais.

O progresso histórico da estrutura familiar traz o afeto como elemento central da discussão jurídica. A partir do acolhimento dos princípios figurados na Constituição Federal de 88, a família de modo geral e o casamento tornaram-se instrumentos capazes de promover a felicidade e a dignidade dos membros do núcleo familiar, pautados na realização pessoal de cada um dos integrantes além do respeito na relação de convívio no lar. Anterior a este período em que atualmente encontra-se o conceito de família, pouco se falava na felicidade dos indivíduos, e a ausência de tal condição não era considerada motivo suficiente para que houvesse dissolução da sociedade conjugal, uma vez que os membros da família terem a proteção de sua dignidade era um elemento secundário.

Desta forma, o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos à realização pessoal de cada indivíduo da família, visando sua felicidade e a proteção de seus direitos individuais, resultaram no princípio da afetividade, que

---

<sup>5</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 39, p. 131-153, dez./jan. 2007.

orienta a interpretação das diversas perspectivas de regimento jurídico da vida familiar, “essa busca pela felicidade e realização pessoal é amparada pelo Direito, dando ensejo à visão eudemonista da família.”<sup>6</sup>. Refere-se a uma concepção moderna em que trata a família como sendo uma oportunidade para que seus membros busquem uma efetiva satisfação pessoal, encontrando no seio familiar “comunhão de afeto recíproco, consideração e respeito mútuo entre os membros que a compõe.”<sup>7</sup>

A satisfação afetiva entre os companheiros matrimoniais distancia a imposição da ideia social de família como sendo um interesse supra individual. Atualmente o bem estar familiar é resultado da soma entre a realização de cada um de seus membros e a felicidade em que cada um oferece ao outro, sendo individualmente cada um dos membros participante da satisfação do outro, sem que haja relação de serviço em favor da realização pessoal de um deles. Além disso, é preciso sempre recordar dos progressos no princípio da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento e efetividade de seus direitos fundamentais.

A família matrimonializada e aquela que teve o matrimônio dissolvido, além das diversas outras formas de entidade familiar devem ter preservadas o respeito à dignidade da pessoa humana destinada a cada um de seus membros, além da proteção do núcleo familiar. O rompimento legal definitivo da sociedade conjugal tem caráter legítimo e legal, o que permite que o casamento não tenha o mesmo caráter obrigatório de antigamente, que muitas vezes era um fardo que deveria ser suportado pelos cônjuges a qualquer custo, em virtude da sua natureza indissolúvel.

Desse modo, com o direito à felicidade individual sendo reconhecido cada vez mais, o princípio da dignidade da pessoa humana e a consolidação dos direitos fundamentais gera influência ao legislador e orienta a análise dos diversos aspectos de normatização jurídica da vida familiar.

---

<sup>6</sup> RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 35

<sup>7</sup> Ibidem.

## 1.2. A paternidade afetiva na doutrina do Direito de Família atual.

O atual modelo familiar, não se confunde com a antiga família romana, que após anos de sua permanência sofreu a decadência de poder do *pater familias*, não sendo mais este detentor do poder de decisão dos demais entes da sociedade familiar.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, há espaço no direito para a aplicação de efetiva igualdade entre pais e filhos, além da afetividade como base principiológica para estabelecer uma convivência voluntária, não mais pautada na autoridade e ausência de vontade das partes, mas sim na voluntariedade e harmonia do ambiente familiar.<sup>8</sup>

No seio familiar há situações em que as relações pessoais resultam em relações também econômicas, que podem ser designadas como famílias patrimoniais, de modo que tal natureza, ainda que composta por um conteúdo econômico seja orientada pela finalidade de alcance dos interesses da família, como construção familiar e não ao suprimento da importância individual dada por um ente da família.

A partir do momento que ambos os genitores são capazes para exercer o poder familiar, devem estes manter-se presentes no processo de criação de seus filhos, buscando sempre o exercício igualitário para auxílio na formação psíquica, intelectual e sentimental do infante, tais circunstâncias nada mais são do que a conformidade com o que está previsto na CF. O rompimento de matrimônio ou união dos pais não pode resultar na restrição dada à criança de conviver com um de seus genitores, além de não poder ferir a sua integridade psíquica diante do distanciamento de um de seus pais, tal proteção ao interesse infantil permite que o Estado intervenha, criando mecanismos que promovam a harmonia entre os indivíduos envolvidos no conflito.

A denominação contemporânea de família gera questionamentos e conflitos acerca do que se denomina paternidade, interferindo nos contextos social, afetivo e

---

<sup>8</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

principalmente jurídico<sup>9</sup>. A Constituição Federal de 88, trás uma nova denominação de família, ampliando-a, inovando na previsão de igualdade entre os filhos, intervindo nas relações familiares e conseqüentemente nas relações afetivas entre pais e filhos, quando insere novos valores, além disso surge ainda o princípio da dignidade da pessoa, que passar a ser um elemento categórico para a promoção do bem estar pessoal.

A paternidade socioafetiva fundamenta-se na ligação que surge diariamente na convivência cotidiana dos indivíduos, por sua relação de carinho, companheirismo, amizade e dedicação. A sociedade e a comunidade jurídica têm reconhecido cada vez mais a diferença entre pai e genitor, quando trata-se de questões relacionadas ao reconhecimento de filiação, nestes casos incluem-se ainda questões relacionadas ao direito de registro, em que adota-se cada vez mais a ideia de que pai é aquele que presta assistência de proteção, educação e satisfação emocional de seus filhos.

Diante disto cabe mencionar que o conceito mais comum sobre filiação verificado na doutrina é que trata-se de uma “relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”<sup>10</sup>, desta forma, reconhecendo esse conceito é possível verificar a possibilidade de que exista o reconhecimento de paternidade sem que haja um laço sanguíneo entre os indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 reconhece juridicamente a paternidade biológica, além da paternidade social, permitindo que no campo dos fatos permaneça a responsabilidade para solucionar os impactos conflituosos existentes entre as paternidades biológica, afetiva ou sociológica, além da filiação meramente registral, dentre as diversas formas de relação parental, a maior delas, devido ao estabelecimento de um vínculo próximo além da grande afetividade construída é a filiação, que evidencia a ligação entre genitores e filho.

Nos tempos passados, a filiação estava estritamente ligada à celebração do matrimônio, de modo que dela advinha o estado de filho, ou seja, se após a celebração do casamento houvesse uma gravidez, os filhos havidos na constância

---

<sup>9</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 321. V.6



do matrimônio tinham o reconhecimento da paternidade garantida, pois esta se presumia em virtude do casamento, era ainda garantido os direitos patrimoniais de seu genitor.

A estrutura Constitucional que foi criada sobre a filiação torna razoável a afirmação de que não há qualquer possibilidade de destinar tratamento diferenciado aos filhos em razão de serem oriundos de relação de matrimônio ou não, além de não haver qualquer outra barreira à determinação de filiação, de modo que há uma vedação à declaração de limites para determinar qualquer tipo de vínculo afetivo, neste sentido afirma a doutrina que haverá a “possibilidade de os filhos terem acesso à verdadeira parentalidade, porquanto não sofrerão nenhuma sanção em razão de sua condição de filhos ‘adulterinos’, ‘espúrios’, ‘incestuosos’, fora do casamento etc.”<sup>11</sup>

As mudanças na construção do sistema filiatório decorrem de progressos na ciência e tecnologia, que proporcionaram uma evolução jurídica, de modo que o reconhecimento da filiação passa a ser um componente de garantia à dignidade da pessoa humana e conseqüentemente resulta na eliminação de barreiras construídas pelo modelo de filiação clássica. Permitindo o surgimento de um direito de família contemporâneo, passível às influências da sociedade moderna, acarretando na necessidade de garantia de expansão da individualidade humana, distintamente do regime familiar sobre o qual ela está inserida.

“Todo e qualquer tipo de relação paterno-filial merece proteção especial no cenário descortinado pela Constituição da República, o que, em última análise, corresponde à tutela avançada da pessoa humana e de sua intangível dignidade”<sup>12</sup>, tal afirmação dada pelo autor Cristiano Chaves de Farias, confirma que a pessoa humana por si só tem um valor, por isso há norma jurídica, que foi elaborada pelo homem e destina-se a ele.

