

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

DANIELA KARINA FELIPPE

**A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE GUARDA AOS PADRASTOS E
MADRASTAS**

**CURITIBA
2015**

DANIELA KARINA FELIPPE

**A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE GUARDA AOS PADRASTOS E
MADRATAS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola
da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Inácio de Carvalho Neto

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIELA KARINA FELIPPE

**A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE GUARDA AOS PADRASTOS E
MADRASTAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 INTRODUÇÃO	6
2 DO RECONHECIMENTO DAS DIFERENTES FORMAS DE ENTIDADES FAMILIARES, PARENTESCO E FILIAÇÃO	8
2.1 INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	8
2.1.1 Dos princípios constitucionais gerais.....	9
2.1.2 Dos princípios específicos aplicáveis ao direito de família.....	15
2.2 DO CONCEITO DE FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO.....	19
2.2.1 O conceito de família consagrado antes do advento da Constituição Federal de 1988.....	19
2.2.2 Do reconhecimento do pluralismo de entidades familiares após o advento Constituição de 1988.....	21
2.3 PARENTESCO E FILIAÇÃO: NOÇÕES GERAIS.....	27
2.3.1 Concepções acerca do parentesco.....	27
2.3.2 Parentesco por afinidade.....	29
2.3.3 Concepções acerca da filiação.....	31
2.3.4 Da multiparentalidade.....	33
3 DO INSTITUTO DA GUARDA E A POSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO AOS PADRASTOS E MADRASTAS	36
3.1 DO PODER FAMILIAR.....	36
3.2 DA EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA.....	40
3.3 DAS DIFERENTES MODALIDADES DE GUARDA.....	43
3.4 DA POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA GUARDA AOS PADRASTOS E MADRASTAS.....	47
3.4.1 Reconhecimento do afeto como valor jurídico e elemento formador das famílias.....	47
3.4.2 Parentesco e filiação socioafetiva: efetivação e reconhecimento da posse do estado de filho.....	49
3.4.3 Das famílias reconstituídas.....	55
3.4.4 Concessão da guarda aos padrastos e madrastas.....	58
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	70

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar acerca da possibilidade da concessão da guarda aos padrastos e madrastas, assim como as condições em que ela deve ser concedida. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados. É cediço que a Constituição Federal de 1988 inseriu diversas modificações importantes no ordenamento jurídico, sendo que a introdução de alguns princípios como o da garantia da dignidade humana, da primazia do melhor interesse da criança, da afetividade e da convivência familiar, assim como a ampliação de outros como da igualdade, da liberdade e da solidariedade, proporcionaram profundas alterações no ramo do Direito de Família. Além disso, com a introdução dos artigos 226 ao 229 na Constituição, alterou-se sobremaneira o conceito de família, vez que foi adotada a concepção de pluralismo de entidades familiares, ao inserir em seu texto outras entidades merecedoras da especial proteção do Estado. Ademais, esses artigos modificaram também outros temas, sendo aqui trabalhados o parentesco e a filiação. Depreendeu-se, diante de tal contexto, o reconhecimento do afeto como princípio constitucional e elemento formador das famílias, de maneira que foi possível concluir pela possibilidade do reconhecimento de filiação socioafetiva e também do parentesco socioafetivo. Partindo de tal pressuposto, deduziu-se que deve ser reconhecida a filiação socioafetiva sempre que preenchidos os requisitos necessários e quando exerçam os pais de criação a função de verdadeiros pais de fato, o que ocorre quando verificado que cumprem com as funções inerentes ao poder familiar e criam com os filhos de coração fortes laços de amor e afeto. Entende-se que esta filiação ocorre, em grande parte, nos casos de filhos que passam a morar com padrastos ou madrastas, ou seja, no seio das famílias reconstituídas e quando, nestes casos, por serem estes que se encontram presentes e exercem a função de pais, criam fortes laços de afeto, não bastando, dessa forma, ser reconhecido como parentesco por afinidade. Assim, faz-se mister que, quando verificada tal situação, seja reconhecida a filiação socioafetiva entre eles, ocasião na qual estes pais socioafetivos passam a ter os mesmos direitos e deveres dos pais biológicos. Desta forma, foi possível concluir que, em caso de dissolução desta união da família reconstituída, tendo em vista que não existe hierarquia entre as filiações, os padrastos e madrastas possuem os mesmos direitos de exercerem a guarda de seus filhos socioafetivos, de forma que deverá sempre ser privilegiada a guarda compartilhada, e, apenas quando este padrasto ou madrastra não possuir condição de exercê-la, em casos excepcionálíssimos, é que o juiz deixará de concedê-la.

Palavras-chave: **socioafetiva, filiação, guarda, padrasto, madrastra.**

1 INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que o Direito de Família é um dos ramos do Direito que sofreu as mais drásticas alterações com o passar do tempo. Por óbvio que a independência intentada pelas mulheres e a busca pela igualdade de sexos cumpriu um grande papel nessas mudanças, vez que modificou profundamente a forma que as famílias viviam, de modo que se criou maior igualdade de direitos e deveres dentro da família. Ademais, com a maior independência feminina, elas não mais se viam presas ao seu marido e ao matrimônio. Não apenas diante deste fato, mas diante da toda uma alteração social e outras modificações ocorridas dentro dos seios familiares brasileiros alterou-se intensamente a formação das famílias e passaram a existir diferentes moldes de entidades familiares, que não apenas aquela formada pelo casamento, e, com isso, as relações de parentesco e as formas de filiação também sofreram mutações.

Face a esta realidade, o ordenamento jurídico não mais podia permanecer inerte e, desta forma, foram diversas as alterações no sentido de abranger todo esse remodelamento no direito de família e conferir-lhe legitimidade, sendo o advento da Constituição Federal de 1988 a mais importante delas. Seu texto introduziu importantíssimos princípios constitucionais que guiam toda a aplicação do direito de família, assim como reconheceu a família como base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado; o pluralismo das entidades familiares e, ainda, introduziu a noção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, sendo dever da família, do Estado e da sociedade assegurar, com prioridade, todos os direitos elencados. Introduziu-se, portanto, a imprescindível noção da primazia do melhor interesse da criança, o que produz diversos efeitos nas questões relacionadas à proteção dos filhos.

Diante deste contexto foi escolhida especificamente uma dessas questões para ser trabalhada, a saber, o instituto da guarda. O presente trabalho visa a estudar a possibilidade da concessão da guarda aos padrastos e madrastas, o que será feito, estudando estas transformações que afetaram a concepção de família, parentesco e filiação.

Assim, no primeiro capítulo foi realizada a análise de como ocorreu esse reconhecimento da pluralidade das entidades familiares e também acerca das concepções de parentesco e filiação. Primeiramente foi realizada a verificação da influência dos princípios constitucionais no direito de família. Após, foram abordadas as modificações na concepção de família até que se chegasse na concepção vigente nos dias de hoje, e para que, por fim, fosse possível discorrer acerca das concepções gerais de parentesco e filiação.

Na segunda parte deste trabalho foi dada ênfase à pesquisa referente à guarda e a possibilidade de sua concessão aos padrastos e madrastas. Desta forma, foi feita pesquisa acerca do poder familiar, da evolução na concepção do instituto da guarda e de suas modalidades. Posteriormente, adentrou-se ao tema específico, ocasião na qual foi realizado estudo acerca do afeto como valor jurídico, elemento formador da família, caracterizador da filiação e constituidor de relação de parentesco. Por derradeiro, discorreu-se acerca das famílias reconstituídas e, desta forma, foi possível abordar a concessão da guarda por ocasião da dissolução deste molde familiar.

Com base nessa análise, busca-se discorrer acerca da possibilidade da concessão da guarda aos padrastos e madrastas, em quais circunstâncias isto deva ocorrer e quais os fundamentos para que se conclua por tal medida.

2. DO RECONHECIMENTO DAS DIFERENTES FORMAS DE ENTIDADES FAMILIARES, PARENTESCO E FILIAÇÃO

2.1 INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

O advento da Constituição Federal de 1988 revolucionou o ordenamento jurídico amplamente e em diversos ramos, vez que foram introduzidas diversas normas e princípios não tratados pelas Constituições anteriores. Sabe-se que a Constituição ocupa o topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico, de forma que possui força normativa superior a outras fontes¹. Assim, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve observar a Constituição em sua plenitude e estar em conformidade com ela, para que não ocorra posterior declaração de inconstitucionalidade.

Os princípios assumiram, portanto, um papel muito importante nos mais diversos ramos do direito, sendo o direito de família um dos mais afetados. Nas palavras de Maria Berenice Dias²:

Os princípios constitucionais- considerados leis das leis- deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, na expressão de Paulo Lôbo, são conformadores da lei. Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispendo exclusivamente de força supletiva. Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados. A força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao discorrerem sobre a relevância dos princípios constitucionais, sustentam³:

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 119.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 33.

Em verdade, enquanto valores fundamentais do sistema, os princípios presidem a ordem jurídica, em toda a sua extensão e substancialidade, evidenciando a sua indubitosa importância teórica e prática.

Assim, evidenciando a sua importância, os princípios constitucionais pertinentes ao tema proposto serão estudados a seguir, não de forma exaustiva, mas com o intuito de explicar os princípios aplicáveis mais relevantes para o presente trabalho e sua conclusão final.

São diversos os princípios aplicáveis ao direito de família, sendo que a doutrina apresenta certa divergência ao estudá-los. Desta forma, para sua melhor explicação, este trabalho estudará os princípios dividindo-os em gerais, aqueles aplicáveis em todos os ramos do direito, mas que possuem vasta aplicação nas questões referentes a esta matéria, sendo eles implícitos ou explícitos, e em princípios específicos, aplicados apenas ao Direito de Família.

2.1.1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GERAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Faz-se necessário iniciar a explicação acerca dos princípios constitucionais discorrendo acerca do princípio basilar de todo ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da dignidade humana.

Presente no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, este é um princípio de suma importância, e, desta forma, é vastamente aplicado nas questões atinentes ao Direito de Família, o que, por vezes, acaba por gerar preocupação a alguns doutrinadores.

Gagliano e Pamplona Filho discorrem acerca dessa preocupação, ao afirmarem que esta se justifica quando percebem “que a sua repetição infundada e pouco consciente pode culminar por embaçá-lo, banalizando-o⁴”.

Um dos motivos pelo qual isso ocorre é que, diferentemente das regras, os princípios possuem um alto grau de abstração, tornando necessário à parte que

⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 75.

pretende aplicá-lo a realização da interpretação das circunstâncias a fim de concretizá-lo. Conforme discorre Fabíola Santos Albuquerque, “os princípios são cambiantes, e sua plasticidade permite uma aderência maior ou menor em consonância com as circunstâncias temporais, fáticas e jurídicas imanentes ao caso concreto”⁵. Assim, tendo em vista que não existe um conceito pacificado e único deste princípio, ele pode acabar por ser banalizado quando aduzido por aplicadores do direito sem que haja a correta racionalização acerca do tema e argumentação coerente para sua utilização.

Ao discorrer acerca de um conceito, Gagliano e Pamplona Filho afirmam que “a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis a sua realização pessoal e a busca da felicidade”, complementando, ainda, que “mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias- estatais ou particulares- na realização desta finalidade”⁶.

Pode-se afirmar, portanto, que proteção ao indivíduo conferida pelo princípio atinge não só a si mesmo, tendo um espectro amplo e metaindividual que transcende afetando toda a sociedade. Diante desta reflexão, concluem Gagliano e Pamplona Filho que⁷:

(...) a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações sociais. E, nessa última, avulta a perspectiva familiar em que cada pessoa se projeta ou está inserida.

Percebe-se, desta forma, que encontrar uma conceituação para este princípio é uma tarefa complexa, tendo em vista sua extensiva aplicação nas mais diversas situações. Sabe-se, no entanto, que a sua promoção está intimamente ligada à ocorrência de uma “despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito”⁸, haja vista que a

⁵ALBUQUERQUE. Fabíola Santos. **A incidência dos princípios constitucionais no direito de família**. In: DIAS. Maria Berenice (Coord.). Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 19-20.

⁶GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, op. cit., p. 76.

⁷Ibid., p. 78.

⁸DIAS, 2011. p. 63.

proteção ao indivíduo foi priorizada em relação à proteção do patrimônio. Assim, Dias conclui que⁹:

O princípio da dignidade da pessoa humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado as várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

Já Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que este princípio se desdobra de duas formas: i) com o intuito de proteção do indivíduo no sentido de protegê-la de qualquer situação que seja indigna, ou ato degradante ensejado pelo Estado ou pela comunidade e ii) com o intuito de promover a participação ativa dos indivíduos na própria existência ou na vida em comunidade, de forma que sejam providas condições existenciais mínimas a eles¹⁰.

Constata-se que, apesar de não existir um conceito uno, o princípio é tratado de forma semelhante pelos autores e há uma concordância geral diante da afirmação de que:

O princípio da dignidade humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.¹¹

E é por isso que é considerado princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

Dando continuidade a esta análise principiológica, percebe-se a importância da aplicação do princípio da igualdade. Com efeito, ao viver em um país que apresenta desigualdades discrepantes, ele possui um papel imprescindível na luta pela diminuição dessas desigualdades.

Intenta-se a aplicação do princípio de igualdade material, já que não se pode olvidar o fato que as desigualdades ainda estão presentes, o que impede que todos os indivíduos sejam tratados de forma igual. Depreende-se a ideia de que este princípio se define no fato de que devem ser tratados os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na proporção de sua diferença.

⁹DIAS, 2011. p. 63

¹⁰GAMA, 2008. p. 69.

¹¹SARMENTO, Daniel, 2006 apud DIAS, 2011. p. 62-63.

Pertinente mencionar o ensinamento de Gama ao discorrer sobre o tema¹²:

O princípio da igualdade material se coloca em perfeita consonância com o direito da diferença (...). O cerne da questão é atentar para que as diferenças não legitimem tratamento jurídico desigual ou assimétrico no que diz respeito à base em comum dos direitos ou deveres, ou afetem o núcleo intangível da dignidade de cada integrante da família.

Salienta-se, ainda, que este princípio está intimamente ligado ao ideal de justiça, pois o que se pretende, também, é que seja conferido tratamento igualitário aos indivíduos respeitando suas diferenças. Neste sentido, assevera Maria Berenice Dias¹³ que “os conceitos de igualdade e justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento”.

Referido princípio foi mencionado em diferentes ocasiões pela Constituição Federal vigente. Com importância para o direito de família são as menções feitas primeiramente no artigo 5º, *caput*, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei e tem garantido o direito à igualdade. Logo em seguida, ao determinar em seu incisoprimeiro que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações¹⁴ em por fim, ao postular em seu artigo 226, parágrafo 5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Depreende-se, deste modo, que a aplicação do princípio é muito abrangente, restringindo-se, no entanto, a analisar sua aplicação nos temas do Direito de Família.

A aferição da igualdade entre homem e mulher foi imprescindível para acabar com o desequilíbrio antes existente entre os cônjuges, pelo qual o homem era considerado o chefe da família e a ele competia tomar as decisões importantes na vida do casal e da família como um todo.

Sabe-se que as famílias brasileiras não convivem mais neste molde e ambos os cônjuges são iguais em seus direitos e obrigações, como dispõe o artigo 226, §5º, da Constituição e o artigo 1.511 do Código Civil¹⁵. Em mesmo diapasão, o artigo

¹²GAMA. op. cit., p. 73

¹³DIAS, 2011. p. 65

¹⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

¹⁵Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

1.565¹⁶ consagra a igualdade entre os cônjuges no tocante à responsabilidade pelos encargos da família, e a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar. Concede, ainda, a possibilidade de ambos os cônjuges poderem acrescentar o sobrenome do outro.

