

CENTRO UNIVERSITÁRIO – UNINOVAFAPÍ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

MILLENNA LARISSA BRANDÃO SANTANA
VINNY HÉLLER CONRADO LIMA RIBEIRO

GUARDA COMPARTILHADA: A possibilidade da guarda compartilhada entre pais e avós

TERESINA-PI

2021

MILLENNA LARISSA BRANDÃO SANTANA
VINNY HÉLLER CONRADO LIMA RIBEIRO

GUARDA COMPARTILHADA: A possibilidade da guarda compartilhada entre pais e avós

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Me. Vanessa de Pádua Rios Magalhães

TERESINA

2021

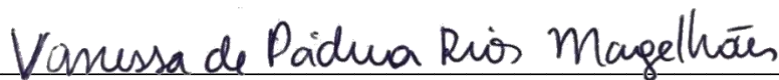
MILLENNA LARISSA BRANDÃO SANTANA
VINNY HÉLLER CONRADO LIMA RIBEIRO

Guarda COMPARTILHADA: A possibilidade da guarda compartilhada entre pais e avós

Artigo de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário UNINOVAFAPI, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Data de Aprovação: 25/05/2021

BANCA EXAMINADORA



Prof.^a Me. Vanessa de Pádua Rios Magalhães

Centro Universitário – UNINOVAFAPI

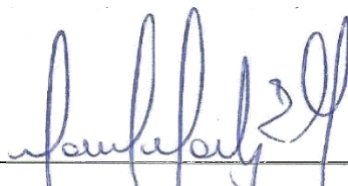
(Orientador)



Prof.^{ca} Me. Viviane Maria de Pádua Magalhães

Centro Universitário - UNINOVAFAPI

(1º Examinador)



Prof. Me. Marcelo Martins Eulálio

Centro Universitário - UNINOVAFAPI

(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a Deus, por ter me concedido saúde, força e fé, e que eu não desistisse nos momentos difíceis, obrigada Deus, por ter permitido eu chegar até aqui. Quero agradecer aos meus pais, Katia e César, pelo amor, incentivo, e por não medirem esforços para que esse sonho se tornassem realidade. A minha irmã Mônica e minha amiga Rute, por vocês terem ficado ao meu lado em todos os momentos, saibam que vocês foram muito importantes. E ao meu amigo, Rafael, por ter me ajudado no quando eu precisei.

A toda minha família, que mesmo de longe estiveram torcendo por mim.

E a minha orientadora, Vanessa Pádua, pelas correções e ensinamentos.

Meu muito obrigada!

Millenna Larissa Brandão Santana

Agradeço primeiramente a Deus, pela minha vida, e por me ajudar a ultrapassar todos os obstáculos encontrados ao longo do curso.

Aos meus pais e a toda minha família que me incentivaram nos momentos difíceis e compreenderam a minha ausência enquanto eu me dedicava para a realização deste trabalho.

Aos professores, pelas correções e ensinamentos que me permitiram apresentar um melhor desempenho no meu processo de formação profissional.

Vinny Héller Conrado Lima Ribeiro

RESUMO

O presente trabalho viabiliza uma análise acerca de um ordenamento jurídico promulgado a partir da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 que deu origem ao que se conhece enquanto guarda compartilhada que, de modo geral, refere-se a uma divisão que busca ser igualitária no que tange aos direitos e deveres de menores no contexto de dissolução de vínculos conjugais dos quais esses menores são resultantes. Para tanto, objetivamos ao longo da abordagem desse tema situar inicialmente definições que envolvem esse conceito de guarda compartilhada, bem como uma abordagem da maneira que isso se dá em relação aos próprios genitores do menor envolvido para que assim, posteriormente, possa adentrar na discussão central dessa proposta de produção que está situada a analisar a viabilidade de guarda compartilhada entre pais e avós como possibilidade possível, pontuando o que pode levar a essa decisão tanto como o que isso busca acarretar. Por sua vez, a pesquisa parte tanto de uma análise bibliográfica feita a partir de autores que voltam seus estudos a uma abordagem da temática tais como DIAS (2008), AKEL (2009), KITCH (2003) dentre outros, assim como de princípios constitucionais como artigos de leis que versam sobre a guarda compartilhada. Diante disso, esse percurso de escrita nos permitiu constatar que a guarda compartilhada se apresenta enquanto esse meio de determinar uma proteção atribuída a menores por meio de maiores que legalmente passam a ser responsáveis pelos mesmos tanto como de permitir a esses genitores e avós guardiões desses menores estarem incluídos nas vivências e decisões cotidianas referentes a esses menores.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Menores. Genitores. Avós.

ABSTRACT

The present work makes possible an analysis about a legal order promulgated from Law 11,698 of June 13, 2008 that gave rise to what is known as a shared custody that, in general, refers to a division that seeks to be equal in the that concerns the rights and duties of minors in the context of the dissolution of conjugal bonds of which these minors are the result. To this end, we aim throughout the approach of this theme to initially place definitions that involve this concept of shared custody as well as an approach of the way that this happens in relation to the own parents of the minor involved so that, later on, we can enter into the central discussion of this production proposal that is located to analyze the feasibility of shared custody between parents and grandparents as a possible possibility, punctuating what can lead to this decision as much as what it seeks to bring about. In turn, the research starts from both a bibliographic analysis made from authors who turn their studies to an approach to the theme such as DIAS (2008), AKEL (2009), KITCH (2003) among others, as well as constitutional principles as articles of laws dealing with shared custody. In view of this, this writing path allowed us to verify that the shared custody presents itself as this means of determining protection attributed to minors through adults who are legally responsible for them, as well as allowing these parents and grandparents guardians of these minors. be included in the daily experiences and decisions regarding these minors.

Keywords: Shared custody. Minors. Parents. Grandparents.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática central uma discussão que apresenta a abordagem da guarda compartilhada que é situada enquanto um ordenamento jurídico brasileiro que foi promulgado com a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008.

A promulgação dessa lei que estabelecia a possibilidade que a guarda de menores fosse compartilhada entre os genitores do mesmo, por sua vez, proporcionou uma inovação no Direito de Família brasileiro de modo que alterou códigos como os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro que viriam a colocar essa guarda compartilhada em uma guarda legal (DIAS, 2009).