Com a normatização da isonomia constitucional, conclui-se que o direito à filiação encontra-se sujeito a particularidades, estas ilustradas pelo doutrinador Cristiano Chaves de Farias:

---

<sup>11</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 36

<sup>12</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 541. v.6

- (i) A filiação tem de servir à realização pessoal e ao desenvolvimento da pessoa humana (caráter instrumental do instituto, significando que a filiação serve para a afirmação da dignidade do homem);
- (ii) Despatrimonialização das relações paterno-filiais (ou seja, a transmissão de patrimônio é mero efeito da filiação, não marcando a sua essência);
- (iii) A ruptura entre a proteção dos filhos e o tipo de relacionamento vivenciado pelos pais. Vale, aqui, pontuar o exemplo dos filhos socioafetivos que, embora não mencionados em qualquer texto legal, merecem a mesma proteção e não podem ser discriminados em relação aos filhos biológicos.<sup>13</sup>

Para que seja vivida a filiação não se faz necessário o vínculo biológico, isto é, a efetivação do vínculo paterno-filial não precisa da transferência de elementos genéticos, uma vez que seu elemento fundamental é a convivência e desenvolvimento rotineiros, em uma busca por realização pessoal, frequentemente denominada como felicidade.<sup>14</sup> Enfim, a determinação da relação paterno/materno-filial não necessariamente significa a existência de prévio envolvimento sexual. Neste sentido doutrina Luiz Roberto Assumpção que:

Considerada a família como um mosaico da diversidade, ninho de comunhão de vida, percebe-se que a sua vocação para a realização pessoal de cada um de seus membros depende do respeito ao outro e da proteção das individualidades no coletivo familiar, conferindo condições de construção de identidade ao sujeito, o que é possível na medida em que se tem o outro como espelho.<sup>15</sup>

Desta forma, sabe-se que a paternidade pode ser decorrente da compatibilidade genética, mas, igualmente, pode decorrer do relacionamento de convivência existente entre os indivíduos, e, “efetivamente, não é possível determinar qual desses vínculos se mostra mais forte, sempre dependendo das circunstâncias concretas.”<sup>16</sup>

Neste mesmo sentido, a partir de uma visão técnico-jurídica, a filiação é a relação de parentesco que surge entre os indivíduos com primeiro grau de vínculo

---

<sup>13</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 541-542. v.6

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. *Aspectos da paternidade no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 49.

<sup>16</sup> Op cit. p. 543

sanguíneo, em linha reta ou aqueles que a partir da efetividade geraram e acolheram aquela pessoa, buscando seu desenvolvimento e realização pessoal. Trata-se, pois, de um vínculo entre aqueles que estão envolvidos, quais sejam, pai, mãe e filhos, gerando entre eles direitos e deveres diferenciados.

A autonomia da vontade de cada pessoa em efetivar a parentalidade pode ser alcançada a partir de mecanismos biológicos, em que há vínculo sanguíneo entre os indivíduos; da adoção, alcançada por meio de determinação judicial; a fertilização, que será assistida, além da possibilidade de puramente se reconhecer a condição e relação paterno-filial existente entre os indivíduos, qualquer desses métodos não receberá tratamento jurídico diferenciado para o filho, seja no aspecto material ou pessoal.

Fato é que o vínculo paterno-filial e, sobretudo, o filiatório, não é estabelecido exclusivamente pelo elemento biológico, todavia, envolve questões de afetividade e por este motivo não pode ser enquadrado na ideia de que a filiação é um vínculo existente entre um indivíduo e seus progenitores, “cuida-se de fórmula insuficiente para a compreensão do fenômeno filiatório no mundo contemporâneo, devendo ser afastada por estar em rota de colisão com o garantismo constitucional.”<sup>17</sup>

### **1.3. A guarda compartilhada na doutrina do Direito de Família atual.**

A guarda refere-se ao direito firmado na posse do menor que gera dever de vigilância e assistência absoluta a ele<sup>18</sup>. Se trata de um poder-dever de mantê-los no seio do lar, onde o controle do desenvolvimento de sua personalidade é representado pela convivência efetiva, cumprindo com os deveres de assistência moral, psíquica e emocional.<sup>19</sup>

A partir de uma análise da evolução do direito de família é perceptível que sua origem foi instintiva, todavia, com o passar do tempo a família passou a ser pautada na relação matrimonial, onde os cônjuges cumpriam tal requisito para ter o

---

<sup>17</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p.543. v.6

<sup>18</sup> SANTOS NETO, José Antônio de Paulo. *Do pátrio poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>19</sup> MOURA, Mário Aguiar. *Tratado prático de filiação*. Rio de Janeiro, Aide, 1984.

reconhecimento de família legítima. Desta forma a base da entidade familiar era o casamento matrimonializado, hierarquizado, indissolúvel e patriarcal.

A expressão pátrio poder foi deixada para trás e passou-se então à adoção do termo poder familiar, que evidencia a igualdade entre os sexos, afastando a antiga preponderância do sexo masculino que podia ser observada tanto na sociedade geral como também na sociedade conjugal, conferindo aos pais o exercício paralelo das obrigações legais impostas pelo Estado. A Constituição Federal de 88 teve papel importante na alteração de tal expressão, uma vez que nela foi estabelecido o princípio da igualdade que conferiu a ambos os genitores o exercício equilibrado do poder familiar sobre seus filhos.

A trajetória do Direito Constitucional alterou o padrão anteriormente utilizado, ao reconhecer princípios que eram ignorados pela sociedade. Deste modo, houve uma leitura diferenciada da função da Constituição na interpretação jurídica, uma vez que antes era vista como um documento político ou mero agrupamento de normas jurídicas a serem utilizadas, e agora continha princípios gerais de direito. Foi dado no ano de 1988 um reforço à importância do instituto da guarda compartilhada, através do artigo 277 que se refere ao direito à convivência familiar.

No ano de 2008, a lei 11.698 alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, referindo-se ao artigo 227 da Constituição Federal que reconhece a convivência familiar como direito fundamental. A partir disso, a guarda compartilhada passou a ser disciplinada, e seria estabelecida a partir de consenso entre as partes ou, não sendo possível, de forma litigiosa, todavia, sempre se atentaria aos princípios constitucionais de melhor interesse da criança, dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, afetividade e ainda o princípio da convivência familiar.

A lei 11.698/08 trouxe alteração severa no modelo de guarda, uma vez que, a guarda unilateral era a principal forma de guarda estabelecida no direito brasileiro. Todavia, passou a ser a guarda compartilhada, que não era determinada apenas nos casos que não atendiam ao melhor interesse da criança.<sup>20</sup> Tal lei surgiu a partir do Projeto de Lei 6.350/2002, apresentado pelo Deputado Tilden Santiago,

---

<sup>20</sup> STRANGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. São Paulo: LTr, 1998.

justificando que o modelo de guarda compartilhada, já estava inserido na realidade jurídica e social do Brasil, visto que, assegurava tanto o princípio do melhor interesse da criança quanto a igualdade entre os pais no cuidado e responsabilidade com seus filhos. Justificou ainda que a guarda compartilhada é o tipo de guarda que proporciona um convívio mais íntimo entre os filhos e seu guardião, que se torna coparticipante com igualdade de direitos e deveres quanto à educação, saúde, e cuidados com o menor.<sup>21</sup>

E, embora ainda se discuta, AKEL afirma que não há o que duvidar sobre o entendimento do legislador atual, que acreditou ser mais “necessária e urgencial a adaptação da nova legislação civil, considerando as alterações paulatinamente sofridas pela sociedade moderna, principalmente no que se refere às relações de direito de família”<sup>22</sup>

Foi dada maior importância ao afeto e o amor que, segundo parte da doutrina, “deve prevalecer sobre determinados moldes arcaicos, estáticos e ultrapassados”<sup>23</sup> que ainda vigoram no ordenamento jurídico brasileiro. A legislação buscou colocar sobre as entidades familiares, sejam elas monoparentais, constituídas por casamento ou união estável, ou até mesmo por duas pessoas que têm um filho, maior humanização. Fazendo com que o relacionamento entre pais e filhos tivessem como base a isonomia, o amor, o sentimento e humanidade.

O poder familiar atual é constituído de diversos deveres destinados aos pais, desta forma, se constitui de mais deveres e menos poder, onde os responsáveis pelo menor recebem um encargo incontestável. Mesmo que não haja uma facilidade de definição do conceito para o instituto, a partir das várias mudanças ao longo da história, o poder familiar foi definido como “o conjunto de direitos e deveres, atribuídos aos pais, no que tange à pessoa e aos bens dos filhos menores, com a finalidade de proporcionar-lhes subsistência, educação e proteção”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Seguridade Social e família. Projeto de Lei nº 6.350, de 2002. Voto em separado da deputada Jandira Feghali. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/249490.pdf>> Acesso em: 20 set. 2016.

