

**UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A PROBLEMÁTICA DO DIREITO DE VISITAS, NAS DIVERSAS MODALIDADES DE  
GUARDA, DIANTE DO IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID 19, TANTO PARA OS  
PAIS COMO PARA OS AVÓS, QUANDO DETÉM A GUARDA NO MELHOR  
INTERESSES DOS FILHOS, OU NETOS**

**GIOVANA PERON DE PIZA**

**MARINGÁ – PR**

**2021**

GIOVANA PERON DE PIZA

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO DE VISITAS, NAS DIVERSAS MODALIDADES DE GUARDA, DIANTE DO IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID 19, TANTO PARA OS PAIS COMO PARA OS AVÓS, QUANDO DETÉM A GUARDA NO MELHOR INTERESSES DOS FILHOS, OU NETOS

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira.

MARINGÁ – PR

2021

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

GIOVANA PERON DE PIZA

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO DE VISITAS, NAS DIVERSAS MODALIDADES DE GUARDA, DIANTE DO IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID 19, TANTO PARA OS PAIS COMO PARA OS AVÓS, QUANDO DETÉM A GUARDA NO MELHOR INTERESSES DOS FILHOS, OU NETOS

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

---

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

---

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO DE VISITAS, NAS DIVERSAS MODALIDADES DE GUARDA, DIANTE DO IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID 19, TANTO PARA OS PAIS COMO PARA OS AVÓS, QUANDO DETÉM A GUARDA NO MELHOR INTERESSES DOS FILHOS, OU NETOS

Giovana Peron de Piza<sup>1</sup>

José Sebastião de Oliveira<sup>2</sup>

**RESUMO**

O presente artigo tem como principal finalidade, abordar a problemática do direito de visitas, nas diversas modalidades de guarda, diante do impacto da pandemia da Covid-19, tanto para os pais como para os avós, quando detém a guarda no melhor interesse dos filhos ou netos. Como objeto, a pesquisa inclui um breve conceito de família bem como suas modalidades, a filiação e modalidades, as responsabilidades dos pais e avós sobre os filhos ou netos, bem como as modalidades de guarda, e como a convivência familiar foi afetada pela pandemia da Covid-19. A relevância do presente artigo, visa abranger o embate existente entre o absoluto direito a saúde dos menores e o direito de convivência dos pais/avós com os filhos/netos, bem como a solução encontrada pela jurisprudência para solucionar o conflito. A metodologia no presente trabalho consiste na histórico e a bibliográfica, com base em análises de jurisprudências, e materiais bibliográficos.

**Palavras-chave:** Código Civil. Convivência. Família

THE PROBLEM OF THE RIGHT TO VISIT, IN THE VARIOUS MODALITIES OF CUSTODY, GIVEN THE IMPACT OF THE COVID 19 PANDEMIC, BOTH FOR PARENTS AND GRANDPARENTS, WHEN HE HOLDS CUSTODY IN THE BEST INTEREST OF CHILDREN, OR GRANDCHILDREN

**ABSTRACT**

The main purpose of this article is to approach the issue of visitation rights, in the various forms of custody, given the impact of the Covid-19 pandemic, for both parents and grandparents, when custody is held in the best interests of the children or grandchildren. As an object, the research includes a brief concept of family and its modalities, affiliation and its modalities, the responsibilities of parents and grandparents over their children or grandchildren, as well as custody modalities and how family life was affected by the Covid pandemic -19. The relevance of this article aims to embrace the conflict between the absolute right to health of minors and

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR, Maringá-PR. Endereço Eletrônico: giovanaperon@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Consultor Científico ad hoc da Área do Direito de Revistas da Universidade Estadual de Londrina – UEL; Docente aposentado de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá – UEM;. Docente do Curso de Doutorado da Universidade Cesumar– UNICESUMAR; Pós-Doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL;. Advogado no Estado do Paraná. E-mail: drjso1945@gmail.com

the right to coexistence of parents/grandparents with their children/grandchildren, as well as bringing the solution found by jurisprudence to solve this conflict. The methodology used was historical and bibliographical, based on analysis of jurisprudence and bibliographic materials.

**Keywords:** Civil Code. Coexistence. Family.

## **1 INTRODUÇÃO**

Com o passar dos anos, o Direito de Família vem se modificando cada vez mais, tentando se encaixar nas peculiaridades das diversas famílias existentes no mundo. Ocorre que, com o advento da pandemia da Covid-19, o Direito de Família necessitou de uma adaptação mais uma vez com a realidade do mundo, principalmente no que diz respeito a convivência dos pais, com os filhos, uma vez que a maioria encontrou-se numa situação, impedidos do exercício desse direito.

Desta forma, o presente artigo tem como objetivo demonstrar por meio de estudos teóricos realizados através, de doutrinas, leis e jurisprudências, o impacto que a pandemia provocou no direito de convivência dos genitores com seus filhos, bem como a solução encontrado pelos tribunais superiores para essa nova situação.

O direito de visitas encontra-se regulamento pelo vigente Código Civil, e especialmente pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, haja vista que o filho é o que mais sofre no momento do divórcio dos pais e, muitas vezes o que mais se prejudica nessa situação, por experimentar as consequências de uma decisão que não decorreu da própria vontade. Com isso, surge o instituto da convivência, que não pode ser restrito a simples companhia do pai/mãe com o menor, mas deve ser utilizada para dar continuidade aos laços amorosos, e afetuosos que ambos possuem com os filhos.

Ocorre que, infelizmente a realidade, na maioria das vezes, acaba sendo bem diferente da teoria, fato esse que aconteceu com o advento da pandemia, justamente porque os pais não podiam exercer esse direito de forma presencial, sem colocar a vida dos filhos em risco, além de haver diversas medidas de segurança, e se encontraram em uma situação sem saída.

Assim, o presente trabalho demonstrará de forma mais detalhada, os tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico, bem como se opera o controle das pessoas dentro do contexto de família, isto é, como se distribui a responsabilidade sobre os filhos nos casos de genitores divorciados, até mesmo dos netos, quando os avós detém a guarda das crianças.

Após, será analisado como se dá o direito de visitas nas diversas modalidades de guarda, bem como a importância desse direito na vida dos genitores e filhos.

Ainda, demonstrará o embate vivido, onde de lado há o direito dos genitores conviverem, de forma presencial, com o filho, e a participação da criação e, de outro a absoluta prioridade do direito à vida, e a saúde do menor, nesse momento muito difícil da vida humana no planeta Terra, com o advento da Covid-19.

