

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ  
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Samuel Cardoso Nunes Cordeiro

**GUARDA COMPARTILHADA COM OS AVÓS EM FAMÍLIAS MONOPARENTAIS**

BELÉM

2018

Samuel Cardoso Nunes Cordeiro

**GUARDA COMPARTILHADA COM OS AVÓS EM FAMÍLIAS MONOPARENTAIS.**

Trabalho de Curso (TC) apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Bruno Brasil de Carvalho

**BELÉM**

2018

Samuel Cardoso Nunes Cordeiro

## **GUARDA COMPARTILHADA COM OS AVÓS EM FAMÍLIAS MONOPARENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Banca examinadora:

Apresentado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

\_\_\_\_\_ - Orientador  
**Prof. Msc. Bruno Brasil de Carvalho**  
Centro Universitário do Estado do Pará

\_\_\_\_\_ - Examinador (a)  
Centro Universitário do Estado do Pará

À minha família e amigos.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais Tânia e Afonso, e minha tia Dinalva, por tornarem tudo isso possível e por me incentivarem sempre na busca de meus sonhos e a manter-me forte nas lutas diárias travadas ao longo desses vinte e um anos de vida.

À meu orientador e professor Bruno Brasil, pelos ensinamentos acadêmicos e de vida, por ter ajudado a formar parte dos meus princípios e por ter acreditado em mim quando nem eu mesmo acreditava.

À Justiça Federal pelo aprendizado prático.

A todos os meus colegas de turma que se tornaram amigos no decorrer do curso, por terem tornado essa caminhada árdua mais leve.

Meus mais sinceros agradecimentos.

“Palavras são, na minha não tão humilde opinião, nossa inesgotável fonte de magia. Capazes de ferir e de curar.”

(J.K. Rowling)

## RESUMO

A presente monografia trata da problemática da relação entre avós e netos na atual conjuntura do Direito de Família brasileiro, perpassando pela atual lógica da afetividade como norteadora das relações familiares. A discussão inicia-se no âmbito da guarda, sobre qual atende melhor os interesses dos menores, tendo em vista a transição sofrida pelo direito civil nos últimos cem anos e principalmente nos últimos dez anos com as leis de guarda compartilhada (Lei 11698/08 e 13.058/14). Em seguida a discussão se atém aos direitos e deveres entre avós e netos, e seu novo enfoque com base na complexa atualidade do Direito de Família, com reconhecimento de novas formas de família e o enfoque na liberdade individual das pessoas. Por fim trata dos tipos de famílias abarcados pela Constituição da República de 1988, com enfoque na defesa do menor e a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada dos menores entre avós e pai de família monoparental.

**Palavras chave: Guarda compartilhada. Família monoparental. Afetividade.**

## **ABSTRACT**

This monograph deals with the problematic of the grandparents and grandchildren relationship on current conjuncture of Brazilian law, passing through the current logic of affectivity as guiding of family relations. The discussion begins with guardianship, about which one fits better the interests of the children, due to the progression suffered by law in recent years and especially on the last ten years with shared custody laws (Law 11698/08 and 13.058/14). That is followed by a debate on the rights e responsibilities between grandchildren and grandparents, based on the new relevance of the complex reality of Family Law today, with the new ways of creating a family and focus on the individual freedom of the people. Lastly there is a debate about the numerous kinds of families brought to us by the 1988 Constitution, focusing on the defense of the minor and a possibility of application of shared custody of minors between grandparents and single parent.

**Keywords: Shared custody. Single parent family. Affectivity.**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 GUARDA</b> .....	12
2.1 TIPOS DE GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	16
2.1.1 <b>Guarda Compartilhada</b> .....	16
2.1.2 <b>Guarda unilateral</b> .....	19
2.1.3 <b>Guarda alternada</b> .....	21
2.2 TRANSIÇÃO DOS INSTITUTOS DE GUARDA, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À ATUALIDADE.....	22
2.3 TRANSIÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA COM O ADVENTO DAS LEIS 11.698/2008 E 13.058/2014.....	25
<b>3 OBRIGAÇÕES E DIREITOS ENTRE AVÓS E NETOS</b> .....	30
3.1 OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS .....	33
3.2 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ASSUNTO .....	36
3.3 OUTRAS OBRIGAÇÕES, ALÉM DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS .....	39
3.4 ESCUSA DAS OBRIGAÇÕES DOS AVÓS, À LUZ DO ARTIGO 1.736, DO CÓDIGO CIVIL.....	41
<b>4 FAMÍLIAS MONOPARENTAIS E A GUARDA COMPARTILHADA COM OS AVÓS</b> .....	43
4.1 A ATUAL CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA .....	45
4.2 PRINCÍPIO DO MELHOR DE INTERESSE DO MENOR .....	47
4.3 LEGITIMIDADE OU OBRIGAÇÃO DOS AVÓS PARA GUARDA COMPARTILHADA NAS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS .....	48
4.4 REQUISITOS PARA DETERMINAR A GUARDA COMPARTILHADA JUNTO AOS AVÓS.....	50
<b>CONCLUSÃO</b> .....	57
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	59

## INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada é um instituto recente, criado pela Lei 11.698 de 2008, mas que recebeu significado expresso e detalhado no Código Civil brasileiro apenas com a vigência da Lei 13.058 de 2014, antes disso, tudo o que o CC/2002 trazia eram vagas referências ao termo “guarda compartilhada”, onde o legislador instruía os aplicadores da lei à dar-lhe preferência sobre as demais modalidades de guarda, sem contudo esclarecer o que de fato ela representava.

Com a nova perspectiva trazida pelas alterações do Código Civil, isso somado a repersonalização do Direito Civil e a mudança no conceito de família para o reconhecimento do vínculo afetivo como centro dessas relações (CALDERÓN, 2013), torna necessária a análise dos impactos destas novidades sobre as famílias brasileiras, especialmente nos formatos familiares mais modernos.

Tal mudança nos institutos de guarda se deve em parte ao reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres pela Constituição da República de 1988, pois por conta disso foi necessária a criação de um modelo de guarda que se enquadrasse nesse novo contexto social e atendesse as demandas de ambas as partes. Antes as mulheres, por força do próprio Código Civil de 1916, eram responsáveis, na maior parte dos casos, pela criação dos filhos mesmo após a separação, com poucas exceções que serão analisadas ao longo deste trabalho mediante comparação do Código Civil de 2002 e o de 1916.

A família deixou de ser formada apenas pelo casamento entre homem e mulher, passando a contar com outras possíveis formações, através não apenas do casamento, como também da união estável, além do reconhecimento de poder familiar unilateral, pelo § 4º do mesmo artigo, quando apenas um dos pais estiver presente, e de outros tipos de famílias existentes no contexto social atual.

As novas concepções de famílias trazem a luz do direito civil uma imensidão de possibilidades, dentre elas a discussão sobre a legitimidade dos avós para requerer parte na guarda compartilhada de seus netos quando um dos pais for ausente no exercício do poder familiar, por qualquer motivo.

As famílias monoparentais são mais propensas a enfrentarem dificuldades de cunho financeiro, de saúde e desgaste mental de seus membros, tendo em vista que toda a responsabilidade de chefiar a família recai sobre uma única pessoa e não sobre um casal como geralmente ocorre nos outros formatos familiares. Esse desgaste e sobrecarga de responsabilidades podem acabar atingindo as crianças e adolescentes que crescem nesse meio,

tendo em vista que precisam de um ambiente saudável e de acompanhamento de um responsável que possa contribuir em sua formação, enquanto nesses casos o pai ou a mãe pode acabar não contribuindo com o afeto e a atenção necessárias, pois tem que se preocupar com todas as outras obrigações de gerir uma casa e uma família concomitantemente.

É a partir disso que esse trabalho busca trazer à discussão as obrigações dos avós nas famílias, uma vez que já é reconhecido por nossa jurisprudência e legislação que estes são obrigados à prestação de alimentos quando se fizer necessária e que também fazendo parte da cadeia de responsáveis pela guarda no caso de perda ou extinção de poder familiar dos pais, que pode ocorrer de forma extrajudicial (artigo 1.635, CC/2002) e por determinação judicial (artigo 1.638, CC/2002). Além de alguns tribunais já reconhecerem a possibilidade de guarda concomitante entre pais e avós.

Tudo isso será trabalhado em conjunto com a ideia de guarda compartilhada como forma de solução de problemas existentes no formato de família monoparental por conta da sobrecarga de obrigações já citada.

O primeiro capítulo desse trabalho tem a intenção de esclarecer o leitor acerca dos principais institutos de guarda existentes no Brasil e que ainda são utilizados nos casos concretos. Após, passaremos a análise das mudanças ocorridas com a promulgação do CC/2002, demonstrando como o contexto social do código antigo afetava a própria aplicação da guarda no direito de família. E no fim do capítulo buscar-se-á elucidar as mudanças trazidas pela Lei 11.698/08 e Lei 13.058/14 e a atual importância da guarda compartilhada.

No segundo capítulo há uma análise das relações entre avós e netos, bem como se tenta demonstrar as obrigações e direitos existentes nessas relações que é recíproca e explicar como deve funcionar a aplicação do direito nesses casos, tendo em vista que se trata de duas classes de vulneráveis, os avós e os netos, isso é feito através da análise do próprio texto legal e da jurisprudência nacional.