<sup>22</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2010 p.10

<sup>23</sup> Ibidem

<sup>24</sup> LOFUTO, Maria Alice Zaratim. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 254. v.5

Os pais encontram-se em igualdade de condições quando trata-se da responsabilidade para cumprir as atribuições com os filhos. Mesmo que haja o instituto do poder familiar, este não é atribuído a todos os membros da família. Pois cabe aos pais o dever de assistência, educação e criação dos filhos menores.<sup>25</sup> Assim, fica claro que este instituto característico pela autoridade parental “deve ser compreendido como uma função constituída de direitos e deveres, sendo certo que ao direito dos pais corresponde o dever do filho e vice-versa, tendo a primordial finalidade de proteção dos interesses dos menores.”<sup>26</sup>

Neste mesmo sentido, a guarda será examinada sobre a perspectiva do poder familiar, caracterizada por ser um dever dos pais de auxiliar na criação, educação e formação dos filhos, e um direito de com eles manter uma convivência saudável e harmoniosa, além de participar no crescimento e orientação do seu desenvolvimento. Todavia, a guarda não decorre do poder familiar, “podendo ser destacada e atribuída a somente um dos genitores ou até mesmo a terceiros, dando ensejo à denominada guarda unilateral, única ou exclusiva.”<sup>27</sup>

Segundo afirma Kátia Regina Ferreira deve ser feita uma distinção entre guarda e companhia, “enquanto a guarda é um direito/dever, a companhia diz respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda”<sup>28</sup>. De qualquer forma, independentemente do tipo de guarda aquele que for denominado guardião, será detentor de uma gama de direitos e deveres a serem exercidos, sempre objetivando a proteção e provimento das necessidades básicas para o desenvolvimento saudável do menor, que passa a ser de sua responsabilidade, seja por determinação legal ou judicial.<sup>29</sup>

É possível identificar no nosso ordenamento jurídico, a “guarda comum; guarda originária e derivada; guarda de fato; guarda provisória e definitiva; guarda

---

<sup>25</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2010 p.13

<sup>26</sup> Ibidem

<sup>27</sup> RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66

<sup>28</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152

<sup>29</sup> CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

única; guarda por terceiros; guarda jurídica e material; guarda alternada; aninhamento ou nidação e, por fim, guarda compartilhada ou conjunta.”<sup>30</sup>

Os modelos de guarda mais utilizados são a guarda compartilhada e a guarda única ou unilateral. É possível observar que o compartilhamento de guarda se manifesta com uma alternativa para diminuir a distância que existe entre pais e filhos que não convivem mais na mesma casa, este modelo favorece o interesse do infante e a igualdade de ambos os genitores para exercerem a parentalidade, pois trata-se de uma proposta eficaz para manter a relação da criança com seus pais, ainda que a família esteja desagregada, mantendo suas relações intactas.<sup>31</sup> Trata-se de um convite aos pais para que exerçam de forma conjunta a autoridade parental, mesmo estando separados, podendo agir do mesmo modo que exerciam suas funções na constância do matrimônio ou união a qual viviam.

A guarda unilateral será destinada a um dos genitores, sendo aquele que está mais preparado para criação do infante, todavia, o genitor que não possuir a guarda do filho terá o direito de visita, a ser estipulada pelo juiz<sup>32</sup>. O malefício da guarda unilateral encontra-se no fato de ser impossível garantir que os filhos serão educados pelos dois genitores, uma vez que, geralmente a guarda única é destinada à mãe, que poderá acarretar no afastamento do infante com o responsável não guardião. Por consequência, o pai passa a ser uma figura distante, com momentos específicos para fazer-se presente, o que gera uma frieza na relação entre pais e filhos, relação esta carente do envolvimento que ambos têm direito, além de ser insuficiente às necessidades da criança, podendo trazer alteração psicológica em sua formação.<sup>33</sup>

Além disso, na guarda unilateral será notada uma ausência de equilíbrio entre os pais separados, uma vez que o exercício do poder familiar se dá de forma desproporcional, onde o genitor que detém a guarda é o único com efetiva

---

<sup>30</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 73

<sup>31</sup> RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>32</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>33</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família – 2. Ed.* - São Paulo: Atlas, 2010.

competência para atuar em nome dos filhos<sup>34</sup>, enquanto ao outro é dado apenas o direito de visita e observância do menor, devendo se preocupar com o pagamento das custas alimentícias e tendo por direito um convívio limitado.<sup>35</sup>

Independente do modelo de guarda estabelecido, o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança, de modo que o menor se desenvolva plenamente saudável, sendo sempre preservado o seu convívio familiar, preferencialmente com ambos os genitores.

---

<sup>34</sup> CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

<sup>35</sup> *Ibidem*.



## **2. ANÁLISE LEGISLATIVA DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA PATERNIDADE AFETIVA.**

Neste capítulo serão investigados pelo prisma legal os institutos da guarda compartilhada e da paternidade afetiva. Inicialmente serão apresentados os dispositivos constitucionais, destacando a diferença existente entre esta lei e as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que fique claro sua hierarquia legal e a necessidade das demais normas seguirem os princípios por ela apresentados. Em seguida será feita uma comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, uma vez que, o Direito de Família sofreu diversas alterações quanto ao reconhecimento dos filhos além das mudanças nas relações matrimoniais. Por fim, será apresentada a guarda compartilhada prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e as diferenças desta com o previsto no Código Civil de 2002, além de demonstrar a possibilidade de paternidade afetiva nestes casos.

### **2.1. A guarda compartilhada na paternidade afetiva e a Constituição Federal de 1988.**

A Constituição Federal atual, comparada às anteriores, prevê grandes alterações que influenciam no direito de família, como o rompimento da hegemonia do casamento, anteriormente reconhecido como única forma legal de constituição da família, passando assim a admitir a união estável também como modelo familiar, além da família monoparental, composta pelos filhos e qualquer de seus ascendentes. Houve ainda a equiparação dos filhos concebidos ou não na constância do casamento, fazendo com que estes fossem reconhecidos com iguais direitos, sendo vedada qualquer discriminação com relação à maneira como se dava o vínculo filial do indivíduo.

Inegavelmente a Carta Magna consiste na norma de maior importância do ordenamento jurídico, “é entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é

regulada a produção das normas jurídicas gerais”<sup>36</sup>, de modo que legitima o direito do Estado e ordena todo o sistema jurídico. Nela são encontradas as consolidações referentes a questões que o constituinte entendeu, por bem, que deveria conceder caráter supremo ao comparar com os demais institutos jurídico-políticos da sociedade.

O Direito Constitucional é tratado no ramo do Direito Público, cuida do estudo detalhado e aprofundado da Constituição, debruçando-se para interpretar e organizar os princípios e regras regentes do exercício do poder.

Há diversos entendimentos sobre o conceito de Constituição, e destacam-se os sentidos sociológico, político e jurídico. Primeiramente, o sociológico pensado por Ferdinand Lassale compreende que a Constituição refere-se à uma “soma dos fatores reais de poder”<sup>37</sup> predominantes em uma sociedade. No que se refere ao sentido político Carl Schmitt afirma que as constituições tratam de uma deriva de um poder soberano e é caracterizada por ser uma “decisão política fundamental”. “A essência da Constituição não está contida numa lei ou numa norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, quer dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica.”<sup>38</sup>

Por fim, quanto ao sentido jurídico, a idealização foi realizada por Hans Kelsen, que examina a Constituição por uma lógica jurídica como sendo uma norma fundamental juridicamente superior, não se prende a qualquer ambição política ou sociológica. Para ele “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, [...], designada como norma superior”<sup>39</sup>, servindo como fundamento vital para as normas infraconstitucionais.

Cumprе salientar, que a diferença existente entre a lei constitucional e as demais normas é o seu caráter supralegal e rígido, tais características fazem com

---

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 155

<sup>37</sup> LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002. p. 48

<sup>38</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932. p.27

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 267

que a constituição ocupe a extremidade da hierarquia legal, de modo que todas as outras normas infra legais estejam em conformidade com seus princípios.

A Constituição dispõe de características específicas e bem delimitadas, pois trata-se “de uma carta política”, uma norma jurídica fundamental que conduz o poder exercido pelo Estado, além das limitações que terá de lidar em seu exercício. Tudo isto porque, por se tratar de uma norma superior atribuída de uma grande carga deontológica, obriga-se a servir de referência interpretativa para todo o ordenamento jurídico, sendo o Direito considerado uma ciência de natureza una.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 trás a reafirmação de que a família é um componente natural essencial da sociedade, além de ser uma forma natural para promoção de crescimento e bem-estar dos indivíduos nela inseridos, principalmente às crianças que, para que haja uma personalidade desenvolvida harmoniosamente, deve crescer em uma família que lhe proporcione um ambiente de felicidade amor e compreensão. Reconhece ainda que as crianças precisam de proteção e atenção específica, devido à vulnerabilidade delas, destacando de forma especial o comprometimento substancial da família no que se refere ao cuidado e proteção.

Compreende-se, assim, que a aplicação do princípio “da proteção integral veio reafirmar o princípio do melhor interesse da criança”<sup>40</sup>, tratando-se de um dever jurídico determinado à família, além de ser obrigação da sociedade e do Estado, que deve ser acompanhado tanto na constituição quanto na execução dos “direitos que lhes digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade”.<sup>41</sup>

Havendo um rompimento conjugal dos pais, as obrigações com os filhos menores se mantêm, “apesar da ruptura do vínculo jurídico entre eles, ou seja, de um lado a conjugalidade e de outro a parentalidade.”<sup>42</sup>. Os filhos menores continuam sujeitos ao poder familiar, de modo que os pais são titulares deste poder, enquanto

---

<sup>40</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 204.