Outra relevante aplicação é no que tange à igualdade na filiação. O artigo 227, §6º, concede tratamento igualitário aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou adotados e, diante desta disposição, o Código Civil, em seu artigo 1.596¹⁷, também trata da igualdade entre filhos, vedando qualquer tipo de discriminação entre eles.

Ademais, verifica-se a incidência do princípio ao não mais dar-se preferência de guarda dos filhos a qualquer um dos cônjuges, tendo em vista que sempre que possível deve ser conferida a guarda compartilhada, sendo que esta somente não será concedida quando um dos genitores não apresentar condições de exercê-la. Gagliano e Pamplona reconhecem essa aplicação¹⁸:

Avançando um pouco mais, podemos reconhecer a incidência do princípio da igualdade na própria guarda compartilhada, modalidade especial de arranjo em que pai e mãe, sem cunho de unilateralidade ou prevalência, exercem simultaneamente os direitos e deveres decorrentes e inerentes ao poder familiar, corresponsabilizando-se pelo seu filho.

Assim é possível verificar a ampla incidência deste princípio nas relações familiares, sem buscar, entretanto, analisá-las de forma exaustiva.

O princípio do direito à liberdade, também presente no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, apresenta diversos desdobramentos de sua aplicação no âmbito da família.

Verifica-se sua incidência, portanto, na possibilidade de os indivíduos livremente escolherem a forma que pretendem constituir família, seja por meio de casamento, união estável entre pessoas de mesmo sexo ou homoafetiva, ou da forma que lhes for ideal, bem como diante da possibilidade de manter tal entidade ou, ainda, de extingui-la, sem que a lei vede sua desconstituição ou dificulte-a.

¹⁶Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas

¹⁷Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁸GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013. p. 83

Proíbe-se, desta forma, intervenções prescindíveis do Estado, o qual apenas deve interferir quando necessário, como, por exemplo, para a defesa dos direitos da criança e do adolescente, ou quando as partes pleitearem tal intervenção.

Percebe-se, ainda, a aplicação deste princípio na possibilidade de livre decisão do casal acerca do planejamento familiar, bem como da disposição acerca da aquisição e administração do patrimônio familiar, como no caso da possibilidade da mudança de regime de bens na constância do casamento¹⁹.

Por fim, é possível constatar a sua recorrência, também em relação aos filhos, com fundamento no artigo 227, da Carta Magna²⁰ e artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciando-se, no âmbito familiar, na liberdade de opinião e expressão, bem como na participação da vida familiar e comunitária, sem discriminação²¹. Por óbvio que, em se tratando de crianças e adolescentes esta liberdade deve ser supervisionada pelos pais, os quais possuem o poder familiar. Assim, discorreu Fabíola dos Santos Albuquerque que “a liberdade do filho encontra limites nos direitos dos pais, bem como a liberdade dos pais encontra limites nos direitos dos filhos. Não é uma liberdade desmedida.”²²

Importante também destacar a aplicação do princípio da solidariedade.

Consubstanciado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, este princípio introduz uma ideia de ética, tendo em vista que se materializa numa obrigação das pessoas ajudarem-se entre si, focando, principalmente, nas pessoas consideradas vulneráveis de alguma forma, como crianças, adolescentes e idosos. No entanto, sua aplicação se dá, também, nas mais diferentes relações familiares.

Assim discorreu Gama, ao sustentar que “no campo da solidariedade, reconhece-se que também à sociedade civil e a cada pessoa que a integra incumbe reconhecer a responsabilidade pela existência social das demais pessoas componentes da sociedade”²³.

¹⁹ALBUQUERQUE. op. cit., p. 22.

²⁰Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

²¹Art. 16, ECA: O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: (...) II - opinião e expressão; (...)V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

²²ALBUQUERQUE. op. cit., p. 22.

²³GAMA. op. cit., p. 74.

Pretende-se que a comunidade conviva seguindo os ideais de fraternidade e reciprocidade, objetivando o melhor convívio entre todos, priorizando a sociedade como um todo e não apenas o indivíduo. Em consonância, discorre Fabíola Santos Albuquerque que “o princípio da solidariedade não perde de vista seu caráter de reciprocidade, em que cada pessoa vive em relação para com o outro”²⁴.

Sobre o tema discorre Maria Berenice Dias²⁵:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende fraternidade e reciprocidade.

É possível observá-lo presente pelo dever dos pais de assistência aos filhos no artigo 229 da Constituição Federal, assim como em seu artigo 230, ao estabelecer o dever da sociedade em amparar os idosos. Ainda, em nosso texto civil, ele se apresenta no dever alimentar, bem como diante do dever de assistência mútua entre os cônjuges, presente no artigo 1566, inciso III, do Código Civil e, ainda, ao dispor acerca da comunhão plena de vida no artigo 1511.

2.1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios constitucionais regulam e conduzem o direito de família, estabelecendo diretrizes a serem seguidas. Depreende-se do texto constitucional diversos princípios específicos aplicáveis, sendo eles explícitos ou implícitos, os quais devem ser revisitados sempre que for necessário aplicar as normas referentes ao tema.

O princípio da afetividade é o mais atuante no Direito de Família contemporâneo. A concepção defendida pelos doutrinadores e aplicadores do direito, em sua maioria, é de que o afeto é elemento basilar para formação das entidades familiares.

²⁴ALBUQUERQUE, op. cit., p. 21.

²⁵DIAS, 2011. p. 63.

Como bem asseveraram Gagliano e Pamplona “trata-se de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida”²⁶.

Mesmo não constando sua expressa menção na Constituição Federal como direito fundamental, é possível verificar a sua incidência implícita em diversos momentos. Coaduna-se com o entendimento de que o afeto decorre da valorização do princípio da dignidade humana²⁷ e também está intimamente ligado ao princípio da solidariedade.

Aplicando o presente princípio, verifica-se, por exemplo, a possibilidade do reconhecimento de diferentes moldes familiares, não apenas os dispostos no art. 226, da Carta Magna. Isto ocorre diante da percepção de que o afeto faz parte intrínseca do conceito de família, de forma que não seja possível reconhecer determinados moldes familiares que se formam mediante o afeto, excluindo-se outros, se todos eles possuem como mesmo elemento basilar o afeto.

Em simples análise, basta constatar que, ao ser reconhecida pela Constituição Federal a união estável entre pessoas de sexo diferentes como entidade familiar, por exemplo, foi legitimado o afeto e inserido no ordenamento jurídico. Ainda, como aplicação deste princípio é possível citar o reconhecimento jurídico dado também as uniões homoafetivas, que, mesmo não sendo reconhecidas explicitamente pela Constituição, são hoje reconhecidas como entidades familiares²⁸.

Outra forma de dar efetividade a este princípio é reconhecer a filiação formada mediante o afeto, ou seja, a paternidade socioafetiva e a posse no estado de filho, os quais serão objeto de estudo no próximo capítulo deste trabalho.

Assim, verifica-se que “ a família recuperou sua função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida”²⁹

Reconhecer o princípio da afetividade, é, portanto, perceber as entidades familiares como realmente são, dentro de seu contexto social, formadas pelo amor e carinho que os partícipes da família sentem entre si e a elas conferirem direitos.

²⁶GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013. p. 87.

²⁷TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>> Acesso em: 24 de maio de 2015

²⁸Conforme BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277. Relator: Ministro Ayres Brito, julgado em 05/05/2011.

²⁹LÔBO. Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.71.

Outro princípio vastamente aplicável para dirimir questões acerca do direito de família é o princípio primazia do melhor interesse da criança e do adolescente. Presente tanto na Constituição em seu artigo 227, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente no caput do artigo 3º, este princípio materializa-se pelo dever da família, do Estado e da sociedade em assegurar a proteção integral da criança e do adolescente de forma a garantir o seu pleno desenvolvimento, motivo pelo qual objetiva-se que cresçam em ambiente saudável, permeado de amor, afeto, sendo que todas suas necessidades devem ser atendidas, assegurando sempre o princípio da dignidade humana.

Nessa vereda sustentou Fabíola Santos Albuquerque³⁰:

Como se percebe, o princípio do melhor interesse da criança é um dever jurídico imposto à família, à sociedade e ao Estado, que deve ser observado tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhes digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Esta proteção deve ser realizada de forma ativa determinando condutas para que sejam efetivados estes direitos. Esta obrigação para com as crianças e adolescentes baseia-se no fato de ainda estarem desenvolvendo sua personalidade, reconhecendo-se que possuem certa vulnerabilidade, e, dessa maneira, necessitam da especial proteção.

Isto posto, deve ser ressaltada a importância deste princípio conquistado para a valorização dos filhos como sujeitos de direitos em seu seio familiar. Nas palavras de Gama³¹:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado como sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.

Destarte, é princípio que deve ser observado pelos operadores do direito sempre que buscarem a resolução de conflitos referentes as crianças e aos

³⁰ALBUQUERQUE, op. cit., p. 24.

³¹GAMA, op.cit., p. 80.

adolescentes, devendo ser utilizado, “não apenas como princípio geral, mas como critério de interpretação e de aplicação da norma jurídica”³².

Tem-se como exemplo sua incidência nos casos de discussão acerca da guarda, regulamentação de visitas, e até mesmo para que seja reconhecida a parentalidade socioafetiva, a qual pode, inclusive, sobrepor-se à biológica.

Por derradeiro, faz-se mister discorrer acerca do princípio da convivência familiar.

Nas palavras de Lôbo “a convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõe o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”³³.

Desta forma, o princípio da convivência familiar reconhece que os filhos não devem ser separados de seu seio familiar, salvo motivos excepcionais como no caso de destituição do poder familiar, ocasião na qual a criança ou adolescente deverá passar a integrar outro seio familiar para que lhe seja garantida a aplicação do mencionado princípio.

O artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁴, estabelece que a falta de condições financeiras não caracteriza motivo para a destituição do poder familiar, determinando a obrigação ativa do Estado em auxiliá-los por meio de inclusão desta família em programas de auxílio. Sabe-se, entretanto, que os Estados e os Municípios carecem de investimentos nesta área, omitindo-se em seu dever estabelecido pelo artigo supracitado, o que, por vezes, faz com que as famílias convivam em condições degradantes. Destarte, verifica-se a necessidade de atuação estatal para a efetivação deste princípio.

A respeito do tema, Gagliano e Pamplona discorreram³⁵:

Por tais razões, estamos convictos que o princípio da convivência familiar necessita, para se consolidar, não apenas amparo jurídico normativo, mas, principalmente, de uma estrutura multidisciplinar associada que permita sua plena realização social.

Outrossim, discorre sobre o tema o artigo 19 do ECA ao estipular que:

³²GAMA, op. cit., p. 81.

³³LOBO, op. cit., p. 74.

³⁴Art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente: A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. § 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

³⁵GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 105.

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.(...) §3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. § 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Estende-se, ainda, o direito a convivência familiar a outros familiares, como, por exemplo, aos avôs, os quais possuem direito de visitas aos netos garantidos pelo Código Civil em seu artigo 1.590, parágrafo único³⁶.

2.2 DO CONCEITO DE FAMÍLIA E A SUA EVOLUÇÃO

2.2.1 O conceito de família consagrado antes do advento da Constituição Federal de 1988

Partindo do modelo de família romano, é cediço que durante muitos anos as famílias viveram sob a forma patriarcal. Nesta formação, o homem mais velho, o patriarca, era quem detinha todo o poder sobre a família, ao qual se subordinava a mulher e os filhos. Assim, percebia-se a permanência da subordinação das mulheres durante toda a sua vida, fosse em relação ao seu pai, antes de casar, ou ao seu marido, após o casamento.³⁷ Observava-se que esta família possuía natureza política

³⁶Artigo 1.590, Parágrafo único do Código Civil: O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

³⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 22.

e econômica, haja vista que era formada para atender interesses e baseava-se no poder e na autoridade.

Com o passar dos anos, entretanto, e a introdução do cristianismo, a família passou a seguir novos rumos e a sua constituição passou a ter relação, também, coma união matrimonial do casal, deixando de importar apenas a relação de autoridade e poder entre os membros familiares. Assim, passou-se a seguir o modelo matrimonial de família formada pelo casamento, já com um novo valor jurídico acrescentado, no entanto, o “marido ainda era considerado o chefe da sociedade conjugal e “representante” da família (Art. 233, do Código Civil de 1916)”³⁸, restando, desta forma, características do modelo patriarcal.

Percebe-se que este modelo patriarcal/matrimonial foi o consagrado pelo Código Civil de 1916, o qual foi em grande parte influenciado pela Revolução Francesa, em conjunto com o Código de Napoleão, e tinha fortes características patrimonialistas. Nas palavras de Farias e Rosenvald “compreendia-se a família como unidade de produção, realçando os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio (...)”³⁹.” Não foi diferente com as Constituições brasileiras que antecederam a Constituição vigente.

A primeira Constituição a mencionar o termo família foi a de 1934, pela qual foi estabelecido em seu artigo 144 que “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. A Constituição de 1937 manteve a mesma redação; já a de 1946 alterou superficialmenteseu texto; entretanto, manteve o mesmo sentido ao definir em seu artigo 163 que “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do estado”. Na Constituição precedente, de 1967, o art. 167 estabeleceu que “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”, o que foi repetido no artigo 175, da Emenda Constitucional número 1 de 1969.

Desta forma, depreende-se de todas as constituições que trataram do tema, que o conceito de família estava associado ao casamento, o que foi modificado apenas com o advento da Constituição de 1988.

Para exemplificar o conceito que se verificava de família aquele momento, extrai-se o que dispõe Caio Mário da Silva Pereira em sua obra de 1979 ao afirmar

³⁸CUNHA, Sérgio Servulo da. **Direito de Família**: mudanças. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 46.

³⁹FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 04.

que, “em sentido genérico e biológico considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum”⁴⁰, reconhecendo, porém, um conceito estrito ao afirmar que “em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e os filhos”⁴¹.

Diante do reconhecimento deste conceito matrimonial de família, até mesmo os filhos de sangue tidos fora do casamento, conhecidos como ilegítimos, não se enquadravam ao molde tradicional de família. Deste modo, estes não obtinham o mesmo reconhecimento jurídico conferido aos filhos advindos na constância do casamento, conhecidos como legítimos, eis que, a estes, eram concedidos direitos distintos e muito mais abrangentes. Havia, desta forma, uma separação entre família legítima, aquela formada pelo casamento, e a família ilegítima, que não respeitava estes moldes.

Não obstante tenham sido conferidos alguns direitos aos considerados filhos ilegítimos, como, por exemplo, mediante o Decreto Lei 4.737 de 1942 que estabeleceu a possibilidade de seu reconhecimento como filho no caso de cônjuge desquitado, por óbvio que estes ainda recebiam tratamento jurídico diferenciado e arraigado no preconceito.

Assim, percebe-se que o conceito tradicional de família, considerada apenas aquela formada mediante casamento, da qual resultaria o nascimento dos filhos legítimos, permaneceu por muitos anos, mas que com o passar do tempo sua manutenção tornou-se insustentável diante das mudanças sociais que ocorreram ao longo dos anos, principalmente do fim do século XIX até o fim do século XX.

