JUSTUTOR

Questão Discursiva 03157

Ajuizada ação de destituição do poder familiar pelo Ministério Público contra ambos os genitores, foi suspenso liminarmente o poder familiar e o direito de visitas dos pais, bem como determinado o acolhimento institucional das três filhas do casal, com 12, 8 e 6 anos de idade, vítimas de suposto abuso sexual praticado de forma reiterada pelo pai, com a conivência da mãe. Diante do caso, responda às independentes indagações abaixo:

Hipótese 1:

Ciente desta decisão, a avó materna, que era próxima das meninas e com elas mantinha vínculos de afinidade e afetividade, interessada em cuidar das infantes, postulou, judicialmente, o cuidado das netas.

Sob a ótica dos institutos relativos à colocação das crianças e adolescente em família extensa ou substituta, discorra sobre a solução jurídica adequada ao caso. Em sua fundamentada resposta, analise e contextualize os referidos institutos, descrevendo as principais características e hipóteses de aplicação de cada um deles.

Hipótese 2:

No transcurso do processo de destituição do poder familiar não foi localizado integrante da família extensa ou ampliada interessado em cuidar das infantes. Julgado procedente o pedido de destituição do poder familiar dos pais, as três irmãs foram adotadas por um casal. Quatro anos depois, os pais adotivos divorciaram-se e não possuem consenso quanto à proteção das filhas, uma vez que ambos almejam para si a guarda delas. A mãe, professora municipal, continuará residindo em Florianópolis, onde as crianças e a adolescente estudam, e o pai, empresário da construção civil, mudou-se para a cidade chamada Palhoça, que fica a aproximadamente 20 km de distância da residência da mãe. Procedidos aos estudos social e psicológico, bem como inquiridas testemunhas em audiência, todas as provas indicam que tanto o pai quanto a mãe estão aptos ao exercício do poder familiar.

Diante desse quadro, e da recente orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, qual a solução sobre a modalidade de guarda e deveres a ela inerentes indicada ao caso, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil? Discorra sobre as modalidades de guarda, contextualize e aponte as diferenças entre elas e os requisitos para a aplicação de cada uma.

Resposta #004103

Por: Jessica Raniero Tibery 9 de Maio de 2018 às 01:34

- Hipótese 01:

O direito à convivência familiar é garantia constitucional prevista no art. 227, *caput*, da CRFB/88, que somente pode ser restringida em situações excepcionais e devidamente fundamentadas. Além disso o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta.

No caso em apreço,a avó materna das crianças e da adolescente, integra a denominada família extensa, que de acordo com o art. 25, § único do ECA, é aquela que que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afetividade e afinidade.

A família extensa, se diferencia da família substituta uma vez que a segunda passa a substituir a família biológica de uma criança ou adolescente, quando esta não pode, não consegue ou não quer cuidar desta criança/ adolescente. Vale destacar qu a família substituta pode ser constituída por qualquer pessoa maior de 18 anos, de qualquer estado civil, e não precisa obrigatoriamente ter parentesco com a criança ou adolescente. Desta forma, a inclusão das menores em família substituta será possível quando restar verificada a impossibilidade de manutenção destas no seio de sua família natural ou extensa.

Além destas duas modalidades de família acima mencionadas, é imperioso ressaltar que existem outras diversas outras formas familiares abrigadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e reconhecidas pelos tribunais superiores, tais como: família monoparental (formada por qualquer dos pais e seus descendentes, art. 226, §4º da CRFB/88); família anaparental (que segundo a Doutrinadora Maria Berenice Dias é a baseada na convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito); família homoafetiva (composta por pessoas do mesmo sexo), dentre outras, cabendo ao juiz, no caso concreto, optar pela espécie de família que melhor atenda ao interesse do menor.

Neste diapasão, o art. 28, §3º do ECA estabelece que, na apreciação do pedido de colocação em família substituta, deve levar-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências da medida.

Assim, no caso em tela e de acordo com entendimento dos Tribunais superiores, a guarda das menores, deve ser deferida a avó materna, pois além de compor a denominada família extensa, esta possui laços de afinidade e afetividade com as menores, o que resguarda os vínculos familiares, aassegura a garantia constitucional da convivência familiar e prioriza o melhor interesse das crianças e da adolescente envolvidas na questão.