<sup>41</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

<sup>42</sup> JUSTO, A. Santos. *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Coordenação Pastora do Socorro Teixeira Leal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

os filhos são sujeitos passivos da autoridade destinada aos pais, todavia a recomendação é que os pais o exerçam em conjunto, enquanto estiverem casados ou em união estável. Sua essência consiste em um poder-dever, um *múnus público*, voltado ao reconhecimento de interesses recíprocos e, portanto, o interesse do filho detém primazia, mas sem descuidar das limitações inerentes a uma pessoa em processo de desenvolvimento.

Indiscutivelmente, toda separação traz sofrimento e marcas a todos os envolvidos, trata-se da frustração de expectativas, um planejamento de vida alterado, desta forma, se para adultos, que detém capacidade maior de entender as situações, já causa efeitos negativos, que dirá a criança, tal situação pode repercutir de forma que prejudique seu desenvolvimento emocional.

Dependendo da forma que essa modificação será administrada pelos pais, pode proporcionar uma melhor condução para a situação ou um ambiente prejudicial à criança, em razão dos desentendimentos possíveis após a separação, a forma de lidar com esse momento influenciará diretamente na forma de exercício do poder familiar podendo este sofrer transformações em seu conteúdo, no que se refere à guarda dos filhos.

Desta forma, o “direito à companhia” não pode ser interpretada de forma contrária ao interesse da criança, trata-se de um direito relativo e que deve assegurar ao pai ou a mãe não guardião a convivência com o filho. Neste sentido, faz-se necessário o uso do bom senso, uma vez que os pais, independentemente de sua relação, têm deveres e responsabilidades com seus filhos, e deve ser observada a “promoção do bem estar dos filhos”<sup>43</sup> mesmo que entre eles não haja acordo, ou seja, “a aplicação da guarda compartilhada não deve ficar condicionada a relação harmônica dos pais. Esse condicionamento desvirtua o instituto.”<sup>44</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu artigo XVI a afirmação de que “o princípio da convivência familiar decorre diretamente do reconhecimento atribuído à família enquanto núcleo natural e fundamental da sociedade”<sup>45</sup>. Assim, a Declaração

---

<sup>43</sup> JUSTO, A. Santos. *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Coordenação Pastora do Socorro Teixeira Leal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

<sup>44</sup> Ibidem

<sup>45</sup> BRASIL. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> Acesso em: 10 out. 2016.

Universal dos Direitos da Criança<sup>46</sup> (1959) e a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>47</sup> (1989) compreendem a necessidade da criança em conviver em um ambiente de harmonia e afeto para que se desenvolva de forma completa a sua personalidade. É possível verificar que as normas referentes a convivência familiar encontram-se presentes ainda na esfera constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que demonstra que tais direitos são localizados tanto em sede internacional, quanto em nacional. Paulo Lôbo afirma que a convivência familiar deve ser entendida como:

a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. [...]. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.<sup>48</sup>

A atual estrutura familiar não se justifica se houver ausência de afeto, uma vez que este é o elemento que forma e estrutura a entidade família, desta forma, esta é uma relação que pressupõe o afeto de modo que todos os tipos de vínculo que tenham como base a relação afetiva devem estar protegidos pelo Estado, uma vez que os laços criados pelo afeto e solidariedade são resultados de uma convivência familiar, e não do vínculo sanguíneo. “Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.”<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup>BRASIL. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20 de Novembro de 1959. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)> Acesso em: 10 Out.2016. Princípio VI - A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.

<sup>47</sup>BRASIL. Organização das Nações Unidas. Convenção sobre os Direitos da Criança de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)> Acesso em: 10 Out.2016. Preâmbulo: Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais; Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.

<sup>48</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 6. ed.— São Paulo: Saraiva, 2015.P. 68

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice Dias. *União homoafetiva*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61

A partir do princípio básico da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana, a família passou a ter seu alicerce firmado sobre os laços de afetividade, uma vez que tal princípio garantiu à sociedade, de modo geral, a busca pela felicidade, o que desencadeou uma série de outros direitos, no instituto da família podemos observar por exemplo a possibilidade do divórcio e ainda o reconhecimento da união estável.

Atualmente a doutrina reconhece que há parentesco socioafetivo ao comprovar que há requisitos que apontam para a posse do estado de filho, como por exemplo, o nome, a tratativa entre o pai/mãe e a criança, além da fama de que entre eles há um vínculo parental. A referida posse de estado é sem dúvida um meio capaz de comprovar que há vínculo afetivo entre os filhos de criação e os pais, todavia este elemento não gera estado, de modo que não define a substância deste tipo de parentesco, serve apenas para sua comprovação.

A essência da socioafetividade encontra-se no verdadeiro exercício da autoridade parental, ou seja, é a situação em que alguém, ainda que não seja genitor biológico, se responsabiliza a tomar atitudes que são necessárias e contribuem para a criação e educação dos filhos menores, com o intuito de construir e desenvolver sua personalidade, ainda que não tenha com essa criança um vínculo sanguíneo que gera uma obrigação legal. Afirma a doutrinadora Maria Cláudia Crespo Brauner que:

A incidência da presunção de paternidade legal desconsiderou o elemento fático da filiação, estabelecendo somente o critério legal para determinação da filiação, o conhecimento passou a ser um ato formal, e a simples posse de estado de filho não servia para demonstrar a filiação e, muito menos, para criar vínculo legal entre pai e filho.<sup>50</sup>

Desta forma, este vínculo parental socioafetivo não se trata de uma paternidade ou maternidade que gera a titularidade para exercício do poder familiar e o dever de exercício da autoridade parental em prol dos filhos menores, mas sim o efetivo exercício dessa autoridade, que são externadas a partir de condutas voltadas a criação, educação e assistência, que acabam gerando este vínculo jurídico parental.

---

<sup>50</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. Revista da AJURIS, 2000. p. 243

A existência do vínculo familiar tem como base o afeto, e este só pode se desenvolver e sair do plano pessoal gerando harmonia entre os membros da família, por meio da convivência, por este motivo é atribuída de tanta importância. A relevância da convivência com os filhos, se dá pelo fato da positivação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda a previsão da Constituição Federal, referem-se a ela ainda questões referentes à guarda dos filhos, principalmente na lei da Guarda Compartilhada e ao enfoque na responsabilidade dos pais. A convivência contempla o direito à integridade física e psíquica dos envolvidos para que desenvolvam de forma efetiva sua personalidade, além do direito de personalidade, uma vez que a responsabilidade e a operacionalização do afeto se dão por meio da convivência.<sup>51</sup>

## **2.2. A guarda compartilhada e a paternidade afetiva no Código Civil de 2002.**

A guarda é reconhecida como um poder-dever que se submete ao sistema jurídico, fornecendo, àqueles que têm direito, prerrogativas para exercerem atividades de proteção e amparo aos indivíduos que a lei considerar necessário. Entende-se ainda como a “locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil.”<sup>52</sup>

Juridicamente, a guarda significa a convivência afetiva do menor com seus pais ou responsáveis, gerando a estes o dever de assistir moral e materialmente suas necessidades, preservando, assim, seu desenvolvimento físico e psíquico, a partir da execução dos direitos e deveres que dela advém.<sup>53</sup>

O Código Civil de 2002 é que regulamenta o instituto da guarda, dispondo de um capítulo específico, além dos artigos 1.583 ao 1.590 e ainda o artigo 1.634, inciso II, para tratar da proteção da pessoa dos filhos. Além disso, o ordenamento

---

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAIS, Naime Marcio Martins (Coord.) *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

<sup>52</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 667.

<sup>53</sup> BARETTO, Marilza Fernandes. *Direito de Visita dos Avôs – uma evolução no direito de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1989.

jurídico brasileiro conta ainda com o Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre a guarda de forma específica, tratando sobre a integral proteção devida ao menor, obedecendo aos princípios previstos nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal.<sup>54</sup>

Quem assume a guarda do infante assume, na mesma proporção, as responsabilidades da autoridade parental, devendo se responsabilizar pelo provimento de todas as necessidades básicas devidas à criança, como, alimentos, vestimentas, assistência médica e educacional.<sup>55</sup> Assim, a guarda “compreende, necessariamente, o dever de vigilância, que só se efetivará com a constante atuação por parte do genitor em dirigir a criação do menor no aspecto da sua formação moral”<sup>56</sup>.