No terceiro capítulo tenta-se sintetizar o que foi discutido ao longo do trabalho, acerca da aplicação da guarda compartilhada em conjunto entre pais e avós em favor dos menores, decorrente das obrigações avoengas e do princípio do melhor interesse do menor, além de tentar estabelecer requisitos para a aplicação desse tipo de guarda nesses casos específicos de famílias monoparentais, tendo em vista suas necessidades únicas e que deve se tratar de exceção.

Portanto, o trabalho é uma tentativa elucidar a ligação dos avós com seus netos, seus direitos e deveres à luz dos princípios basilares desse ramo do direito, em especial nas já

referidas famílias monoparentais, para aplicação da guarda compartilhada como meio de defesa dos direitos e interesses do menor.

Assim sendo, a ideia central deste trabalho é preencher uma parte dessas lacunas, uma vez que a legislação é escassa em suas menções as famílias monoparentais e há pouca visibilidade dessas famílias, embora seja muito recorrente a existência delas.

## 2 GUARDA

A guarda em si é o direito de comandar a vida dos filhos, com dever de vigiá-los e participar em sua formação moral, além de gerar o direito de opor a guarda a terceiros que a exerçam ilegalmente.

É importante compreender que a guarda possui dois aspectos antes que possamos passar ao exame de suas espécies e a análise detalhada do foco deste trabalho, a guarda compartilhada, esses aspectos são o legal e o físico. A guarda legal, também chamada de jurídica é atribuída por lei e parte do poder familiar e é, portanto, o aspecto formal da guarda. A guarda física diz respeito à vivência da criança, isto é, quem de fato reside com ela e faz parte de seu dia a dia (VELLY, 2011, pg. 6).

Existem três tipos majoritários de guarda no ordenamento jurídico atual, a guarda unilateral, a guarda alternada e a compartilhada.

Resumidamente, a guarda unilateral é aquela em que a guarda física é exercida por apenas um dos pais, sendo ressalvado o direito de visita do outro e o direito de participar de grandes decisões como a de permitir viagens ao exterior e conceder emancipação, por exemplo, para tanto não basta à manifestação isolada de apenas um (DIAS, 2016, pg. 439).

A guarda alternada consiste, como o próprio nome induz, no exercício da guarda por cada um dos pais em períodos alternados e em sua totalidade, ou seja, a criança é criada ora por um provedor, ora pelo outro. A maior crítica a essa alternância é que ela pode gerar instabilidade na vida da criança e, por isso, deveria ser evitada.

Já a guarda compartilhada ganhou espaço com a Constituição da República de 1988, mas careceu de legislação específica até que foi promulgada a Lei 11.698/2008, complementada pela Lei 13.068/2014, é instituto recente no direito brasileiro, e hoje é tido como a espécie de guarda de aplicação prioritária nos casos em que houver separação dos pais, só sendo afastada caso uma das partes declare que não tem interesse na guarda, segundo o §2º do artigo 1584 do CC/2002, ou se não tiver condições de exercê-la por motivos personalíssimos, como problemas físicos, morais ou de saúde.

O que importa, por ora, é saber que a guarda compartilhada, em linhas gerais, é o instituto que incentiva a comunhão da guarda legal e física na figura de ambos os pais, ou seja, os dois têm igual poder e dever sobre sua prole, o que acaba por criar um regime de solidariedade entre eles e em prol dos filhos.

Esse tipo de guarda decorre da igualdade entre os gêneros que nossa legislação prevê e, embora continue pecando na aplicação prática em certos aspectos da sociedade, como o

aspecto salarial nas relações trabalhistas, por exemplo, nos surpreende com essa nova perspectiva e gera um alívio das obrigações que antes cairiam sobre uma única pessoa, aquele que fosse escolhido como guardião unilateral. Entretanto, não é o que se percebeu ao buscar dados concretos acerca da guarda de filhos menores, pois de acordo com o IBGE, em 86,3% dos casos são as mulheres que ficam responsáveis pela guarda dos menores, sendo assim, a prática não se assemelha a teoria e é preciso desconstruir esses papéis pré-estabelecidos socialmente acerca do papel do homem e da mulher no seio da família.

A igualdade entre homem e mulher na sociedade conjugal é uma garantia constitucional, prevista na Carta Magna:

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. (Constituição da República, 1988)

Embora o texto constitucional faça apenas alusão a casais heterossexuais, a atual jurisprudência, e algumas normas expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), garantem a igualdades entre esses casais e os homoafetivo no que diz respeito ao casamento e união estável, pelo menos.

Quanto às obrigações parentais, o Código Civil contém norma expressa no sentido de que ambos os pais concorrem para a proteção e sustento do filho no âmbito da relação conjugal.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:  
(...) IV - sustento, guarda e educação dos filhos; (Código Civil, 2002)

Este tipo de guarda requer comunhão entre os pais para atender o melhor interesse da criança ou adolescente, princípio norteador do direito de família que de acordo com Lôbo:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados como prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. (LÔBO, 2010, p. 69, 70)

Houve uma inversão de valores no direito de família, por conta da repersonalização do direito civil (CALDERÓN, 2013), que refletiu diretamente no instituto da guarda, em que a vontade dos pais como parâmetro para o estabelecimento do tipo de guarda deu lugar ao

bem-estar dos filhos, que são os verdadeiros interessados nessa discussão, foi abandonado o tratamento do filho como se fosse uma coisa a ser partilhada entre dois proprietários e mero objeto de direito, passando a tratá-lo como o sujeito de direito que é.

A norma civil trouxe o menor ao centro das discussões sobre guarda, o que parece correto, já que é o seu desenvolvimento social que deve ser protegido e favorecido, para Paulo Lôbo (2010) a relação dos pais entre si tornou-se irrelevante para esta análise e a relação dos pais com o filho recebeu merecido foco, contrariando o disposto na Lei 6.515/77 (Lei do divórcio) que relacionava a guarda com a culpa pelo divórcio dos pais, tópico que retomaremos mais adiante.

As responsabilidades pelo incapaz são divididas igualmente entre seus responsáveis, evitando a sobrecarga de um deles e, conseqüentemente, fazendo com que estes proporcionem um ambiente mais estável e saudável à criança.

A guarda é algo a se discutir em todos os formatos de família, dos mais tradicionais aos mais recentes, como os recém-recepcionados formatos de famílias absorvidos pela Constituição da República, as homoafetivas, formadas por casais do mesmo sexo, anaparentais, formadas por parentes horizontais sem a presença de quaisquer dos genitores ou até mesmo sem parentes, as pluriparentais, quando ocorre a junção de dois núcleos familiares, através do casamento entre divorciado ou quando se aplica a tese da multiparentalidade firmada pela Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal (STF) em que se reconheceu que a filiação afetiva não exclui o direito de reconhecimento da filiação biológica, por exemplo, e as monoparentais, grande enfoque deste trabalho e formadas por apenas um dos pais e sua prole, todas essas definições são um breve resumo introdutório aos tipos familiares de acordo com o que ensina Maria Berenice, além dessas existem outras que, embora tenham sido reconhecidas, carecem de legislação que verse sobre suas peculiaridades. Por não serem tradicionais acabam marginalizadas no âmbito legislativo, provavelmente em razão do conservadorismo que ainda domina o Congresso brasileiro, portanto, far-se-á uma análise destas novidades, das medidas aplicadas pelo judiciário no sentido de suprir essas lacunas e se estão sendo eficazes em fazê-lo.

O exercício da guarda é um dos elementos de uma entidade maior dentro da família, esta entidade chama-se Poder Familiar, anteriormente chamado de Pátrio Poder em uma sociedade mais voltada ao patriarcado. O poder familiar é exercido igualmente por ambos os genitores, segundo Maria Berenice:

A Constituição Federal concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher (CF 5.º I) [...] outorgou a ambos os genitores o desempenho do poder familiar em relação aos filhos comuns. (DIAS, 2016, pg. 435)

Além de ter havido mudança no sentido de que não há mais um “poder” propriamente dito e sim um conjunto de deveres dos genitores em relação aos filhos, preocupando-se muito mais com a proteção destes do que com a liberdade individual daqueles.

O poder familiar é uma defesa aos interesses do infante e, portanto, deve-se buscar ao máximo manter o máximo de indivíduos possíveis em seu exercício, viabilizando assim maior proteção ao protegido.

Um exemplo dessa ideia de proteção é a impossibilidade de renúncia do poder familiar, isto é, aquele que o exerce não pode jamais deixar o menor sem um guardião que possa garantir-lhe proteção, poderá apenas delegar esse poder a quem tenha capacidade de exercê-lo, devendo apenas, segundo o entendimento de Maria Berenice, dar preferência a quem tenha relação de parentesco, pois como veremos adiante o menor deve ter resguardado um rol de direitos sendo que um deles é o de convivência comunitária, que significa basicamente incluir o menor em ambos os lados da árvore genealógica sempre, este direito é garantido em cada um dos tipos de guarda devido a sua extrema importância para o desenvolvimento do menor.