Por fim, será demonstrado de forma precisa o entendimento dos tribunais superiores para encontrar a melhor solução para o presente caso, bem como o modo que as visitas deverão seguir após a pandemia, mostrar-se mais controlada, e a vida dos menores mais seguras.

## **2 CONCEITO DE FAMÍLIA E SUAS MODALIDADES**

O conceito de família, ao longo dos anos, sofreu e continua sofrendo diversas modificações, seja no conceito, ou em suas modalidades. Deste modo, para que se possa entender tais modificações, necessário se faz explicar o que era entendido por família antigamente e o que é entendido por família na modernidade.

Na lição de José Sebastião de Oliveira, temos que:

nenhuma dúvida há de que, em termos de organismo social, é a família o mais antigo. Portanto, sempre existiu, a partir do momento em que se passou a existir o primeiro homem no seu exemplo mais rudimentar de que se tem conhecimento na face da terra, e foi no seu seio que ocorreu e continua ocorrendo a maravilha da reprodução de uma das mais importantes espécies que ocupam esse planeta, ou seja, a espécie humana, a única dotada de inteligência.<sup>3</sup>

Na antiguidade, a família brasileira sofreu as influências do Direito Romano e do Direito Canônico.

No Direito Romano quiritário, “a família era definida como um conjunto de pessoas que encontravam-se sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consanguinidade, pois o parentesco era agnático, ou seja, pela linhagem masculina.”<sup>4</sup>, isto é, existia a figura do *pater famílias*, a autoridade dentro da residência, exercendo a mesma sobre os descendentes não emancipados, esposa, e também sobre mulheres casadas com *munus* com os respectivos descendentes.<sup>5</sup>

A família, era considerada uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, sendo que, ambas, eram comandadas pelo *pater famílias*, e o parentesco dava-se pela linha agnática.

Aos poucos foram sendo retirada a autoridade absoluta que o *pater* possuía sob à família, permitindo uma maior autonomia à mulher e aos filhos, no entanto, somente na época Imperial, a mulher conseguiu total autonomia, principalmente, no âmbito social e político, da vida cotidiana dos romanos.

Quanto ao Direito Canônico, esse teve influência direta com a figura do casamento. Ocorre que, os canonistas não se mostravam a favor do divórcio, por o considerarem totalmente

---

<sup>3</sup>OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

<sup>4</sup> WALD, Arnoldo, **O novo direito de família**. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p.9.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.31.

contrário aos princípios, e ao caráter da constituição da família e, especialmente, aos interesses dos filhos, uma vez que entendiam que a separação do casal prejudicaria a formação destes.

Para os canônicos o casamento significava um sacramento, e só poderia existir eventual discussão acerca do divórcio, quando este envolvesse a relação de infieis. Por conta disso, criaram um sistema de impedimentos matrimoniais, onde constava a possibilidade de se conseguir a nulidade ou a anulabilidade do casamento, conforme leciona Arnaldo Wald:

O direito canônico constituiu um quadro dos impedimentos para a realização do casamento, abrangendo causas baseadas numa incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), num vício do consentimento (dolo para obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) ou numa relação anterior (parentesco, afinidade)<sup>6</sup>

Dessa forma, observa-se que o vocábulo família possui diversos sentidos, no Direito Romano a família independia da consanguinidade, pois o parentesco se dava pela linha paterna, já para os canônicos a consanguinidade e, principalmente, o casamento eram fundamentais para definir uma família.

De acordo com o civilista Silvio Rodrigues, é possível classificar a família em um sentido mais amplo, em uma acepção mais limitada, e em uma mais restrita, vejamos<sup>7</sup>:

Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos. Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau. Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

Com a devida vênia aos conceitos trazidos, com o avanço da modernidade, não há um conceito específico que consiga discorrer o que é família, haja vista existirem diversas modalidades de família, cada uma com o próprio conceito, e peculiaridade, conforme aponta a seguir, o presente trabalho.

## 2.1 DAS MODALIDADES DE FAMÍLIA

Dentro do Direito de Família brasileiro moderno, coexistem diversas modalidades de família, dentre elas há as constitucionais, que são a família matrimonial, a família oriunda da

---

<sup>6</sup> WALD, Arnaldo, **O novo direito de família**. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13 – 14.

<sup>7</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**: volume 6 / Silvio Rodrigues. – 28. Ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4 – 5.



união estável, e a família monoparental, no entanto, há outras modalidades como a família substituta, prevista no arts. 28 e seguintes do ECA, família homoafetiva permitida pela jurisprudência do STF, família anaparental, família extensa, natural, e dentre outras inúmeras modalidades, encontradas na estratificação social da sociedade.

### **3 COMO SE OPERA O CONTROLE DE PESSOAS DENTRO DO CONTEXTO DAS FAMÍLIAS**

Dentre as diversas modalidades de família existentes, todas englobam os filhos que os casais um dia viram a ter unilateralmente ou por adoção, e quando tal situação ocorre passa a existir entre os pais, e filhos a filiação e, a partir dela surge os deveres daqueles para com esses.

Para o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, “filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais.”<sup>8</sup>

De acordo com doutrinador Silvio Rodrigues, “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau, e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.”<sup>9</sup>

Já, Roberto Senise Lisboa, traz que:

filiação é a relação de parentesco existente entre o descendente e seu ascendente de primeiro grau. A filiação é, portanto, o vínculo constituído entre um sujeito e seus pais, pouco importando o meio de sua formação.<sup>10</sup>

Em suma, a filiação pode ser definida como um vínculo existente entre os pais e a prole, vínculo esse que pode ser consanguíneo, ou até mesmo social, como exposto mais à frente.

A constituição da família ocorria por intermédio da união de duas pessoas de sexos opostos, e isso gerava a possibilidade da procriação com a vinda dos descendentes-filho, e assim tinha-se a perpetração da espécie humana.

Na doutrina de José Sebastião de Oliveira e Angélica Rosa:

A família era formada por um número extenso de integrantes e quanto mais pessoas trabalhassem, melhor era o rendimento familiar. Desse modo a procriação era algo

---

<sup>8</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019, v. 6, p. 315.

<sup>9</sup>RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família** – 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 297.

<sup>10</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5, p.274.

desejado e indispensável, e o núcleo dessa família representava uma hierarquia, na qual o pai era a figura central.<sup>11</sup>

Ocorre que, apesar dos conceitos mencionados, trazer uma ideia simples do que se trata a filiação, nem sempre foi assim, haja vista que antigamente o ordenamento jurídico realizava a separação dos filhos à luz de diversas classificações.