- Hipótese 02:

A guarda é instituto previsto tanto no arts. 33 e seguintes do ECA, bem como no art. 1583 do CC/02, que destina-se a regularizar a posse de fato do menor e obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. Existem quatro espécies de guarda, sendo duas expressamente previstas no código civil e as outras duas decorrentes de criação doutrinária. São elas:

a) Guarda Unilateral: Prevista no art. 1583, §1º, primeira parte do CC/02, consiste na guarda atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Vale destacar que, de acordo com o §5º do art. 1583, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas objetivas ou

subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

b) Guarda Compartilhada: Originária do *Common Law* do direito inglês e prevista no art. 1.583, §1º, segunda parte do CC/02, consiste na responsabilização conjunta e no exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. É a guarda considerada mais recomendável, eis que possibilita aos filhos a convivência com ambos genitores, que, por sua vez, repartem as responsabilidades daí decorrentes. Ressalta-se que nessa modalidade de guarda, apesar de tanto o pai como a mãe possuírem a guarda, o filho mora apenas com um dos dois.

c) Guarda Alternada: Criação Doutrinária. Ocorre quando o pai e a mãe se revezam em períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Segundo a doutrina, essa modalidade de guarda não é recomendável, pois pode trazer confusões psicológicas ao menor, bem como fazer que este perca seu referencial de lar.

d) Guarda Aninhamento/ Nidação: Também criação doutrinária, é o oposto da guarda alternada, eis que o menor permanece em um lar fixo, e os genitores que se alternam, mudando-se para a casa em que se encontra a criança/ adolescente. Passa a ideia de que o filho permanecerá no mesmo ninho (mesmo lar) e os seus pais é quem se revezarão em sua companhia.

Vale destacar que o ideal é que a guarda seja compartilhada, conforme estabelecido no art. 1584, §1º do CC/02, podendo esta inclusive ser decretada compulsoriamente pelo juiz em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai ou a mãe (art. 1584, II do CC/02).

No caso em apreço, mesmo não existindo consenso entre os genitores, deve ser fixada a guarda compartilhada. Referido entendimento se justifica na medida que o art. 1.584, § 2º do CC/02 preceitua que quando não houver acordo entre o pai e a mãe quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar - situação verificada no caso em comento - será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Ademais, o STJ entende que a simples animosidade entre os genitores e suas diferenças de ponto de vista sobre a criação dos filhos não são impedimento para a fixação da guarda compartilhada, que, ainda de acordo com o Tribunal da Cidadania, somente deixará de ser aplicada quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado, prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial ou se um deles declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor, caso em que será deferida a guarda unilateral. Há ainda, corrente no STJ que entende que peculiaridades do caso concreto podem servir como argumento para que não seja implementada a guarda compartilhada. Ex: dificuldades geográficas.

Portanto, no caso em tela, considerando-se que ambos o s genitores estão aptos a exercer o poder familiar, a guarda deve ser fixada de maneira compartilhada, estabelecendo-se Florianópolis como cidade considerada base de moradia das filhas, porquanto melhor atende aos seus interesses (§ 3º do art. 1.584), mormente quando as menores já estudam no mencionado local.

Resposta #005911

Por: Ailton Weller 17 de Janeiro de 2020 às 00:34

O ECA prevê a família natural, a família extensa ou ampliada e a família substituta.

Conforme artigo 25 do aludido diploma, considera-se por família natural aquela formada pelos pais ou por qualquer deles e seus descendentes. Assim, pode ser constituída pelo filho e ambos os genitores ou a criança e apenas um dos genitores, podendo ser de ordem biológica ou civil (adoção).

Já o parágrafo único do mencionado artigo prevê o conceito de família extensa como aquela que se estende para além da unidade pais ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente conviva e mantém vínculos de afinidade e afetividade, tais como os avós, tios e primos.

Por sua vez, entende-se por família substituta aquela que se forma por intermédio de deferimento judicial de guarda, tutela ou adoção, de acordo com a previsão do artigo 28 do ECA.

Assim, em havendo impossibilidade de as crianças permanecerem com a família natural, é preferível coloca-las na família extensa, ao invés de família substituta, que no exemplo dado seria o último caso. Portanto, aplicável somente na ausência dos parentes que compõem a família extensa ou ampliada. Deste modo, diante do interesse da avó materna é cabível a colocação dos menores na família extensa mediante o deferimento de guarda.

Conforme prevê o artigo 1583, § 1º, do Código Civil, a guarda unilateral é atribuída a um dos genitores e é garantido ao outro o direito de visitação. De outro lado, a guarda compartilhada atribuía a ambos os genitores a responsabilidade pelos cuidados do filho e tomada de decisão conjunta no que tange aos interesses do menor. A doutrina ainda menciona outras espécies de guarda não previstas na lei, trata-se da guarda alternativa e da guarda aninhamento, em que a primeira se dá com o menor ficando com cada genitor por certo lapso de tempo, alternativamente, ficando na residência de cada um deles; já na guarda aninhamento se dá de forma contrária, não será a criança/adolescente que terá de ir para a residência dos pais, mas sim estes que devem cuidar do filho na mesma residência de forma alternada.