A renúncia de poder familiar é ilegal e resguardada pela infração de abandono de incapaz, passível de multa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 249 e de pena criminal privativa de liberdade, prevista no Código Penal:

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos. (Código Penal, 1940)

O que podemos retirar disso é que o poder familiar, assim como a guarda em âmbito mais específico, é um direito da prole e uma obrigação dos pais ou responsáveis. Assim sendo, essa irrenunciabilidade do poder familiar por aqueles que o detém se dá, em verdade, pelo fato de que os sujeitos de direito são os filhos e estes carregam consigo o direito ao poder familiar, apenas depositando sobre aqueles que são designados como guardiões, semelhante ao direito fundamental dos brasileiros a segurança pública garantida pelo Estado, prevista no artigo 144, da CF/88, “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do

patrimônio”, o povo brasileiro é o sujeito do direito e o Estado é apenas depositário da responsabilidade gerada por este.

O que ocorre é que o conceito de “poder familiar” já é ultrapassado, pois passa a ideia de que a vontade dos protetores é o foco, quando na verdade a intenção é garantir o exercício de direitos do protegido de escudos. Por isso, a doutrina tem se voltado mais ao conceito de “autoridade parental” que indica a condição da autoridade aos interesses dos filhos, entretanto, há quem fale em “responsabilidade parental” (DIAS, 2016, pg. 435); este último parece mais adequado à ideia que desenvolvemos nos parágrafos anteriores.

Hoje o modelo prioritário de guarda é o de guarda conjunta ou compartilhada, entretanto, não é uma solução milagrosa, sendo assim, nem sempre optar-se-á por ela, mas faremos uma comparação entre as espécies de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, antes que se possa analisar sua extensão a outros membros do núcleo familiar mais amplo, isto é, além dos pais e filhos.

Resta, portanto, evidenciado que o poder familiar e consequentemente a guarda devem ser exercidos e instituídos tomando como fundamento os interesses dos filhos, é inerente que se opte pelo tipo de guarda que melhor atender a esses interesses e por isso não podemos deixar de analisar cada um dos institutos de guarda minuciosamente.

## 2.1 TIPOS DE GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### 2.1.1 Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada, como já discutimos, tem o intuito de dar continuidade ao convívio com os pais mesmo após a separação do casal, permitindo aos filhos ter a experiência de ambos os lados da família. Os pais exercem aqui todos os deveres e decisões em conjunto. Veja os artigos do CC/2002 que elucidam isso:

Art. 1.583 (...)

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (...) 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.**

§ 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. (...) (Código Civil, 2002, grifo nosso)

Essa disposição foi criada com base na igualdade entre gêneros que a própria CF/88 prevê.

O filho pode navegar livremente entre as residências de seus responsáveis, entretanto, há a possibilidade de fixar juridicamente a residência do menor sempre que isso for necessário para evitar prejuízo no seu desenvolvimento, tendo em vista que a estabilidade é fator de extrema importância, conforme o artigo 1.583, §3º, do CC/2002 “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

O juiz pode inclusive optar por determinar o exercício da guarda que entender melhor ao interesse da criança, fazendo-o de ofício, o que não quer dizer que indicará a guarda compartilhada, entretanto, o código diz expressamente que o magistrado sempre deve explicar essa possibilidade aos pais, conforme o artigo 1.584, §1º, do Código Civil de 2002, o que deve ser feito na audiência de conciliação.

Volto a reiterar que a guarda é estipulada como for melhor para a criança, é por isso que a legislação prevê a possibilidade de afastar a preferência pela guarda conjunta no caso de um dos genitores rejeitá-la, dispositivo explícito no atual Código Civil:

Art. 1584(...)

§ 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. (Código Civil, 2002)

A guarda compartilhada busca a coexistência entre os pais na vida do filho e não uma divisão perfeita.

Além disso, pode o juiz indeferir a guarda compartilhada quando verificado que há litígio entre os genitores, pois é extremamente necessária a cooperação entre ambos para que se atinja o melhor interesse do menor, isso foi argumentado pelo relator no caso do Agravo de Instrumento nº. 70056660699, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Portanto, não se deve deferir outra forma de guarda, senão para alcançar o interesse do menor, pois é a ele que essa forma de guarda busca resguardar.

É importante também destacar que no caso do agravo citado não se tratava apenas de má comunicação entre os pais ou falta de uma boa relação, mas sim de uma inimizade que chegou a afetar a própria criança, pois no primeiro caso não haveria a possibilidade de afastar a guarda compartilhada, tendo em vista se tratar de mero dissabor entre os pais e estar

relacionado ao próprio interesse deles. Quando o problema começa a afetar a criança é que há que se discutir a aplicação de outra forma de guarda.

O magistrado pode, portanto, modificar a guarda de compartilhada para unilateral, mas não poderá fazer o inverso. Os pais que tiverem feito acordo para o exercício unilateral da guarda, ou nos casos em que um deles houver rejeitado a guarda do menor, ou até mesmo quando o juiz verificar que não há boa relação entre os pais como na decisão supracitada, não poderá ser aplicada a guarda compartilhada, pois estaria ferindo a ideia de proteção ao menor e seu direito de crescer em um ambiente saudável e propício ao seu desenvolvimento. Nesse sentido:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL. GUARDA UNILATERAL ACORDADA ENTRE OS GENITORES. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BUSCANDO A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSIÇÃO DA MODALIDADE. DESCABIMENTO.** (...) Nas razões, em síntese, busca o apelante ver fixada a guarda do filho do casal, FELIPE O. DA R., nascido em 19/10/2004, na modalidade compartilhada, em substituição à guarda unilateral atribuída à genitora, argumentando a inexistência de prova impeditiva para o deferimento de tal modalidade. (...) **Assim, diante da inequívoca demonstração dos genitores no sentido de que a guarda seja exercida de forma unilateral, não há como impor a modalidade compartilhada**, não sendo este - em absoluto - o espírito da referida norma legal (...) (TJ-RS, 2018, grifo nosso).

Ao longo do restante da referida decisão, a relatora refere-se diversas vezes ao melhor interesse do menor e sobre como ele não seria compatível com a imposição de partilha total das obrigações e direitos da guarda, tendo em vista a manifesta intenção do não guardião de não fazê-lo.

Não obstante as restrições apontadas, a guarda compartilhada é o instituto de guarda que melhor atende a necessidade do duplo referencial no desenvolvimento da criança, tendo em vista também o direito ao convívio familiar e comunitário que será mais facilmente alcançado e protegido com a ajuda de ambos os pais. Trataremos desse direito mais adiante.

Esse convívio com outras pessoas merece ser resguardado, assim como o convívio com ambos os pais diretamente, por conta da necessidade de duplo referencial já citado, e em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) a juíza da 1ª Vara da Família de Cuiabá, Ângela Gimenez, esclarece que sua importância reside no fato de que “amplia a visão de mundo das crianças e dos jovens, sendo importante para a plena formação do ser humano, que se humaniza pela cultura” e que “os psicanalistas contemporâneos

ênfatizam a necessidade de se ter um ambiente facilitador ao desenvolvimento das crianças” (IBDFAM, 2016).

Ainda sobre o duplo referencial, Paulo Lôbo entende que este direito não se resume a convivência com os genitores, mas se estende ao conjunto de pessoas que o menor considere como família, sejam consanguíneos ou não. A análise deve ser ampla, no sentido de que o juiz deve preferir quem tiver melhores condições e disposição a manter a criança na convivência do ambiente comum, isto é, entre ambas as famílias, materna e paterna (LÔBO, 2010). Obviamente que mantê-la em convívio com ambos os pais é a opção que mais protegeria esse direito, quando for saudável a aplicação da guarda aplicada.

Por fim, o dispositivo que dá abertura ao tema central desta pesquisa, ao permitir que a guarda em qualquer modelo, seja deferida a pessoa diversa dos genitores sempre que isso for o melhor para a criança no artigo 1584, § 5º do Código Civil, é o que se tem geralmente nos casos em que a guarda de fato é exercida por um terceiro, o juiz poderá deferi-la em função deste terceiro e estaria apenas regularizando a situação fática. Abre-se ala a guarda exercida pelos avós.

A guarda conjunta ou compartilhada hoje é a regra, passemos as exceções.

### **2.1.2 Guarda unilateral**

A guarda unilateral já foi à preferência da norma civil, e sempre que ausente o posicionamento expresso dos pais, optar-se-ia por ela. Isso era expresso na norma da seguinte forma:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. (Código Civil, 2002, antiga redação)

Essa antiga redação, fazia parte de um Código Civil preocupado com a liberdade dos pais. Hoje o que se tem é que esse tipo de guarda só será estipulado quando um dos pais expressamente desprezar a guarda compartilhada, pois nesse caso não há interesse da criança em dar continuidade na relação com um genitor que o rejeita, ou quando não possui condições físicas, mentais ou de saúde para exercê-la.

Na guarda unilateral, só um dos responsáveis detém a guarda física e sempre que possível isso será determinado por acordo, no entanto, cabe ao juiz através da discricionariedade decidir essa questão quando o acordo não for possível.

Aquele que não detém a guarda física tem a obrigação (decorrente do poder familiar que não é afastado pelo simples fato não exercer a guarda física) de supervisionar os interesses da criança, de prestar alimentos e de influenciar nas decisões de maior importância na vida do menor. Isso se dá através do direito à visita, previsto no artigo 1589, do CC/2002, e é neste ponto que encontramos a preocupação com a convivência comunitária do menor e a continuidade da relação familiar não apenas com o genitor que não detém a guarda, mas também com a sua família, o que inclui os avós da criança, tios, primos e outros.