Diante disso, ao longo dessa produção abordamos enquanto objetivo geral analisar como se apresenta essa possibilidade da guarda repartida no que tange ao compartilhamento dado entre pais e avós dos menores, de modo que nos possibilite discutir como essas instâncias do núcleo familiar atuam no sentido de buscar garantir a guarda e a responsabilidade atribuída a esses menores em caso de separação dos genitores dos mesmos.

No entanto, por meio desse objetivo central decorrem outras questões que são pertinentes a pesquisa, configurando assim os objetivos específicos, a saber: conceituar a guarda compartilhada a partir de autores que abordam a discussão dessa temática; perceber como se deu sua evolução ao longo dos anos e a partir das alterações sociais verificadas; estabelecer a relação entre a guarda compartilhada enquanto uma continuidade do poder familiar; examinar quais as circunstâncias e contextos que possibilita aos avós solicitar a guarda compartilhada dos netos; compreender como se dá a relação entre avós e netos no contexto em que os primeiros possuem a guarda compartilhada dos segundos.

Desse modo, discutir essa temática da guarda compartilhada se faz relevante e é de certo modo justificado do ponto de vista acadêmico, uma vez que por ser uma possibilidade situada, de certa forma, num período recente datado no ano de 2008, ainda é um tema que está em desenvolvimento e que por meio desse tema central que é guarda compartilhada apresenta várias ramificações que ainda carecem de estudos que possam alargar a discussão e compreensão sobre, a exemplo de pensar essa guarda para além do que é comumente observado que é se dando entre os pais, passando a observar, por exemplo, no caso de ser conferida aos avós enquanto um caso possível, como está situada a proposta dessa produção.

Para além disso, parte-se ainda de uma motivação situada na relevância social que deve ser conferida a temática, haja vista que a mesma é uma possibilidade de definir aos dois genitores enquanto detentores de deveres e direitos iguais no que se refere ao(s) menor(es)

fruto(s) da relação conjugal ou união estável em caso de dissolubilidade desse vínculo, onde a responsabilidade sobre os menores deve permanecer, não havendo uma cisão com o fim do relacionamento, e, para tanto, sendo a guarda compartilhada essa possibilidade bastante utilizada atualmente, de modo que quanto mais seja produzido e difundido no sentido de informar os cidadãos sobre essa questão é válido para buscar minimizar por meio dela os conflitos e hostilidades que muitas vezes possam surgir com o rompimento de um vínculo matrimonial que incide diretamente na constituição e desenvolvimento físico e psicológico dos menores envolvidos.

Assim, esse trabalho que está situado na proposta de um Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) partirá tanto de uma revisão bibliográfica por meio de autores que discutem as questões que são propostas ao longo dessa escrita tanto quanto da análise e discussão de leis que regulamentam esse sistema de guarda compartilhada, especificamente no que se refere a situação na qual aos avós aos quais ficam conferidos a guarda desses menores em caso de circunstâncias que decorram na impossibilidade que essa guarda seja compartilhada entre os próprios genitores, ou seja, os pais desses menores.

Isto posto, para melhor organização e apresentação da discussão, esse trabalho se encontra estruturado e dividido em dois capítulos, esses, por seu turno, subdivididos em tópicos. No capítulo inicial, a proposta é apresentar uma situação conceitual do que é essa guarda conceitual a partir do ponto de vista de autores que se debruçam sobre essa discussão, de forma especial no que se refere a guarda relacionada aos genitores do menor em si, bem como apresentar alguns pontos que confluíram para a elaboração e surgimento da guarda compartilhada em detrimento da guarda unilateral e por fim discutir de que modo essa guarda compartilhada acontece como essa decorrência do poder familiar.

Esse capítulo mais introdutório, por sua vez, nos dará subsídios para adentrar no capítulo seguinte no objetivo central propriamente dito elegido nesse trabalho que está situado em discutir o compartilhamento dessa guarda agora entre pais e avós, de maneira que os subtópicos desse referido capítulo abordam pontos distintos, mas ao mesmo tempo complementares para entender como se dá essa guarda entre pais e avós, as circunstâncias em que essa pode se dar os princípios constitucionais que regulamentam essa possibilidade, uma discussão de como se dá o relacionamento entre netos e avós nesse caso, dentre outros pontos.

2. GUARDA COMPARTILHADA

Ao longo desse tópico inicial, detém-se de uma discussão sobre a guarda compartilhada enquanto possibilidade e novo modelo que se apresenta para assegurar a igualdade de direitos e deveres sobre os filhos entre pais e mães divorciados, de modo que busca apresentar proporcionar uma relação do tipo harmoniosa e satisfatória para todos da família mesmo após a dissolução do vínculo conjugal.

Nesse sentido, subdividido em tópicos o capítulo buscará, com base na discussão dos autores utilizados, apresentar aspectos que vão desde a uma definição desse direito dos pais sobre os filhos que é denominada de guarda compartilhada, a sua evolução história, os casos em que essa pode ser judicialmente rompida tal como ainda a guarda compartilhada pensada em consonância ao poder familiar.

2.1. Definição

Atualmente nota-se, em vista da sociedade contemporânea que está em constante transformação, a modificações sociais que ocorrem e vão, consequentemente, trazendo efeitos inclusive as entidades familiares e suas formas de estruturação.

Dessa forma, as formações familiares no Brasil vêm ao longo dos anos sendo influenciadas diretamente por aspectos tanto legais quanto culturais que tem resultado em uma diversidade na constituição desses núcleos familiares tanto como tem acarretado efeitos também para outros aspectos relacionados à família tais como a possibilidade legal de dissolução do casamento, configurando o que conhecemos por divórcio (BARRETO, 2013).

Por conseguinte, todas essas alterações legais foram trazendo implicações outras no que tange a situação dos filhos e do direito dos pais sobre esses em caso de dissolubilidade desse vínculo conjugal, sendo algo bastante conhecido e utilizado nesse caso o que denominamos e conhecemos enquanto guarda compartilhada, mas que também pode ser apresentada a partir de outra nomenclatura, haja vista que apresenta uma série de termos que são aplicados para identificar esses arranjos.