A guarda decorre do poder familiar. Um não dependa do outro, visto que o pai que não é detentor da guarda do filho não perde seu poder familiar, salvo nos casos em que for destituído legalmente. Ana Maria Milano entende que “a guarda, assim, é da natureza do poder familiar, não da sua essência. Tanto é que, se transferida a terceiros, não implica a transferência desse.”<sup>57</sup>

Durante a existência da sociedade conjugal a guarda e o poder familiar caminham juntos. A partir do momento em que há uma ruptura conjugal poderão surgir problemas para o exercício do poder familiar juntamente com a guarda, uma vez que, Segundo afirma Waldyr Grisard Filho, será criada a monoparentalidade familiar, em que a autoridade parental se concentra em um dos pais, mantendo-se ao outro um caráter secundário de autoridade.<sup>58</sup>

No ano de 2002, quando o Código Civil foi promulgado, não havia previsão expressa da guarda compartilhada. Porém, a doutrina já previa a possibilidade jurídica dos pais, ainda que não conviventes, dividissem as responsabilidades de cuidado, companhia e zelo. Diante disto a lei 13.058/14 alterou o que previam os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, buscando estabelecer uma nova

---

<sup>54</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>55</sup> SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 63

<sup>56</sup> Ibidem

<sup>57</sup> SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei sobre Guarda Compartilhada*. 2. ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2008, p. 39-40

<sup>58</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.



interpretação do termo “guarda compartilhada”.<sup>59</sup> A referida lei traz a afirmação de que a guarda pode ser *unilateral* ou *compartilhada*, o artigo 1.584<sup>60</sup> dispõe em seu §5º que a guarda unilateral será destinada àquele que demonstre maior possibilidade de exercer os encargos a ele atribuídos, ainda que este não seja um de seus genitores.

Já a guarda compartilhada poderá ser concedida mediante decisão consensual das partes ou por determinação do magistrado. Havendo desacordo entre os genitores, ainda assim há preferência pela guarda compartilhada, tal previsão encontra-se disposta no §2º do artigo 1.584<sup>61</sup> do Código Civil, todavia, tal orientação será relativizada a fim de se adequar ao maior interesse do menor.

Independente do regime de guarda atribuído, obrigatoriamente, qualquer estabelecimento, seja ele público ou privado, deverá “prestar informação a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de duzentos a quinhentos reais por dia pelo não atendimento da solicitação”<sup>62</sup>, tal disposição contribui para o mantimento do poder familiar que, mesmo sendo definido o regime de guarda entre os pais, será mantido sem que um dos genitores perca tal poder.

Trata-se de um tipo de guarda em que os filhos detém o direito de manter o convívio com ambos os pais, buscando-se a melhor divisão de direitos e deveres, proporcionando a melhor forma de manterem suas responsabilidades com os infantes, por isto, a guarda compartilhada corresponde à melhor forma de manter os

---

<sup>59</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.288. v.5

<sup>60</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 28 out. 2016. Artigo. 1.584, § 5º - Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

<sup>61</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 28 out. 2016. Art. 1.584 § 2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

<sup>62</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 28 out. 2016. Artigo 1.584, §6º : Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

pais separados como detentores da autoridade parental, mantendo seu poder de decisão sobre os filhos.<sup>63</sup>

Desta forma, a guarda compartilhada caracteriza-se por ser “um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família”<sup>64</sup>, criando assim a possibilidade dos pais, ainda que vivendo separadamente, exerçam de forma conjunta a autoridade que têm sobre seus filhos, assim como exerciam durante a constância do casamento.<sup>65</sup>

Além disso, o pátrio poder ganhar nova conotação, uma vez que a guarda tem a intenção de afastar o conceito de poder e permitir o entendimento de responsabilidade que deve se ter com a criança e a sua necessidade de convívio familiar.<sup>66</sup>

O efetivo poder familiar, mesmo com o rompimento do relacionamento entre os pais, mantém genitores e filhos envolvidos e com atividade que assegurem que o vínculo afetivo será mantido, uma vez que os pais terão suas responsabilidades exercidas igualmente. A afetividade é derivada da celebração do casamento ou da constituição de união estável, no casamento não são encontrados obstáculos, vez que ao ser firmado já há determinação da afinidade, por outro lado, na união estável há uma dificuldade maior ao tentar identificar o termo inicial da relação de convivência e conseqüentemente dificulta na fixação do momento em que se tem estabelecida a afinidade gerada pela convivência familiar.<sup>67</sup>

De toda forma, “parece razoável sustentar que, caracterizada a união estável (pela convivência *more uxorio*, com intenção de viver como se casados fossem), automaticamente defluirão os efeitos do parentesco por afinidade.”<sup>68</sup>

O parentesco pautado na afetividade propõe o preceito da simetria, sendo assim estabelecido pelo equilíbrio com o parentesco comum, natural ou civil. Assim, o parentesco por afinidade pode ser constituído em linha colateral ou linha reta, o

---

<sup>63</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>64</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 126 e 164.

<sup>65</sup> *Ibidem*

<sup>66</sup> SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>67</sup> *Ibidem*

<sup>68</sup> *Ibidem*

primeiro tem a afinidade “estabelecida entre o cônjuge ou convivente e os parentes na linha transversal do seu consorte ou companheiro.”, e o segundo, da mesma forma vincula os parentes na linha reta do outro consorte ou companheiro.<sup>69</sup>

A parentalidade socioafetiva pode ser determinada como “o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas.”<sup>70</sup>. Belmiro Pedro Welter<sup>71</sup> dispõe que:

Filiação afetiva pode também ocorrer naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominado filho de criação, (des)velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto.

Quanto ao direito de guarda do pai afetivo, há omissão da lei, visto há previsão expressa somente aos genitores, biológicos ou civis. Todavia, “o que deve ser analisado na guarda, independentemente se foi requerida por causa do divórcio ou se foi fruto de um relacionamento não jurídico, e também se for compartilhada ou unilateral, é o melhor interesse do menor.”<sup>72</sup>

Neste sentido, entende-se que o direito tem o dever de se adequar às questões da sociedade, e é sabido que o direito de família principalmente, vez que os modelos familiares se configuram de formas variadas. O casamento matrimonializado não é mais a única forma de constituição familiar, o que faz erigir diversos vínculos parentais antes não reconhecidos. Desta forma, entende-se que se o pai socioafetivo é aquele que fornece o melhor interesse ao menor, não havendo motivos para impedimento de concessão de guarda para este.

---

<sup>69</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 530. v.6

<sup>70</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16

<sup>71</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Filiação biológica e socioafetiva: igualdade*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 133, nº 14.

<sup>72</sup> RAMOS, Laís Machado. *Paternidade socioafetiva: direitos de guarda e de visita concebidos ao pai socioafetivo sem vínculo jurídico*. **Revista da ESMESE**, n.15, 2011. p. 5

### **2.3. A guarda compartilhada e a paternidade afetiva no Estatuto da Criança e do Adolescente.**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu, inicialmente, que homens e mulheres maiores de idade poderiam contrair matrimônio e constituir família, dotados de direitos iguais quanto ao casamento, sua duração e dissolução. Posteriormente houve a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, em 1959, determinando em um de seus princípios que a criança “gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, e em condições de liberdade e dignidade”<sup>73</sup>, de modo que, as Instituições estabelecerão como prioridade a proteção ao melhor interesse da criança.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992, através do Decreto nº 678, estabelece em seu artigo 17 a proteção à família, reconhecendo-a como elemento fundamental da sociedade e, conseqüentemente, merecedora de sua proteção por esta e pelo Estado. Em 1989 foi ratificado no Brasil pelo Decreto nº 99.710/90 a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, dispondo no artigo 3.1 que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”<sup>74</sup>

A partir do reconhecimento do princípio da dignidade humana pela Constituição Federal de 1988, como princípio basilar do ordenamento jurídico, passou-se a exigir do Estado uma atenção maior ao ser humano e às fases de sua vida, ou seja, “ao seu desenvolvimento (o que fundamenta a proteção infraconstitucional dada às crianças e aos adolescentes), o seu estado adulto e a

---

<sup>73</sup> BRASIL. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20 de Novembro de 1959*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)> Acesso em: 12 mar.2017.

<sup>74</sup> BRASIL. *Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> Acesso em: 12 mar. 2017.

própria maturidade (a proteção do idoso)”<sup>75</sup>, “foi a Constituição de 1988 que, inovando em relação às demais constituições, que já vigoraram no território nacional, abordou princípios voltados à proteção da criança e do adolescente.”<sup>76</sup>, seguindo tal determinação, diversos dispositivos legais passaram a enfatizar a proteção diferencial que é dada pelo Estado às crianças, um deles o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste mesmo sentido e refletindo a inclinação internacional sobre o assunto, no ano de 1990 entrou em vigor no Brasil a Lei nº 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, determinando o princípio de “proteção integral dos seres em desenvolvimento”<sup>77</sup>. “Esse diploma nasceu com a pretensão de efetivar os direitos que, pela primeira vez, foram reconhecidos expressamente na Constituição Federal.”<sup>78</sup>, e seu objetivo era atingir todas as crianças e adolescentes através de intervenções estatais capazes de estabelecer entre maiores e menores condições de igualdade, assim prevê o artigo 3º do ECA<sup>79</sup>.