O direito à convivência familiar e comunitária é um direito garantido constitucionalmente da criança e do adolescente, disposto no artigo 227 da Constituição, e complementado pelo artigo 19 do Estatuto da Criança e Adolescente, que dispõe “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

A convivência com ambos os lados da árvore genealógica é de suma importância para a formação cultural, artística, intelectual e social do filho menor e não pode ser visto de forma restrita, é preciso ampliar o conceito como visto no capítulo anterior, e por isso atinge outros familiares além dos pais (LÔBO, 2010).

Isso alcança o polo da convivência familiar, porém a convivência comunitária, isto é, com outros núcleos familiares e grupos de pessoas também é de extrema importância para o desenvolvimento do infante, afinal não se pode privar a criança das diversidades existentes no mundo, pelo contrário, é preciso apresentá-lo a elas e ensiná-lo lições de igualdade e respeito.

Por proporcionar de forma mais limitada o direito de convivência, essa modalidade de guarda é ultrapassada e, além disso, o grande problema deste modo de guarda é que aumenta as possibilidades de uso da criança em vinganças pessoais, barganhas e pelo fato de que muitas vezes é criado um ambiente hostil para aquele que não exerce a guarda física e há verdadeira doutrinação do menor contra este pai, o que é chamado de alienação parental, tema de muitos trabalhos de conclusão de curso atualmente e positivado através da Lei 12.318 de 2010, que diz assim:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental 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. (Lei 12.318/2010)

Por isso é extremamente importante o direito de supervisão a ambos os pais e a possibilidade de revisão da guarda.

### 2.1.3 Guarda alternada

A guarda alternada não possui previsão no Código Civil, como se pode perceber ao analisar o capítulo XI do referido código, que diz respeito à proteção da pessoa dos filhos. O artigo 1.583 do CC/2002 diz explicitamente que “a guarda será unilateral ou compartilhada”.

Assim sendo, a guarda alternada é uma construção jurisprudencial e doutrinária, que tem caído em desuso pelo fato de não agradar aos olhos da criança.

Esse tipo de guarda faz uma verdadeira divisão, entre os genitores, dos direitos e deveres sobre a criança dentro de um espaço de tempo. Trata-se de períodos específicos e pré-determinados em que um pai detém a guarda física e legal do infante, enquanto o outro fica ausente, restando apenas o direito de participar de decisões importantes já citadas anteriormente, como a emancipação.

É alternada, pois a cada período ocorre à troca de domicílio e do genitor responsável, o que gera instabilidade na vida do menor e pode ocasionar os mesmos problemas que a guarda unilateral traz quanto à alienação parental.

A guarda alternada não se confunde com a compartilhada, pois aqui há concessão exclusiva de direitos e deveres a um dos pais alternando com outro genitor a cada período, enquanto na conjunta há cooperação e coexistência entre os genitores (DIAS, 2016, pg. 458).

Essa modalidade de guarda não faz jus a ideia de proteção dos interesses do menor, faz na verdade a vontade dos pais que muitas vezes preferem esse tipo de guarda por não manterem uma boa relação (STOLZE; PAMPLONA, 2016, pg. 612), mas como já vimos, o interesse do menor deve prevalecer e por isso é raro o uso desse tipo de guarda, nesse sentido tem se alinhado a jurisprudência nacional:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. Se restritivas são as hipóteses em que a guarda compartilhada propriamente dita é viável e adequada, **muito mais limitado é o cabimento da guarda alternada**, modalidade que, em verdade, foi aplicada pela decisão agravada. **Isso em razão da evidente instabilidade que acarreta ao equilíbrio psicológico da criança**, que fica submetida a um verdadeiro "cabo de guerra" entre seus genitores, o que muito mais se exacerba quando há acirrado conflito entre eles, como no caso. Por fim, convém frisar que a decisão de origem não se baseou em qualquer avaliação social ou psicológica da criança e seus pais, o que acentua a

temeridade da implantação desse sistema. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ-RS, 2016). (grifo nosso)

Importante adendo é a existência da guarda chamada de “aninhamento”, que na verdade não é uma opção de guarda jurídica, mas pode ser adotada pelos pais tanto na guarda alternada quanto na compartilhada, só que exige poder aquisitivo grande por parte dos genitores e por isso é pouco usado no Brasil (DIAS, 2016, pg. 519). Aqui os genitores mantêm uma terceira residência em que habitam os filhos, e são os pais que revezam a estadia, afastando assim o problema da instabilidade para os menores.

## 2.2 TRANSIÇÃO DOS INSTITUTOS DE GUARDA, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À ATUALIDADE

Faz-se mister identificar as alterações que nossa legislação civil sofreu no último século, tendo em vista a mudança paradigmática já identificada nos capítulos anteriores, em que a criança se tornou o centro das discussões e opta-se pela igualdade de atribuições entre os pais, portanto, faremos uma comparação entre os códigos civis de 1916 e de 2002, em especial no que diz respeito à guarda.

Dou início ao tópico fazendo alusão ao contexto social do Código de 1916, em que o homem era tido como o provedor e autoridade da família, enquanto a mulher era tida como submissa e responsável pela educação dos filhos e tarefas domésticas, o que se encontrava estampado na construção textual daquele código a começar pelos títulos de seus capítulos, que dispunham sobre os direitos e deveres dos homens dentro do casamento em capítulo específico e apartado daquele referente aos direitos e deveres das mulheres. No artigo 233, dentro do capítulo relativo ao marido, dizia-se “o marido é o chefe da sociedade conjugal”. Enquanto o capítulo referente à esposa trazia mais restrições aos direitos desta, do que instituía direitos propriamente ditos, como o artigo 242, que apresentava o rol de atos que a esposa não poderia executar sem autorização do marido, rol este que possuía cinco incisos a mais que o artigo 235 que tem o mesmo cunho só que em relação ao marido.

Portanto, resta claro que o Código Civil de 1916 foi criado e redigido em uma sociedade machista e patriarcal e, dessa forma, carregava dentro de seu conteúdo normas que reforçavam esse caráter social.

Além disso, havia a dispensa de tratamento diferenciados aos filhos tidos fora do casamento, chamados de “ilegítimos”, para os quais havia um capítulo específico sobre seu reconhecimento, dos artigos 355 ao 367 do antigo código. Hoje a Constituição da República

garante o princípio da isonomia, no artigo 227, § 6º, que diz serem “proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Em relação ao poder familiar, ocorreu a transição de que tratamos brevemente nos tópicos anteriores, entre o conceito de “pátrio poder” e “poder familiar”. O pátrio poder era o exercício de todos os direitos e deveres advindos da relação parental, que inicialmente era exercido pelo pai como chefe da família e só em sua ausência é que seria exercido pela esposa, segundo o artigo 380, do CC/1916, passando a ser exercido pelo marido com a colaboração da mãe, a partir de 1962, com a Lei 4.121.

Em caso de divergências entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, cabendo à mãe a possibilidade de recorrer à justiça, segundo o artigo 380, parágrafo único, do CC/1916, devido ao princípio processual de inafastabilidade da jurisdição.

Hoje o pátrio poder é conhecido como poder familiar e deve ser exercido igualmente pelos genitores, tendo em vista a isonomia do tratamento entre homem e mulher e proibição de discriminação por sexo, trazidos pela CF/88 e já tratados neste trabalho. O artigo 1.631, do CC/2002, faz menção ao exercício deste poder pelos “pais” e não mais pelo “marido”, bem como traz a concepção de que havendo discordância entre ambos deve-se recorrer ao juiz, e não mais prevalecendo a do genitor masculino.

O tratamento também era diferenciado no que diz respeito à guarda. Antes respeitava-se o que fosse acordado pelos pais sobre a guarda, quando o divórcio fosse amigável, segundo o art. 325, daquele Código, e no caso de divórcio litigioso observava-se a culpa por este ato para definir a guarda da criança (art. 326, CC/1916).

Como é possível observar, resguardava-se a vontade dos pais, fazendo o que fosse melhor para eles e não se interessava pelo bem estar dos menores. Além disso, a culpa no divórcio que a partir da promulgação da CF/88 já vinha caindo em desuso por se entender que não há culpa no fim do afeto conjugal, era também quesito para estipular o detentor da guarda da criança, nesse sentido entende também Stolze que:

Mesmo aqueles que perfilhavam a linha de pensamento de relevância da culpa no desenlace conjugal, reconheciam o total descabimento da análise da culpa com propósito de se determinar a guarda dos filhos ou a partilha dos bens. (STOLZE, 2016, pg. 609)

Percebe-se a mudança no paradigma da guarda, em que os holofotes passaram a iluminar o interesse da prole. Aqui vemos um exemplo do início da era do Direito de Família abrangida pelo princípio do melhor interesse da criança.

Ainda no escopo do Código Civil de 1916, tínhamos o estabelecimento de preferência da guarda de acordo com a faixa etária e sexo das crianças, nos parágrafos do artigo 326 daquele código:

(...)§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.  
§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.(...)  
(Código Civil, 1916)

O que foi alterado posteriormente, retirando a discriminação por sexo e idade entre os filhos, mas mantendo a preferência pela mãe, pois com o advento da Lei 4.121 de 1962, o §1º desse artigo passou a dispor que “se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”.