2.2.2 Do reconhecimento do pluralismo de entidades familiares após o advento Constituição de 1988

Da leitura do subitem anterior, depreende-se um conceito de família completamente defasado. Por óbvio que o conceito traduzido nos textos legais não mais correspondia à realidade vivenciada pelas famílias múltiplas brasileiras, e,

⁴⁰PEREIRA, loc. cit., p. 17.

⁴¹Ibid, p. 18.

ignorar tal realidade era admitir a permanência de um ordenamento jurídico ultrapassado e ineficaz, ao não conseguir atender as demandas sociais insurgentes.

Desta forma, foram surgindo legislações esparsas e entendimentos jurisprudenciais que tinham como objetivo a resolução de certos conflitos, para os quais não havia respaldo legal. Pode-se citar como exemplo o Dec. Lei 4.737 de 1942 o qual concedeu direito de reconhecimento aos considerados filhos ilegítimos, o Estatuto da Mulher Casada, por meio do qual foi conferida capacidade à mulher casada, a Lei do Divórcio, um importante passo para o desfazimento do conceito tradicional de família formada apenas pelo casamento e, ainda, a Súmula 380 do STF, que concedeu à concubina direito a meação de bens adquiridos pelo esforço comum.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho, o modelo tradicional de família, aquele já mencionado, no qual o pai tinha o centro do poder da família e escolhia, inclusive, com quem seus filhos iriam casar, existiu até meados do século XIX, passando a ser instituído, após este período, o modelo chamado de romântico, no qual, apesar do pai ainda possuir certo poder sobre a família, seus membros passaram a adquirir mais liberdade. Neste modelo o casamento deixa de ser uma sociedade firmada entre as famílias e está mais ligado ao “encontro dos seres que se identificam”. A esta fase é dada o nome de romântica e é aqui que se inicia a despatrimonialização do Direito de Família⁴².

Muito embora as famílias tivessem deixado de enquadrar-se apenas no modelo matrimonial já há um considerável período de tempo, e passado a viver, cada vez com mais frequência, em modelos diversificados de família que possuíam como elemento comum a existência do afeto, ainda era vigente um conceito único de família, tendo em vista o que estabelecia a Constituição vigente e as disposições do Código Civil de 1916.

Ocorria que esparsas alterações supra mencionadas já não eram mais suficientes. A sociedade ansiava por uma profunda alteração no ordenamento jurídico no que tange o Direito de Família. Conforme discorreram Farias e Rosendal, “é inegável que a multiplicidade e variedade de fatores não permitem

⁴²COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21.

fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo”⁴³.

Foi o que ocorreu com o advento da Carta Magna de 1988. O artigo 226 em seu caput, trouxe, pela primeira vez desde que introduzido o termo nas constituições brasileiras, uma dissociação da família com o matrimônio ao estabelecer que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Acrescentou, ainda, a expressão “base da sociedade” ao referir-se a família. Constata-se do uso desta expressão, a importância conferida à família e, ainda, um indicativo do processo de personificação dos indivíduos e, novamente, da despatrimonialização do direito, vez que o Estado deixou de preocupar-se com a família apenas como instituto formado pelo casamento, passando a preocupar-se também com os indivíduos que as formam e a plenitude de seus direitos.

Continuando a análise do artigo 226, segue o disposto em seus parágrafos:

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Percebe-se que em nenhum momento o texto constitucional associou a família ao casamento, mas mais do que isso, observa-se a inclusão explícita de novos moldes familiares, quais sejam, as famílias monoparentais e as uniões estáveis.

O que ocorreu foi um abandono da concepção de família formada apenas mediante casamento, conferindo um conceito múltiplo de entidades familiares,

⁴³FARIAS; ROSENVALD, 2010. p. 3.

formadas pela existência do afeto. Neste sentido assevera Ana Carla Harmatiuk Matos.⁴⁴

O casamento não é mais base única dessa entidade, questionando-se a idéia de família restritivamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem, redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extrapatrimoniais.

Abre-se, portanto, um cerne de possibilidades de entidades familiares, tendo em vista depreender-se do artigo em questão que o elemento em comum dentre eles, aquele considerado formador e caracterizador da entidade familiar, é a existência do afeto entre seus membros e a vontade dos membros em constituir família e conviver deste modo.

Diante da referida alteração, iniciou-se uma discussão acerca do referido artigo ser exaustivo ou apenas exemplificativo, entretanto, hoje a doutrina e a jurisprudência majoritárias afirmam ser apenas exemplificativo. Reconhece-se, desta forma, a existência do pluralismo de entidades familiares.

Este é o entendimento de Lôbo⁴⁵, o qual discorreu sobre o tema:

A análise detida da dimensão e do alcance das normas e princípios contidos no artigo 226 da Constituição, em face dos critérios de interpretação constitucional- notadamente do princípio da concretização constitucional-, leva ao convencimento da superação do *numerus clausus* das entidades familiares. A exclusão não está na Constituição, mas na interpretação que se lhe dá

Além disso, não estabelece o autor qualquer distinção entre essas entidades, sejam elas mencionadas no artigo ou não. Entretanto, traça características comuns que as configuram, quais sejam: a afetividade como fundamento e finalidade e a estabilidade, para excluir relacionamentos momentâneos ou descomprometidos, a convivência pública e ostensiva, e o *animus* de constituir família, pelo qual afastam outras relações afetivas como amizade ou relações religiosas⁴⁶.

⁴⁴MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Novas entidades familiares e seus efeitos**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Família e Solidariedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 36.

⁴⁵LOBO., loc. cit., 81-82.

⁴⁶Ibid., p. 80.

Nesta toada, Gagliano e Pamplona Filho⁴⁷ afirmam em sua obra:

Especialmente por considerarmos que o conceito de família não tem matiz único, temos a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos.

Assim, definem o conceito de família como “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”⁴⁸.

Para melhor explicar esta concepção do artigo não ser considerado *numerus clausus*, é necessário observar que seu texto normativo, na realidade, é de inclusão e não exclusão.

Nota-se que o *caput* ao estabelecer a especial proteção do Estado à família, sem restringi-la a determinado tipo, buscou cancelar qualquer família constituída. Se esta não fosse a intenção, lá deveria constar a qual molde familiar intentava-se conferir tal proteção. Foi abolida, portanto, a cláusula de exclusão prevista nas Constituições anteriores.

Lôbo conclui a respeito do tema que “o *caput* do art. 226 é, conseqüentemente cláusula de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos e afetividade, estabilidade e ostentabilidade.”⁴⁹

Verifica-se, ainda, a não-exaustividade do referido artigo ao se analisar o parágrafo 4º quando dispõe “entende-se, também, como entidade familiar (...)”, bem como o restante do artigo que não dispõe vedação expressa a qualquer outro tipo de família que venha a se formar, muito pelo contrário, o legislador formulou-o de forma mais aberta, para suprir a necessidade de reconhecimento de outras famílias formadas após a promulgação da Constituição.

Isto posto, percebe-se que as entidades familiares mencionadas, são apenas exemplos que lá se encontram por serem os modelos familiares vivenciados por boa parte da sociedade atualmente e, que as demais entidades, são implicitamente

⁴⁷GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014. p. 43.

⁴⁸Ibid., p. 45.

⁴⁹LOBO, loc. cit., p. 83.

“incluídas no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no caput”⁵⁰.

Como exemplo da aplicação desta interpretação do artigo pelo judiciário, vale mencionar o julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 132/RJ ou a ADI 4277 que ao interpretar o art. 1723 do Código Civil conforme a Constituição Federal, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, equiparando-a a união estável e conferindo-a os mesmos efeitos. Depreendeu-se desta decisão a possibilidade do casamento, já que a própria Constituição preceitua que a união estável será convertida em casamento.

Ademais, interpretação restritiva e excludente estaria retirando dos indivíduos a garantia e efetiva aplicação de seus direitos fundamentais constitucionais, como da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade etc.

Desta forma, Rodrigo da Cunha Pereira sustentou⁵¹:

Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macro princípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.

Assim, considerando que a família é resultado da sociedade mutante, a qual está sempre em desenvolvimento, forçoso é reconhecer que não é possível delinearla de forma exaustiva, mas apenas tentar da forma mais eficaz possível, reconhecer seus diferentes moldes a fim de garantir direitos a todas as entidades familiares e, desta forma, aplicar todos os princípios constitucionalmente garantidos aos indivíduos, membros dos mais diversos moldes familiares.

2.3 PARENTESCO E FILIAÇÃO: NOÇÕES GERAIS

2.3.1 Concepções acerca das relações de parentesco

⁵⁰LÔBO, loc. cit., p. 83.

⁵¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 167.

É cediço que a noção de parentesco alterou-se sobremaneira nas últimas décadas, seguindo o que ocorreu com a noção de família.

Apesar de não pacificado o tema, em noções gerais, entende-se que o parentesco, no que diz respeito à natureza, divide-se em três formas: natural, civil e por afinidade.

Faz-se mister ressaltar a crítica doutrinária a respeito de tal distinção, vez que diante da garantia de igualdade de direitos, e da vedação de discriminação prelecionadas pela Constituição, assim como em consonância com as suas características de inclusão e da ampliação da proteção à família, tal distinção demonstra-se incoerente, não possuindo qualquer importância prática. Nessa vereda Farias e Rosenvald sustentam que “a partir da clareza solar da norma constitucional, não se tolera qualquer distinção qualificativa ou diferença no reconhecimento de direitos e parentes”⁵².

Há, ainda, na doutrina, o seguimento de um conceito mais tradicional como o que traz Silvio Venosa ao dissertar que “o parentesco é vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum”⁵³.

Não obstante alguns doutrinadores ainda mantenham um conceito tradicional, revela-se mais coerente e em conformidade com a realidade social e constitucional a aplicação de conceito mais sociológico ao tema, no qual considera-se também a presença do afeto para sua classificação. É o que fizeram Gagliano e Pamplona ao conceituarem o parentesco⁵⁴:

Entende-se por parentesco a relação jurídica, calcada da afetividade e reconhecida pelo direito, entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, seja pela ascendência ou colateralidade, independentemente da natureza (natural, civil ou por afinidade).

Todavia, o Código Civil insistiu em distinguir as modalidades de relações de parentesco ao dispor sobre o tema em seu artigo 1.593 que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Assim, seguindo o que determina o diploma civil, o parentesco natural é aquele decorrente de vínculo consanguíneo, o qual não gera muitas dúvidas acerca

⁵²FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD Nelson. **Curso de direito civil, volume 6:** direito das famílias. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 554.

⁵³VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 169.

⁵⁴GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013. p. 651.

de sua caracterização. Há, ainda, uma divisão de linhas de parentesco, sendo que são considerados parentes em linha reta os ascendentes e descendentes *ad infinitum* e em linha colateral até o quarto grau, no qual se enquadram os irmãos, tios e primos.

O parentesco civil é aquele decorrente de vínculo jurídico, e “recebe esse nome por tratar-se de criação da lei”⁵⁵. É o caso da adoção, apesar dela não poder ser considerada seu único exemplo. Aqui devem ser considerados outros tipos de parentesco não abarcados pela relação consanguínea tradicional, como o parentesco materializado pela reprodução assistida ou pela socioafetividade.

Tradicionalmente a noção de parentesco civil foi introduzida pelo Código Civil de 1916 apenas para os casos da adoção. Entretanto, com o advento do Código Civil de 2002 e a introdução da expressão “outra origem” passaram a ser consideradas outras formas de parentesco civil, como as advindas da reprodução assistida, o que, por óbvio, à época do diploma anterior era inimaginável. Alguns autores enquadram, ainda, o parentesco socioafetivo na modalidade de parentesco civil, porém este assunto será objeto de estudo posteriormente.

No que se refere ao parentesco civil consubstanciado na reprodução assistida, estabelece o artigo 1.597, inciso V, hipótese em que presumem-se advindos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.

Em tais casos, resta estabelecido um parentesco entre pai e filho, mesmo não havendo vínculo consanguíneo entre eles, parentesco que será reconhecido também em relação a todos os membros da família do pai.

Há, ainda, a modalidade de parentesco por afinidade, o qual se verifica em relação a um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro, assunto que será tratado a seguir.

2.3.2 Parentesco por afinidade

⁵⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 311.

O parentesco por afinidade é aquele criado entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro. Existe certa divergência doutrinária acerca o tema, pois alguns consideram a afinidade uma forma de relação de parentesco, já outros consideram apenas como relação de afinidade, sem enquadrá-la dentro das diferentes formas de parentesco.

É possível citar como exemplo de autores que não consideram a afinidade uma modalidade de parentesco o autor Arnold Wald, o qual discorreu⁵⁶:

A afinidade não é parentesco, consistindo na relação existente entre um dos cônjuges e os parentes do outro. É um vínculo que não tem a mesma intensidade que o parentesco e se estabelece entre genro, cunhados, etc.

Não obstante tal afirmação, entende-se que a interpretação que vai ao encontro de toda principiologia constitucional, bem como do reconhecimento do afeto como elemento fundamental para a formação da família, é o reconhecimento da existência de parentesco e não apenas de mera relação de afinidade a ser considerada inferior aos outros tipos de parentesco, pois, como bem asseverou Marianna Chaves⁵⁷:

O parentesco pode advir de um fato de natureza, mas também pode ser oriundo de uma noção social, uma vez que a própria família é uma construção sociológica em que as designações e parentesco não estão, necessariamente, relacionados a liames biológicos, posto que existem pais biológicos, os adotivos e os socioafetivos.

Nesse sentido discorrem autores como Maria Berenice Dias, Carlos Roberto Gonçalves, Marianna Chaves, Paulo Lôbo, Waldyr Grisard e outros.

Percebe-se que o diploma civil não os diferenciou, utilizando a expressão “parentesco por afinidade” em seu artigo 1.595, §2º. Ademais trata das diferentes modalidades no mesmo capítulo, o qual foi nomeado como Capítulo Das Relações de Parentesco.

Referido parentesco é reconhecido por força do artigo 1.595, do Código Civil, ao determinar que “cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”. No entanto, é somente reconhecido em relação aos

⁵⁶WALD. Arnold. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 35.

⁵⁷CHAVES. Marianna. **A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas**. In: (Coord). Dias. Maria Berenice. **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 491.

ascendentes, descendentes e irmãos, ou seja, a pessoa que casa ou passa a conviver em união estável será considerada parente por afinidade do sogro, da sogra –bem como dos avós ou bisavós de seu cônjuge ou companheiros, diante da inexistência de limite no parentesco por afinidade na linha reta-, dos cunhados e dos enteados, no caso de haverem filhos de união anterior. Aqui nasce a figura do padrasto e da madrasta, os quais, a princípio, possuem apenas parentesco por afinidade em relação ao enteado (a). Verificar-se-á posteriormente, porém, que em alguns casos é possível o reconhecimento de parentesco socioafetivo entre eles.

Salienta-se que o parentesco em linha reta, ou seja, em relação aos ascendentes e descendentes do outro cônjuge ou companheiro, não se extingue juntamente com a dissolução do casamento ou união estável que deu causa, extinguindo-se apenas em relação aos cunhados.

Outrossim, por este vínculo ser pessoal, Maria Helena Diniz⁵⁸ assevera:

A princípio, tal modalidade de parentesco não traz as mesmas consequências jurídicas que o parentesco natural ou civil, ou seja, os parentes afins não possuem os mesmos direitos e deveres que os parentes consanguíneos ou civis. Como exemplo é possível mencionar o fato de não possuírem obrigação alimentar entre si e não terem reconhecidos direitos sucessórios.