O instituto da guarda estudado no presente trabalho tem abordagem diferenciada no Estatuto, quando comparado ao Código Civil Brasileiro, embora ambos sejam normas submetidas aos princípios previstos na Constituição Federal, os conteúdos de seus artigos não nos trazem a mesma ideia de guarda. A guarda tratada no Código Civil “não é a medida de colocação em família substituta prevista

---

<sup>75</sup> DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008. p.12

<sup>78</sup> DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente* – São Paulo: Saraiva, 2013. P. 43

<sup>79</sup> BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990* (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 18 mar. 2017. Artigo 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos integrais de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

no ECA<sup>80</sup>, mas, sim, o instituto derivado da própria autoridade parental exercida pelos pais.”<sup>81</sup>

Desta forma, Maria Berenice Dias<sup>82</sup> afirma que:

Pela Lei n. 8.069/90, art. 28, constitui a guarda um meio de colocar o menor em família substituta ou em associação, independentemente de sua situação jurídica (arts. 165 a 170), até que se resolva, definitivamente, o destino do menor [...]. A guarda destinar-se-á à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, sob pena de incorrer no art. 249, dando ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (art. 33), regularizando assim a posse de fato.

Conforme a estrutura do ECA, a concessão judicial da guarda “não está condicionada à existência pretérita da suspensão ou destituição do poder familiar e, tampouco, do ajuizamento das demandas que pretendam alcançar tal fim.”<sup>83</sup> E mesmo que originalmente pertença ao poder familiar, “pode ser transferida a terceiro ou terceiros e, com tal postura, confere-se autoridade a quem exerce.”<sup>84</sup>

Pelo conteúdo do Estatuto, o guardião deve prestar assistência moral, material e educacional ao menor, além de assegurá-lo de assistência médica e amparo previdenciário, conforme previsto no §3º do artigo 33 da Lei 8.069/90. Tal artigo, em conjunto com os artigos 34 e 35 do Estatuto, discorrem sobre a colocação em família substituta, “que independe da destituição do poder familiar e, muitas vezes, serve para regularizar uma situação que já é fática.”<sup>85</sup>, o que não exclui a participação dos pais neste processo, que devem estar presentes como partes ou como terceiros anuentes ao pleito, exceto quando afastado o poder familiar.

---

<sup>80</sup> BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990* (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 18 mar. 2017. Artigo 28: A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

<sup>81</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 608.v.6

<sup>82</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 661. v. 5.

<sup>83</sup> DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58

<sup>84</sup> DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58

<sup>85</sup> Ibidem. p.60

Conforme prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda pode ser permanente ou temporária. A primeira é duradoura ou definitiva, e é determinada quando o guardião tem a intenção de tornar o menor como um membro da família, dotados dos direitos e obrigações inerentes à relação familiar. A temporária visa acolher situação temporária, com limitação por termo ou condição<sup>86</sup>, poderá ser concedida liminarmente para regulamentar circunstância de guarda de fato pura e simples, visando a garantia de situação jurídica futura.

A guarda estabelece o domicílio legal do incapaz, confere o direito de representação ou assistência deste e pretende regularizar a situação da criança e do adolescente<sup>87</sup>, o § 2º do art. 33, do ECA prevê que “excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata basicamente da adoção do menor, caso em que haverá a transferência da guarda àquele que passar a ser o responsável pela criança, caso os pais do menor forem desconhecidos ou foram destituídos de seu poder familiar, não será necessário o consentimento destes<sup>88</sup>. Desta forma, caso se provar que o menor encontra-se em situação de risco, inexistindo meios para garantir sua sobrevivência ou estiver em ambiente hostil, sofrendo maus-tratos ou estiver em situação de abandono, não é preciso o consentimento de seu representante legal, além dos casos em que o menor tenha seus pais desconhecidos ou em situação de abandono e sem nomeação de tutor.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990* (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 18 mar. 2017. Artigo 167: A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.

<sup>87</sup> Op cit.

<sup>88</sup> BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990* (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 18 mar. 2017. Artigo 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

<sup>89</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 553-554. v.5

Assim como no Direito Civil, em regra, quando os pais do menor rompem seu vínculo afetivo, há de ser discutida a guarda dos filhos, sendo assim destinada a um dos genitores a guarda e ao outro o direito de visita, exceto quando determinada a guarda compartilhada, esta definida por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho como:

Guarda compartilhada ou conjunta — modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detêm-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos. O próprio legislador a diferencia da modalidade unilateral: art. 1.583, § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5.o) 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.

Em ambas as modalidades de guarda, deverá ser observado o princípio da afetividade, que é o fundamento das relações interpessoais, socioafetivas ou na comunhão de vidas. A família contemporânea não se explica sem a existência do afeto, uma vez que, este é o elemento capaz de formar e estruturar a entidade familiar, assim sendo, a família passa a ser uma relação que depende a existência de afeto, fazendo com que aquilo que for vinculado a ele tenha o amparo do Estado.<sup>90</sup> Paulo Lôbo<sup>91</sup> afirma que:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

---

<sup>90</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 66.

<sup>91</sup> *Ibidem*



Diante do exposto, é possível verificar a distinção entre as guardas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, todavia, a submissão aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os membros familiares, além do princípio implícito da afetividade, que tem se manifestado cada dia mais no Direito de Família. O direito à convivência dos pais juntamente com o princípio da afetividade, fundamentam a temática do presente trabalho, visando sempre o melhor interesse do menor envolvido, a quem deva ser garantido todos os direitos.

### 03. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA GUARDA COMPARTILHADA NA PATERNIDADE AFETIVA.

Neste capítulo, será demonstrado o cenário jurisprudencial sobre o tema, onde será apresentado primeiramente um julgado favorável e no segundo ponto um julgado desfavorável, seguidos de comentários sobre os mesmos, utilizando os estudos doutrinários e legais apontados no primeiro e segundo capítulos

#### 03.1. Jurisprudência favorável à concessão de guarda compartilhada na paternidade afetiva.

**03.1.1 - Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 200.2010.003876-5/001 PB. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 11 de julho de 2012.**

APELAÇÕES. GUARDA DE MENOR. DIREITO DE FAMÍLIA. MÃE AFETIVA E PAI BIOLÓGICO. LITÍGIO. INTERESSE E VONTADE DO ADOLESCENTE EM PERMANECER COM A MÃE AFETIVA. PREVALÊNCIA. DIREITO PATERNO DE VISITAS. SEMANAL E EM PERÍODO DE FÉRIAS. FIXAÇÃO. NECESSIDADE. LAÇOS AFETIVOS QUE DEVEM SER MANTIDOS. RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DE AMBOS RECURSOS. - O juiz ao interpretar as leis deve buscar sempre a realização do justo, distanciando-se do rigorismo na sua exegese, a fim de não se cometer injustiças, sobretudo, em casos como este, em que **deve prevalecer o interesse e a vontade do menor**. – Muito embora o menor não tenha sido gerado pela requerente, inexistindo, portanto, cordão umbilical do seu ventre com a criança, a própria vida se encarregou de lhe dar aquele cordão, surgindo o vínculo no dia a dia, afetiva e efetivamente, fortalecido na transmissão de convivência, segurança, carinho, acompanhamento, responsabilidade, renúncia e, acima de tudo, **verdadeiro amor maternal**, assistindo razão ao Juiz, ao conceder a guarda pleiteada à autora. – Existindo laços de afeto entre o menor e o genitor, não é justo e nem adequado impedir ou dificultar a este o direito de visitas, devendo ser mantida a decisão recorrida neste ponto. Vistos, relatados e discutidos os presentes ACORDA a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, desprover os recursos. (Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 200.2010.003876-5/001 PB. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 11 de julho de 2012)

Os apelantes interpuseram recurso de apelação em face da decisão do Tribunal a quo quanto à obrigatoriedade das visitas, periodicidade, tempo e forma determinados na sentença, sobre afirmação de que as visitas ao menor teriam sido determinadas de forma ponderada.

O pai do menor rebateu o teor da inicial, afirmando que a autora não tinha obtido em momento algum a guarda de seu filho, visto que, embora tenham se casado no intuito de constituir nova família, o que fez com que conseqüentemente houvesse uma convivência entre a madrasta e a criança, este sempre morou com seu pai.

A ruptura do relacionamento entre o pai do menor e a madrasta resultou na impossibilidade destes de determinarem amigavelmente sobre qual deles exerceria sua guarda. Desta forma se fez necessário levar ao judiciário, para que este fizesse a interpretação da lei, buscando realizar de forma justa, através da análise das informações contidas nos autos, a aplicação do direito.

A questão jurídica apresentada resolve-se a partir dos elementos concedidos pelas partes do processo, a quem compete a apresentação das provas necessárias, todavia o magistrado é quem tem a incumbência de analisar, ponderar ou afrontar tais elementos, para que assim tome sua decisão estando ciente de todos os fatos resultantes do processo.

Maior relevância é atribuída a tal premissa em circunstâncias como o presente processo, uma vez que, por se tratar da discussão sobre a guarda do menor, consolida-se em um dos mais valiosos preceitos do Sistema Jurídico Brasileiro, visando o respeito e proteção ao futuro das crianças e adolescente, que têm privilégios constitucionais, devendo assim ser priorizados.