Resta claro que à época do Código Civil de 1916 a única opção sobre a guarda era unilateral, havendo ponderação apenas quanto a qual dos pais exerceria a guarda completa sobre os filhos, utilizando-se de critérios sexistas e típicos da época.

Hoje o Código não estabelece critério de sexo ou idade dos filhos, exceto de que o poder familiar só pode ser exercido sobre filhos menores, o que já existia no antigo Código.

Não mais se utiliza o sistema de guarda unicamente unilateral, havendo uma gama de opções e ficando a critério do juiz decidi-la de acordo com a situação fática. Entretanto, o código atual dá preferência ao modo compartilhado da guarda, sempre que ambos os pais estiverem aptos a exercê-la, conforme o artigo 1.584, §2º do CC/2002, ainda que não haja acordo.

Ainda no Código de 1916, através de modificações ocorridas em 1962, foi criada a possibilidade de deferir a guarda à terceiro sempre que se verificar que o filho não deve permanecer com os pais (art. 1.584, §5º, CC/2002 e art. 326, §2º, CC/1916), portanto, o interesse dos filhos teve sua primeira faísca ainda no antigo código, mas só foi adquirir força com o advento da nova Constituição da República.

Outra inovação de extrema importância, trazida pelo Código Civil de 2002, foi o direito de visita e companhia do pai que não detiver a guarda dos filhos, que se estende também aos avós. Este direito está resguardado no artigo 1.589 e parágrafo único do Código atual, não possuindo correspondente no código antigo.

O direito de visita, como já discutimos, tem extrema importância no resguardo do direito à convivência comunitária dos filhos, assim como auxilia no combate à alienação

parental que se acentua normalmente nos casos de guarda unilateral. Assim sendo, a conjuntura para o atual Código Civil demonstra grande interesse em dar continuidade as relações entre pais e filhos, excepcionando isto apenas naqueles casos em que o próprio filho ou pai expressamente demonstrar desinteresse, pois nesse caso haveriam problemas no desenvolvimento da prole.

### 2.3 TRANSIÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA COM O ADVENTO DAS LEIS 11.698/2008 E 13.058/2014.

A Lei 11.698 inseriu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, deferindo-lhe preferência sobre as demais, uma das novidades dessa lei foi a exclusão da prioridade ao acordo entre os pais, além da adesão expressa da guarda compartilhada no texto legal do artigo 1.583, do CC/2002, “a guarda será unilateral ou compartilhada”.

Além disso, a lei supracitada trouxe à baila critérios relacionados ao interesse da criança quanto ao estabelecimento da guarda unilateral, conforme dizia o segundo parágrafo do art. 1.583 “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”, e os incisos a seguir listavam os fatores a serem observados.

No entanto, somente em 2014, com a lei 13.058, foi que este instituto recebeu significado expresso em lei e deixou de ser uma preferência para tornar-se uma prioridade, só permitindo que se institua outro meio de guarda mediante expresso desinteresse de um dos pais, ou impossibilidade ao exercício do poder familiar, segundo o já citado artigo 1.584, §2º do CC/2002.

O artigo 1.583 e os critérios trazidos pela lei 11.698 para a determinação da guarda unilateral deixaram de existir e abriram espaço para a ideia de equilíbrio e coexistência da guarda compartilhada.

Outro advento da lei de guarda compartilhada (Lei 13.058) foi sobre a guarda unilateral. A obrigação parental de supervisionar e fiscalizar a criação dos filhos nos casos de guarda unilateral deferida ao outro genitor foi criada por esta lei e corresponde ao §5º do artigo 1.583.

§ 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. (Código Civil, 2002)

Este dispositivo visa manter a relação entre pai/mãe e filho, ainda que a guarda não faça parte desta relação jurídica, e assim cria a obrigação deste genitor de zelar pela vida e direitos da prole, o que trouxe ainda mais resguardo e proteção para os filhos.

A situação, entretanto, já não é tão simples quando a criança ou adolescente não dispõe da presença de ambos os pais, tendo em vista que há muitas famílias cujo núcleo não é formado com a dupla presença dos pais e que, muitas vezes, são constituídas por pessoas de origem pobre, a ausência do suporte da outra família acaba por gerar dificuldades para o provimento financeiro aos filhos ou a ausência do(a) pai/mãe que precisa trabalhar boa parte do dia para conseguir suprir suas necessidades e as da criança.

A discussão que se busca alavancar no decorrer desse trabalho é se, com o intuito de amenizar as dificuldades sobreditas e proporcionar o melhor desenvolvimento do infante, deve-se optar pela guarda compartilhada com os avós mediante requerimento dos mesmos ou do próprio genitor, e se os avós podem esquivar-se desse ônus.

Importante ressaltar que na maioria das vezes o que se tem é a família monoparental chefiada pela mãe, pois além da morte ou deficiência do outro genitor, muitas vezes ocorre o abandono da família. Segundo dados do IBGE (2013), em 86,3% dos casos as mulheres são responsáveis pela guarda dos filhos menores.

Sobre a suspensão e perda do poder familiar colaciono mais uma vez os ensinamentos de Berenice:

O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, dispõe do direito de fiscalizar o adimplemento dos deveres decorrentes do poder familiar, podendo suspendê-lo e até excluí-lo, quando um ou ambos mantem comportamento que possa prejudicar o filho. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais. (DIAS, 2016, p. 466)

Deve-se sempre buscar a solução sem litígio, por meio de acordo, mas isso muitas vezes não é possível e o que fazer quando o genitor se recusa a partilha da guarda é a verdadeira questão.

Além do quesito afetivo, que é o mais importante, há que se considerar questões como a situação financeira e o convívio social de quem quer que se candidate a guardião dos

menores, ainda mais se reconhecermos a devida importância do direito à convivência familiar e comunitária, que já tratamos em tópico anterior.

Portanto, deve-se discutir a importância de considerar os dois tipos de convivência na escolha do detentor da guarda, bem como estabelecer os critérios de ponderação entre ambos, por exemplo, se o primeiro guardião disponível pode proporcionar a melhor convivência familiar e o segundo a melhor convivência comunitária, qual deve ser escolhido? Optar-se-ia pela guarda compartilhada? E se não for viável, deve-se estabelecer guarda unilateral ou alternada? Além dessas questões, é interessante determinar o peso de cada recurso dos candidatos, isto é, o que deve pesar mais na decisão do magistrado e dos legisladores que vierem a enfrentar essas questões no futuro, os aspectos socioafetivos ou os econômicos, por exemplo.

É de suma importância que o magistrado se preste a analisar o caso concreto e suas peculiaridades, se colocando em contato direto com a criança para entender o quanto for possível à relação dela com os pais, bem como as condições pessoais dos pais ou quem esteja requerendo a guarda, tendo em vista que em alguns casos faltará apoio financeiro, nesse caso não é necessária guarda e sim alimentos, em outros faltará contato familiar e comunitário, e para isso pode ser necessária à guarda, e outros casos podem apresentar detalhes ainda mais específicos, portanto, devem ser analisados individualmente, não há fórmula.

Além disso, é extremamente importante o acompanhamento de profissional da psicologia, pois assim o juízo terá mais firmeza em sua decisão e isso é quase um consenso entre os atuantes na área do Direito de Família (LAGO; BANDEIRA, 2009. BRITO; GONSALVES, 2013. MONTEZUMA, et al, 2017).

Ainda sobre a importância de análise do caso concreto, cito entendimento recorrente na justiça brasileira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DIVÓRCIO. GUARDA. LIMINAR. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. **Não há como impor, liminarmente, que a guarda da filha comum seja compartilhada, quando flagrante a animosidade entre as partes.** NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.(...) **Em que pese as partes já tenham tentado praticar a guarda compartilhada, exsurge dos autos que não nutrem, pelo menos por ora, bom relacionamento, o que inviabiliza por completo o provimento do presente.** (TJ-RS, 2013, grifo nosso)

Como é possível notar através da análise do acórdão e voto do relator, foi necessário levar em consideração características peculiares do caso em questão para decidir pela não aplicação da guarda compartilhada, ainda que, conforme já exposto, essa seja a modalidade de

guarda que mais atenda aos interesses dos menores e que a própria lei entende que deve ser aplicada, via de regra.

O interesse do menor é prioritário no direito de família, sendo princípio norteador do Direito de Família, que alavanca uma série de direitos do filho menor que devem ser resguardados e outras situações que devem ser afastadas dele, como a negligência, por exemplo.

É uma discussão difícil de tratar, pois temos a questão da afetividade. Não se pode forçar alguém a criar laços afetuosos, entretanto devem-se procurar medidas de mitigação aos danos causados pela falta de afetividade da família pelo menor.

Não deve o critério patrimonial ser absoluto na discussão, isto é, auferir maior renda que o segundo genitor não necessariamente significa que o primeiro possa dar melhores condições de convivência às crianças, assim tem decidido as turmas mais sensatas e seguidoras dos critérios de afeto.