Há, ainda, opiniões como a do autor Paulo Lôbo, de que o reconhecimento desta modalidade está mais ligado à necessidade de imposição de impedimentos e deveres por uma questão moral. Sustenta o autor⁵⁹:

Os parentes afins não são iguais ou equiparados aos parentes consanguíneos; são equivalentes, mas diferentes. Assim, o enteado não é igual ao filho, jamais nascendo para o primeiro, em virtude de tal situação, direitos e deveres que são próprios do estado de filiação. O parentesco afim tem por fito muito mais o estabelecimento de uma situação jurídica de impedimentos e deveres, por razões morais.

Tais impedimentos são definidos por lei e abrangem impedimentos matrimoniais - o qual passa a existir com o casamento, mantendo-se após sua dissolução para parentes de linha reta, e desaparecendo, porém em relação aos parentes colaterais - e também ocasionam a inelegibilidade, a impossibilidade de testemunhar, a suspeição do magistrado, ou do membro do Ministério Público, tendo

⁵⁸DINIZ, 2011. p. 468.

⁵⁹LÔBO, loc. cit., p. 213.

ainda como consequência o reconhecimento da legitimidade para promover interdição⁶⁰.

Muito embora este parentesco tenha efeitos restritos, o reconhecimento do parentesco entre cônjuges e companheiros e seus enteados, originando a figura do padrasto e da madrasta, pode gerar efeitos posteriormente no caso de ser reconhecida um parentesco socioafetivo entre eles. Por óbvio que são duas relações diversas, entretanto, dá-se início a uma figura importante que será estudada em momento oportuno, as famílias reconstituídas.

2.3.3 Concepções acerca da filiação

A filiação, em linhas gerais, é a relação de parentesco existente entre pais e filhos, seja ela advinda de vínculo biológico, da adoção, do vínculo socioafetivo ou da reprodução assistida heteróloga.

No entanto, sabe-se que nem sempre este foi o entendimento aplicado ao tema. A filiação também sofreu profunda alteração com o advento da Constituição de 1988, principalmente diante da introdução do princípio da igualdade na filiação, presente no artigo 227, parágrafo 6º⁶¹, o que foi posteriormente traduzido pelo Código Civil, em seu artigo 1596⁶².

Assim, deixou de ser importante apenas a filiação decorrente do matrimônio, pela qual é definida, inclusive, diversas formas de presunção de paternidade em relação ao marido, passando também a terem relevância outras formas de filiação.

Não obstante a extrema importância do referido princípio, essa não foi a única alteração com efeito sobre as regras de filiação. O Estatuto da Criança e do Adolescente, que entrou em vigência em 1990, também influenciou a nova concepção da filiação, isto porque trouxe a criança e o adolescente como elemento central nas relações familiares.

⁶⁰FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 558-559.

⁶¹Art. 227, § 6º, Constituição Federal: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁶²Art. 1.596, Código Civil: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, o ECA trouxe, também, novos elementos para a concepção de paternidade ao introduzir o papel de “pais sociais” e, segundo ele⁶³:

É na compreensão do papel social do pai e da mãe, desprendendo-se do fator meramente biológico, que esse estatuto vem ampliar o conceito de pai, realçando sua função social. Podemos notar, aí, um avanço e um sinal e compreensão, pelo ordenamento jurídico, de que o pai é muito mais importante como função do que propriamente como genitor.

Seguindo o entendimento de Fachin, não basta a análise de informação biológica, sendo necessário averiguar a verdadeira paternidade⁶⁴. Destarte, percebe-se a importância de analisar-se a filiação socioafetiva.

Ultrapassou-se, portanto, a concepção antiquada de que os genitores serão sempre consideradas os pais, pois “a condição paterna (ou materna) vai muito mais além do que a simples situação de gerador biológico, com um significado espiritual profundo, ausente nesta última expressão⁶⁵.”

A verdade é que todo um conjunto de fatores influenciaram a mudança na concepção de filiação, de um conceito antiquado para o conceito amplo, hoje defendido pela doutrina e jurisprudência, o qual busca atender a realidade social ao invés de impor que a sociedade viva conforme normas legais.

2.3.4 Da multiparentalidade

Para discorrer acerca desse tema é necessário deixar de lado a concepção tradicional de paterno-filiação, ou seja, aquela formada por pai, mãe e filho. A própria Carta Magna o fez ao reconhecer como entidade familiar a família monoparental, ou seja, aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Por óbvio que se tratam de situações diferentes, mas a Constituição, como um todo, objetivou conferir proteção a todos os moldes familiares, sem que nenhuma

⁶³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 144.

⁶⁴FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 23.

⁶⁵GAGLIANO; PAMPLONA, 2014. p. 638.

fosse excluída. Assim, como já discorrido ao tratar-se do conceito moderno de família, tem-se uma visão mais aberta e ampla desta, eis que se reconhece o afeto como elemento fundador das famílias. Buscou-se, ainda, garantir igualdade de filiação.

Assim, “se não existe hierarquia entre os parâmetros de filiação, por que forçar a exclusão de alguém que é visto como pai e mãe?”⁶⁶

Diante dessas premissas é possível perceber a presença de uma forma de parentalidade pouco discutida, a multiparentalidade, a qual, no entanto, apresenta especial importância para este estudo.

De forma simples, a multiparentalidade ocorre quando é possível reconhecer a filiação de uma pessoa em relação a mais de um pai ou de uma mãe, ou seja, a mais de duas pessoas.

Dias discorreu acerca do tema asseverando que “é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação”, inclusive reconhecendo esta nova parentalidade em relação aos padrastos e madrastas, no caso em que se verificar a posse do estado de filho⁶⁷.

Importante tal constatação, vez que mesmo nos casos em que for reconhecida essa filiação socioafetiva, com a conseqüente verificação da posse do estado de filiação, não necessariamente será um pai destituído do poder familiar. Destarte, quando for possível constatar que todas essas pessoas efetivamente cumprem o papel de pai ou mãe, e que nenhum deles deu motivo para referida destituição, serão reconhecidas múltiplas paternidades em relação ao mesmo filho.

Dias apresenta como conseqüência desta forma de parentalidade, a realidade de que “todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos”⁶⁸.

Já Farias e Rosenvald alertam a necessidade de ponderações ao tratar das conseqüências desse reconhecimento. Em sua concepção, se for reconhecida essa múltipla parentalidade, estar-se-á também admitindo o que chamaram de multi-hereditariedade, ou seja, a possibilidade de reclamar a herança de todos os pais e

⁶⁶GAGLIANO; PAMPLONA, 2014. p. 648

⁶⁷DIAS, 2013. p. 385

⁶⁸Id.

mães e, ainda, pleitear alimentos e todos os outros deveres decorrentes da filiação.⁶⁹

Diante disto, levantam a preocupação de algumas pessoas pleitearem tais direitos em face de pais biológicos, do quais na realidade nunca tiveram vínculos. Sustentam, ainda, que:

(...) poder-se-ia, com isso, fragilizar o vínculo socioafetivo estabelecido, permitindo uma busca inexorável do vínculo biológico. Até porque a concepção familiar que decorre da filiação não permite escolhas de ordem patrimonial.⁷⁰

Por fim, afirmam que:

(...) a decorrência de efeitos familiares (como herança, alimentos, sobrenome) não pode estar atrelada a uma perspectiva biológica, mas, efetivamente, aos vínculos paterno-filiais estabelecidos pela vida. Até porque a filiação não pode ser reduzida, tão somente, ao desempenho de atividades sexuais. Com efeito, a filiação é muito mais que isso⁷¹.

Não obstante tais afirmações, não se defende o reconhecimento da multiparentalidade de forma a possibilitar que as pessoas possam se prevalecer de tal situação para obterem ganhos ilícitos. Entende-se que a sua concreção deve servir como um meio para a garantia de direitos fundamentais aos indivíduos. Até porque, somente será caracterizada esta parentalidade, quando restar verificado que este filho possui efetiva relação com ambos os pais ou mães

Nesse sentido, assevera Dias que⁷²:

Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo a dignidade e a afetividade da pessoa humana.

Verifica-se a possibilidade de aplicação da tese tridimensional do Direito de Família criada pelo autor Belmiro Pedro Welter, por meio da qual conclui pela possibilidade do estabelecimento de três vínculos paternos para cada pessoa, defendendo, ainda, que “todas as paternidades são iguais, não havendo prevalência

⁶⁹FARIAS; ROSENVALD. 2014, p. 624.

⁷⁰Id.

⁷¹FARIAS; ROSENVALD, loc. cit., p. 624-625

⁷²DIAS, 2013. p. 385.

de nenhuma delas” devendo se conceder todos os efeitos jurídicos em relação a todos os tipos de vínculo filiatório”⁷³.

Baseia-se esta, portanto, no reconhecimento do afeto como valor jurídico e caracterizador de entidades familiares, parentesco e filiação, de forma que quando for reconhecida a paternidade socioafetiva, e não for excluída a filiação biológica, tendo em vista que esta exclusão não deve ocorrer automaticamente, será caracterizada a multiparentalidade.

⁷³WELTER, Belmiro Pedro. Apud FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 623-624.

3 DO INSTITUTO DA GUARDA E A POSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO AOS PADRASTOS E MADRASTAS

3.1 DO PODER FAMILIAR

Considerando que o presente trabalho terá enfoque no instituto na guarda, faz-se mister tecer algumas considerações acerca do instituto do poder familiar, haja vista que aquele se caracteriza por ser desdobramento do exercício deste.

O poder familiar consolida-se no conjunto de direitos e obrigações conferido aos pais, e exercido nos limites e condições que lhes são impostas, em relação aos filhos e aos seus bens, até que estes atinjam a maioridade ou emancipem-se. Atear-se-á na questão referente a autoridade exercida no tocante aos filhos, para que posteriormente seja possível abordar a questão de sua guarda.

Em brevíssima explanação evolutiva, o poder familiar, antigo pátrio poder, sofreu intensa alteração se comparado com os as suas primeiras representações na Roma antiga, na qual o *pater* possuía autoridade sobre a vida da família, eis que desempenhava função de chefe desta, exercendo um poder quase que absoluto sobre eles.

Pode-se dizer que as principais alterações estão relacionadas ao fato do poder familiar hoje ser exercido por ambos os pais, e por não mais caracterizar-se como uma prerrogativa irrestrita e exercitada para atender os interesses do chefe de família ou *pater*, vez que hoje este instituto está muito mais relacionado ao dever de cuidado para com os filhos, objetivando o seu melhor interesse, do que num poder exercido independente do seu bem-estar.

Para melhor explicar este entendimento, pertinente destacar que a Constituição Federal determina como deveres da família assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, a cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (artigo 227, CF). Como dever dos pais estipula, ainda, o dever assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229, CF). Todos esses deveres são definidos aos pais com o intuito de assegurar o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente em seu seio familiar

e, a partir desta análise, afere-se que “são deveres jurídicos correlativos a direitos cujo titular é o filho”⁷⁴, para os quais devem ser respeitados os limites.

Foi infeliz o legislador, no entanto, ao utilizar a denominação poder familiar. Isto porque, tal expressão não traduz seu verdadeiro significado, considerando que não mais deve ser compreendido como poder, mas sim como *múnus*, e não de toda família, mas dos pais ou ainda aquele que apesar de não ser o pai legítimo, exerça as funções compreendidas pelo instituto.

No que tange à titularidade do poder familiar, o Código Civil aprecia o tema apenas em relação aos pais casados ou que convivem em união estável, mantendo-se omissos em relação aos outros moldes familiares. Tem-se, por força constitucional, que deve ser feita uma interpretação extensiva desta norma, para que sejam albergadas também os diferentes moldes familiares. Deste modo, quando forem exercidos os direitos atinentes ao instituto, e principalmente os deveres de cuidado em relação aos menores, deverá ser atestada a titularidade do poder familiar a esta pessoa que efetivamente exerce tais funções.

Nessa vereda Lôbo assevera que⁷⁵:

Ante ao princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça *múnus*, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular.

Importante tal conclusão, haja vista que tal possibilidade embasará a discussão posterior acerca da possibilidade da concessão da guarda aos padrastos e madrastas.

No que diz respeito ao exercício do poder familiar, o artigo 1.634, do Código Civil, recentemente alterado pela Lei 13.058/2014, dispõe:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I- dirigir-lhes a criação e a educação; II- exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII- representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16

⁷⁴LÔBO, op. cit., 298.

⁷⁵Ibid., p. 299.

(dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nota-se que apesar das modificações concernentes ao tema e toda a evolução legislativa neste sentido, este dispositivo manteve algumas características de poder e controle dos pais sobre os filhos vigente no regime anterior, deixando de delimitar os deveres prelecionados pela Carta Magna.

Desta forma, para que seja possível compreender seu exercício, deve ser feita uma análise conjunta deste artigo, da Constituição Federal em seus artigos 227 e 229, assim como já explicitado e, ainda, do artigo 22 do ECA ao estipular como deveres dos pais o “sustento, guarda e educação, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais”.

Ressalta-se a função dos pais de criação e educação, por ser considerada por muitos a mais importante. A palavra educação deve ser interpretada da forma mais ampla possível, competindo aos pais preparar seus filhos para a vida adulta, fornecendo-lhes a possibilidade de estudo e selecionando a espécie mais adequada para fazê-lo em respeito a sua situação econômica, assim como educando-os socialmente, moralmente, espiritualmente, religiosamente e politicamente de forma que aos filhos seja dado conhecimento e direcionamento em todos os aspectos do saber humano.

Quando não cumprido este dever, os pais podem ser sancionados com a perda do poder familiar, assim como pelo crime de abandono material ou intelectual.

Sobreleva-se, também, o inciso II, que estipula como função dos pais o exercício da guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584, CC, tendo em conta sua recente alteração, vez que antes constava “tê-los em sua companhia e guarda. Tal modificação se fez necessária para que ambos os institutos mantenham-se em harmonia.

Tem-se que a esta função é reconhecida o *status* de poder/dever. É dever, pois incumbe aos que possuem o poder familiar o dever de guardar e cuidar. É direito ou poder, vez que lhe assiste direito de cobrar e controlar certas condutas dos filhos, para que lhes seja propiciado o exercício de seu dever de forma adequada. Maria Helena Diniz afirma constituir direito “porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os juntos de si, regendo seu comportamento em relações com

terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares”⁷⁶. Todavia, todos os direitos atinentes a guarda devem ser aplicados buscando atender o melhor interesse dos filhos e não por mera liberalidade dos pais.

Depreende-se, diante do exposto, que do exercício do poder familiar decorrem diversos deveres e direitos a serem cumpridos pelos pais. Desta forma, quando deixarem de desempenhar algum de seus deveres ou abusarem imoderadamente de seus direitos podem ser sancionados com a suspensão ou destituição do poder familiar, esta que acarretará na extinção do poder familiar, sendo que os casos de extinção são delimitados pelo artigo 1.635, do Código Civil, tendo este dispositivo caráter exaustivo.

A suspensão, conforme postula o art. 1637, Código Civil, poderá ser decretada pelo juiz quando os pais: i) faltarem aos deveres inerentes à função; ii) arruinarem os bens dos filhos; iii) colocarem em risco a segurança dos filhos; iv) o pai ou a mãe forem condenados por crime cuja pena exceda dois anos de prisão. Há ainda a possibilidade de suspensão do poder familiar quando, verificada pelo juiz a gravidade do caso, ficar caracterizado atos de alienação parental. Esta pode ser total, quando fica o pai ou mãe completamente impedido de seu exercício ou parcial, ocasião na qual somente será privado da prática de alguns atos concernentes a sua função. Diante da sua característica de temporariedade esta suspensão poderá ser revogada quando cessarem as causas que lhe motivaram.