No Código Civil de 1916, advindo do projeto do professor Clovis Bevilacqua, havia uma distinção dos filhos legítimos e ilegítimos. Os filhos legítimos, eram aqueles gerados do casamento válido entre um homem, e uma mulher (justas núpcias), nos ditames da lei substantiva civil. Já, os filhos ilegítimos, eram gerados fora do casamento e podiam ser classificados em naturais, e/ou espúrios. Os filhos naturais, eram concebidos de um homem, e uma mulher que não haviam impedimentos para o casamento e, os filhos espúrios concebidos de um homem e uma mulher que, perante a lei, tinham impedimentos para se casarem. Caso o impedimento decorresse de um grau de parentesco próximo, os filhos eram classificados como incestuosos, todavia, se acontecesse quando o homem, ou a mulher, ou ambos fossem casados, a prole era classificada como adúlteros<sup>12</sup>. Já, quando o filho advinha de uma relação com o padre, era considerado filho sacrilégio.

Com o advento do art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>, houve a extinção da citada diferença, momento em que fora decretado a igualdade entre todos os filhos e garantindo os mesmos direitos entre todos. Observa-se, ainda, que no referido artigo está inserido o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, sendo expressamente reiterado pelo art. 1.596 do Código Civil de 2002.<sup>14</sup>

### 3.1 DAS MODALIDADES DE FILIAÇÃO

Como já explanado, perante a ordem jurídica brasileira, após 05/10/88, não há mais uma distinção entre os filhos, no entanto, a filiação pode ser classificada quanto a sua origem em

---

<sup>11</sup> ROSA, Angélica Ferreira; Oliveira, José Sebastião de. **O novo estatuto da filiação: reflexos doutrinários, jurisprudenciais e legais na perspectiva dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. ob. cit, p. 316.

<sup>13</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>14</sup> Art. 1.596. 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.

matrimonial, extramatrimonial e adotiva, bem como pode ser classificada quanto a sua natureza em jurídica e socioafetiva.

### 3.1.1 FILIAÇÃO MATRIMONIAL

Como o próprio nome qualifica, a filiação matrimonial é aquela que deriva do matrimônio, mesmo que seja posteriormente considerado nulo ou anulável, haja vista que o momento da concepção do filho é que se determina a filiação e não a data em si do casamento.<sup>15</sup>

Assim, pode-se verificar que a filiação matrimonial possui uma certa diferença das demais modalidades, pois goza de presunção relativa, ou seja, é *iuris tantum*, trazendo o Código Civil de 2002 em seu art. 1.597 o momento que o filho será presumido fruto do matrimônio, senão vejamos:

**Art. 1.597.** Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

**I** - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

**II** - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

Ainda, o Código Civil/2002 introduziu os incisos III, IV e V no referido artigo, considerando concebidos na constância do casamento os filhos gerados mediante reprodução assistida:

**Art. 1.597.** Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

**III** - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

**IV** - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

**V** - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A inserção desses incisos no ordenamento jurídico civil foi de suma importância, pois abrange um método diferente de concepção, que antigamente não era bem aceito, além de levar em consideração esse grande avanço da medicina e o sonho de vários casais que não conseguem gerar seus filhos da forma tradicional. Assim, observa-se que a reprodução assistida poderá ser homóloga, quando utilizado o óvulo da mulher e o sêmen do marido, bem como poderá ser heteróloga, quando se utiliza o óvulo da genitora, e o sêmen de terceiros.

---

<sup>15</sup>BARBOSA. Águida Arruda; VIEIRA. Claudia Stein. **Direito de família** / coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito civil; 7 / orientação Giselda M. F. Novaes Hironka), p. 192.

Desta forma, independentemente se o filho foi gerado de uma relação sexual entre os genitores, ou de uma reprodução assistida, esse será presumido concebido na constância do casamento, desde que observado as regras do art. 1.597 do Código Civil vigente.

### 3.1.2 FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL

A filiação extramatrimonial decorre de uma relação que não seja o casamento, isto é, os filhos são gerados fora do casamento.

Nesta modalidade de filiação há uma diferença importante, uma vez que não possui a presunção relativa, sendo necessário ocorrer o reconhecimento do filho por parte dos pais, que poderá ser forma voluntária ou judicial, conforme leciona Dimas Messias de Carvalho:

os filhos extramatrimoniais ou havidos fora do casamento não desfrutam da presunção legal de paternidade, sendo necessário o reconhecimento pelos pais, voluntariamente ou compulsoriamente, mediante reconhecimento judicial<sup>16</sup>

O reconhecimento voluntário decorrerá de um ato de vontade dos genitores, ou de apenas um deles, por ser considerado um ato jurídico personalíssimo e unilateral. De acordo com o art. 1.609 do Código Civil<sup>17</sup>, o reconhecimento do filho poderá ser feito no registro civil, por escritura pública ou escrito particular, por testamento ou por manifestação direta e expressa perante o juiz, em qualquer modalidade de ação judicial.

De outro norte, o reconhecimento judicial ocorrerá por meio de uma ação de investigação de paternidade, ou maternidade e poderá ser proposta pelo filho contra o genitor, a genitora, ou ambos. A ação decorre de um ato personalíssimo do filho, todavia, o Código Civil abre uma exceção no caso do titular da ação falecer menor ou incapaz, momento em que será transferido aos herdeiros e, se já iniciada a ação poderão os herdeiros continuá-la, salvo se julgado extinto o processo, conforme prescreve o art. 1.606, parágrafo único do Código Civil de 2002<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 602.

<sup>17</sup> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

<sup>18</sup> Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

No mais, o reconhecimento judicial, emanará ou não de uma vontade dos pais, por meio de uma ação reivindicatória de paternidade/maternidade ou por uma ação declaratória de vínculo biológico.

### **3.1.3 FILIAÇÃO ADOTIVA**

A filiação adotiva decorre da adoção na qual, após uma sentença judicial constitutiva, estabelecerá uma filiação fictícia entre o adotante e o adotado.

A adoção se trata um negócio jurídico solene, e bilateral, e será regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além de constituir um parentesco civil de 1º grau em linha reta, estendendo-se também para a família dos genitores.

Um ponto importante a ser tratado, fica por conta dos efeitos que este ato traz, sendo eles de ordem pessoal e patrimonial. Os efeitos de ordem pessoal estão ligados com o parentesco, o poder familiar e o sobrenome que o adotado receberá. Já os efeitos patrimoniais são os alimentos e o direito sucessório.<sup>19</sup>

### **3.1.4 FILIAÇÃO JURÍDICA E SOCIOAFETIVA**

A filiação jurídica trata de um vínculo entre os genitores e a prole, pela norma jurídica, podendo ser natural, ou biológica, e por origem.