O artigo 1.584, §5º, dispõe sobre a possibilidade guarda deferida a terceiro, prevendo seu deferimento apenas quando verificado que o menor não deve permanecer sob a guarda dos guardiões, entretanto, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que se a situação fática demonstrar que a guarda com terceiro for do melhor interesse da criança, deve-se decidir nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. IMPOSSIBILIDADE. GUARDA CONCEDIDA A TERCEIRO. AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM O GUARDIÃO. AUSÊNCIA DE PARENTESCO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. CRITÉRIOS NORTEADORES DO § 4º DO ART. 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. QUANTUM. MAJORAÇÃO. 1. (...). 2. A luz do disposto nos artigos 33, § 1º e 2º, e 35 do ECA, a guarda tem por finalidade a regularização da posse de fato e, excepcionalmente, será deferida fora dos casos de tutela e de adoção para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais (art. 33, §§ 1º e 2º, ECA), podendo ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o ministério público. 3. **A guarda torna-se insubsistente quando demonstrado que o guardião não mais mantém vínculo afetivo com o menor, tampouco detém a sua posse de fato, impondo-se a sua revogação, sobretudo quando não há entre o guardião e o menor guardado qualquer liame de parentesco.** 4. (...). 6. Apelação cível do requerido conhecida e não provida. Apelação cível do requerente conhecida e parcialmente provida. (TJ-DF., 2014) (grifo nosso)

Nesse julgado, é possível notar que o juízo optou por retirar a guarda daquele que já não possui vínculo afetivo com o menor, ou seja, está inapto a exercer o papel de família. O afeto é o grande norteador das relações familiares no direito brasileiro de hoje, sendo o único

requisito indispensável para atribuição dos efeitos da guarda, e é nisso que o tema do presente trabalho se baseará ao abordar assuntos não pacificados em nossa jurisprudência.

Importante é ressaltar que no item 2 da decisão supracitada, há o uso equivocado da palavra “posse”, o que remete a ideia de que o filho é tratado como um objeto a ser dividido entre os pais, visão essa já superada no direito brasileiro e já abordada nesse trabalho.

O que buscamos é que intenção do magistrado resida em opções que atendam melhor as necessidades e o bem estar do infante, remetendo ao princípio do melhor interesse da criança já citado.

Portanto, vimos que ser pai e até guardião vai muito além de arcar com os custos financeiros de criação do menor, sendo que a suspensão do poder familiar de um dos pais não o exime do dever de prestar alimentos, o que garante maior proteção à prole, e impede que o genitor se beneficie da própria irresponsabilidade e torpeza às custas de prejudicar a criança.

### 3 OBRIGAÇÕES E DIREITOS ENTRE AVÓS E NETOS

As relações familiares hoje gozam de uma complexidade maior do que aquela existente nas gerações passadas, isto porque a liberdade individual ganhou espaço nas escolhas pessoais (CALDERÓN, 2013), um exemplo disso são as mudanças legislativas já elucidadas no tópico anterior e, portanto, esse debate deve abarcar muito mais do que apenas a relação entre pais e filhos. Acerca dessa complexidade o respeitável doutrinador Ricardo Calderón entende que:

Esse complexo cenário não permite que se promova uma análise insular dos institutos codificados de direito de família sem que se apreciem as diversas formas de expressão do direito, se realize o necessário diálogo de fontes e se averigue sua adequação histórico-social. A hermenêutica merece revisão e adaptação para que possa perceber a afetividade que passa a identificar diversos vínculos familiares. (CALDERÓN, 2013, pg. 12)

Dentre os muitos fatores inseridos no complexo das relações familiares do Século XXI, este capítulo é uma tentativa de dissecar apenas um deles e que possui relação direta com o tema principal deste trabalho, ou seja, se faz necessário um conhecimento mais aprofundado da abordagem legislativa e jurídica existente em nosso ordenamento sobre esse novo fator para que o leitor possa entender e refletir de forma completa sobre o tema.

O fator das relações familiares contemporâneas a ser discutido nesse capítulo é o da relação entre avós e netos.

O artigo 227, da CF/88, deixa claro que é obrigação da família, da sociedade e do Estado a obrigação de garantir as condições básicas ao desenvolvimento da criança e do adolescente, como a alimentação e saúde, por exemplo. Há, portanto, uma obrigação subsidiária entre os três sujeitos ali citados, isto é, a sociedade e o Estado só serão chamados a prestar essas condições quando a família for ausente ou incapaz.

É importante ressaltar que o artigo supracitado usa a palavra “família” e não apenas “pais”.

Os pais são os responsáveis diretos pela sua prole, mas os avós e outros ascendentes podem se tornar responsáveis em sua ausência, tendo em vista que o termo “família” também os abrange.

Nossa Carta Magna mostra bastante interesse em garantir a proteção das crianças e adolescentes, o que sem dúvida é de extrema importância, tendo em vista que são vulneráveis e são o futuro de nossa nação, sendo assim, sanar seus problemas é o mesmo que investir em

longo prazo na resolução de problemas sociais de todo o país. No entanto, os menores não são os únicos a receberem atenção especial da legislação.

Também na CF/88 há preocupação com a proteção de nossos idosos, e aquela proteção concedida aos menores é semelhante à que recebem os ascendentes quando incapazes de zelar pelas próprias necessidades e direitos.

O artigo 229, parte final, da Constituição, prevê a obrigação dos filhos maiores de idade de zelar pelos pais necessitados da mesma forma que foram obrigados a zelar pelos filhos um dia. Obrigação essa que pode pular gerações, isto é, um neto pode se ver obrigado a cuidar de seus avós quando seus pais não forem capazes de fazê-lo.

A obrigação dos filhos e netos de prover para seus ascendentes existe apenas quando eles forem maiores de dezoito anos (artigo 229, da CF/88), ou seja, quando menores de idade essa obrigação é facultativa, até porque não seria razoável esperar que uma criança ou adolescente fosse responsável pelo sustento e garantia de direitos fundamentais de adultos, pois isso iria de encontro a todos os princípios de proteção à infância e ao desenvolvimento da criança e do adolescente e estaria contrariando inclusive a própria proibição do trabalho infantil ou exploração de menores, pois seria o mesmo que instigar o menor a trabalhar em período integral e a abrir mão de seus estudos e do lazer que também é importante para o desenvolvimento saudável da criança.

Ainda na Constituição, no artigo 230, está prevista a obrigação da família, da sociedade e do Estado de cuidar e proteger os idosos, obrigação semelhante àquela existente em relação às crianças e adolescentes que foi abordado anteriormente.

O que é possível depreender disso é que os idosos são reconhecidos como vulneráveis em quase todas as esferas do direito, como no direito penal em que ter mais de 70 (setenta) anos de idade é circunstância atenuante segundo (artigo 65, do Código Penal), no direito do consumidor em que o idoso é reconhecido como hipervulnerável nas relações de consumo (artigo 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor), e inclusive no Direito de Família, pelas razões expostas acima.

Nesse sentido, cito a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº. 630.852 do STF, em que foi firmada a proteção diferenciada ao idoso:

(...) PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. PREVISÃO CONTRATUAL. AUMENTO DE 50%. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DA LEI 9.656/98 E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE

JURISPRUDENCIAL. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.  
RECURSO DESPROVIDO.

**1. Dentre os novos sujeitos de direito que o mundo pós-moderno identifica, a Constituição Federal de 1988 concede uma proteção especial a dois deles, que interessa ao tema dos planos de saúde: o consumidor e o idoso.** Disto resultam alguns efeitos no âmbito do direito privado, destacam-se uma comprometida interpretação da lei e das cláusulas contratuais e um maior rigor no controle de cláusulas abusivas.

**2. O idoso é um consumidor duplamente vulnerável, necessitando de uma tutela diferenciada e reforçada.** (STF, 2011, grifo nosso)

Ainda nesse sentido, cito o artigo 4º, da Lei Complementar 80/94, com redação alterada pela LC 132/2009, que versa sobre as funções da Defensoria Pública, tendo em vista que em seu inciso XI inclui idosos, crianças e adolescente em um rol especial de indivíduos que merecem proteção especial do Estado.

A criança e o adolescente também gozam desse reconhecimento de vulnerabilidade, inclusive os exemplos citados nos parágrafos anteriores também se aplicam a esses dois sujeitos.

No entanto, embora se reconheça que ambos são vulneráveis, há distinção entre a categoria dos idosos e dos menores.

Os idosos tem experiência de vida, possuem relações construídas ao longo da vida, e na maioria das vezes tem renda fixa, enquanto os menores estão começando sua caminhada, por isso não tem as ferramentas necessárias para sua própria subsistência e ainda tem a inocência que permite que outros tirem vantagem deles.

Assim sendo, é óbvio que o direito dos idosos de serem resguardados pelo direito, e de terem um descanso no fim de sua vida deve ser relativizado em detrimento da proteção dessa categoria ainda mais vulnerável que constituem os menores. Retomaremos exposição sobre esses direitos dos idosos em face da proteção ao infante em outro tópico mais adiante, mas o que importa, por ora, é entender que o melhor interesse do menor deve estar presente em toda e qualquer discussão em que haja uma criança ou adolescente envolvido.

Portanto, parece óbvio que a obrigação é recíproca entre ascendente e descendente, mas resta saber quando é que essas pessoas estarão obrigadas umas em relação às outras na garantia de tais direitos, uma vez que aqui se trata da relação avós-netos, e há pouca legislação que trate diretamente desta relação.

### 3.1 OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Alimentos são prestados àqueles que não tem condições de se sustentar por conta própria e, portanto, precisam da ajuda de terceiros para tal (art. 1.695, do CC/2002). O artigo 6º, da Constituição da República, prevê o rol de direitos sociais e dentre eles encontra-se o direito aos alimentos.