De acordo com SANTOS NETO (1994), que parte de uma definição tendo como base os princípios jurídicos e suas determinações guarda compartilhada é definida da seguinte forma:

Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o menor, dimanados do fato de estar este sob o poder ou a companhia daquela, e da

responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação (SANTOS NETO, 1994 p. 138-139).

Ainda na tentativa de apresentação de algumas perspectivas conceituais sobre guarda compartilhada, apresenta-se ainda Bruno (2002) que em obra versa sobre essa questão e apresenta alguns dos termos que são geralmente utilizados bem como o que designa essas definições, onde segundo a referida autora:

Os termos “guarda compartilhada” ou “guarda conjunta”, e alguns outros, têm sido correntemente utilizados para designar os arranjos que se diferenciam deste por visarem a manutenção do contato e da responsabilidade compartilhada de ambos os genitores para com a criança (BRUNO, 2002, p. 17).

Esses arranjos que acima foram apresentados a partir dessa tentativa de classificação, por sua vez, determinam, guardas diferentes de modo que um dos envolvidos seja o que se pode chamar de o “genitor guardião” cabendo a outra parte exercer o direito/dever de visitas ao(s) filho(s) que se compartilha a guarda.

A esse respeito AKEL (2009) pontua:

Na guarda alternada, a criança, durante determinado período, estará submetido à guarda de um dos pais, restando, ao outro, o direito de visitas e, findo o prazo estipulado, o visitador torna-se guardião, passando, para aquele que exerceu a guarda sob certo lapso temporal, o direito de visitas (AKEL, 2009, p. 93-94).

Nesse sentido, geralmente a guarda fica conferida ao genitor que apresenta melhores condições para desempenhá-la de modo que ao genitor não guardião fique concedido somente o direito de visitas, não tendo uma convivência tão constante e diária como o primeiro.

Ainda assim, o artigo 1.121 parágrafo 2º do Código de Processo Civil vigente, conceitua o regime de visitas tendo como propósito regulamentar esse sistema de visitas:

“Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá: [...] § 2º Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com a sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos”.

Contudo, esse regime de visitas garante ao genitor não guardião o regime de visitas a partir de encontros previamente fixados, embora ainda permaneça sendo desproporcional ao genitor guardião desse filho(a). E é justamente esse ponto que tem levado a novos debates.

Essa guarda, por sua vez, ainda conforme BRUNO (2002) pode romper em alguns casos específicos com a ideia de ser atribuída a somente um dos genitores, à medida que a autora verifica e apresenta a possibilidade abaixo descrita:

Independente da observação destes autores, encontramos diversas expressões para designar arranjos de guarda que rompem com a guarda atribuída a apenas um dos genitores. Para fins deste texto decidimos classificar tais expressões em dois grupos: um grupo de termos que definem arranjos onde ambos os genitores exercem a guarda de todos os filhos (que chamaremos de “guarda não dividida”), e outro grupo onde se define o arranjo em que cada genitor exerce a guarda de um (ou de alguns) dos filhos (BRUNO, p. 22, 2002).

Com base nas constatações feitas acima, pode-se considerar que essa guarda compartilhada não se dá somente de uma maneira, mas pode ser definida a partir de acordos estabelecidos pelas relações entre os ex-cônjuges.

Logo, se todos esses processos são legalmente definidos, há possibilidades de outra hipótese diferente da acima apresentada ser verificada à medida que possa haver formas de visitas mais amplas, uma vez que essas variam muito do nível de extensão do conflito que envolve os genitores separados.

Mesmo com isso, o que geralmente ocorre é que quando há a ruptura do casamento ou da união estável as decisões que eram tomadas em conjunto pelos pais que moravam juntamente com o(s) filhos(s) embaixo do mesmo teto passam a se dar, a partir de então, de maneira “desdobrada”, isso se dá a medida que há uma espécie de repartição no que tange os direitos e deveres sobre os filhos por parte do pai e mãe.

O fato é que, com base no Art. 1.634 da Lei 13. 058 de 22 de dezembro de 2014 que estabelece o significado da expressão guarda compartilhada enquanto aplicação de responsabilidade igual dos genitores em relação aos filhos, ainda de maneira dividida esses primeiros devem exercer direitos e deveres integrais em relação aos últimos, de modo que goze das mesmas responsabilidades, determinando o artigo mencionado os seguintes pontos:

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 (dezesesseis) 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;
X - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (NR)

Logo, com base na análise desse artigo da Lei 13. 058 constata-se que é possível pôr fim a relação conjugal, o que não se aplica da mesma forma para os filhos decorrentes dessa situação, tendo em vista que questões referentes aos mesmos permanecem competindo aos pais, independente do vínculo que hoje esses estabeleçam, isso se dá porque o Código Civil Brasileiro vigente, em seu artigo 1630, dispõe que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

2.2. Evolução histórica

Como já introduzido no debate do tópico anterior, o ordenamento jurídico pátrio adota, em sua maioria, o sistema de guarda unilateral sobre os filhos decorrentes de uma união que foi judicialmente desfeita. De modo que a criança fica sob a guarda de um dos cônjuges, escolhido por uma série de critérios, enquanto ao outro é atribuída a obrigação financeira para ajudar no sustento e educação desses filhos.

Contudo, o que ocorre é que as transformações que com bastante frequência vem acontecendo no modelo familiar faz com que, em alguns casos, esses sistemas de guardas não sejam mais eficazes nem suficientes para dar conta de atender as novas situações familiares emergentes que vem ao longo da história evoluindo, apresentando rupturas ao que era verificado anteriormente.

Diante disso, Canezin (2008) apresenta que diante das inovadoras situações familiares vividos em fase da separação dos casais, muitos optam pela adoção de um sistema de guarda que inclui a participação mais justa e equilibrada de ambos os cônjuges no que se refere a educação e cuidado dos filhos.

Essa percepção e necessidade detectada por alguns pais, nesse caso, substituiu a guarda unilateral onde havia o tradicional sistema de visitas, geralmente ficando a cargo do pai, ficando a mãe na função de tomar todas as decisões sobre a vida da criança, pela guarda compartilhada onde ambos passavam a gozar das mesmas prerrogativas no que tange as responsabilidades dos filhos.