A destituição do poder familiar ocorre quando verificados motivos mais graves e que coloquem em perigo a dignidade ou a segurança dos menores. O art. 1638 delimita as hipóteses em que os pai ou a mãe perderá o poder familiar: i) quando castigar imoderadamente o filho; ii) quando deixar o filho em abandono; iii) quando praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; iv) quando incidir reiteradamente, em faltas autorizadas da suspensão do poder familiar.

Esta perda possui, via de regra, caráter permanente, conforme determina o inciso V, do artigo 1.635, do Código Civil, ao definir como hipótese de extinção do poder familiar a perda por decisão judicial na forma do artigo 1.638. No entanto, “o seu exercício possa ser, excepcionalmente, restabelecido, se provada a

⁷⁶DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 607.

regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial”⁷⁷.

Importante enfatizar que tal medida é de caráter excepcional e somente deverá ser aplicada em último caso, quando a aplicação de outras medidas, como a suspensão, não seja eficiente.

3.2 DA EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA

Ressalta-se, primeiramente, que o instituto da guarda a ser estudado no presente trabalho é referente ao disposto no Código Civil, quando da dissolução do casamento ou da união estável, e não em relação ao disposto no ECA que cuida de medidas de colocação em família substituta.

Portanto, para efeitos deste trabalho “a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho”⁷⁸. Este conceito de Paulo Lôbo demonstra-se pertinente hodiernamente, porém nem sempre foi assim.

Aos pais o dever de prover o sustento da família e às mães o dever de cuidar da casa e dos filhos. Essa concepção permeou a sociedade brasileira por muito tempo, no entanto, a primeira disposição a tratar acerca do tema foi o artigo 90 do Dec. Lei nº 181 de 1890, o qual definia que a sentença do divórcio litigioso mandaria entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixaria a forma em que o outro poderia concorrer na educação destes.

O Código Civil de 1916 também definiu as regras para a concessão de guarda, mediante identificação de culpa do cônjuge na dissolução do matrimônio. Era uma forma de punir o cônjuge culpado e, assim, os filhos “eram entregues como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge inocente, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole”⁷⁹. Não se falava em primazia do melhor interesse da criança, dignidade, direito de convivência familiar ou em sua

⁷⁷DINIZ, 2011. p. 615.

⁷⁸LÔBO, loc. cit., p. 190.

⁷⁹DIAS, 2013. p. 450

existência como sujeitos de direitos, sendo que a decisão acerca do tema era apenas consequência da dissolução do casamento

Algumas alterações foram introduzidas no ordenamento jurídico, como no caso da Lei do Divórcio, que apesar de estipular como regra geral que os filhos ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa ao divórcio⁸⁰, excepcionava, em alguns casos, tal regra ao permitir, por exemplo, que o juiz decidisse diversamente para o bem dos filhos nos casos em que houvesse motivos graves⁸¹.

Tal concepção passou a modificar-se de forma mais expressiva somente com o advento da Constituição vigente e a consagração de princípios como o da igualdade entre homem e mulher, a vedação a discriminação, do melhor interesse da criança, prioridade absoluta a dignidade, respeito e a convivência familiar da criança e ao adolescente. Destaca-se, ainda, o advento do ECA como importante instrumento para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

O Código Civil de 2002 seguiu tais alterações e deixou de definir a guarda dos filhos de acordo com a culpa do cônjuge. Estabeleceu como regra que, no caso de dissolução consensual, a concessão da guarda seguiria as regras que os cônjuges definissem e quando não houvesse consenso, seria atribuída a guarda unilateral ao genitor que tivesse melhores condições de exercê-la.

A lei 11.698/2008 alterou o disposto no Código Civil de 2002 e a guarda unilateral deixou de ser regra, passando a privilegiar-se a guarda compartilhada. Assim, mais uma vez, buscava-se a efetivação de todos os princípios constitucionais já estudados.

Com isso, diante das alterações legais, mas principalmente mediante alteração da concepção da própria sociedade acerca do tema, os filhos tornaram-se o epicentro das preocupações, especialmente mediante aplicação do princípio do melhor interesse da criança, pouco importando a questão da culpa na dissolução das uniões ou os interesses individuais dos pais.

Diante deste contexto, discorreram Gagliano e Pamplona Filho⁸²:

⁸⁰ Art. 10 da Lei nº 6.515/77: na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que não houver dado causa.

⁸¹ Art. 13 da Lei 6.515/77: Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente a estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

⁸² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013. p. 602.

No que toca aos filhos sentido nenhum há em determinar a guarda em favor de um suposto “inocente” no fim do enlace conjugal (...) Isso porque, no primeiro caso, interessa, tão somente, a busca do interesse existencial da criança ou do adolescente, o cônjuge que apresentar melhores condições morais e psicológicas poderá deter a sua guarda, independentemente da aferição de culpa no fim da relação conjugal.

Desta forma, outros são critérios levados em consideração quando da decisão acerca da guarda dos filhos menores.

Sabe-se que quando da dissolução da união de um casal, o vínculo entre o filho e os pais deve permanecer intacto e protegido, apesar de deixarem de morar sob o mesmo teto, consoante o princípio da convivência familiar já estudado anteriormente, bem como em atendimento ao melhor interesse da criança, aos direitos e deveres da paternidade e direitos de filiação. Afinal, embora findem juntamente com a dissolução da união alguns deveres entre os cônjuges ou conviventes, permanecem todos os deveres e direitos atinentes à paternidade e a filiação.

A dissolução do núcleo familiar nunca é fácil para os filhos e, por muitas vezes, acaba sendo traumática para eles. Apesar do estabelecimento da guarda de forma consensual representar o modelo ideal a ser adotado, evitando o grande desgaste emocional pelo qual os filhos menores acabam passando, são pouquíssimos os casos em que ela é alcançada.

Na grande maioria das dissoluções, as famílias recorrem ao judiciário para que lá sejam decididas acerca de todas as conseqüências jurídicas das dissoluções das uniões estáveis e do casamento, dentre elas a questão da guarda.

Ocorre que, mesmo quando consensual, a intervenção estatal é exigida para que se formalize qualquer acordo neste sentido. Isto porque busca, o Estado, garantir sempre o melhor interesse da criança, o qual deve prevalecer ao interesse dos pais e. Evita-se, desta forma, que os pais tomem decisões acerca da guarda que possam ser prejudiciais aos filhos. Assim, independentemente de acordarem ou não as partes, o Poder Judiciário intervirá sempre na defesa dos interesses da criança e do adolescente. É o que define o artigo 1.586 do Código Civil ao dispor que “havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

Exclui-se da intervenção jurisdicional apenas aqueles casos em que um dos pais permanece com a guarda fática dos filhos e não busca formalizar tal guarda ou a dissolução de sua união, ou os casais que possuem apenas filhos maiores de idade, ocasião na qual podem dissolver suas uniões de forma extrajudicial.

3.3 DAS DIFERENTES MODALIDADES DE GUARDA

Como já discorrido anteriormente, o Código Civil de 2002 ao estabelecer regras a respeito da guarda determinava a concessão da guarda unilateral, a qual consistia na guarda conferida a um dos pais que apresentassem melhores condições de exercê-la e obrigava o pai ou mãe, que não a possuísse, a supervisionar os interesses dos filhos, conforme postulava e ainda postula o artigo 1583, §3º, do Código Civil.

Após as alterações introduzidas pela Lei 11.698/2008 no Código Civil, a guarda compartilhada passou a ser privilegiada e a unilateral somente concedida quando as partes não chegassem a um acordo ou quando fosse verificada a inviabilidade da concessão da guarda compartilhada.

É também considerada guarda unilateral aquela concedida pelo juiz à outra pessoa, quando verificado no caso que, nem o pai, nem a mãe, devam permanecer com a guarda do filho, conforme estabelece o artigo 1.584, §5º, do mesmo Diploma.

Apesar de não mais ser a forma preferencial, de acordo com o artigo 1583, §2º, ela era concedida aos genitores que demonstrassem melhores condições de exercê-la, e mais aptidão para propiciar: I- afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, II- saúde e segurança e III- educação. Ao discorrer acerca desses fatores que deveriam direcionar o juiz na concessão da guarda unilateral Lôbo defendia que “Essa enunciação não é taxativa, nem segue ordem de preferência. Não há exigência legal de estarem conjugados: pode o juiz ante a situação concreta, decidir que um deles prefere aos demais”⁸³. Destarte, poderia o juiz levar outros fatores em consideração, escolher apenas alguns deles, ou mais de um.

⁸³LÔBO, loc. cit., p. 193.

Ocorre que a Lei 13.058/2014 alterou ainda mais o instituto e possui como objetivo que a guarda unilateral passe a ser exceção. Apesar das alterações parecerem discretas, tendo em vista que desde 2008 a guarda compartilhada já era preferível, observa-se que a modificação do §2º do artigo 1.584, altera sobremaneira a aplicabilidade da guarda compartilhada.

Estabelecia o dispositivo antes de sua alteração que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada” e após a alteração que:

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.

Assim, o que ocorria na prática era a concessão da guarda compartilhada aos genitores apenas nos casos em que os genitores entrassem num consenso acerca desta, de forma que, apesar de já preferível a modalidade compartilhada, a unilateral ainda era a mais modalidade mais comum e utilizada.

Diante da interpretação dos dispositivos do Código Civil hoje vigentes, a guarda unilateral é aquela concedida a um dos genitores ou a terceiro que o substitua, mas apenas quando um dos genitores realmente não apresente condições de exercê-la ou quando declare ao magistrado que não possui interesse em exercê-la⁸⁴. Não mais estabelece a lei fatores para serem analisados na concessão da guarda unilateral, vez que somente deverá ser concedida em caráter de exceção.

Ainda assim, é importante conhecer os motivos pelo qual esse genitor declarou que não possui interesse na guarda compartilhada e, sempre que possível, expor ao mesmo todos os benefícios deste instituto. Nesta toada, Conrado Paulino da Rosa disserta que mesmo nesses casos “o promotor e o magistrado, utilizando-se, se necessário, da equipe multidisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse”⁸⁵.

Verifica-se que as alterações trazidas pela Lei 13.058/2014 vieram para complementar o que já havia sido alterado, e dar mais efetividade a aplicação da

⁸⁴ Art. 1584, §2º, Código Civil: 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.

⁸⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

guarda compartilhada, pois ainda havia margem para a concessão da guarda unilateral de forma mais frequente.

Essa modalidade já era muito criticada pela doutrina, e com razão, uma vez que deixava de privilegiar a ampla convivência familiar entre o filho com o genitor não guardião e toda a família deste. Deste modo, apesar de a lei resguardar o direito de convivência ao conferir o direito de visitas, elas são exercidas de forma muito restrita, seguindo, geralmente, o molde de visitação em finais de semanas alternados por prazo aproximado de 48 horas, contando ainda com alguns dias em férias e feriados. Será que é possível afirmar que pais e filhos possuem ampla convivência gozando apenas desse período de tempo juntos? Compreende-se não ser este molde o mais apropriado para efetivação de primordial direito, afinal “tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor a convivência diária e contínua com um de seus genitores”.⁸⁶

Em sua crítica Dias asseverou:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia- isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.⁸⁷

Constata-se que em muitos casos, “na prática, a unilateralidade, ao fim e ao cabo, reduzia a relação de ambos os genitores a uma mera monoparentalidade⁸⁸.”

Sendo mister modificar tal realidade, coadunando com o que entende a doutrina majoritária, a guarda compartilhada deve ser a aplicada como regra.

Esta, conforme estipula o artigo 1.583, §1º, do Código Civil, consubstancia-se “na 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”.

Pretende-se, mediante a efetivação deste instituto, manter-se ampla convivência de ambos os pais com seus filhos da forma mais próxima possível daquela existente antes da dissolução da união do casal. Para que isso ocorra, deve haver um esforço conjunto dos pais com o fim de atender todas as necessidades dos filhos, mantendo sempre uma convivência harmoniosa entre todos os membros

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.266.

⁸⁷ DIAS, 2013. p. 458-459.

⁸⁸ ROSA, op. cit., p. 51-52.

da família, de forma que os pais entendam que o bem-estar dos filhos deva se sobrepor sobre seus interesses pessoais.

Nas palavras de Grisard⁸⁹:

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda uniparental não atendia.

Assim, a separação dos pais, que sempre causa transtorno e tristeza aos filhos, pode ter seus efeitos negativos diminuídos. Um dos maiores anseios das crianças quando da separação dos pais é “perder” o pai ou a mãe, sendo que, muitas vezes, principalmente os infantes em tenra idade passam a acreditar que o pai ou a mãe que deixam o seio familiar o fazem por não mais amarem seus filhos. Garantindo-lhes o exercício da guarda compartilhada, quando os filhos terão ampla liberdade para passarem tempo com ambos os pais aumenta-se, em muito, a probabilidade desses medos e anseios serem superados.

Ademais, ambos deverão participar de todas as decisões importantes acerca da vida dos filhos com o mesmo grau de responsabilidade, de forma que suas opiniões terão o mesmo peso, não devendo prevalecer uma sobre a outra, mas sim, o melhor interesse do filho.

Diante de tal contexto, os pais deverão estabelecer a forma em que será exercida a guarda, reconhecendo as características específicas de seu caso, visando garantir o melhor interesse da criança, proporcionando-lhes ambiente em que possam desenvolver-se plenamente, e de forma sadia.

“O exercício da guarda compartilhada exige, portanto, uma postura madura e consciente dos pais no momento de sua fixação, bem como a real disposição de cumprirem eles o quanto estabelecido”⁹⁰. Contudo, mesmo quando não seja possível alcançar esse consenso inicial, não deve ser rechaçada a possibilidade da fixação de guarda compartilhada, assim como já exposto.

Efetivamente, em conformidade com o artigo 1.584, §2º, do Código Civil, caberá ao Judiciário determinar a guarda compartilhada sempre que verificado que

⁸⁹GRISARD FILHO. Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p 147.

⁹⁰BOULOS. Kátia. **Da guarda “com-parte-lhada à guarda compartilhada: novos rumos e desafios**. In: Grandes temas do direito de família e das sucessões. (Coord.) Silva. Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

ambos os pais possuem plenas condições de exercer o poder familiar, devendo verificar, ainda, as condições adequadas em que ela possa ser exercida. Deste modo, não mais está o juiz adstrito ao consenso e a mera liberalidade das partes, mas sim apenas ao atendimento do melhor interesse, da ampla convivência familiar e da garantia da dignidade da criança e do adolescente.

Para que seja possível averiguar tais condições, poderá contar com a assistência das equipes multidisciplinares, as quais devem entrevistar os pais e os filhos e examinar se os dois pais estão aptos a exercer a guarda. É viável para seu auxílio, inclusive, a realização sindicâncias sociais em ambas as residências, quando será possível examinar se ambas demonstram condições adequadas para a permanência dos filhos. Se assim for atestado, concederá o juiz a guarda compartilhada a ambos os pais, delimitando em quais circunstâncias ela será exercida.

3.4 DA POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA GUARDA AOS PADRASTOS E MADRASTAS

3.4.1 Reconhecimento do afeto como valor jurídico e elemento formador das famílias

Ao se pensar em afeto, logo vem em mente uma definição sociológica ou psicológica da palavra. Para este trabalho, no entanto, não se busca conceituá-lo, mas sim entender que o afeto é o elemento que une e mantém unida a família. “Assim afeto e família passa a ser uma dupla salutar e estreita, desejada por todos aqueles que buscam como projeto de vida a construção de uma “verdadeira família””⁹¹.