Assim sendo, a alimentação é direito que deve ser garantido pelo Estado, o que não significa que é ele quem irá arcar com todos os ônus de tal obrigação. Na presença de familiares o Estado vê-se livre de tal dever, tendo em vista que a lei os obriga a sustentar uns aos outros, como um pai que desde o nascimento do filho é obrigado a arcar com os custos da sua alimentação propriamente dita, bem como suas vestimentas, eventuais atividades de lazer, a sua saúde, tendo em vista que nosso país carece de um serviço público de saúde capaz de satisfazer as necessidades da população, e o mesmo vale para a educação. Ou seja, a família supre muitas necessidades de seus entes e apenas em sua ausência é que o Estado precisa entrar em ação.

Como já foi debatido, o artigo 227, da Constituição, prevê a obrigação da família para com sua prole, e o Estado assume posição subsidiária na garantia de direitos das crianças e adolescentes.

Além da previsão constitucional, há também previsão específica que trata da obrigação familiar no Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o artigo 22, que fala do dever de sustento, guarda e educação dos menores, ou seja, traz de forma resumida todos aqueles direitos do artigo 227 (saúde, educação, profissionalização e outros).

Então este é o real motivo para o Estado conceder tamanha proteção às entidades familiares e garantir que haja outras formas de constituí-la e mantê-la, conforme o artigo 226, da CF/88, isto porque a família é obrigada por lei a prover o que foi discutido no parágrafo anterior, o que acaba aliviando o Estado e a sociedade (DIAS, 2016, pg. 547).

Os alimentos servem para garantir que o indivíduo tenha uma vida digna, com suas necessidades atendidas, daí o porquê de não se limitar apenas ao aspecto financeiro. A prestação de alimentos quer garantir uma educação de qualidade, roupas adequadas a região em que o alimentando reside, além de suprir eventuais necessidades que ele possa ter, como custos de locomoção e até o lazer.

Assim sendo, a prestação de alimentos é muito mais complexa do que se imagina e é exatamente por isso que em casos excepcionais pode ser deferida para além da relação de

filiação direta (pai-filho) ou de divórcio, como é o caso de alimentos a serem prestados pelos avós.

A natureza jurídica dos alimentos depende da origem da relação, pois decorrem do princípio da solidariedade familiar originado pelos laços de parentalidade que ligam os sujeitos da relação, sendo assim a natureza jurídica pode ser o poder familiar dos pais em relação a seus filhos ou o dever de mútua assistência entre cônjuges/divorciados (DIAS, 2016, pg. 547-549).

É claro que não se pode esperar garantir a subsistência de uma pessoa às custas de outra sob pena de ferir o próprio princípio da solidariedade familiar que sustenta essa obrigação, portanto, a lei dispõe que os alimentos são devidos apenas àqueles que não podem prover seu próprio sustento, desde que os provedores dos alimentos não acabem prejudicados em ter suas necessidades atendidas, ou seja, os alimentos só podem ser cobrados daqueles que tiverem condições de sustentar e ainda dispor de parte de sua renda em favor do alimentando, conforme o disposto no artigo 1.695, do CC/2002. Assim sendo:

O fornecimento de alimentos depende, também, das possibilidades do alimentante. Não se pode condenar ao pagamento de pensão alimentícia quem possui somente o estritamente necessário à própria subsistência. (...). Não deve o juiz, pois, fixar pensões de valor exagerado, nem por demais reduzido, devendo estimá-lo com prudente arbítrio, sopesando os dois vetores a serem analisados, necessidade e possibilidade(...). (GONÇALVES, 2010, pg. 512)

Conforme sustentado no início deste capítulo, o artigo 229, da CF/88, prevê que a família tem o dever de proteger e guardar seus idosos e foi dito que este dever poderia pular gerações se necessário, isto porque o Código Civil prevê a obrigação recíproca entre pais e filhos, bem como a possibilidade de estender a obrigação aos demais ascendentes no artigo 1.696, recaindo sempre sobre aqueles de grau mais próximo.

Já a obrigação dos descendentes surge apenas na ausência de qualquer ascendente, nos moldes do artigo 1.697.

Mas o tema que mais interessa a discussão central desse trabalho está previsto no artigo 1.698, do CC/2002, que é a possibilidade da pessoa obrigada a prestar alimentos de chamar aqueles que possuem grau imediato com o alimentado para compor a prestação, caso não tenha condições de arcar com a obrigação sozinha, seja por falta de renda por fator superveniente ou por incapacidade posterior a sentença que deferiu os alimentos.

Aqui encontramos uma base para analisar a obrigação dos avós para com seus netos. É claro que o artigo trata apenas da obrigação alimentar e não abrange todo espectro da

relação familiar e das obrigações adjacentes a esta, mas é algo que comprova o reconhecimento por parte do legislador de uma relação entre avós e netos que vai além da mera formalidade das visitas mensais ou semanais, é o reconhecimento de que os avós tem sim responsabilidade para com seus netos.

A questão é se essa relação deve ser recíproca, vejam só, se o descendente pode futuramente ser obrigado a prover e cuidar de seus ascendentes na velhice, parece justo que o mesmo seja exigido dos ascendentes em relação aos descendentes quando menores ou caso venham a sofrer de alguma deficiência.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, pg. 500) é razoável que a possibilidade de extensão da obrigação entre os ascendentes também seja aplicada aos descendentes, pois “a reciprocidade não indica que duas pessoas devam entre si alimentos simultaneamente, mas apenas que o devedor de hoje pode tornar-se o credor alimentar no futuro.”.

Há discussão doutrinária sobre a necessidade dessa reciprocidade para o deferimento de alimentos. A discussão é no sentido de questionar se um filho maior de idade pode ser obrigado a prestar alimentos a um pai ou avô que o abandonou ou abusou em algum momento, alguns juristas defendem que serão obrigados independente disso se comprovada a necessidade do alimentando (DIAS, 2016, pg. 552).

No entanto, a obrigação dos pais (ou avós quando necessários) em relação aos filhos não poderá ser afastada em razão de ingratidão enquanto estes forem menores, pois aqui se trata de dever de sustento e não de alimentos (DIAS, 2016, pg. 570), isso nos leva a crer novamente que o princípio do melhor interesse do menor tem forte presença no ordenamento jurídico atual. Esta relativização em relação aos filhos só poderá ser suscitada se forem maiores de idade.

É importante ressaltar que a obrigação dos avós que se busca suscitar na guarda compartilhada, que será retomada mais adiante, não é decorrente de poder familiar e sim da relação parental socioafetiva.

A guarda e o poder familiar nem sempre andam lado a lado, pois no caso em pauta o poder familiar será sempre exercido única e totalmente pelo pai ou mãe da família monoparental, pois conforme dispõe o artigo 1.631, do Código Civil, o poder familiar compete a ambos os pais e na ausência de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Portanto, não se pretende aqui contrariar o texto da lei, mas sim interpretar as possibilidades em favor dos menores.

Os avós não podem deter o poder familiar enquanto algum dos pais estiver vivo, exceto se o poder destes for suspenso ou extinto pela ocorrência do disposto nos artigos 1.635

a 1.638, do Código Civil, mas não há dispositivo legal que os impeça de exercer a guarda e, além disso, há vários dispositivos que sugerem responsabilidades entre os mesmos e seus netos, além de incentivarem a sua participação na vida deste (vide direito de visita, artigo 1.589, parágrafo único, do CC/2002).

### 3.2 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ASSUNTO

A jurisprudência possui papel importante em nosso ordenamento jurídico, pois ela firma de modo concreto o entendimento dos aplicadores do direito acerca da própria norma de direito.

Ela, em conjunto com as normas propriamente ditas geradas pelo processo legislativo previsto em nossa Constituição, com os princípios do direito que servem como guias na aplicação dessas normas, e a doutrina pura do direito, são responsáveis pela criação do direito brasileiro como fontes deste.

Assim sendo, este tópico tem intenção de demonstrar o posicionamento das cortes brasileiras acerca da relação entre avós e netos no Brasil. Importante lembrar que além das próprias decisões dos tribunais, as cortes de maior posição hierárquica também publicam enunciados e súmulas vinculantes de tempos em tempos, portanto, algumas serão citadas também no decorrer da discussão.

Haja vista o teor do tópico anterior, começaremos a análise a partir da súmula 596, do STJ que versa o seguinte: “a obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.”.

É possível retirar dessa súmula o entendimento de que os avós podem ser chamados a compor a ação de alimentos apenas quando os pais forem incapazes de suprir tais necessidades, isto é, não há obrigação solidária entre pais e avós no sustento dos filhos. No entanto, ao afirmar a obrigação é “complementar” e pode ser suscitada mediante configuração de impossibilidade “parcial” por parte dos pais, abre-se espaço para uma prestação concomitante entre pais e avós a favor dos filhos.

Aquilo em que os pais puderem prover dá-se por satisfeito, no entanto, outras prestações que não tenham condições de cuidar, podem sim ser exigidas dos avós.