Essa necessidade de alteração pode ser percebida a partir de vários fatores possíveis a depender do ponto de vista de quem o analisa. Autoras como Canezin (2008), apresenta indícios com base nas pesquisas realizadas de que essas mudanças se deram porque o sistema unilateral de guarda privilegiada, na maioria dos casos, a mãe por meio do contato mais direto e frequente com os filhos em detrimento dos pais, o que decorria em prejuízos tanto de ordem emocional quanto social aos filhos quanto nos pais devido esse enfraquecimento dos laços amorosos entre ambos.

Contudo, mesmo sem anular o efeito desses pontos defendidos pela autora na prevalência dessa guarda compartilhada em razão da guarda unilateral, sentimentos a necessidade de acrescentar pelo menos mais um outro que pode ter contribuído, diretamente ou mesmo indiretamente, para essa divisão de deveres sobre os filhos mais equilibrada que é a questão da emancipação feminina que se apresenta, inclusive, a partir da busca incessante de uma equidade maior entre os gêneros.

Essa luta feminina acima mencionada pode e possivelmente tenha decorrido numa percepção de que geralmente a mulher, em caso da dissolubilidade de casamentos entre pessoas de opção sexual hétero, ficava delegada as maiores atribuições em relação aos filhos, inclusive no que tange ao cuidado diário que essa deveria empregar em prol desses, enquanto que o homem, e pai, ficaria nessa mesma divisão bem como mais desprendido de obrigações cotidianas de modo que pudesse gerenciar sem grandes impedimentos outros âmbitos da sua vida como o trabalho, por exemplo.

Esse novo modelo de guarda vigente em que é compartilhado as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho menor, por seu turno, foi originado na Inglaterra por volta da década de 60.

A partir desse pontapé originário, então, esta foi se expandindo por todo o continente europeu, iniciando-se na França até chegar ao Canadá e aos Estados Unidos da América o que levou a, posteriormente, se espalhar por todo o continente da América Latina, se tornando, inclusive, a opção mais escolhida pelos pais divorciados da América do Norte (VIEIRA, 2017).

Já no que se refere ao Brasil, especificamente, ainda segundo Vieira (2017) essa noção de guarda compartilhada ou ainda a possibilidade da mesma emergiu a partir “da Lei nº 6.515/77 que instituiu o divórcio. Em seu art. 27, diz que os pais continuam com os mesmos “direitos e deveres em relação aos filhos”. ” (VIERIA, 2017, p. 4).

Em suma, com base na historicização que foi sendo estabelecida em relação a criação, utilização e expansão da guarda compartilhada corroboramos com o apontado por Canezin (2008) ao destacar que esse tipo de guarda teve enquanto principal objetivo:

Atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e filhos, com a guarda compartilhada, pois mantém pai e mãe envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto (CANEZIN, 2008, p. 3).

Por meio disso, verifica-se que essa guarda compartilhada busca conferir direitos e deveres de forma mais igualitária no que se refere aos genitores separados.

2.3. Guarda compartilhada como decorrência do poder familiar

A questão da guarda compartilhada decorre, de forma direta, no exercício de poder familiar competente aos pais a partir do ponto que a situa não como meramente o exercício de uma autoridade sobre a vida dos menores, mas sim um encargo imposto pela paternidade e maternidade decorrente da própria forma da lei.

Ainda nesse sentido da decorrência do poder familiar a partir desse tipo de guarda, Canezin (2008) estabelece que:

É através deste poder-dever que os pais mantêm os filhos em sua companhia, proporcionando-lhes proteção, educação, afeto, amor, alimentos, enfim, preparando-os para que possam se desenvolver como pessoas e serem cidadãos capazes de exercer seus direitos e obrigações (CANEZIN, 2008, p. 3).

Logo, com base nessas determinações, pode-se considerar que a guarda compartilhada se apresenta como esse meio indispensável para a efetivação do poder familiar. Ressalta-se que ainda com base nessas determinações, inicialmente destina-se a assistência material do menor, tendo em vista aspectos relativos a educação e desenvolvimento saudável do mesmo.

Assim, isso leva a considerar que compreende o direito da guarda justamente também esse direito de vigilância, uma vez que é concedida aos pais a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem legalmente os detenha, de vigiar-lhe as amizades e convivências, proibir a frequência dos mesmos em certos lugares prejudiciais à sua saúde e moral, ou seja, em outras palavras exercer os deveres que assegure o cuidado a esses menores.

A partir disso, mesmo em casos onde verifica-se uma distância física dos lugares onde os ex-cônjuges residem segundo o ponto de vista de Lôbo (2009) ainda é possível, e mais que isso é necessário, que se cumpra a principal finalidade da guarda compartilhada que, ainda segundo o mesmo autor, é a de conceder igualdade nas decisões referentes ao menor e a corresponsabilidade dos genitores:

A guarda compartilhada tem por finalidade essencial a igualdade na decisão em relação ao filho ou coresponsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais. Consequentemente, não há impedimento a que seja escolhida ou decretada pelo juiz, quando os pais residirem em cidades, estados, ou até mesmo em países diferentes, pois as decisões podem ser tomadas a distância, máxime com o atual desenvolvimento tecnológico das comunicações (LÔBO, 2009, p. 178).

Por meio disso, pode-se constatar que essa guarda compartilhada se apresenta à medida que está situada enquanto uma decorrência do poder familiar e espera-se que seja realizada afim de reduzir as desavenças que possivelmente possam haver entre os ex-cônjuges, de modo que seja mantida a continuidade da relação entre pais e filhos, para além de não expor o menor a conflitos que decorram do fim dessa relação conjugal.

3. A POSSIBILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA ENTRE PAIS E AVÓS

3.1 Evolução do Direito Brasileiro

Em meados de 1916, uma época machista, o Código Civil Brasileiro visava o pátrio poder, no entanto, o que prevalecia era apenas a opinião paterna, pois a sociedade tinha os homens com “o cabeça”.

Com o passar dos anos, as mulheres foram adquirindo gradativamente mais forças no meio dessa sociedade machista, trazendo assim uma grande evolução no direito brasileiro. Com tais evoluções a Constituição Brasileira de 1988 outorgou a igualdade de gênero, que consta no art. 226, § 5º: 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.