A filiação natural ou biológica é a filiação matrimonial, ou extramatrimonial, e advém da consanguinidade, ou seja, aquela filiação entre os genitores e seu filho biológico.

Apesar da filiação natural originar-se da consanguinidade, com o avanço da medicina, e com o reconhecimento no Código Civil de 2002, a reprodução assistida homóloga também se enquadra nesta classificação, haja vista que deriva do óvulo da genitora, e do sêmen do genitor.

Quanto à filiação civil, ou por origem, essa difere-se da filiação natural, tendo em vista que provém da convivência, do afeto e do amor entre os genitores e seus filhos, portanto, a adoção e a filiação socioafetiva podem ser enquadradas nessa modalidade. Ainda, a reprodução assistida heteróloga também poderá ser classificada, uma vez que um dos parceiros (pai ou mãe)

---

<sup>19</sup> **Direito de família** / coordenação Ágida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito civil; 7 / orientação Giselda M. F. Novaes Hironka), p. 211.

não contribui com o material genético, desejando a paternidade socioafetiva, conforme Enunciado 103 do CJF.<sup>20</sup>

Como visto, a filiação socioafetiva decorre da filiação jurídica civil, ou por origem, pois trata-se uma filiação ligada pelo afeto, e não pela consanguinidade. Assim, nas palavras de Jorge Shiguemitsu Fujita:

Filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, mãe e filho, ou entre pais e filhos, em que inexista um vínculo de sangue entre eles, havendo, porém, o afeto como elemento aglutinador, tal como uma solida argamassa a uni-los em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial.<sup>21</sup>

Desta forma, independentemente de que a filiação seja considerada como jurídica ou socioafetiva, ambas geram para os genitores deveres, e responsabilidades com seus filhos, conforme será visto a seguir.

### 3.2 DO PODER FAMILIAR

Conforme apontado no início do presente capítulo, há diversas classificações de filiação, e dessas surgem os deveres, e responsabilidades dos genitores com os filhos, denominado de poder familiar.

Nas palavras do doutrinador Silvio Rodrigues, “O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens do filho não emancipados, tendo em vista proteção destes.”<sup>22</sup>

Ensina J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Marco Aurelio Bezerra de Melo que, “poder familiar é o exercício da autoridade dos pais ou de qualquer deles sobre a pessoa e bens dos filhos menores não emancipados, no interesse destes.”<sup>23</sup>

Deste modo, em linhas gerais, o poder familiar deriva da filiação, e consiste nos direitos e deveres que ambos os pais tem com os filhos menores, todavia, faz-se importante destacar

---

<sup>20</sup> Enunciado 103. “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”

<sup>21</sup> BARBOSA. Águida Arruda; VIEIRA. Claudia Stein. **Direito de família** / coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito civil; 7 / orientação Giselda M. F. Novaes Hironka), p. 203.

<sup>22</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**: volume 6. – 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356.

<sup>23</sup> OLIVEIRA. J.M. Leoni de; MELO. Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: família** / coordenação J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Marco Aurélio Bezerra de Melo. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 442.

que, o poder familiar não abrange apenas um dos genitores, mas sim ambos, além de recair sob todas as formas de família existente na atualidade.

O poder familiar possui algumas características, sendo ele inalienável, irrenunciável, intransferível e imprescritível. O poder familiar é inalienável, posto que os genitores não podem transferi-lo a um terceiro, nem de modo gratuito, e nem de modo oneroso. Define-se como irrenunciável, uma vez que os pais não podem simplesmente abrir mão do mesmo, e decidirem não o exercer. Por fim, é imprescritível, haja vista que os genitores não perdem o poder familiar pelo fato de não mais o exercerem, mas sim apenas nos casos previstos em lei.

Na constância do casamento ou da união estável, a titularidade do poder familiar pertence a ambos genitores, de acordo com o art. 1.631 do Código Civil<sup>24</sup>.

No caso de um divórcio ou da dissolução da união estável, nada interfere na titularidade do poder familiar, haja vista que continuará pertencendo a ambos os pais, conforme dispõe o art. 1.632 do Código Civil<sup>25</sup>. Na hipótese de ser estabelecido a guarda compartilhada, o direito de convivência deverá ser distribuído igualmente entre os pais, além de um dos genitores ajudar no sustento do filho, prestando-lhe alimentos. Se por ventura ficar estabelecido a guarda unilateral, permanecerá o direito de convivência ao genitor que não detém a guarda, bem como o dever de prestar alimentos.<sup>26</sup>

Por fim, o art. 1.634 do Código Civil, elenca o exercício do poder familiar, contudo, de acordo com a doutrina o referido artigo é omissivo quanto a direitos constitucionais.

Vejamos:

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;

---

<sup>24</sup> Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

<sup>25</sup> Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

<sup>26</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 12. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 490 – 491.

- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (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.

Desta forma, denota-se que, independentemente do estado civil dos genitores, isto é, se são casados ou divorciados, ambos dispõem do poder familiar, devendo exercê-lo conjuntamente. No entanto, quando há divergência entre os mesmos, de como exercer o poder familiar, a lei possibilita, a qualquer um deles, valer-se do juízo para eventual solução, de acordo com o art. 1.631, parágrafo único do Código Civil de 2002.

#### **4 A QUESTÃO DA GUARDA DE PESSOAS E SUAS MODALIDADES NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

Como já visto anteriormente, há, atualmente, diversas espécies de família, no entanto, quando essas famílias são desfeitas, faz-se necessário uma maior atenção à figura do filho menor, caso possuam. Assim, torna-se imprescindível observar como ficará a guarda e os cuidados com o filho, no caso de um divórcio, ou até mesmo de uma dissolução de união estável.

Antes de discorrer acerca das espécies de guarda, importante tratar brevemente como ocorria antes da Constituição de 1988.

Os cuidados com os filhos, pelos usos e costumes, eram mais assegurados para a genitora, posto que a mulher era criada para ser a figura doméstica do lar, ou seja, era ensinada a realizar as atividades domésticas, e conseqüentemente, cuidar dos filhos, uma vez que eram os únicos trabalhos destinados a ela. O genitor, por sua vez, não tinha esse ensinamento, sendo educado a ser a autoridade do lar, o “homem da casa”, era o provedor da família, geralmente com trabalho fora do lar.<sup>27</sup>

Por outro lado, tinha-se o Código Civil de 1916 e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) que possuíam um caráter punitivo, haja vista que asseguravam a guarda do filho menor ao cônjuge inocente, no caso de um divórcio.<sup>28</sup> Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a consagração do princípio da igualdade (Art. 5º da CF/88)<sup>29</sup>, que se passou a

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 12. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 544.