O artigo 1.634 do Código Civil trás a guarda como sendo o instituto que atribui a alguém a responsabilidade para cuidar, proteger, e zelar pelo menor, a princípio tais determinações decorre do poder familiar inerente aos pais.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 24 mar. 2017. Artigo 1.634: Compete aos pais, quanto às pessoas dos filhos menores: II – tê-los em sua companhia e guarda.

Todavia não é esta a forma de guarda tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, que trás em seu art. 33 preocupação maior com circunstâncias que envolvam terceiros distintos dos genitores, se posicionando contrariamente aos poderes dos pais do menor.<sup>93</sup>

Nenhuma das modalidades apresentadas pode ser observada no caso julgado, uma vez que a autora não possui o poder familiar, nem tão pouco objetiva o afastamento definitivo do genitor do menor.

A dificuldade no julgamento do processo se da por razão de ser discutido o afeto ou a identidade biológica, devendo ser ambos os vínculos confrontados para assim termos uma decisão de fato garantidora do melhor interesse da criança. De um lado encontra-se a madrasta que se fez mãe por amor, criando com o infante laços afetivos capazes de assumir o papel da genitora, por outro lado o pai que, apesar de constituir outra família, mantinha-se presente e dedicado ao seu filho.

Em circunstâncias de determinação de guarda, não são levados em conta apenas critérios financeiros e econômicos dos interessados, uma vez que o auxílio devido ao menor supera os limites materiais e se aprofundam no ramo da afetividade, devendo os detentores da guarda garantir um amparo psíquico, social e sentimental.

Sendo assim, sempre que possível, as pessoas ligadas por laços sanguíneos têm suas relações familiares preservadas, sobre a presunção de que entre elas há maior afinidade, todavia, a guarda pode ser mudada, de forma prevista no direito, se

---

<sup>93</sup> BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990* (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 24 mar. 2017. Artigo 33: A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais. § 1º. A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. §2º. Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. §3º. A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. §4º. Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

comprovada melhor condição desta para exercer a guarda sobre o menor. Assim dispõe Fernanda Levy, 2008<sup>94</sup>:

Salientamos que em recente alteração trazida pela Lei nº 11.698/08 houve a expressa inclusão das relações de afinidade e afetividade aos critérios até então previstos para deferimento de guarda a terceiros. A regra do parágrafo único do artigo 1.584 do Código Civil, que continha a seguinte previsão: “verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à 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”, agora prevê: “§ 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, de preferência, considerados o grau de parentesco e as relações de **afinidade e afetividade**”

O relator do processo destaca trechos da primeira sentença dada pelo magistrado, que declara não haver dúvidas quanto a importância que o menor tem para a madrasta, que prestou todo carinho, afeto, tempo e dedicação, além da percepção de forte ligação entre o menor e a mesma que lhe acolheu de forma harmoniosa, fazendo com que a criança declarasse a vontade de permanecer em sua companhia, mesmo com o rompimento conjugal dela com seu pai.

Sob a afirmação de que a mãe afetiva, que se dedicou a todos os cuidados com o menor, pode proporcionar adequado desenvolvimento moral, físico, mental e social ao infante não cabe a qualquer julgador negar tal estado de filiação por simplesmente lhes faltas vínculo de geração. Assim, “o laço entre um e outro – e dúvidas quanto a isso não há – transcende tanto ao sanguíneo que **a mãe afetiva, neste caso, torna-se efetiva.**”<sup>95</sup>

Sendo assim, a partir da análise de todos os documentos anexados ao processo foi deferida a guarda do menor em favor da madrasta, visto que esta

---

<sup>94</sup> LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar - São Paulo: Atlas, 2008. p. 50

<sup>95</sup> JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível. n. 200.2010.003876-5/001*. PB. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 11 de julho de 2012.

poderia oferecer melhores condições para exercício da guarda, podendo proporcionar ao menor afeto, segurança e equilíbrio emocional.

Tal parecer jurisprudencial foi apontado como referência e evolução na leitura do Direito de Família. Sem dúvidas, a decisão recorrida atribui efetiva aplicação do princípio do menor interesse da criança e do adolescente, uma vez que, resta clara a interpretação de que o rompimento de vínculo entre pais e padrastos, não manifesta a ruptura dos laços de afeto gerados entre filhos e padrasto e/ou madrasta.

A apreciação do processo pelo referido Tribunal, destinou-se à eficaz interpretação do artigo 1.584 do Código Civil, que conjectura a possível necessidade de serem inseridos critérios capazes de orientar o Poder Judiciário no momento de fixar a guarda, caso em que, foi analisada a afinidade existente entre o infante e a madrasta.

### **3.2. JURISPRUDÊNCIA DESFAVORÁVEL À CONCESSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA À PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.**

Neste capítulo serão observadas as questões jurisprudenciais, com a apresentação de um julgado favorável a temática e outro contrário a esta. Em ambos serão demonstrados os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente como elementos principais da discussão acerca da concessão de guarda compartilhada na paternidade afetiva, além de serem estruturados com a doutrina utilizada nos capítulos anteriores, análise legal e comentários pessoais quanto ao problema sugerido.

**03.2.1 TJ-RS - AC: 70035687227 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Data de Julgamento: 31/05/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/06/2011.**

GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO DO PADRASTO. INCLUSÃO DA ADOLESCENTE EM PLANO DE SAÚDE. DESCABIMENTO. 1. Como a menor está e sempre esteve sob a guarda de fato e de direito de sua mãe, embora contando com o amparo do companheiro dela, com quem também reside, descabe conceder a guarda compartilhada para o fim de permitir a inclusão da adolescente no plano de saúde dele. 2. O instituto da guarda destina-se à proteção, em situação emergencial, da criança ou do adolescente que se acha privado transitoriamente da proteção moral e material, bem como da vigilância dos pais, ficando na posse de fato de terceiro, o que evidentemente não é o caso dos autos. Recurso desprovido.

Trata-se de apelação interposta pelo padrasto da menor contra a sentença julgada a favor da extinção de guarda compartilhada da menor, com quem o apelante reside desde quando convive em união estável com sua genitora.

O padrasto e a menor convivem como se pai e filha fossem e juntamente com sua mãe responde efetivamente por sua assistência material, moral e educacional. Além disso, sustenta que o pedido não foi realizado apenas com fim econômico, mas sim para oferecer a menor uma família de fato e de direito, uma vez que seu pai já é falecido e convive há tempos com sua genitora e o padrasto.

Além disso, certifica que o pedido de guarda baseia-se na relação afetiva existente entre ele e a infante e que visa propiciar a ela todos os benefícios, inclusive o de inclusão em plano de saúde garantido por seu trabalho, sendo assim as consequências econômicas e previdenciárias são meros benefícios e não o fundamento para tal pedido.

Diante disso o relator do processo afirmou que o pedido de guarda teria por finalidade a inclusão da menor no plano de saúde do qual o recorrente é beneficiário, o que para ele ficou bem claro, vez que nenhuma circunstância excepcional determinante de guarda compartilhada foi exposta na exordial.

O fato da menor residir com a genitora e com o padrasto não alteraria em nada o entendimento do relator, pois sua mãe está em condição de efetiva guardiã da filha. Logo, não se verifica nos autos uma situação de abandono ou qualquer outra prevista no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que não justifica a retirada da menor da companhia de sua genitora, até porque, o instituto da guarda é eminentemente protetivo quando necessário deslocar o menor para

família substituta, para que seja suprida sua situação emergencial e nenhuma das modalidades descritas ocorriam no caso.

Tais declarações resultaram na negativa de provimento do recurso, sobre o relatório de que a menor estava e sempre esteve sobre guarda efetiva de sua mãe, não havendo justificativas suficientes para extensão da guarda ao recorrente, até porque a adolescente encontrava-se com 16 anos e estava devidamente amparada pela genitora.

Apesar da ausência de provimento do recurso, caso este fosse aceito pelo magistrado, nenhum risco seria causado à figura do genitor, uma vez que o reconhecimento da socioafetividade não objetiva a desconstituição da paternidade/maternidade biológica do menor envolvido, visto que a intenção de tal aceitação afetiva se destina exatamente à integração de vínculos afetivos e biológicos para a manutenção do bem estar e garantia do melhor interesse da criança ou adolescente.

A legislação brasileira trata a guarda tanto de forma unilateral como de maneira compartilhada. A unilateral exercida por um genitor, restando ao outro a vigilância do cuidado e educação do menor além da possibilidade de fazer visitas, conforme prevê o artigo 1.583, § 1º. Enquanto a guarda compartilhada exige uma responsabilização de ambos os pais, de forma conjunta, devendo eles cumprir com o devido exercício de seus direitos e deveres, independentemente da convivência sobre o mesmo teto.