Dessa forma, para se adequar as novas regras constitucionais, foram feitas algumas mudanças no Código Civil de 1916. De acordo com Silvo de Salvo Venosa:

O poder familiar não é o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrendo da lei (...) na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, renunciáveis e inafastáveis da paternidade e da maternidade (VENOSA, 2003, p. 355).

O termo “pátrio poder” deu espaço à expressão “poder familiar” com a chegada do novo Código Civil de 2002, visto que o Poder Familiar é uma função exercida em conjunto, entre

mãe e pai, de forma bilateral, buscando sempre benefícios para o menor. Diferente do pátrio poder onde os direitos e deveres eram apenas poder de mando paternal.

3.2 Lei 12.398/11

A lei 12.398 de 28 de março de 2011, trouxe alterações em relação às visitas, incluindo os avós. Para que os avós tenham direito a visita e a guarda dos netos. Dessa forma, foi adicionado ao artigo 1.589 do código civil, o parágrafo único, e o VII, no artigo 888 do Código Processo Civil. Houve uma nova norma, que foi dada pela presidente da república, onde o juiz vai determinar as visitas, mas claro, que sempre prezando o melhor interesse da criança e do adolescente.

Observa-se:

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

Parágrafo único. *O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.*

Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós (redação anterior: a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita)

Percebe-se que os avós vêm tendo mais envolvimento nas relações com seus netos, mesmo quando tem ou não conflito entre os pais e os mesmos, não podem assim os pais interferir na relação entre avós e netos. Pois o contato diário, traz diversos benefícios, como ensinamentos, apoio e amor, de uma forma que só os avós sabem.

No entanto, em alguns casos os avós se veem obrigados a entrarem na justiça, para que tenham o direito a visitas. E o poder judiciário vem cada vez mais entendendo que essa relação entre avós e netos é importante.

Observa-se o julgado:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITA AVOENGA. CONVIVÊNCIA DO MENOR COM AVÓS MATERNOs. BENEFÍCIO PARA O NETO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. VISITA EM FINEIS DE SEMANA ALTERNADOS. RECURSO DESPROVIDO. – Por ser indispensável a presença avoenga na vida da criança, com evidente contribuição para sua formação e desenvolvimento, deve ser reservado aos avós o direito de visitá-la de forma a infundir no neto o conceito de tutela e convívio familiar.

– A regulamentação do direito de visita deve propiciar ao neto a proximidade com os avós, mas deve preservar em primeiro lugar o interesse da criança, de modo que as visitas estabelecidas devem ocorrer em finais de semana alternados. – “Quod plerunque fit” o direito de visita que se garante ao ascendente tocante a seu descendente não está sujeito a regras pré-fixadas, devendo aquele direito obediência ao prudente arbítrio judicial, prestigiando sempre o interesse do menor e a coesão do núcleo familiar (TJ-MG – AI: 10459120005010001 MG, Relator: Belizário de Lacerda, Data de Julgamento: 11/06/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/06/2013).

Não sobeja dúvidas, a importância das visitas dos avós para seus netos, frisando assim a relevância da participação, para não haver danos, para os avós e nem para os netos.

3.3 ECA

A convivência na Constituição Federal está prevista no artigo 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente está no artigo 19, que endossar a convivência. Pois o normal, é que a criança e o adolescente vivam com sua família, como fala no princípio da dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, inciso III, da Constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Venosa, ressalva que:

Dá a comprovação do direito á vida, educação, liberdade, cultura.
 (...) a família não é considerada uma pessoa jurídica, pois lhe falta evidentemente aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família.

O primeiro contato das crianças geralmente acontece com sua família, e assim com o decorrer do tempo sua personalidade irá sendo moldada. Mas, em alguns casos, as crianças e os adolescentes não residem com sua família, conforme previsto no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta.

Então, não há dúvidas que as crianças e os adolescentes adquirem a cidadania com a família, pais ou avós, ou com uma família substituta. Pois, é no meio de uma família, que as crianças se encontram, e vivem felizes.

3.4 Relações entre avós e netos

A constante evolução na sociedade atual, para ser mais preciso no âmbito familiar é bastante notória, pois no cenário jurídico já pode ser reconhecido diversos tipos de família. Sendo prezado sempre o melhor interesse do menor.

Como já foi citado, as relações avoengas têm ganhado bastante destaque nos últimos anos. Visto que há muito tempo os avós deixaram de ser apenas figurantes, passando a ter um papel bem mais importante na vida dos netos. Tornando seu papel cada vez mais importante na área do Direito da Família. Tendo como principais assuntos abordados: a regulamentação de visitas, guarda dos netos e alimentos para os netos.

Os temas citados acima têm como objetivo garantir o direito de convivência entre avós e netos, e de compartilhar a guarda, ocorrendo na ausência de um ou ambos genitores, tornando-se assim responsáveis pelo sustento e criação do menor.

Para o equilíbrio da estrutura familiar, é importante preservar o convívio entre avós e netos. No entanto, tempos atrás a legislação brasileira não dava importância para tal relação, pois, os avós eram vistos na maioria das vezes como incapazes de participar do cotidiano dos netos.

Porém, a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, garante aos avós o direito de visitas, ressalta-se, ainda, que a Lei dispõe sobre alienação parental, envolvendo os avós, de forma ativa e passiva. Mudando assim as opiniões retrogradadas. A alienação parental se dá com “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”, conforme o art. 2º da Lei nº 12.318/2010.

Como aponta o artigo 1.698 do Código Civil:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Dessa forma, fica expressa a obrigação de forma subsidiária dos avós a serem cobrados os alimentos. Pois, tais direitos e obrigações são reconhecidos pelo sistema jurídico, no que diz respeito a relação avoenga.

3.5 O melhor interesse da criança e do adolescente

Há 70 atrás já se adotava o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no extinto código de menores em seu artigo 5º:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Tal princípio se aplica nos processos de adoção, guarda, tutela e direito à visitação de pais e avós. Gama (2008), em seu livro discorre a importância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nas relações em que o filho é considerado sujeito de Direito, deixando de ser considerado objeto. Modificando assim as relações familiares, e corrigindo a ideia de a sociedade inferiorizar o papel do menor na família e na sociedade.