Conforme já discorrido anteriormente, a afetividade representa o mais importante elemento para a formação das famílias, sendo, inclusive, considerado por alguns autores princípio específico norteador do Direito da Família.

⁹¹ Karow, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 126

Deixou de ser o afeto apenas uma realidade social, de forma que a sua presença passou a ser reconhecida também no âmbito jurídico. Exatamente pelo fato de ser considerado o afeto o elemento formador da família, é que ele passou a ser considerado um valor jurídico reconhecido pela doutrina, jurisprudência, e até mesmo pela legislação.

Constata-se, inclusive, que houve o reconhecimento do afeto como valor jurídico na própria Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, mediante ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, eis que sua existência baseia-se na presença do afeto. Demais disso, percebe-se tal reconhecimento pela Constituição, por exemplo, ao estabelecer a igualdade entre todos os tipos de filiação.

Na concepção de Lôbo, ao qual assiste razão, além destes dois momentos, é possível verificar que foi consagrado o afeto pela Carta Magna em outros dois momentos, quais sejam, i) quando fora reconhecida como família a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, incluídos os adotivos, e ii) ao estipular que a convivência familiar, e não a origem biológica, deve ser prioridade absoluta a ser assegurada à criança e ao adolescente⁹².

É possível analisar, ainda, seu reconhecimento em legislações específicas como é o caso da Lei n^o 12.398/11 que concedeu aos avós o direito de visitas aos netos, diante da existência de afeto entre estes e, também, com o advento da Lei n^o 11.924/2009, que, mediante o reconhecimento do afeto, autoriza que por meio de decisão judicial, o enteado acrescente o sobrenome do padrasto ou madrasta.

No entanto, como já estudado, sabe-se que esta transformação na concepção da família não ocorreu da noite pro dia e que foi necessário renunciar ao formalismo e as concepções tradicionalistas em prol do reconhecimento das “verdadeiras” famílias, ou seja, aquelas que se unem pelo afeto.

Deste modo, é inconteste que, hoje, as famílias não buscam sua satisfação patrimonial e manutenção econômica, mas sim, objetivam a plenitude, felicidade e a garantia da dignidade de cada indivíduo dentro do seio familiar, nunca deixando de lado, no entanto, a solidariedade entre seus membros, os quais devem sempre cultivar a relação de afeto entre si, pois, sem afeto não há família, e mesmo que esta

⁹²LÔBO, loc. cit., p. 64.

consiga subsistir por determinado período de tempo, por certo que será desestabilizada e seus membros não serão felizes dentro deste núcleo.

Nesse sentido explicitou Jacqueline Filgueras Nogueira⁹³:

A afetividade é o elemento nuclear e definidor da união familiar, onde a finalidade mais relevante da família é a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar, num humanismo que só se constrói na solidariedade om o outro, a função afetiva a unifica e a estabiliza, onde o respeito, a liberdade e a igualdade são práticas constantes.

Basta verificar a realidade social para perceber que a presença do afeto é o que mantêm o relacionamento dos casais hodiernamente. De fato, o casamento não é mais indissolúvel, a concessão da guarda dos filhos não depende da culpa na dissolução do casal, assim como a concessão de alimentos, a igualdade entre homens e mulheres fazem com que ambos possuam os mesmos direitos e deveres tanto dentro do seio familiar quanto fora, não mais dependendo a mulher de seu marido financeira ou emocionalmente. Assim, por esses e por outros motivos, é possível averiguar que motivo não há para que um casal permaneça junto, senão pelo afeto existente entre eles.

Não é assente o entendimento acerca do afeto poder ser considerado princípio jurídico. Apesar de seguir-se o entendimento que o é, não se adentrará esta discussão, eis que o importante para este trabalho é o seu reconhecimento como um valor jurídico de alta relevância no ramo do direito de família. É, diante deste reconhecimento, que será possível o reconhecimento do parentesco socioafetivo, da filiação socioafetiva e a posterior conclusão pela possibilidade jurídica da concessão da guarda aos padrastos e madrastas.

3.4.2 Parentesco e filiação socioafetivos: efetivação e reconhecimento da posse do estado de filho

Muito embora nada mencione a respeito do parentesco socioafetivo, o artigo 1593, do Código Civil, utilizou-se de uma norma de conteúdo aberto ao fazer uso da

⁹³NOGUEIRA. Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora. 2001, p. 54.

expressão “ou de outra origem”, ampliando o conceito de parentesco anteriormente existente.

Diante deste contexto e pela melhor hermenêutica, deve ser aplicado o entendimento que este dispositivo não deve ser interpretado de forma restritiva, motivo pelo qual o parentesco socioafetivo deve enquadrar-se como uma forma de parentesco de outra origem.

Com efeito, qualquer interpretação restritiva seria incoerente e sem fundamento, além de ir de encontro com a principiologia atinente ao direito de família já exposta no capítulo anterior.

Diante desta concepção, Lôbo afirma que “o parentesco civil remete a outra origem, cujas espécies se enquadram na genérica expressão de socioafetividade” citando como exemplo o parentesco decorrente da “adoção de uma pessoa por outra, a concepção mediante utilização de material genético alheio e a posse de estado de filho.”⁹⁴

Eduardo de Oliveira Leite, no entanto, é mais categórico ao afirmar que diante da utilização de tal expressão foi inserido no ordenamento jurídico outro molde de parentesco, o qual permite reconhecer a filiação socioafetiva. Em suas palavras, “pela primeira vez na história do Direito de Família reconhece-se, sem vacilar, assento ao afeto nas relações paterno-materno-filiais, capaz de gerar efeitos na ordem jurídica familiar”⁹⁵, concluindo que “em última análise, é a aceitação ampla e irrestrita da noção de posse de estado de filho, que adentra com legitimidade total em ambiente, até então, reservado aos meros laços de consanguinidade”⁹⁶.

Não obstante o que dispõe Lôbo, compreende-se, em consonância com o argumenta Leite que deve ser reconhecido o parentesco socioafetivo como outra modalidade de parentesco, eis que este prescinde de lei que previamente lhe autorize, tendo em vista que está consubstanciado simplesmente na presença do afeto. Diferença não há, entretanto, na prática dessas distinções acerca do parentesco socioafetivo ser modalidade de parentesco civil ou nova modalidade, vez que a relevância encontra-se, em verdade, na possibilidade de reconhecer-se tal modalidade de parentesco e, conseqüentemente, a possibilidade de reconhecer-se a filiação socioafetiva.

⁹⁴LÔBO. 2011, p. 206.

⁹⁵LEITE. Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 193.

⁹⁶Id.

Isto posto, reconhece-se a existência de parentesco baseado na socioafetividade, o que se faz independentemente da existência de um vínculo jurídico/civil como no caso da adoção legal, pelo que se requer, unicamente, a presença de afeto como elemento fundante da família.

Assim como já discorrido, a filiação sofreu modificações profundas e, nos dias de hoje, não mais se dá importância apenas para a verdade biológica da filiação. Entende-se que não mais basta ser genitor (a) para ser pai ou mãe. A verdadeira paternidade e maternidade vai muito além de laços biológicos.

Nesses termos Luiz Edson Fachin, em sua obra datada de 1992 discorreu:

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade. Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, à completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais. Esse outro elemento se revela na afirmação de que *a paternidade se constrói*. (...) Ao dizer-se que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção de posse de estado de filho.⁹⁷

Desta forma, deve ser verificada a realidade e o contexto em que vivem os filhos para que a filiação socioafetiva seja reconhecida, afinal, conforme ditado popular “pais são aqueles que criam, não os que procriam”. Tem-se que, sua base, está materializada na presença do afeto entre aquele que cria e o que é criado, nos laços de carinho e amor criado entre ambos. Nas palavras de Belmiro Pedro Welter⁹⁸:

A filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, como o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse de estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou a maternidade e a conhecida “adoção a brasileira”.

Este entendimento vem sido adotado pelos Tribunais. Já em 1999 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁹⁹ proferiu julgamento neste sentido:

⁹⁷FACHIN, 1992. p. 23.

⁹⁸WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 148.

⁹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 599296654. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 18/08/1999.

A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto a paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção a criança (art. 227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na Lei 8.069/1990 (especialmente os arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, revelada pela "posse de estado de filho", como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir filiação.

Com efeito, é possível que a paternidade socioafetiva se sobreponha sobre a paternidade biológica, isto porque não faz sentido valorizar mais um laço biológico do que o laço afetivo.

Assim julgou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁰⁰:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE PATERNIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - APELADO QUE REGISTROU FILHA SABENDO QUE NÃO ERA SUA - INEXISTÊNCIA DE ERRO - ADOÇÃO À BRASILEIRA - IRREVOGABILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.609 DO CÓDIGO CIVIL - CARACTERIZAÇÃO DE PATERNIDADE "SÓCIO-AFETIVA" - ARREPENDIMENTO INADMISSÍVEL - RECURSO PROVIDO.

1. "O reconhecimento espontâneo da paternidade por quem sabe não ser o pai biológico tipifica verdadeira adoção (adoção à brasileira), que é irrevogável, descabendo postular-se a anulação do registro de nascimento, salvo se demonstrada de forma convincente a existência de vício de consentimento, o que ocorreu no caso em tela." (TJPR, Apelação Cível nº 180203-7, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Rau, pub. 18/11/2005).
2. "A paternidade sócio-afetiva prevalece em detrimento da paternidade biológica, especialmente quando inexistem provas de que tenha havido erro, dolo ou coação."

Regra não existe em relação à hierarquização de paternidade, senão a regra de que deve ser feito o que for atender o melhor interesse da criança. Muito mais válido conviver com pais socioafetivos, que atendam todas as suas necessidades, dediquem tempo, carinho e afeto, do que conviver com meros genitores que não preenchem tais requisitos qualificadores da existência de uma paternidade socioafetiva.

Consoante este entendimento, discorreu Nogueira¹⁰¹:

Na prática social, as relações de afeto são mais importantes que as oriundas de consanguinidade, pois o entendimento majoritário é de que pais são os que criam, não os que procriam, de tal forma que se deve considerar como verdadeiro pai aquele que, embora não o seja do ponto de vista biológico, é o homem que ama, cria, educa e alimenta uma criança,

¹⁰⁰BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0555423-8. Relator: Antonio Domingos Ramina Junior, julgado em: 02/09/2009.

¹⁰¹NOGUEIRA, loc. cit., p. 56.

assumindo todas as funções inerentes de pai, sendo este considerado como tal por esta criança.

Assim, qualquer lide que coloque frente a frente a filiação socioafetiva e a biológica deve ser resolvida atendendo o melhor interesse da criança.

Cabe esclarecer que o presente trabalho tem como enfoque a discussão acerca da filiação socioafetiva do filho de criação, o que ocorre nos casos em que, apesar dos pais não possuírem qualquer vínculo biológico ou jurídico, eles escolhem criar e dar amor aos seus filhos socioafetivos por opção, não por imposição. Essa paternidade pode ser reconhecida pela posse de estado de filho.

A posse do estado de filho está consubstanciada numa realidade social vivenciada por alguém que passa a viver como filho de outra pessoa, que assume o papel de pai ou mãe, nos casos em que não for comprovado existir vínculo biológico ou jurídico.

Nessa vereda, ponderam Farias e Rosenthal que “o papel preponderante da posse do estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais Direito à vida e mais vida ao Direito”.¹⁰²

Jacqueline Nogueira explana seu entendimento acerca do tema¹⁰³:

Entendemos como posse de estado de filho a relação de afeto íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social entre homem e criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina.

A filiação socioafetiva será reconhecida, portanto, aos filhos e pais socioafetivos que apresentarem convivência familiar baseada na afetividade, e quando estes cumprirem em relação a aqueles os deveres inerentes à paternidade responsável como os deveres de cuidado, sustento, educação, e outros deveres fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, sempre buscando o pleno e saudável desenvolvimento dela.

A doutrina reconhece três requisitos para que seja reconhecido o estado de filiação, quais sejam: *tractus famae nomen ou nomatio*.

O primeiro diz respeito ao tratamento que os pais dispensam ao seu filho. Assim, deverão os pais cumprir os deveres já mencionados que contemplam a

¹⁰²FARIAS; ROSENVALD, 2014. p. 575.

¹⁰³NOGUEIRA, op. cit., 112.

paternidade responsável. Jacqueline Nogueira, ao discorrer sobre a importância dos três requisitos, estabelece este como o mais importante para sua caracterização¹⁰⁴. Insta salientar, ainda, que existe o entendimento por parte de alguns autores como Paulo Lôbo¹⁰⁵ que este requisito também está relacionado ao tratamento dos filhos dispensados aos pais.

O segundo requisito materializa-se pela reputação na sociedade de que aquela criança é filha daqueles que a criam.

O terceiro elemento diz respeito ao uso pelo filho socioafetivo do nome de família dos pais. No entanto, demonstra-se enfraquecida na doutrina a necessidade deste requisito, sendo considerado, por muitos, como requisito de menor importância ao buscarem o reconhecimento da posse do estado de filho.

Divergem alguns autores sobre a necessidade dos três requisitos estarem presentes concomitantemente. Para Lôbo“ essas características não necessitam estar presentes, conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida¹⁰⁶. Por outro lado, para Farias e Rosenvald apenas não é necessária a presença concomitantemente da utilização do nome de família, por defenderem não ser o nome um elemento decisivo, haja vista que as crianças quase sempre são chamadas pelo prenome¹⁰⁷, mesmo entendimento seguido por Jacqueline Nogueira, a qual acrescenta, ainda, ser este o elemento de menor importância¹⁰⁸.

Destarte, para que seja verificada a posse do estado de filiação, deve ser feita uma análise em cada caso concreto observando a presença desses requisitos, os quais não precisam estar presentes simultaneamente.

Ademais, além da presença dos requisitos, é imprescindível que eles estejam presentes de forma contínua e por um período de tempo coerente e apto a comprovar a existência de relação socioafetiva entre pais e filhos.

Diante deste raciocínio, asseveram Farias e Rosenvald que¹⁰⁹

É claro que tais elementos caracterizadores precisam estar presentes por um prazo razoável, um mínimo de duração, dentro do qual é mister a reiteração dos atos que indicam a existência da relação paterno-filial. Essa

¹⁰⁴Ibid., p. 116.

¹⁰⁵LÔBO, loc. cit., p. 237.

¹⁰⁶Id.

¹⁰⁷FARIAS; ROSENVALD, 2014. p. 575-576.

¹⁰⁸NOGUEIRA, op. cit., p. 116.

¹⁰⁹FARIAS; ROSENVALD, loc. cit., p. 576.

estabilidade do vínculo filiatório dependerá de cada caso, devendo ser estabelecido pelo magistrado, consideradas as circunstâncias específicas.

Assim, conclui-se que “a posse do estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva”¹¹⁰, afirmação que vem ao de encontro de todo o exposto alhures.

Há, ainda, o entendimento de alguns autores de que a posse no estado de filho não é a única forma de reconhecer a filiação entre os pais e filhos de criação, tendo em vista que para estes deve ser reconhecida a filiação socioafetiva, sem que seja necessário que restem comprovados os elementos para caracterizar a posse no estado de filho. Nessa vereda afirmaram Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos¹¹¹:

(...) o tema da filiação não se restringe à noção de posse de estado, caminhando as transformações para a chamada filiação socioafetiva. A posse de estado de filho é um importante referencial, contudo não se pode ter a sua exigência enclausurada da sua configuração sob pena de mais uma vez operarem exclusões.