Flávio Tartuce defende que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe e este, tratado no artigo 1.634 do CC, será acompanhado de atribuições que são deveres legais estabelecidos, a guarda é um desses deveres atribuídos, e serve, principalmente, para proteção ao interesse e proteção do menor, de forma que obrigue seu guardião à prestar assistência material, moral e educacional<sup>96</sup>.

O princípio do melhor interesse do menor “não tem apenas a função de estabelecer uma diretriz vinculativa para se encontrar as soluções dos conflitos”<sup>97</sup>,

---

<sup>96</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

<sup>97</sup> RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 136.



mas, principalmente, significa a busca de instrumentos que façam valer de forma eficaz e prática, estas soluções. Desta forma, as soluções para as situações de conflito que envolvam crianças e adolescentes, obrigatoriamente devem estar de acordo com o princípio do melhor interesse, garantindo a sua prevalência à qualquer outro.

Desta forma, mesmo não havendo previsão legal expressa, nota-se que os juristas têm cada vez maior sensibilidade para entender e demonstrar que a afetividade é um princípio do sistema jurídico brasileiro. Como é sabido, “os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.”<sup>98</sup>. Logo, os princípios têm a capacidade de estruturar o ordenamento jurídico, reproduzindo efeitos concretos a partir de sua relevante função social. E não há questionamentos quanto à importância contemporânea da afetividade, que gera profundas modificações na interpretação da família brasileira.

Flávio Tartuce indica três consequências da afetividade no direito de família contemporâneo, sendo a primeira o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, a segunda é a admissão da reparação por danos decorrentes do abandono afetivo e por último, e mais relevante para a temática tratada no presente trabalho é o reconhecimento da parentalidade afetiva como nova forma de parentesco.<sup>99</sup>

A ideia manifesta-se pelo conceito do doutrinador João Baptista Villela, que defende que “o vínculo de parentalidade é mais do que um dado biológico, é um dado cultural, consagração técnica da máxima popular *pai é quem cria*.”<sup>100</sup>. Assim, aos poucos a jurisprudência passou a considerar que a posse do estado de filho deveria ser considerada no momento de determinar a vinculação afetiva, comparando a realidade registral e biológica.

---

<sup>98</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito de Família e Afetividade no Século XXI*. Artigo publicado na Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> acesso em 25 mar.2017.

<sup>99</sup> Ibidem

<sup>100</sup> Ibidem

## CONCLUSÃO

Depreende-se da análise dos capítulos estudados nesta pesquisa que há possibilidade dos pais socioafetivos terem a concessão da guarda compartilhada de seus enteados.

Tal afirmativa poderia parecer incoerente, visto que o divórcio era extremamente mal interpretado pela sociedade além da discriminação existente com os filhos havidos na fora da relação matrimonial. Posto isto, fica claro que a sociedade brasileira percorreu um longo caminho até termos a formação familiar atual, o que significa que o direito também passou por transformações e atualizações para se adequar a esta família contemporânea, de modo que as leis e suas interpretações foram alteradas e modernizadas.

A afetividade ganhou maior relevância do que o aspecto biológico para determinação da filiação, uma vez que até genitores devem comprovar o afeto pelos filhos para que este tenha o pleno desenvolvimento moral e sentimental de forma saudável<sup>101</sup>.

Outra relevância foi dada ao princípio da dignidade da pessoa humana que influenciou em todo o ordenamento jurídico brasileiro. No Direito de Família, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente influenciou de forma significativa, uma vez que sua função não é apenas a de estabelecer diretrizes para resolução de conflitos, como também implica na busca de mecanismos capazes de trazer eficácia prática a estas soluções encontradas.

Ainda que toda sociedade seja encarregada de proteger a criança e o adolescente, a administração dos membros que compõem o núcleo familiar é, inicialmente, responsabilidade da família, que tem por obrigação a manutenção do desenvolvimento de sua prole.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> SANCHES, Helena Crystine Sanches; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Dos filhos de criação à filiação socioafetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 78

<sup>102</sup> SANCHES e VERONES. *Dos filhos de criação à filiação socioafetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. P 94

Conforme demonstrado, a criança pode ter mais de um pai ou mãe convivendo simultaneamente com ela, o que pode ser levado de forma saudável desde que todos se dediquem mutuamente para auxiliar no desenvolvimento do menor, sempre observando a garantia do melhor interesse dele.

Para justificar a tese pretendida, foram analisados os aspectos sociais desde o início do direito de família brasileiro, apontando as modificações da antiga família matrimonializada, hierarquizada e a transferência do poder familiar da figura do *pater familia* aos pais, sem distinção de sexo destes. Para que tais aspectos fossem demonstrados, realizou-se a análise dos princípios da afetividade, a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, além do reconhecimento de que a família atual se baseia principalmente no amor e no respeito entre os entes da família.

A pretensão era de abordar o novo conceito de parentesco criado, qual seja a paternidade afetiva, pautada no comprometimento e envolvimento sentimental decorrente da relação de carinho, afeto e atenção originados da convivência entre o menor e seus padrastos/madrastas. Assim, ficou claro que o objetivo desta monografia é defender que a ligação sanguínea entre pais e filhos não é requisito fundamental para predominar sobre a afetiva, de modo que haja a concessão de guarda compartilhada, uma vez que em diversas situações a figura paterna afetiva destina maior dedicação ao menor do que o próprio genitor.

Demonstrado isto, foram analisados os aspectos da guarda e a proteção desta aos princípios do melhor interesse da criança e da afetividade, além da garantia ao direito de convivência do menor com aqueles que tenham gerado laços afetivos. A partir disto analisamos as modalidades de guarda e a forma como ela se manifesta no cenário jurídico brasileiro, inicialmente pela carta Magna, Constituição Federal de 1988 - comparando-a com a anterior legislação -, posteriormente foi feita a comparação e descrição da guarda no Código Civil de 2002 e na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao longo do trabalho, as jurisprudências comprovaram o que foi enunciado, ou seja que a afetividade tem ganhado cada vez maior importância e relevância no âmbito jurídico, uma vez que este visa sempre a aproximação com a sociedade. A doutrina, tem tentado fortalecer definitivamente o que prevê o

assunto e, por outro lado, os juristas, buscam sempre os princípios para solucionar as questões levadas a eles.

Diante disto, conclui-se que o menor convivente com padrastos e madrastas que porventura tenham dissolvida a relação matrimonial entre genitor e estes, em atenção ao afeto gerado entre, deve ter seu direito à convivência mantido, desde que isso contribua com seu desenvolvimento e esteja alinhado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 39, p. 131-153, dez./jan. 2007.
- AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto. *Aspectos da paternidade no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARETTO, Marilza Fernandes. *Direito de Visita dos Avôs – uma evolução no direito de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1989.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Seguridade Social e família. Projeto de Lei nº 6.350, de 2002. Voto em separado da deputada Jandira Feghali. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/249490.pdf>> Acesso em: 20 set. 2016.
- BRASIL. *Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)> Acesso em: 12 mar. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990* (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 18 mar. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 28 out. 2016.
- BRASIL. Organização das Nações Unidas. Convenção sobre os Direitos da Criança de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)> Acesso em: 10 Out.2016.
- BRASIL. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20 de Novembro de 1959. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm)> Acesso em: 10 Out.2016.
- BRASIL. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> Acesso em: 10 out. 2016.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. **Revista da AJURIS**, 2000.

CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda Compartilhada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CIFUENTES, Rafael Llano. *Relações entre a Igreja e o Estado: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988*. 2.ed. atual. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAIS, Naime Marcio Martins (Coord.) *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DI MAURO, Renata Giovanoni. *Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. atualizadores Nagib Slaibi Filho e Cláucia Carvalho. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo : Saraiva, 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

JURISDIÇÃO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível. n. 200.2010.003876-5/001*. PB. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. 4ª Câmara Cível. João Pessoa, 11 de julho de 2012.

JUSTO, A. Santos. *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Coordenação Pastora do Socorro Teixeira Leal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

- LOFUTO, Maria Alice Zaratín. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de Direito Civil; Famílias e sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MOURA, Mário Aguiar. *Tratado prático de filiação*. Rio de Janeiro, Aide, 1984.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda Compartilhada: de acordo com a Lei nº 11.698/08*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e Autoridade Parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SANCHES e VERONES. *Dos filhos de criação à filiação socioafetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- SANTOS NETO, José Antônio de Paulo. *Do pátrio poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1932.
- SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei sobre Guarda Compartilhada*. 2. ed. São Paulo: J.H Mizuno, 2008.
- STRANGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de Filhos*. São Paulo: LTr, 1998.
- TARTUCE, Flávio. *Direito de Família e Afetividade no Século XXI*. Artigo publicado na Revista Consulex nº. 378, de 15 de outubro de 2012, páginas 28 e 29 (Ano XVI, Brasília, DF). Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>\_acesso em 25 mar.2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 14.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

WELTER, Belmiro Pedro. *Filiação biológica e socioafetiva: igualdade*. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 133, nº 14.