É de suma importância a análise sobre o caso, buscando sempre o melhor a ser feito para o menor, tomando cuidado com cada conduta relacionada a criança e ao adolescente, para que não haja danos futuros em sua formação. Tendo em vista que o princípio aqui discutido será sempre aplicado de acordo com a constituição federal e dos demais protetores das crianças e dos adolescentes.

3.6 Princípio constitucionais

Com a Constituição Federal de 1988, veio vários princípios, como: princípio do pluralismo das entidades familiares, da afetividade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proteção integral às crianças e aos adolescentes. Esses princípios serão adequados a cada caso, pois, cada caso é único, e isso é feito pelos operadores do direito.

Como Maria Berenice Dias, diz: que os pais devem ser informados sobre o sentindo da guarda compartilhada, para que os pais, avós estejam mais presentes na vida da criança e do adolescente. Tendo em vista, sempre o melhor para o menor.

A aplicabilidade da guarda compartilhada, com os princípios, pois os mesmos, servem de centro para o Direito, que sobre algumas mudanças, em relação a família.

No princípio do pluralismo familiar, é conhecido pelas possibilidades de formas de famílias, pois, ele é permitido pelo casamento, ou pela união estável, e por outras formas de entidades. Mas, sempre respeitando o princípio da dignidade humana.

Nos tempos de hoje, a família não precisa ser necessariamente constituída por pai, mãe e filhos. A família moderna tem diversos tipos, como: avós que criam netos, padrastos que tem paternidade afetiva, como outros exemplos.

Princípio da afetividade, esse princípio está implícito na constituição federal. É um princípio que não é rígido e nem definitivo, pois depende muito da situação, serve para harmonizar as relações socioafetivas. O afeto é a base para crescimento de qualquer ser humano, como o amor, o respeito.

Maria Berenice Dias em sua obra, Manual de Direito das famílias diz:

“A afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. [...] O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Mesmo que a palavra afeto não esteja ligada no texto constitucional, a constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção” (DIAS, 2015, p. 52).

O princípio da igualdade é usado em dois sentidos, que é: perante a lei e na lei. Está previsto no artigo 5º da constituição federal de 1988, este princípio tem finalidade de impedir distinções, discriminações e privilégios injustificáveis. Pois, perante a lei todos são iguais, sem distinções de qualquer natureza. Como diz, Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social. (MORAES, 2002, p. 65).

Princípio da dignidade humana é a garantia da necessidade de cada ser humano. Está previsto no artigo 1º, inciso III, da constituição federal, com o intuito de defender o ser humano, e busca o desenvolvimento de toda a família, para que o mesmo viva com dignidade. Pois tal princípio, é a base de todos os direitos constitucionais, é o mais universal de todos os princípios.

Neste sentido, posiciona-se Pelegrini (2004, p. 05) “o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão frequentes à sua dignidade”.

O princípio da proteção integral às crianças e aos adolescentes é voltado para a proteção da criança e do adolescente, que tem como intuito de mostrar que as crianças têm direitos, em frente ao estado, a sociedade e a família.

3.7 Espécies de guarda

No direito brasileiro, há três tipos de guarda, que são: guarda unilateral, compartilhada e alternada. Como consta no art. 1.583 do Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II – saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III – educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º (VETADO) . (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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 (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

A guarda unilateral, é dada para uma pessoa só. Para a escolha dessa pessoa, precisa ser de forma segura, para o melhor do menor, e não há perda do poder familiar, pois qualquer parente poderá ter a guarda unilateral.

A guarda compartilhada será aplicada de acordo com cada caso, já que na maioria das vezes é difícil entrar em um acordo quando há conflito entre as partes. Sendo este um ponto muito importante a qual o juiz e o promotor público observam. Já que seria total inviável conceder a guarda de um menor a uma família onde não existe harmonia. E a guarda fica com duas pessoas, para ter um equilíbrio familiar, sempre tendo em vista o melhor para a criança ou adolescente. E na guarda alternada, ela é a menos apropriada, pois a vida da criança fica uma bagunça. Pois a criança mora um tempo na casa da mãe e outro na casa do pai. Se os pais não forem organizados, se torna uma grande bagunça.

3.8 Guarda compartilhada entre pais e avós, é possível?

Nos últimos anos houveram mudanças na formação da família brasileira, por isso que é importante falar sobre a guarda compartilhada entre pais e avós. No artigo 226 da constituição federal em seus parágrafos, é reconhecido as espécies de entes familiares, no entanto, há outros tipos, que estão expressos no caput.

A sociedade está acostumada com o cenário em que seus respectivos direitos e obrigações legais são atribuídas aos genitores em relação aos seus filhos. No campo de obrigações dos avós, em relação aos netos, precípua a obrigação alimentar. Contudo, é importante lembrar que o termo “alimentos” não está relacionado apenas à comida, tal obrigação vai muito além disso. Como explica Lourenço Mario Prunes:

[...] a prestação fornecida por uma pessoa a outra, para que atenda às necessidades da vida, podendo compreender comida, bebida, tecto para morar, cama para dormir, medicamentos, cuidados médicos, roupas, enxoval, educação e instrução, etc., sendo proporcionada no geral em dinheiro, cujo quantum corresponde às utilidades mas podendo igualmente ser fornecido em espécie. Prunes (1976, p.29)

Uma situação na qual é recorrente a transferência da obrigação alimentar dos avós, por problemas financeiros ou falecimento do pai. Porém, é possível observar que tal obrigação possui certa particularidade no que concerne o encargo alimentar, expressos no artigo 1.698 do código civil:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Com fundamento no artigo mencionado pode se observar que tal responsabilidade é corriqueira, isto é, de regra o dever de fornecer alimentos, ao menor, é dado aos seus pais, de forma primária, e sendo subsidiária dos avós. À vista disso, já existe caso julgado acerca das obrigações avoengas em relação à alimentos:

Acórdão: Recurso Especial n. 658.139-RS(2004/0063876-0). Relator: Min. rel. Fernando Gonçalves. Data da decisão: 11.10.2005.

EMENTA: CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA. 1 - A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.” 2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3 - Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda. 4 - Recurso especial conhecido e provido.