<sup>28</sup> DIAS, Maria Berenice. ob. cit, p. 544.

<sup>29</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...].



falar nos mesmos direitos e deveres que o homem, e mulher possuem na sociedade conjugal (Art. 226, §5º da CF/88)<sup>30</sup>, causando, dessa maneira, um grande impacto no poder familiar.

Desta forma, seja com divórcio, ou com a dissolução da união estável, no caso dos cônjuges possuírem filhos, há que se falar no instituto da guarda, todavia, a simples separação entre os genitores não pode ser algo prejudicial para a convivência com o filho, posto que o menor não pode sofrer com uma decisão que não decorreu da própria vontade, isto é, o filho não pode ser utilizado com um objeto para vingar o que não deu certo, muito pelo contrário, o instituto da guarda tem como objetivo firmar uma convivência pacífica, e duradoura do filho com ambos os pais após a ruptura da unidade familiar.

Por mais que, para alguns doutrinadores a palavra guarda não seja bem recepcionada, uma vez que traz do significado literal uma ideia de objetificação do filho, o instituto da guarda abrange, nada mais nada menos, que o convívio do filho com seus genitores.

Explica-se.

Segundo Maria Berenice Dias “a palavra guarda significa verdadeira coisificação do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direito.”<sup>31</sup>, já para os doutrinadores J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Marco Aurélio Bezerra de Melo “o termo guarda é empregado pelo CC/2002 referindo-se também à coisa, não sendo, portanto, o termo mais adequado para se referir à convivência dos pais com seus filhos menores.”<sup>32</sup>

No entanto, apesar das críticas, “a guarda é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor de idade ou de maior incapaz. A guarda trata da convivência entre pais e filhos.”<sup>33</sup>

Ante ao exposto, observa-se que a guarda visa à proteção da convivência do menor com os genitores e, por conta disso, no momento de decidir a espécie a ser aplicada mostra-se de extrema importância a observância do princípio do melhor interesse da criança, e do

---

<sup>30</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>31</sup> DIAS, Maria Berenice. ob, cit, p. 546.

<sup>32</sup> OLIVEIRA. J.M. Leoni de; MELO. Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: família** / coordenação J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Marco Aurélio Bezerra de Melo. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 227.

<sup>33</sup> Direito Civil: família ob, cit, p. 241.

adolescente, que fora convalidado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 e ratificada no Brasil pelo Decreto nº 99.710/90.<sup>34</sup>

#### **4.1 DAS ESPÉCIES DE GUARDA**

Dentro do ordenamento jurídico vigente, há duas espécies que são as mais utilizadas pelos genitores, e até mesmo pelo Poder Judiciário, quando a decisão cabe a ele, sendo a guarda unilateral, e a guarda compartilhada.

#### **4.1 GUARDA UNILATERAL**

A guarda unilateral, é atribuída a apenas um dos genitores, ou a alguém que os substitua, conforme dispõe o art. 1.583, §1º, primeira parte do Código Civil.<sup>35</sup>, assim, essa espécie de guarda, consiste em um dos cônjuges manter a guarda do filho, enquanto o outro cônjuge possui o direito a visitas.

Além do mais, o fato de apenas um dos genitores não permanecer com a guarda do filho, não o desobriga de supervisionar os interesses do menor, conforme elucida o Art. 1.853, §5º do Código Civil.<sup>36</sup>

Anteriormente, a guarda unilateral era a mais utilizada entre os genitores, no caso de um divórcio, ou de uma dissolução de união estável, em razão da responsabilidade da mulher com a guarda e criação dos filhos, e o cuidado com a casa, todavia, este cenário começou a se modificar e, atualmente, na contemporaneidade, o modelo de guarda mais utilizado é a da guarda compartilhada, sendo essa defendida como “regra” pelo Código Civil, conforme exposto a seguir, no presente artigo.

Assim, levando-se em consideração que a regra é a guarda compartilhada, a guarda unilateral acaba tornando-se, portanto, uma exceção à regra, posto que somente será utilizada em determinados casos especiais.

---

<sup>34</sup> Art. 3º. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

<sup>35</sup> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º. Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) [...].

<sup>36</sup> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [...] § 5º. 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.

Ao analisar o art. 1.584, § 2º, última parte do Código Civil<sup>37</sup> e art. 1.584, §5º do Código Civil<sup>38</sup>, verifica-se que será adotado o estilo de guarda unilateral, quando um dos genitores expressar ao magistrado que não deseja a guarda do filho, e no momento em que o juiz verificar que o menor não deve permanecer na guarda do pai, ou da mãe. Por fim, será optado pela guarda unilateral quando a referida medida atender ao melhor interesse do menor, de acordo com o disposto no art. 1.586 do Código Civil.<sup>39</sup>

Não obstante ao já mencionado, no momento da escolha qualquer modalidade de guarda que seja, o melhor interesse do menor deve sempre ser levado em consideração, por se tratar de um dos princípios mais importantes deste tema, no direito de família.

No mais, como já exposto, neste modelo de guarda um dos genitores ficará com o direito de visitas, que deverá observar o contido no art. 1.589 do Código Civil:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

O simples fato de um pai, ou uma mãe ter apenas o direito de visitas, e não poder compartilhar conjuntamente a guarda, a criação e educação de seu filho, encontra-se em contradição com os princípios do Direito de Família, como o melhor interesse da criança, e o princípio da afetividade.

Ante o exposto, denota-se que, esta modalidade não é a mais sugerida pelo ordenamento jurídico, sendo utilizada como uma exceção, devendo ser aplicada em casos específicos, haja vista que remete a uma ideia de afastamento dos pais com o filho.

## **4.2 GUARDA COMPARTILHADA**

Como já mencionado no item supra, o modelo de guarda compartilhada é o mais utilizado atualmente, sendo prevista pelo Código Civil de 2002, e pela doutrina como um modelo mais benéfico para a formação do menor. No entanto, nem sempre o referido modelo era visto desta forma, tal fato passou a ocorrer no momento em que a guarda compartilhada fora

---

<sup>37</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

<sup>38</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

<sup>39</sup> Art. 1.586. 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.

inserida no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.698/2008, alterando, conseqüentemente, os arts. 1.583 e 1.584 do mencionado código, e em seguida pela Lei nº 13.058/2014.