Tem-se que esta interpretação favorece o reconhecimento da multiparentalidade, a qual permite que, mesmo no caso de já ser conhecido o vínculo biológico do filho com outro pai, poderá também ser reconhecida filiação socioafetiva em face do pai de criação. Este entendimento fornece maior amplitude ao reconhecimento das filiações socioafetivas, eis que para que se reconheça a filiação socioafetiva, conforme defendido pelos autores acima mencionados, não são exigidos mesmos requisitos necessários para legitimar-se a posse no estado.

Independente de compreender-se que esta filiação ocorre pela materialização da posse de estado, ou apenas mediante simples reconhecimento de filiação socioafetiva, compreende-se que o valor a ser sobrelevado é a afetividade e é este que deve ser legitimado nas demandas relativas a filiação, deixando de lado meras questões formais.

3.4.3 Das famílias reconstituídas

¹¹⁰DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 381.

¹¹¹FACHIN. Luiz Edson. MATOS. Ana Carla Harmatiuk. **Filiação socioafetiva e alimentos**. In: (Coord). Dias. Maria Berenice. **Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.557.

É fato irrefutável que a família está em constante transformação e a legislação não consegue acompanhar a grandeza de tais alterações. Muito antes das uniões estáveis obterem proteção legal, por exemplo, esta já era a realidade de boa porcentagem dos casais, as quais, no entanto, viviam às margens da legislação.

A indissolubilidade do casamento, a desigualdade entre os sexos, a concepção tradicionalista da família, a influência da religião católica no direito e, ainda outros fatores, estavam diretamente relacionados a esta dificuldade em serem aceitos diferentes moldes familiares. Com as famílias reconstituída não foi diferente e, todo esse contexto, fez com que esse tema fosse silenciado por muito tempo.

Outrora, não há mais como ignorar sua existência, eis que a ruptura dos casais, seja pelo divórcio, separação de fato ou dissolução de uniões estáveis, é fato social que produz diversas consequências, sendo uma delas a formação das famílias reconstituídas, as quais devem ser reconhecidas diante do admisão do pluralismo das entidades familiares pela Carta Magna.

Esta denominação foi escolhida por ser a mais utilizada nas doutrinas, apesar de também serem utilizadas as denominações: famílias recompostas, família transformada, família rearmada, família agregada, família agrupada, família combinada ou mista, família extensa, família ensamblada, sequenciais ou em rede¹¹².

Consolida-se a família reconstituída pela formação de um novo núcleo familiar, seja ele por meio de casamento ou união estável, na qual pelo menos um dos integrantes possui um ou mais filhos advindos de uma relação anterior. É aquela, portanto, na qual verifica-se a presença do padrasto ou da madrasta.

Este conceito estende-se também aos genitores que formarem novo relacionamento, mas que não possuam a guarda do filho de relação anterior, diante de verificar-se a existência do parentesco por afinidade entre seu filho e seu novo cônjuge ou companheiro ou nova cônjuge ou companheira.

Nesta orientação discorre Marianna Chaves¹¹³:

¹¹²GRISARD FILHO. Waldyr. **Famílias Reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.88.

¹¹³CHAVES, MARIANNA, loc. cit. 489.

Em relação às famílias em que exista guarda unilateral, a conceituação contempla não apenas o núcleo integrado pelo pai que tem a guarda da prole de uma relação anterior, mas também o núcleo formado pelo genitor não guardião, porque a lei, independentemente de convivência, reputa como parente por afinidade em linha reta descendente de primeiro grau, o filho do cônjuge oriundo de união anterior.

Ocorre que, em que pese sua existência e o fato do número de famílias que convivem dentro deste modelo familiar só aumentar a cada dia, assim como sofreram no passado as uniões estáveis, as uniões homoafetivas, as famílias monoparentais, estas não possuem legitimação, o que acarreta consequências negativas para as mesmas. Diante de tal contexto, discorreu Grisard Filho¹¹⁴:

A falta de legitimação enraíza o medo e com ele as rivalidades, os interesses extremados e as chantagens afetivas. Ao direito cabe legitimar as eleições individuais ou grupais, afirmar certas responsabilidades originadas nas funções familiares, instituir determinadas regras para impedir descumprimentos das funções conjugais e parentais.

Há argumentos acerca da desnecessidade de regulamentação específica sobre o tema, sob o fundamento de que é possível interpretar as leis já existentes a respeito de assuntos similares, utilizando-se da analogia. Ora, tal argumentação não parece razoável, vez que lacunas legislativas podem marginalizar os indivíduos e deixar de garantir seus direitos. Além do que, tal argumentação pode tornar-se vazia na medida em que, não havendo normas acerca do tema, os julgadores podem simplesmente rejeitar-se a julgarem determinados casos ou, mesmo quando julgarem, deixar de conferir direitos e garantias por entenderem não serem aplicáveis as normas gerais a tais casos. Assim o fizeram muitas vezes a respeito dos mais diversificados temas. Não parece coerente deixar tais famílias que representam grande parcela da sociedade nos dias de hoje a margem de decisões discricionárias e sem fundamentos.

Perante tal realidade, alguns doutrinadores enfrentaram o silente tema com o intuito de trazer a tona sua discussão. Pioneiro no assunto é o autor Waldyr Grisard, o qual critica com relevantes argumentos a falta de legitimação sobre o tema.

Em que pese a falta de regulamentação específica, sabe-se que entre esta família é reconhecido o parentesco por afinidade de forma limitada, ou seja, é reconhecido o parentesco por afinidade em relação ao padrasto e o enteado (a) e a

¹¹⁴GRISARD FILHO, 2010. p. 100-101.

madrasta e o enteado (a), mas não será reconhecido parentesco por afinidade entre os afins do outro, por tratar-se de relação pessoal, assim como anteriormente discorrido.

Além do parentesco por afinidade, entende-se que em muitos casos passa a existir, também, o parentesco socioafetivo entre padrastos ou madrastas e seus enteados, o que ocorre por exercerem estes a guarda de fato dos filhos de seus cônjuges ou companheiros quando estes possuem a guarda de seus filhos de relacionamento anterior. É o que será estudado a seguir.

3.4.4 POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE GUARDA AOS PADRASTOS E MADRASTAS

No decorrer deste trabalho foram estabelecidas importantes premissas as quais serão retomadas diante de sua importância para a conclusão do presente estudo.

No que concerne os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, foi verificado que o princípio do melhor interesse da criança apresenta extensa aplicação, principalmente na questão atinente ao exercício do poder familiar e da guarda. Diante de sua efetivação, as crianças e os adolescentes foram reconhecidos como sujeitos de direitos merecedores de dignidade e a eles foram conferidos, ainda, uma gama de direitos e garantias, pois seus interesses devem ser tidos como prioridade pela sociedade, pelo Estado e principalmente pela família. Essa concepção alterou sobremaneira a legislação e também as decisões jurisdicionais, vez que devem ser sempre guiadas pela sua aplicação.

Outro princípio de grande relevo, o qual se conclui ter sido admitido implicitamente pela Constituição, a qual prescreve em seu texto em diferentes momentos, é o princípio da afetividade.

Apesar da divergência acerca da afetividade ser considerada princípio constitucional ou apenas um importante valor jurídico, é mister reconhecer que sua aplicação é elemento basilar para a resolução da maior parte das lides envolvendo questões de Direito de Família, eis que considerada como precípua elemento formador das famílias. Como um dos principais desdobramentos deste princípio,

tem-se o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, que por si só acarreta as mais variadas consequências dentro do ordenamento jurídico.

Ademais, tendo como premissa a influência do afeto para a constituição das famílias, possibilitou-se o processo de desbiologização do parentesco e da filiação. Assim como já explicitado, tanto as concepções acerca do parentesco quanto a filiação sofreram profundas alterações ao longo dos anos, e o caminho percorrido aponta, hoje, ao reconhecimento do vínculo afetivo como forma de parentesco e filiação. Isto porque, sustenta-se que o parentesco e a filiação, mais que apenas mediante a doação de material genético, estão consubstanciados na relação construída ao longo do tempo e mediante a presença do afeto e carinho criado entre os membros da família. É assente o entendimento de que pai é aquele que cria e, principalmente como consequência do elevado número de divórcios e dissoluções de uniões estáveis e da formação das famílias reconstituídas, a presença dos pais e filhos de criação são cada vez mais intensas.

É cediço que existe um elevado número de famílias que convivem no contexto das famílias reconstituídas e que este número continua sendo acrescido com o passar do tempo.

Aos padrastos, madrastas e seus enteados é concedido o status de parentes por afinidade, contudo, seria suficiente afirmar que esta é a única relação de parentesco criada entre eles? Em alguns casos sim, mas, para outros, apenas tal reconhecimento não traduz a realidade vivida entre eles e, assim como já afirmado, é necessário buscar a realidade vivida dentro da família, para que esta seja reconhecida e a ela sejam garantidos os direitos concernentes. A afinidade não gera as mesmas consequências que o parentesco natural ou civil, assim como o de outra origem definido pelo artigo 1593, do Código Civil, o qual restou concluído abranger o parentesco socioafetivo. Não parece razoável conferir-lhes apenas tal reconhecimento, quando, em verdade, restar caracterizado o parentesco e a filiação socioafetiva.

É simples verificar casos exemplificativos da existência de filiação socioafetiva dentro das famílias recompostas, como, por exemplo, na situação em que a mulher divorciada que possui filho de tenra idade, casa-se novamente e o padrasto passa a cuidar do filho como se pai fosse, e assim o filho é criado, com sua mãe e seu padrasto, o qual ele considera seu pai verdadeiro, diante do fato de ter-lhe criado.

Seguindo o caso mencionado acima, se ausente o pai biológico e este pai socioafetivo cumprir com todas as funções referentes a paternidade, verificar-se-á a ocorrência da posse do estado de filho, quando preenchidos os requisitos expostos no subcapítulo 3.4.2.

Porém, há também os casos em que o pai ou mãe biológica não são ausentes da vida do filho, de forma em que tanto os pais socioafetivos quanto os biológicos participem da vida do filho e cumpram funções de pais. Nesta situação, deve ser reconhecida a filiação socioafetiva em relação ao pai de criação, mas mantida também a filiação biológica, ocasião na qual será reconhecida a multiparentalidade.

Independente de ter ou não pai ou mãe biológicos reconhecidos, e de conviver ou não com eles, não é possível olvidar-se a existência de filiação socioafetiva nestas relações em casos específicos, para que a elas sejam reconhecidas todos os direitos e deveres pertinentes. Uma das consequências deste reconhecimento é o exercício do poder familiar, vez que se trata de um conjunto de direitos e obrigações conferidos aos pais em relação aos filhos.

Todavia, assim como anteriormente evidenciado, concebe-se que sua titularidade não deve ser considerada como exclusiva aos pais casados ou que convivem em união estável, em seus moldes tradicionais. Compreende-se que deve ser feita uma interpretação abrangente do dispositivo que trata acerca do tema, razão pela qual também deve ser estendida a titularidade do poder familiar para as famílias reconstituídas, nos casos em que os pais socioafetivos exerçam o *múnus* de fato, e efetivamente cumpram com todo o dever de cuidado e dos demais direitos e deveres, já mencionados, inerentes ao poder familiar. Mais uma vez é imprescindível ressaltar que deve buscar o aplicador do direito a realidade vivida dentro das famílias.

Destarte, mesmo se não reconhecida formal e previamente a filiação socioafetiva, tem-se que aos padrastos e madrastas também compete a titularidade para o exercício quando verificadas as condições necessárias para que isto ocorra. Aliás, é fato incontestado que muitos deles exercem de fato o poder familiar sobre os enteados.

Considerando que a guarda é uma das funções exercidas dentro do poder familiar, adentrar-se-á na discussão acerca da guarda dos filhos quando da dissolução das famílias reconstituídas.

São alguns os conflitos que podem surgir acerca da discussão da guarda dentro das famílias reconstituídas, tais quais: i) quando da dissolução do casamento ou união estável entre o pai/mãe biológico e o padrasto/madrasta, nos casos em que não há a presença do outro pai/mãe biológico na vida do criança ou do adolescente; ii) quando da dissolução do casamento ou união estável entre o pai/mãe biológico e o padrasto/madrasta, nos casos em que já exista guarda compartilhada ou unilateral para dos genitores; iii) no caso de morte do pai ou mãe biológica que possuía guarda unilateral, entre o padrasto/madrasta e outra pessoa da família da criança.

Acerca do tema, constatou-se, especialmente após o advento da Lei 13.058/2014, que, sempre que possível, deve ser conferida a guarda compartilhada aos pais.

Partindo da premissa de que deve ser reconhecida a filiação socioafetiva entre os padrastos, madrastas e seus enteados, quando restar configurada relação de pai ou mãe e filhos de criação, bem como os requisitos para essa caracterização, estes possuem os mesmos direitos de exercerem a guarda dos filhos que os pais biológicos da criança ou adolescente. Isto porque não há hierarquia entre as filiações, assim como já afirmado anteriormente.

Verifica-se que este entendimento vem sendo aplicado nos Tribunais de Justiça de diferentes estados.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da Paraíba reconheceu a importância do afeto e concedeu à guarda de uma criança para a mãe socioafetiva, privilegiando, portanto, a filiação socioafetiva sobre a biológica:

AFETIVA

como este, em que deve prevalecer

as, sobretudo, em casos

. - Exis

mará , por unanimidade,
desprover os recursos.¹¹⁵

Seguindo entendimento nesta vereda, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul atentou-se a realidade vivenciada entre as partes, assim como a relação de afeto existente entre eles. Desta forma, diante do falecimento da mãe do adolescente em questão, manteve a guarda para seu padrasto, ao invés de concedê-la ao seu pai biológico, com o qual não convivia:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. MÃE FALECIDA. DISPUTA ENTRE O PAI E O PADRASTO. Considerando a estabilidade da relação entre a menor de idade e o padrasto, a existência dos fortes vínculos afetivos entre a menina e seus irmãos mais novos, a ausência de convívio entre pai e filha desde a separação dos genitores e, ainda, a vontade da adolescente em permanecer sob a guarda do padrasto, entendo que não há motivo para se alterar a situação consolidada. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.¹¹⁶

Verifica-se em alguns julgados, ainda, que os magistrados tem levado em consideração a vontade dos adolescentes em permanecerem com seus padrastos ou madrastas, o que, conforme consta do julgado a seguir, somente seria afastado nos casos em que houvesse elementos que demonstrassem a necessidade de alteração da situação fática.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DECISÃO LIMINAR QUE A DEFERE PROVISORIAMENTE À MADRASTA. INCONFORMISMO. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SITUAÇÃO DE RISCO NÃO CONFIGURADA. INTERVENÇÃO MINISTERIAL QUE PODE SER POSTERGADA. PRELIMINAR AFASTADA. ADOLESCENTE QUE RESIDE HÁ ANOS COM A MADRASTA, E QUE COM ELA QUER PERMANECER. MENOR RELATIVAMENTE CAPAZ. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE QUE DEVE SER ATENDIDA, NA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE ACONSELHEM A MODIFICAÇÃO DO ESTADO ATUAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.¹¹⁷

Destarte, ao depararem-se os operadores do direito com lides neste sentido, nas quais os padrastos e madrastas pleiteiam a guarda de seus filhos de criação, o

¹¹⁵BRASIL. a n° 200.2010.003876-5/001. Relator: Desembargador Frederico , julgado em 11 de julho de 2012.