É importante frisar que a obrigação alimentar avoenga se trata de uma particularidade complementar, ou seja, à vista disso os avós só serão convocados para suprir com as obrigações alimentares do menor em caso de insuficiência dos pais. Não sendo permitido pelo sistema jurídico brasileiro o pedido de “pensão direta”.

No artigo 230 da constituição federal, declara especiais e frágeis condições em relação aos idosos, estabelecendo que os mesmos não devem ser deixados de lado ou esquecidos, garantindo ainda proteção e direito de visita aos netos. Direito esse, lamentavelmente, assegurado a pouquíssimo tempo com a criação da lei nº 12.398 de 2011.

Parágrafo único, do artigo 1.589 do código civil, da lei nº 12.398 de 2011, salienta tal importância:

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

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011).

Tal garantia era apenas reconhecida pela jurisprudência e doutrina, não havendo previsão legal expressas.

Como já citado o magistrado, terá sempre que atender o melhor interesse do menor com o intuito de sempre estimar que o menor tenha o crescimento saudável.

Com a presente problematização, começa-se ressaltando que a guarda compartilhada entre pais e avós não tira a responsabilidade dos genitores para com o menor, pois a guarda compartilhada é a mais correta para o sistema Brasileiro, deixando explícito que a guarda conjunta trará responsabilidades iguais pela condução da vida do infante. Cabendo ressaltar que mesmo se tratando de guarda compartilhada entre pais e avós não retira a suma importância da participação ativa da criação do menor por parte do genitor, mesmo quando não possui a custódia. Isto é, os deveres alimentícios dos pais continuam mesmo com o menor morando com os avós.

Sempre pensando no melhor interesse da criança e do adolescente, quando é acordado o regime da guarda compartilhada, pois deve sempre ser priorizado o crescimento do menor.

Na jurisprudência atual podemos observar, que a maior parte dos casos, são os avós que vão a justiça, para a solicitação da guarda compartilhada. Casos esses, que o menor já mora com os avós, e os avós só querem garantir o direito da criança e do adolescente.

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA E RESPONSABILIDADE DE ADOLESCENTE - DISPUTADA ENTRE A GENITORA E OS AVÓS MATERNOS - GUARDA DE FATO EXERCIDA PELOS AVÓS HÁ MAIS DE 15 (QUINZE) ANOS - MANIFESTO INTERESSE DA ADOLESCENTE DE PERMANECER NO LAR AVOENGO - POSSIBILIDADE (ECA, ART. 33, § 2o)- REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE VISANDO O SEU BEM ESTAR FÍSICO E MORAL. Apelo desprovido.

1. A Lei no 8.069/90 (ECA), instituiu o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e sem afastar de modo algum a responsabilidade afetiva dos genitores, independentemente de estarem ou não cuidando diretamente do menor, permite atribuir a sua guarda inclusive a terceiros, excepcionalmente, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares como na espécie, de regularização da situação fática preexistente, na forma do disposto no seu artigo 33, parágrafo 2o.

2. Na situação peculiar em que a mãe deixou a filha aos cuidados dos avós maternos desde o nascimento, por não reunir condições de cuidá-la adequadamente, é possível assegurar àquela os benefícios advindos da guarda de fato sedimentada ao longo dos 15 (quinze) anos de convivência avoenga. Não se cogita da destituição da mãe do pátrio poder, nem tampouco de privá-la do convívio de sua filha, mas apenas de adequar a situação vivenciada há anos, mantendo o status quo mais compatível com o interesse da adolescente.

No entanto, quando a guarda compartilhada não tem o intuito do melhor interesse do menor, os tribunais não aceitam o pedido, pois sempre é visado o bem-estar da criança. Como por exemplo quando pedem a guarda compartilhada, para fins previdenciários. Como podemos ver a decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PEDIDO DE GUARDA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS FORMULADO PELA AVÓ MATERNA.

1. Se a criança está e sempre esteve sob a guarda de fato e de direito da sua mãe, ou de seus pais, embora contando com o amparo da avó, descabe promover a alteração da guarda, pois a finalidade é assegurar a assistência previdenciária.

2. O instituto da guarda destina-se à proteção, em situação emergencial, da criança ou do adolescente que se acha privado transitoriamente da proteção moral e material, bem como da vigilância dos pais, ficando na posse de fato de terceiro, o que não se configura nos autos. Recurso provido.

(Apelação Cível No 70068876093, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/06/2016).

Sendo solidificado pelo STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR. PRETENSÃO FORMULADA PELOS AVÓS PATERNOS. RECONHECIMENTO PELA CORTE DE ORIGEM DO EXERCÍCIO REGULAR DA GUARDA PELO PAI, QUE RESIDE COM O SEU FILHO. ATRAÇÃO DO ENUNCIADO 7/STJ. FINALIDADE MERAMENTE PREVIDENCIÁRIA. INADMISSIBILIDADE.

1 - Pedido de guarda formulado pelos avós paternos com fins meramente previdenciários.

2 - Reconhecimento pelas instâncias de origem da regularidade da situação da criança, que reside normalmente com seu pai.

3 - Tentativa de desvirtuamento do instituto da guarda regulado pelo art. 33, e seus parágrafos, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

4 - Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

5 - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(STJ - REsp: 1297881 MG 2011/0297308-7, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2014)

O que fica claro que se o menor não esteve sempre com os avós, o pedido não será aceito pelo o juiz, pois fica subentendido que era apenas para fins previdenciários. Dessa forma, não há possibilidade de guarda compartilhada já que é de direito dos genitores, sendo apenas permitida na falta de recursos e quando o infante já reside com os avós, ou por conta do falecimento dos pais.

Diante disso, podemos perceber que a guarda compartilhada entre pais e avós, que é uma medida excepcional, como supracitado a cima os avós responsabilizam-se com o cuidado para com o neto. Pois nem em imaginação, o menor, poderá ficar abandonado, sendo concedida a guarda a quem tem melhores condições de criação para o infante.

CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado ao longo das páginas acima, pode-se chegar a alguns apontamentos que serão apresentados em forma de conclusão, embora essa não pretenda se dar enquanto pronta e inquestionável, mas como resultados possíveis que a discussão foi nos proporcionando até então.