Ao analisar o contido no art. 1.583, §1º, parte final do Código Civil<sup>40</sup>, denota-se que a modalidade de guarda trata-se de uma responsabilidade conjunta, bem como o exercício de direitos e deveres de ambos os genitores com seus filhos.

Para a doutrina, conforme expõe Maria Berenice Dias:

é a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitaçãõ não dá espaço<sup>41</sup>

Em outras palavras, a guarda compartilhada possui como principal objetivo, a aproximação do filho com os pais separados, isto é, busca a diminuição do impacto que o divórcio traz na vida do menor, fazendo com que se mantenha, e continue desenvolvendo uma relação de afeto com ambos os genitores, visando, assim, o desenvolvimento da relação. Este instituto de guarda, também utiliza como pressuposto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Será aplicada a guarda compartilhada, quando for requerida pelos genitores ou decretada pelo juiz (Art. 1.584, I e II do Código Civil)<sup>42</sup>, todavia, quando não houver um consenso entre os genitores e estes mostrarem aptidão para o exercício de tal modalidade, o magistrado poderá aplicá-la (Art. 1.584, §2º do Código Civil)<sup>43</sup>, demonstrando, desde logo, uma grande diferença com a guarda unilateral, que será utilizada apenas em determinadas situações excepcionais, onde não couber a compartilhada.

Apesar de ambos os genitores salvaguardar o dever e a responsabilidade de criarem seu filho conjuntamente, a guarda compartilhada possui, ao menos, três modelos, no que diz

---

<sup>40</sup> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada: §1º [...] e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns;

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 12. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 549.

<sup>42</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

<sup>43</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

respeito a forma de moradia do menor, sendo a guarda conjunta, a guarda compartilhada propriamente dita, ou dividida e a guarda aninhamento.

Na guarda conjunta, será estabelecido uma residência fixa ao menor com algum dos genitores, na qual o genitor que não possui a guarda física, terá o direito à visitação, não excluindo a responsabilidade conjunta de ambos na criação do filho. Na guarda compartilhada propriamente dita ou dividida, o menor não possuirá uma residência fixa, ou seja, usufruía de duas residências, vivendo com ambos os genitores, ou seja, um momento residirá na casa da mãe e em outro momento na casa do pai, em forma de alternância. Por fim, há a guarda aninhamento, modelo menos adotado, na qual o menor terá uma residência, e cada um de seus genitores residirá em um momento com ele, de forma alternada.<sup>44</sup>

Em suma, a guarda compartilhada beneficia em muito o menor, haja vista que o divórcio, ou a dissolução da união estável pode trazer um impacto negativo na vida da criança, uma vez que “os fundamentos psicológicos da guarda compartilhada partem da convicção de que a separação e o divórcio acarretam uma serie de perdas para a criança, e procuram amenizá-las. A criança se beneficia na medida em que reconhece que tem dois pais envolvidos em sua criação e educação.”<sup>45</sup>, ou seja, a guarda compartilhada impulsiona indiretamente no crescimento do menor, haja vista que esse, apesar de ter os pais separados, continuará a ter a presença das duas figuras na sua vida e, principalmente, no seu crescimento, seja emocional, mental ou psicológico.

### 4.3 GUARDA DE TERCEIROS

A guarda de terceiros, será deferida quando os genitores não puderem exercê-la, por exemplo, quando ocorre a suspensão ou perda do poder familiar, quando for constatado que o casal não possui condições de exercer a guarda do menor ou, até mesmo, quando a guarda de terceiros tornar-se mais benéfica para o menor.

Esta modalidade encontra respaldo no art. 1.584, §5º do Código Civil e art. 33, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 1.584. (...)

§ 5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida,

<sup>44</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 508 – 509.

<sup>45</sup> GRISARD Filho, Waldyr. **Guarda compartilhada**. – 7. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 182.

considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Art. 33. (...)

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Assim, quando for verificado a incapacidade de os genitores exercerem a guarda do filho, seja ela unilateral, ou compartilhada, surge a guarda de terceiros, que poderá ser exercida pelos avós, irmãos, ou até mesmo parentes próximos ao menor.<sup>46</sup>

A guarda deverá ser concedida àquele que possui capacidade de cuidar do menor, ou seja, para aquele que possui certo entendimento e, até mesmo, experiência em cuidar de uma criança, uma vez que essa pessoa exercerá o papel de pai e mãe na vida no menor, e passará a cuidar, educar, alimentar, amar o menor, dentre outras responsabilidades.

Desta forma, é imprescindível que o magistrado leve em consideração o princípio do melhor interesse a criança, bem como deverá observar o grau de parentesco entre o menor e a pessoa que terá sua guarda, portanto, muitas das vezes a guarda é concedida aos avós, por esses realizarem na vida de seus netos o papel de pai e mãe.

Por fim, se faz importante destacar que, apesar de ser exercida por um terceiro, muitas das vezes pelos avós, essa modalidade de guarda deve ser usada de forma excepcional, sem que os pais sejam prejudicados de exercerem seu direito de visitas, salvo decisão contrária.

## **5 O IMPACTO DA PANDEMIA DO COVID-19 NO DIREITO DE VISITAS DOS GENITORES**

No momento em que um casamento ou uma união estável são desfeitos, caso os ex cônjuges possuam algum filho menor, não poderá ser privado de conviver com seus genitores.

Como já explanado, deveram os genitores, decidir acerca da guarda do menor, sendo que essa poderá ser uma escolha conjunta do casal ou decretada pelo juiz, conforme leciona o art. 1.584, I e II do Código Civil:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

---

<sup>46</sup> MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 292.

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Independentemente da guarda a ser estipulada, seja ela compartilhada, ou unilateral, o genitor que não tiver para si a guarda filho terá o direito de visitas, podendo ser acordado entre os próprios pais, ou fixado pelo magistrado, de acordo com o art. 1.589, *caput* do Código Civil:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

O direito de visitas, não trata apenas da simples convivência do genitor ou genitora com o filho, apesar de um deles não possuir a guarda, possui o dever de fiscalizar, e educar o filho, conforme menciona o artigo acima.