¹¹⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n° 70055182554. Relator: Alzir Felipe Schmitz, julgado em 01/08/2013.

¹¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento n° 20110958767. Julgado Relator: Victor Ferreira, julgado em 22/08/2012.

critério a ser seguido para se deliberar acerca da concessão da guarda será sempre o melhor interesse da criança, nos moldes já expostos, e conforme julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA COM PEDIDO LIMINAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM CONTRARRAZÕES. PROVA QUE NÃO CONFIGURA DOCUMENTO NOVO. JUNTADA EXTEMPORÂNEA NÃO AUTORIZADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 396 E 397, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NECESSÁRIO DESENTRANHAMENTO. SENTENÇA QUE DETERMINA A GUARDA DEFINITIVA DO FILHO DO AUTOR À MADRASTA. INSURGÊNCIA DO GENITOR BIOLÓGICO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MADRASTA QUE POSSUI ESTREITA E HARMONIOSA RELAÇÃO AFETIVA COM A CRIANÇA DESDE O SEU NASCIMENTO. MANUTENÇÃO DA GUARDA ESTABELECIDADA EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DESPROVIDO.

I - Não é documento novo aquele que poderia ter sido produzido e juntado em fase específica de resposta, ainda mais porque o apelante não provou a ocorrência de caso fortuito ou força maior capaz de justificar a omissão. Assim, os documentos extemporâneos juntados em fase recursal não de ser desentranhados dos autos e devolvidos à parte.

II - Para a definição da guarda, deve-se atender precipuamente os interesses e as necessidades do menor, de ordem afetiva, social, cultural e econômica e, se possível, prestigiar-se a guarda compartilhada. Por conseguinte, a modificação de guarda pode ser realizada, tão somente, no momento em que ficar demonstrado processualmente a sua real necessidade. Dessa feita, evidenciado nos autos que, apesar de pleitear a guarda do filho, o pai biológico não demonstra interesse em manter uma relação estreita com o menor, e que a madraستا, por sua vez, tem dedicado especial atenção à criação e educação do infante, deve-se, assim, manter a guarda estabelecida em primeiro grau, em atendimento ao princípio do melhor interesse do menor.¹¹⁸

Portanto, deverá ser concedida a guarda compartilhada sempre que possível nas lides entre pai biológico e padrasto ou madraستا, por ocasião da separação, pouco importando a falta de liame biológico entre estes e os filhos.

Quando verificar o juiz que algum deles não possui condições de exercer a guarda, o que deve ocorrer apenas em casos excepcionalíssimos, com vistas ao princípio do melhor interesse da criança, deverá concedê-la unilateralmente ao pai ou mãe que apresente condições de exercê-la, mesmo que seja ele padrasto ou madraستا, quando também for pai ou mãe de criação ou de coração, vez que não deve ser reconhecida discriminação entre as formas de filiação.

Há, ainda, previsão no Código Civil permitindo a concessão da guarda à terceiro, quando verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou

¹¹⁸BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. Relator Desembargador Joel Figueira Júnior, julgado em 27.06.11. *Apud.* BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AG 20110958767. Relator: Victor Ferreira. Data de Julgamento: 22/08/2012.

da mãe, o que deverá ser feito considerando, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade¹¹⁹. Em que pese ser possível basear a concessão da guarda aos padrastos e madrastas também mediante o uso deste dispositivo, apenas para o caso da guarda unilateral, buscou este trabalho demonstrar que a guarda poderá ser concedida aos padrastos e madrastas mediante a relação de filiação socioafetiva entre eles, motivo pelo não será considerado terceiro, mas sim, pai ou mãe.

Ainda, em relação ao caso em que ambos os pais biológicos já exercem a guarda compartilhada do filho, motivo não há para negar que o padrasto ou madrasta também a exerça, novamente, sempre observando o atendimento ao melhor interesse da criança, o que atenderá, ainda, o princípio constitucional da garantia da convivência familiar. Nestas ocasiões caracterizar-se-á a multiparentalidade.

¹¹⁹Art. 1.584, § 5º, Código Civil: Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

4 CONCLUSÃO

Em resposta às transformações sociais que ocorreram ao longo dos anos, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo importantes modificações no ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas, a introdução de princípios constitucionais que antes não existiam, assim como a manutenção de outros, mas dando-lhes maior efetividade. Assim, diante da profunda influência que possuem esses princípios no Direito de Família, este foi o primeiro assunto estudado no primeiro capítulo.

Para melhor elucidar o tema, realizou-se subdivisão entre os princípios gerais aplicáveis e os princípios específicos aplicáveis no direito de família, iniciando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana. Este é um princípio extremamente atuante no ordenamento jurídico e de grande importância, tendo em vista que está relacionado ao respeito pela existência do ser humano, ao qual devem ser garantidos algumas condições para que seja possível alcançar o que se entende por vida digna e, diante disto, embasar as mais diversas decisões neste ramo do direito. Conclui-se, assim, na primeira parte deste trabalho, que tal princípio cumpre importante papel no Direito de Família, tendo em vista que além de sua aplicação própria, é também fundamento para outros diversos princípios aplicáveis. O segundo princípio abordado foi o da igualdade, o qual, apesar de já existente, tomou outros rumos no direito de família antes não existentes ao garantir a igualdade entre o homem e a mulher e entre todos os filhos, sendo eles advindos do matrimônio ou não. Já o princípio da liberdade, teve sua aplicação foi ampliada, na medida em que foram definidas algumas garantias de liberdade à família como, por exemplo, liberdade de planejamento familiar. Evidente, no entanto, que possível à intervenção estatal quando se demonstre necessário. Por fim, fora exaltada a aplicação do princípio da solidariedade, relacionando-se com a ideia de fraternidade e reciprocidade, por meio do qual se cria um dever de toda a sociedade em preocupar-se com os outros, tem como principal enfoque os vulneráveis como as crianças, adolescentes e idosos.

No que diz respeito aos princípios específicos aplicáveis ao direito de família, o da afetividade é considerado por diversos autores o mais atuante. Apesar de não

pacificado o entendimento da doutrina da afetividade ser considerada princípio constitucional, deduziu-se em análise interpretativa da Constituição que é possível tê-lo como princípio. Este reconhecimento demonstra-se presente em seu texto em mais de uma ocasião como ao reconhecer, por exemplo, a possibilidade de diversas entidades familiares, assim como a igualdade de filiação. Desta forma, conclui-se que ele deve ser observado como fundamento nas decisões judiciais acerca dos temas referentes aos filhos. Outro princípio a ser observado ao decidir-se a respeito destas questões é o da primazia do melhor interesse da criança, o qual, presente na Carta Magna em seu artigo 227, pretende que o bem estar das crianças e dos adolescentes seja tido como prioridade pela sociedade, Estado e pelos pais, de forma que todas as suas necessidades sejam atendidas, principalmente buscando garantir sua dignidade. Por derradeiro importante mencionar o princípio da garantia do convívio familiar, pelo qual se busca sempre manter convivência familiar entre todos os membros, principalmente por ocasião da dissolução das uniões entre pais, o que pode afetar gravemente a relação com os filhos.

Outra importante alteração introduzida pela Constituição foi a modificação do conceito de família o que ocorreu diante das profundas alterações sofridas pela famílias, principalmente entre o fim do século XIX e o fim do século XX, haja vista que já não era mais possível manter-se a legislação estática, de forma a marginalizar as diferentes entidades familiares que vinham se formando. Assim, fora superado aquele modelo tradicional de família de família formada pelo casamento na qual o pai deixou de ser apenas o chefe da família e a mãe deixou de exercer apenas a função de mãe e dona de casa, de forma que fora criada maior igualdade dentro das relações de família. O grande responsável por esta mudança foi a nova redação do artigo 226 de forma que deixou de ser considerada entidade familiar apenas aquela criada a partir do casamento, passando a terem reconhecimento outros moldes familiares como a família formada pela união estável entre homem e mulher e a família monoparental. Isso ocorreu diante da introdução em seu sexto parágrafo de diferentes entidades familiares merecedoras da especial proteção do Estado, sendo que restou demonstrado que este parágrafo não é exaustivo, de forma que possa ser considerada a existência de outros tipos de entidades familiares que não aqueles exemplificados.

Toda essa transformação social, legitimada pelo advento da Constituição, surtiu efeitos também na elaboração do Código Civil e legislações esparsas. Isto

ocorreu em etapas, vez que boa parte da legislação vigente encontra-se defasada, no entanto, notável ressaltar que se alteraram também as concepções acerca de parentesco e filiação.

Desta forma, o último subcapítulo do primeiro capítulo abordou as concepções gerais do parentesco e da filiação. No que diz respeito ao parentesco, conclui-se que além daqueles pacificados, o natural e o civil decorrente da adoção, a afinidade também deve ser considerada por parentesco e não mera relação de afinidade, vez que esta é a interpretação que atende toda a principiologia constitucional, além de que o legislador tratou-os como parentesco, ao introduzi-los no capítulo acerca das relações de parentesco, bem como ao utilizar a expressão parentesco por afinidade. Tem-se como aspecto mais marcante do tema, no entanto, a utilização da expressão “de outra origem” do artigo 1593, assunto tratado posteriormente. Já no que diz respeito às concepções gerais de filiação, constatou-se que a mais importante modificação ocorreu diante da introdução do princípio da igualdade na filiação o que acarretou uma revolução da forma como antes era tratada a filiação, de forma que se entende que deve ser valorizada a verdadeira filiação existente e não mais a biológica e, além disso, de que devem ser garantidos os mesmos direitos a todos os filhos.

Por fim, deixando-se de lado a concepção tradicional de paterno-filiação e levando como premissa o intuito de intentar-se verificar a realidade vivida entre as famílias foi constada a possibilidade da multiparentalidade, quando deve ser concedida aos filhos a possibilidade de serem reconhecidos dois pais ou duas mães.

O segundo capítulo do presente estudo debateu o tema da guarda para que fosse possível discorrer sobre a possibilidade de sua concessão aos padrastos e madrastas. Assim, caracterizando-se a guarda como exercício do poder familiar, foi discorrido acerca deste tema de forma que foi possível perceber tratar-se, nos dias de hoje, de *múnus* dos pais, os quais devem atender o melhor interesse dos filhos, e, para isso, lhes são concedidos direitos e deveres.

Acerca da guarda, após realizada análise sobre sua evolução, verificou-se que deve ser privilegiada a modalidade compartilhada, para o fim de garantir a convivência familiar entre ambos os pais e os filhos, garantindo, ainda, as melhores condições para o pleno desenvolvimento dos filhos.

O último subcapítulo versa sobre a possibilidade da concessão de guarda aos padrastos e madrastas. Desta forma, primeiramente foi analisado o

reconhecimento do afeto como valor jurídico e elemento formador das famílias. Como já explicitado, a Constituição, de forma implícita, reconheceu-o como princípio. Aferiu-se, desta forma, que o afeto além de ser considerado o elemento formador das famílias, tendo em vista que é o que as forma e também o que as mantém, sendo imprescindível que os julgadores o levem em consideração quando da decisão em questões referentes ao direito de família.

Assim, tendo como premissa ser o afeto princípio norteador do direito de família, assim como valor jurídico essencial a ser observado, levando em consideração, ainda, que é necessária buscar a realidade vivenciada dentro das famílias, para que tenham seus direitos garantidos, induziu-se que é necessário reconhecer a possibilidade da filiação socioafetiva entre filhos e pais de coração.

Estas relações ocorrem, principalmente, dentro das famílias reconstituídas, aquelas em que há a formação de um novo núcleo familiar, seja ele por meio de casamento ou união estável, na qual pelo menos um dos integrantes possui um ou mais filhos advindos de uma relação anterior, surgindo a figura do padrasto ou da madrasta. Isto porque ao unirem-se a um novo parceiro e trazendo consigo seus filhos, estes filhos passam a viver dentro de um novo seio familiar, muitas vezes criando fortes laços de amor e afeto em relação ao padrasto e a madrasta, vez que é com eles que possuem convívio contínuo e diário. Destarte, muitos dos padrastos e madrastas passam a exercer verdadeira função de pais de fato, ou pais de coração. Conclui-se que, nestes casos, o que existe entre os pais e filhos de coração não é mera relação de parentesco de afinidade, mas algo muito mais forte que isso, quando faz-se mister reconhecer uma relação de paternidade e filiação socioafetiva entre eles. Efetivamente observa-se tal necessidade para que tenham conferidos seus direitos e também para que não deixem de exercer seus deveres.

Face a tal realidade, quando verificada a existência de filiação socioafetiva, depreende-se que estes pais socioafetivos possuem os mesmos direitos que os pais biológicos, haja vista que não há hierarquia entre modalidades de filiação, mas sim igualdade constitucionalmente garantida.

Conclui-se, deste modo, que ocorrendo a dissolução do casal, o pai ou a mãe socioafetivos possuem o mesmo direito de exercício de guarda deste filho. Assim, tendo em vista que deve sempre ser privilegiada a guarda compartilhada, deve o juiz concedê-la a ambos os pais, tanto ao pai biológico, quando ao padrasto ou madrasta, para que a exerçam de forma compartilhada, sempre tendo em vista

atender o melhor interesse de seu filho e deixando seus interesses pessoais de lado. Entende-se que mesmo nos casos em que não seja possível decidir acerca da guarda de forma consensual, deve o juiz decretá-la de forma compartilhando, definindo os parâmetros em que isto deva ocorrer, sempre que observar que ambos possuem condições de exercê-la. Quando verificar o juiz que não deve concedê-la a um dos pais por não apresentar condições de exercê-la, concederá ao outro, pouco importando ser padrasto, madrasta- desde que caracterizada a filiação socioafetiva- ou um dos pais biológicos.

Conclui-se, portanto, que o afeto é o elemento que legitima a possibilidade do pai socioafetivo- neste caso o padrasto ou a madrasta- a exercer a guarda do filho socioafetivo, sendo certo que o fundamento para tal decisão deverá ser sempre o melhor interesse da criança e não seus laços de sangue.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE. Fabíola Santos. **A incidência dos princípios constitucionais no direito de família.** In: Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. Maria Berenice Dias (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BOULOS. Kátia. **Da guarda “com-parte-lhada à guarda compartilhada: novos rumos e desafios.** In: Grandes temas do direito de família e das sucessões. (Coord.) Silva. Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 599296654. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 18/08/1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0555423-8. Relator: Antonio Domingos Ramina Junior, julgado em: 02/09/2009.

BRASIL. _____ nº _____ -
_____, julgado
em 11 de julho de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70055182554. Relator: Alzir Felipe Schmitz, julgado em 01/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento nº 20110958767. Julgado Relator: Victor Ferreira, julgado em: 22/08/2012.

CHAVES. Marianna. **A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas.** In: (Coord). Dias. Maria Berenice. Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Sérgio Servulo da. **Direito de Família: mudanças.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 46.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN. Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACHIN. Luiz Edson. MATOS. Ana Carla Harmatiuk. **Filiação socioafetiva e alimentos.** In: (Coord). Dias. Maria Berenice. Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS. Cristiano Chaves de. ROSENVALD. Nelson. **Direito das famílias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de direito civil, volume 6: direito das famílias.** 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

_____. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

_____. Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Karow, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais.** Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

LÔBO. Paulo. **Entidades Familiares Constitucionalizadas:** *númerus*
clausus. Disponível em:
 <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em 25 de maio de 2015.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Novas entidades familiares e seus efeitos**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Família e Solidariedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afetocomo valor jurídico**. São Paulo: MemóriaJurídicaEditora. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>> Acesso em: 24 de maio de 2015

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.