Inicialmente, constata-se que a elaboração da guarda compartilhada enquanto um ordenamento jurídico é, também de certo modo, decorrente das transformações sociais e culturais que vamos vivenciando ao longo dos tempos, uma vez que a constituição e manutenção da família enquanto núcleo social vem sofrendo modificações, dentre as quais destacamos a formação da família pela via matrimonial não mais somente enquanto uma obrigação moral ligada a ideia religiosa, mas sim a partir de vínculos afetivos desprendidos de uma ideia de normatização tal como a possibilidade de dissolubilidade desses casamentos através do divórcio (PEREIRA, 2004).

Logo, por meio disso, a possibilidade da guarda compartilhada viria a ser essa solução viável para diminuir os conflitos resultantes do fim desses relacionamentos haja vista que essas pessoas ainda precisavam ter uma relação minimamente respeitável e cordial uma vez que os menores que são frutos dessas relações permanecem, ou pelo menos deveriam permanecer, sendo responsabilidade de ambos, de modo igual.

Nesse sentido, essa lei surgiu em decorrência da necessidade de garantir que esses pais e filhos mantenham essa convivência familiar mesmo após a separação dos genitores tendo em vista que isso traz implicações diretas para que esse (s) filho (s) cresçam sadios e livres de traumas psicológicos, além do fato de permitir aos genitores o direito de participar ativamente do processo de desenvolvimento do menor e decidir sobre as questões referentes a este.

Contudo, se faz necessário ponderar ainda que levando em conta o contexto atual onde é cada vez mais frequente a dissolução do vínculo conjugal bem como a formação diversificada do que é compreendido enquanto família é preciso considerar a presença e o papel dos avós mediante essa situação de resolução da guarda compartilhada.

Para esse caso específico acima mencionado, foi possível observar que exige a possibilidade de a guarda compartilhada ser estabelecida entre os pais e avós, simultaneamente.

Para tanto, alguns casos específicos podem ser considerados para que a avó, o avô ou ambos possam ter direito a guarda do menor, dentre esses um que é inclusive dos casos mais comuns conforme verificado é o fato de que essa avó, por exemplo, conviva com o neto desde o nascimento do mesmo, havendo esse vínculo.

Logo, com base nos autores analisados e nos princípios constitucionais que regem essa possibilidade concessão da guarda compartilhada aos avós, compreende-se que isso se dá com o consentimento dos pais e a partir de então é motivo um processo judicial em que é conduzido a decisão.

Em suma, é verificado no que se refere à guarda compartilhada, seja essa entre pais ou entre pais e avós, que possui uma mesma finalidade que é a de assegurar aos menores

envolvidos em um vínculo conjugal desfeito que ainda nesse contexto esses possam ter os seus direitos garantidos, inclusive no que tange ao cuidado de maiores responsáveis.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I, 2013.

BRUNO, Denise Duarte. Guarda Compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n.12, 2002.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: IBDFAM, nº. 28. 2008.

CANÍSIO KITCH, Bruno. **Direito de alimentos e assistência familiar**. ed. Campinas: Agá Juris, 2003, p. 53.

CONSULTOR JURÍDICO. Obrigação de pagar pensão não passa automaticamente de pais para avós. **Revista Consultor Jurídico**, 25 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/pensao-nao-passa- automaticamente-pais-avos-stj>>. Acesso em: 04 mai. 2021.

DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada. **Revista jurídica consulex**. Brasília, DF: consulex, v. 12, n.275, 30 de junho 2008, p. 26.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 528.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: Obrigações**. ed. Caxias do Sul: Educs, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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. 78.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.<https://www.google.com.br/amp/s/lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2664631/lei-n-12398-11-direito-de-visita-se-estende-aos-avos/amp>

Lei n 12.318, de 26 de agosto de 2010

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7ª.ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Imprensa: São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1994. Descrição Física: 221 p.

VENOSA, Silvio de salvo. **Direito civil**: direito de família. 7. Ed. São Paulo: atlas, 2007.

VIEIRA, Sylvia. A guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. **JUS**, 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58322/a-guarda-compartilhada-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 12 de maio, 2021.

DECLARAÇÃO

Declaramos para os devidos fins, que o projeto de pesquisa intitulado: **“Guarda Compartilhada: A Possibilidade da Guarda Compartilhada Entre Pais e Avós”**, dos discentes **Millenna Larissa Brandão Santana** e **Vinny Héller Conrado Lima Ribeiro**, orientados pelo **Prof. Me. Vanessa de Pádua Rios Magalhães**, foi cadastrado na Coordenação de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação, **sob o processo nº 25/2021**.

Teresina, 17 de
maio de 2021



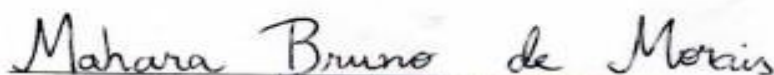
Profa. Dra. Adélia Dalva da Silva Oliveira
Coordenadora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
do

Centro Universitário
UNINOVAFAPI

DECLARAÇÃO DE REVISÃO ORTOGRÁFICA

Eu, professora Mahara Bruno de Moraes, portadora do R.G 3.645.491 e CPF 064.638.143-18, graduada em Letras Português e Literatura pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA, declaro para o Centro Universitário – UNINOVAFAPI que revisei o Artigo de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito intitulado “**GUARDA COMPARTILHADA: A possibilidade da guarda compartilhada entre pais e avós**”, dos alunos **Millenna Larissa Brandão Santana e Vinny Héller Conrado Lima Ribeiro**. Declaro ainda que o presente Artigo encontra-se de acordo com as normas ortográficas e gramaticais vigentes.

**Teresina, 17 de maio de
2021.**



Profa. Mahara Bruno de Moraes

FICHA CATALOGRÁFICA

S231g Santana, Millenna Larissa Brandão.

Guarda compartilhada: a possibilidade da guarda compartilhada entre pais e avós. Millenna Larissa Brandão Santana; Vinny Héller Conrado Lima Ribeiro. – Teresina: Uninovafapi, 2021.

28. p.; il. 23cm.

Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNINOVAFAPI, Teresina, 2021.

Catálogo na publicação

Antonio Luis Fonseca Silva– CRB/1035

Francisco Renato Sampaio da Silva – CRB/1028