A doutrina, e a jurisprudência adotam três regimes de visitas. O primeiro modelo é a visitação livre, na qual o pai ou a mãe terá livre acesso as visitas, sem estipulação de dia, ou horário. O segundo modelo visa a visitação mínima, aqui o genitor/genitora terá a companhia do menor em finais de semanas alternados. E, por último, existe o modelo de visitação extremamente regulamentada, em que consiste a uma visita mais precisa, isto é, dia e hora para acontecer ou, até mesmo, a quantidade de tempo que durará.<sup>47</sup>

Ainda que o direito de convivência seja mais comum na guarda unilateral, a fixação da convivência dos genitores com o filho não pode ser excluída da guarda compartilhada.<sup>48</sup>

O direito de convivência não pode ser restrito a simples companhia do pai/mãe com o menor, mas deve ser utilizada para dar continuidade aos laços amorosos e afetuosos que ambos possuem com seus filhos. Infelizmente a realidade, na maioria das vezes, acaba sendo bem diferente da teoria, pois pode ocorrer dos genitores se conflitarem entre si, e em decorrência disso descontinuar, mesmo que indiretamente, na pessoa do filho, por exemplo, a mãe que restringe a convivência do pai com o filho ou o pai que não dá a mínima importância em exercer esse direito e acaba deixando o filho de lado.

Com a pandemia do Covid-19 no Brasil, houve um grande impacto no direito de família, principalmente no que concerne ao direito de convivência dos pais e, se antes a realidade deste instituto não era agradável, com a pandemia a situação se agravou. A Covid-19 trouxe diversos conflitos e dificuldades para a vida do brasileiro, fora necessária uma adaptação a uma realidade

---

<sup>47</sup> OLIVEIRA. J.M. Leoni de; MELO. Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: família** / coordenação J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Marco Aurélio Bezerra de Melo. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 246.

<sup>48</sup> Enunciado 605 do CJF: A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

distante da nossa, onde fomos obrigados a lagar nossos locais de trabalho e passar a exercer o *home office*, as aulas nas escolas e faculdades passaram a ser no modelo remoto, as reuniões com os amigos e familiares passaram a não ser como antigamente e, principalmente, o contato humano passou a ser menos presente em nossas vidas. Com isso, o pavor se instalou na vida dos cidadãos brasileiros, e passamos a viver diariamente com o medo de contrair um vírus que ninguém sabia como curar ou de ver um ente querido seu contrair o vírus e correr o risco de perder a vida.

Assim, o direito de convivência deparou-se com um embate, na qual de um lado há o direito de os genitores conviverem, de forma presencial, com o filho, e participarem da criação e, de outro a absoluta prioridade do direito à vida e a saúde do menor, disposto no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Assim, a fim de não violar nenhum direito, após algumas pesquisas, observa-se que os tribunais têm decidido com base no direito a absoluta prioridade à saúde do menor e, para que os genitores não fiquem sem exercer seus direitos, tem decidido pelas visitas de modo virtual, levando sempre em consideração o princípio do menor interesse da criança, e do adolescente.

Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. TUTELA DE URGÊNCIA. CONVIVÊNCIA FAMILIAR FÍSICA. PANDEMIA DO COVID - 19. EXCEPCIONALIDADE. DECRETO N. 40.817. LIMITAÇÃO CIRCULAÇÃO DE CRIANÇAS. FLEXIBILIZAÇÃO MEDIDAS. AUMENTO DE INFECTADOS E ÓBITOS. ASCENSÃO PANDEMIA. RISCO DE CONTAMINAÇÃO. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DIREITO DE VISITAS. CONVIVÊNCIA FAMILIAR POR MEIO VIRTUAL. DECISÃO REFORMADA. 1. A situação excepcional vivenciada por todos decorrente da pandemia do COVID - 19 (?coronavírus?) ensejou recomendações das autoridades médico/sanitárias de distanciamento social, porquanto dispõe o artigo 10 do Decreto nº 40.817, de 22 de maio de 2020, que revogou o Decreto nº 40.583, de 1º de abril de 2020, do Governo do Distrito Federal, que ?a circulação de pessoas idosas, crianças, gestantes e com comorbidade se limite às necessidades imediatas de alimentação e saúde, evitando-se, ainda, qualquer movimentação de pessoas no âmbito do Distrito Federal que não seja para o exercício de atividades imprescindíveis?. 2. À criança é assegurado, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à convivência familiar (Art. 227 da CF). 3. A flexibilização das medidas de isolamento/distanciamento social, com a autorização do funcionamento do comércio em geral pelo Poder Executivo local, não altera o Decreto n. 40.817 que manteve a limitação de circulação de crianças apenas às necessidades imediatas de alimentação e saúde. 4. O crescente número de pessoas infectadas e de óbitos por Covid - 19 no Distrito Federal, a revelar que a curva da pandemia atualmente está em ascensão, recomenda a suspensão temporária do exercício do direito de visitas do genitor à criança, o que constitui medida de precaução que visa assegurar à menor o seu direito à preservação de sua saúde, protegendo-a do risco de contaminação do denominado ?coronavírus?. 5. Resta assegurada a convivência familiar por meio virtual em dias e horários a serem estabelecidos pelo Juízo a quo, com a possibilidade de compensação



posterior dos dias em que o genitor não pôde ter contato físico com a criança. 6. Eventual reavaliação por parte do Governador do Distrito Federal da medida que limita a circulação de crianças ou qualquer fato novo hábil a ensejar a modificação da situação delineada e decidida nestes autos deverá ser submetida ao crivo do Juízo de origem. 7. Agravo de Instrumento provido. (TJ-DF 07078552220208070000 - Segredo de Justiça 0707855-22.2020.8.07.0000, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 19/08/2020, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 25/08/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Agravo de instrumento. Ação de modificação de guarda. Decisão que indeferiu o pedido de retomada de visitas maternas na forma presencial, em razão da crise sanitária. Insurgência da genitora. Suspensão temporária das visitas que se justifica em razão da excepcionalidade causada pela pandemia do Covid-19. Convivência assegurada por meio virtual. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AI: 21829669620208260000 SP 2182966-96.2020.8.26.0000, Relator: Coelho Mendes, Data de Julgamento: 30/11/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/11/2020)

MODIFICAÇÃO DE GUARDA A VISITAS. SUSPENSÃO DAS VISITAS PRESENCIAIS PATERNAS. RECURSO DESPROVIDO. Modificação de guarda e visitas. Insurgência contra decisão que suspendeu as visitas presenciais paternas. Efeito ativo indeferido. Indiscutível a importância do convívio do genitor com a prole, que tem por finalidade promover a consolidação dos vínculos afetivos, primordial para o desenvolvimento saudável dos infantes. Entretanto, a excepcional situação decorrente da pandemia do Covid-19 justifica a suspensão temporária das visitas, com vias a diminuir o risco de contágio do menor e demais familiares. Solução adotada pelo Juízo a quo que visa a preservação dos interesses dos menores, assegurada a convivência com o pai valendo-se dos meios tecnológicos. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - AI: 20991017820208260000 SP 2099101-78.2020.8.26.0000, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 21/07/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/07/2020)