No caso em exame, é possível o deferimento da guarda compartilhada aos dosi genitores, uma vez que aptos ao exercício do poder familiar e a distância entre as comarcas em que residem não é óbice à concessão da medida.

Resposta #006265

Por: Arthur 20 de Julho de 2020 às 20:17

Em relação à hipótese 1, vale dizer, em primeiro lugar, que o direito à convivência familiar é direito fundamental, constitucionalmente assegurado, com previsão expressa no art. 227, "caput", da Constituição Federal (CF) e disciplinado, de maneira infraconstitucional, no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A esse respeito, o supracitado dispositivo não deixa dúvidas ao afirmar que a criança e o adolescente têm o direito de serem criados e educados no seio de sua família natural e, apenas excepcionalmente, em família substituta.

A família natural, conforme art. 25 do ECA, é a "comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes". Na impossibilidade de os menores de idade permanecerem junto dessa família nuclear, doutrina e jurisprudência, pacificamente, afirmam a primazia da sua colocação na chamada família extendida ou ampliada, a qual, segundo, mais uma vez, definição da própria lei (art. 25, parágrafo único do ECA), é aquela "formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade".

Há a defesa dessa preferência à família extensa, pois entende-se ser de maior adaptação da criança e do adolescente, com a possibilidade de se evitar o total rompimento dos laços familiares e com o contexto cotidiano com o qual já acostumados.

Assim, no caso concreto, a decisão do magistrado deveria ser pela concessão da guarda à avó, considerando-se que ela satisfaz os requisitos de parentesco, de afinidade e de afetividade. Ou seja, não basta a mera relação familiar, fazendo-se necessária a existência de afinidade e afeto à satisfação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Apenas, portanto, na ausência de um parente que satisfizesse os requisitos supra elencados é que se verificaria a possibilidade de colocação das três irmãs, conjuntamente (art. 28, §4º, ECA), em família substituta - isto é, em uma família outra disposta e interessada em acolher provisória ou permanentemente os menores de idade - mediante os instrumentos jurídico-processuais da guarda, da tutela e da adoção (art. 28, *caput*, ECA).

Na hipótese 2, por sua vez, em que teve lugar a adoção das três irmãs, diante, ora, de situação de divórcio dos adotantes, há que se definir a guarda delas a ser deferida a um ou ambos os genitores.

A esse respeito, em que pese a existência de outras modalidades, como a de nidação e a alternada, o art. 1.583 do Código Civil prevê as duas principais de guardas existentes hoje em nosso ordenamento jurídico: a unilateral e a compartilhada. De acordo com a disciplina legal (art. 1.584, §2º), ratificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entende-se como prioritária a guarda compartilhada, em que ambos os genitores a deteriam e exerciriam simultanemante e em acordo e harmonia o poder familiar, tomando conjuntamente as decisões referentes aos filhos. Assim, num contexto de concordância entre os genitores, os filhos teriam um desenvolvimento pleno e adequado com equilíbrio de um tempo de qualidade dispensado com cada um dos pais. Não vigora mais, pois, na doutrina ou na jurisprudência, a antiga ideia de que a guarda dos filhos deve ser sempre concedida à mãe unilateralmente, relegando ao pai um papel secundário na criação e educação, restrito ao direito de visitas e a um dever de sustento (alimentos).

Assim sendo, a menos que um dos genitores não se mostre apto à guarda ou expressamente declare não desajá-la, a guarda compartilhada deverá ser deferida a ambos os genitores.

Nesse sentido ainda, vale dizer que o STJ já enfrentou caso semelhante ao que se apresenta no enunciado da questão e entendeu que, se pequena a distância entre as cidades de domicílio dos genitores, não restará, por si só, configurado óbice à guarda compartilhada. Inclusive, pois esta não se confunde com a também já citada guarda alternada, em que se pretende uma divisão meramente aritmética do tempo de convívio dos filhos com os pais. Não, na guarda compartilhada é possível - e desejável até, em certa medida, defendem alguns estudos sobre o assunto - a permanência dos filhos em uma única casa, mas com a presença constante e de qualidade do outro genitor.

Desse modo, diante de todo o exposto e a partir dos elementos fornecidos pelo caso concreto, a melhor decisão a ser tomada pelo juiz, giraria em torno da concessão da guarda compartilhada ao casal, com a manutenção das filhas na casa materna, onde já vivem. Com isso, torna-se possível evitar desnecessário desgaste com mudança e readaptação com nova moradia, cidade e, sobretudo, escola e novos colegas e amigos, elemento de tamanho relevo para as crianças e adolescentes em seu desenvolvimento psicossocial. Sem prejuízo, como já externado, da participação constante paterna e de eventual acordo ou condenação ao pagamento de alimentos, uma vez que a genitora pelo próprio abrigo das filhas incorrerá em importantes despesas.