Apesar de não ser suspenso o direito de convivência na pandemia, as visitas de forma *online* não são a melhor solução para o caso, posto que o direito de convivência tem como principal objetivo assegurar que os laços entre pais e filhos não se desfaçam, conforme leciona Dimas Messias de Carvalho:

O direito à convivência familiar, constitui, portanto, um direito fundamental da criança e do adolescente, sujeitos de direito direitos, de conviver em família. A convivência solidifica os laços afetivos da criança, reforçando os vínculos com a família materna e paterna, e recebendo todos os cuidados necessários à pessoa em desenvolvimento, valorizando e assegurando sua dignidade, o que não é possível obter com mera visitação.<sup>49</sup>

Como um(a) pai/mãe e um filho constituirá laços por meio de uma tela de computador/celular? Como um filho pequeno entenderá que o pai/mãe não poderá ir à casa de um dos dois para brincar com ele? Como o menor entenderá que apenas poderá ver seu(sua) pai/mãe pela tela, e não poderá abraçá-los?

Essas são algumas perguntas que podem surgir no momento em que a convivência passar a ser de forma remota, portanto, apesar de ser assegurado o direito à saúde, o vínculo

<sup>49</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 499.

entre pai/mãe e filho não será desenvolvido, acarretando um certo distanciamento entre os genitores e os filhos, indo totalmente em contrário ao que o instituto da convivência presa, além de, contrariar um direito inerente a ambos.

Ante o exposto, observa-se que, no momento em que a pandemia da Covid-19 mostrar que a disseminação foi contida, garantindo menor propagação, bem como a vacinação estiver avançada, o mesmo deve ocorrer com o direito de convivência, isto é, o direito de convivência dos genitores com seus filhos deverá ser realizado na forma presencial, pois este é o único jeito do menor poder conviver normalmente com os genitores após um divórcio ou dissolução da união estável, bem como manter vivo os laços afetuosos entre os mesmos.

## **6 CONCLUSÃO**

O presente artigo trouxe como discussão, os impactos que a pandemia da Covid-19 trouxe no direito a visitas, tanto para os pais como para os avós, quando detém a guarda no melhor interesse dos filhos ou netos. Além de, abarcar também o conceito de família e suas modalidades, como as famílias tem tratado a problemática da guarda de filhos menores, quando se rompe com a união familiar dos pais, os tipos de guarda presentes em nosso ordenamento jurídico e a solução encontrada pelo judiciário no conflito existente entre a pandemia e o direito de visitas dos genitores e avós dos menores.

O conceito de família não pode mais restringir-se apenas ao pai, a mãe e ao filho, vez que na atualidade, como já visto, pode-se encontrar diversas modalidades de famílias, isto é, podemos encontrar famílias formadas por um pai, uma mãe e seu filho, famílias formadas por dois pais, ou duas mães do mesmo sexo e o filho, bem como é possível encontrar famílias formadas pelos avós e netos. Portanto, não é adequado dizer que família possui um único conceito, o ordenamento jurídico traz diversos conceitos de família, cada um com sua peculiaridade. No entanto, apesar de haver diversas modalidades, família trata-se de conexão, de amor, carinho e companheirismo entre todos os membros que a integram, independentemente da formação.

Entre os tipos de famílias definidas pela legislação vigente na sociedade hodierna, há a filiação, ou seja, o vínculo entre os pais e a prole, vínculo esse que pode ser consanguíneo ou até mesmo social, e com esse vínculo surge os deveres dos pais com os filhos. Todavia, o problema surge quando há a dissolução do matrimônio entre os genitores, e a filiação deve ser dividida entre os pais no momento do divórcio.

Assim, surgem as modalidades de guarda e, conseqüentemente, o direito de convivência dos pais com os filhos. No ordenamento jurídico, pode-se constatar que há 03 (três) modalidades, sendo a guarda unilateral, exercida apenas por um dos genitores e, para aquele que não detém a guarda, fica resguardado o direito à visita, a guarda compartilhada, exercida por ambos os genitores, todavia, aqui também, é garantido aos genitores que não residem com o filho o direito a visitas e, por fim, também há guarda de terceiros, sendo exercida, em especial, pelos avós.

No mais, constata-se no presente artigo que, o maior problema enfrentado atualmente, em relação ao direito visitas, é como ele se dá na realidade, pois na maioria das vezes os genitores possuem entre si algum conflito não solucionado, e esse acaba sendo refletido nos menores, mesmo que indiretamente, fazendo com que as visitas sejam dificultadas. Com a pandemia da Covid-19, tal situação só piorou, e o direito de convivência se viu em um embate. De um lado há o direito de os genitores conviverem, de forma presencial, com o filho, e a participação da criação do menor e, de outro a absoluta prioridade do direito à vida e a saúde do filho. Desta forma, para tentar encontrar uma melhor situação ao caso, os tribunais têm decidido com base no direito a absoluta prioridade a saúde do menor e, para que os genitores não fiquem sem o exercício dos direitos, tem decidido pelas visitas de modo virtual.

Ao concluir a pesquisa, faz-se importante frisar que, apesar da mencionada decisão tomada pelos tribunais, o direito de convivência de forma presencial é o mais adequado para o convívio dos pais com os filhos, pois é a única forma de manter o vínculo afetivo entre ambos, além de estimular que esse vínculo nunca se finde, devendo, portanto, retornar a essa realidade, após a pandemia se estabilizar, e as medidas de segurança serem suspensas pelas autoridades competentes.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ágüida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein. **Direito de família** / coordenação Ágüida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. – (Direito civil; 7 / orientação Giselda M. F. Novaes Hironka).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 1990.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 10 jan. 2002.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 12. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**. – 7. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5.

MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, J.M Leoni Lopes de; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: família** / coordenação J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Marco Aurélio Bezerra de Melo. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**: volume 6 / Silvio Rodrigues. – 28. Ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, Angélica Ferreira; Oliveira, José Sebastião de. **O novo estatuto da filiação: reflexos doutrinários, jurisprudenciais e legais na perspectiva dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

TJ-DF 07078552220208070000 - Segredo de Justiça 0707855-22.2020.8.07.0000, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 19/08/2020, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 25/08/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.

TJ-SP - AI: 20991017820208260000 SP 2099101-78.2020.8.26.0000, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 21/07/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/07/2020.

TJ-SP - AI: 21829669620208260000 SP 2182966-96.2020.8.26.0000, Relator: Coelho Mendes, Data de Julgamento: 30/11/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/11/2020.

WALD, Arnoldo, **O novo direito de família** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.