Ora, se este é o posicionamento para a obrigação alimentar, faz muito sentido que possamos estendê-la a obrigações tais como a prestação de convivência familiar e a reivindicação de direitos do menor judicial e extrajudicialmente (artigo 1.634, VII, do Código

Civil), este último que embora faça parte do exercício de poder familiar exclusivo do pai não parece trazer prejuízo a esse exercício, pelo contrário, expande a proteção ao menor.

Dentre as decisões que ajudaram a firmar esta súmula, temos o Agravo Regimental em Recurso Especial 138.218:

**AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE ALIMENTOS - PENSÃO ALIMENTÍCIA - AVÓ PATERNA - COMPLEMENTAÇÃO - POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADA A HIPOSSUFICIÊNCIA DO GENITOR - CIRCUNSTÂNCIA VERIFICADA NA ESPÉCIE - DEVER DE ALIMENTAR CARACTERIZADO - AGRAVO IMPROVIDO. (...) Em conclusão, fixada a premissa de que o genitor do recorrido não possui condições financeiras de prover o seu sustento, viável é, como se deu na espécie, a fixação dos alimentos a serem pagos pelo avô em favor do neto. (...) (STJ, 2012)**

Aqui se verifica que para a aplicação da subsidiariedade da obrigação dos avós nos alimentos, basta que fique comprovada a incapacidade financeira dos pais, diferente das discussões tidas ao longo deste trabalho em que foram encontradas barreiras mais densas para o seu chamamento à lide. No caso dos alimentos, por tratar de prestação de cunho financeiro, embora englobe mais do que a prestação pecuniária propriamente dita, basta que seja comprovada a insuficiência financeira dos pais.

E para autorizar a ação contra os avós, nesse caso, deve-se comprovar a inadimplência dos pais, entretanto, não se pode cobrar dos avós o débito deixado pelos pais (DIAS, 2016, pg. 578).

Ainda sobre alimentos, a CF/88 prevê a possibilidade de prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia em seu artigo 5º, LXVII, sendo restringida a ação de execução que autoriza tal sanção pela Súmula 309 do STJ, “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

A controvérsia reside na possibilidade de os avós sofrerem a mesma penalidade direcionada aos pais e acima descrita, tendo em vista que se forem idosos já gozam de proteção especial pelo Estado assim como os menores. Sobre tal assunto colaciono acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

**RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. PACIENTE COM IDADE AVANÇADA (77 ANOS) E PORTADOR DE PATOLOGIA GRAVE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL AUTORIZADORA DA CONVERSÃO DA PRISÃO CIVIL EM RECOLHIMENTO**

**DOMICILIAR.** 1. É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo. Precedentes. **2. Em hipótese absolutamente excepcional, tal como na espécie, em que a paciente, avó dos alimentados, possui patologia grave e idade avançada, é possível o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar, em prestígio à dignidade da pessoa humana.** Precedentes. 3. Recurso provido. (STJ, 2013, grifo nosso)

E em caráter complementar, colaciono parte do voto da relatora do mesmo caso:

(...). Como bem coloca o parecer ministerial, "não se questiona a legalidade da medida, entretanto, no caso em debate, a idade avançada e a patologia que acomete a alimentante são fatores excepcionais que possibilitam atender o pleito alternativo e conceder a ela o benefício da prisão domiciliar"(...) (STJ, 2013)

Fica claro que a prisão civil por inadimplência dos alimentos é medida cabível independente de quem seja o devedor, no entanto, deve-se analisar cada caso de forma individualizada. Neste caso, por exemplo, tendo em vista a idade avançada da reclamada e a proteção especial que a própria Constituição concede a categoria dos idosos, sua pena foi mais branda.

Sobre o direito do menor sob guarda judicial de receber os benefícios previdenciários em decorrência do seu guardião, embora a Lei 9.528/97 tenha excluído os menores sob guarda judicial do rol de beneficiários da Lei 8.213/90, o entendimento do STJ é de que deve prevalecer a aplicação do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente para manutenção dos menores sob guarda como beneficiários de pensão por morte, e por analogia a outros benefícios.

Este entendimento se pauta no dispositivo do artigo 33, §3º, do ECA, e foi utilizado na decisão dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 1.141.788, e a relatora argumentou o seguinte:

(...). Entendo que a melhor solução a ser dada à controvérsia é aquela adotada pelo acórdão paradigma, no sentido de que o art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, **é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente.** (...) (STJ, 2017, grifo nosso)

Percebe-se novamente a presença e relevância do princípio da melhor proteção dos interesses do menor. Aqui não se trata de concessão de guarda para fins previdenciários, e sim

de garantir os benefícios previdenciários àqueles que já se encontram sob a guarda de quem os possa conceder tais benefícios.

Portanto, é possível perceber a pretensão dos juristas brasileiros pela proteção das classes vulneráveis no Direito de Família, tanto as crianças como os idosos, sendo assim devemos levar em conta essa vulnerabilidade quando for necessário confrontar seus interesses.

### 3.3 OUTRAS OBRIGAÇÕES, ALÉM DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

A proteção dos vulneráveis nas relações familiares vai muito além de tão somente prestar alimentos. É necessária a preocupação com a saúde, a educação, o bem-estar e crescimento cultural dos mesmos, bem como há o dever de proteger seus bens e direitos personalíssimos, tudo isso conforme o texto da lei.

No caso dos idosos, isso está pautado no já citado artigo 230, da Constituição de 1988, e no artigo 4º, do Estatuto do Idoso, em que obriga a família, a sociedade e, por fim, o Estado a zelar pelos direitos dos idosos.

Quanto às crianças e adolescentes, há previsão no artigo 227, da CF/88, no artigo 1.634, do Código Civil e no artigo 4º, do ECA, além de disposições específicas acerca de cada direito ao longo do referido estatuto.

Há, no entanto, grande diferença nas obrigações em relação a essas duas classes, tendo em vista que os menores estão no início de vida e plena formação de caráter e intelecto enquanto os idosos já estão no fim de sua vida, no entanto, há a mesma preocupação com ambas as categorias, qual seja, garantir saúde, educação, liberdade, dignidade, convivência comunitária e familiar, lazer, cultura, e outros previstos nos artigos já citados. A única exceção é a preocupação em garantir o direito e acesso ao trabalho, preocupação esta que é concernente apenas aos idosos, uma vez que é proibido o trabalho infantil.

O foco será mantido nas crianças e adolescentes, tendo em vista que o tema principal aqui é a guarda.

A primeira e mais importante obrigação dos pais ou guardiões para com os menores, é nada mais nada menos que a demonstração de afeto, amor e carinho, que criem a sensação de acolhimento das crianças e adolescentes no meio em que estão inseridos, isso é fruto da visão socioafetiva das famílias nos dias de hoje (PEREIRA, 2008, pg. 105).

O afeto como foco das relações familiares e obrigação mútua entre as partes desse vínculo foi o que permitiu que em julgados recentes os tribunais deferissem indenizações por

danos morais em razão de abandono afetivo, o que serve para corroborar a ideia de que demonstrações de afeto e carinho são muito mais que um requisito nas relações familiares, é também uma obrigação dos pais em relação a sua prole. Repare que são as demonstrações que se tornam obrigação, uma vez que o afeto em si é algo subjetivo de cada pessoa e não é possível obrigar alguém amar outrem. Acerca do abandono afetivo o STJ firmou precedente com o seguinte entendimento:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

(...)3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, **que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.**

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, **existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.** (STJ, 2012, grifo nosso).

Superada a questão da responsabilidade afetivo dos pais ou guardiões em relação aos menores, há outras responsabilidades a se observar, pois quem detém o poder familiar ou a guarda tem ainda obrigação de cumprir ou fazer cumprir determinação judiciais nos interesses dos filhos, com base no artigo 1.634, do Código Civil e artigo 22, do ECA, o que caracteriza o ônus público do poder familiar (PEREIRA, 2008, pg. 107), ou seja, deve fazer valer o interesse do menor.

O direito à vida e a saúde gozam de proteção específica também, prevista no capítulo I do ECA, em que se delimitam várias prestações a serem feitas pelo Estado principalmente, desde o momento da gestação (com a proteção da gestante, através de programas de pré-natal, art. 8º, do ECA) até o início da vida adulta. Por parte dos pais ou guardiões, como já discutido no início do capítulo se espera que providenciem o básico necessário aos menores e tão somente em sua incapacidade o Estado há de intervir, portanto, cabe aos pais a obrigação de cadastrá-los em programas de planos de saúde se puderem ou de chamarem os avós em caráter complementar (Súmula 596, STJ) para que o façam (DIAS, 2016, pg. 580).

Além disso, o responsável pelos menores tem a obrigação negativa de não utilizar castigos físicos excessivos como forma de disciplina, o que se constata através do artigo 13,

do ECA, que determina a imediata comunicação de tal ato à autoridade responsável, assim como essa obrigação deu origem à Lei 13.010, de 2014 (lei da palmada) que reforça o direito dos menores a serem criados sem castigo físico ou crueldade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição preveem um imenso rol de direitos que não se pretende listar, pois isso tornaria esse trabalho desnecessariamente extenso.

Por fim, é necessário compreender que todos esses direitos já citados e garantidos pela Constituição da República e pelo ECA, geram o dever dos responsáveis pelos infantes de “zelar” por eles, essa é a exata expressão utilizada pelo legislador no artigo 227, da CF/88, portanto, além da obrigação de prestar alimentos tem-se a obrigação de proteger a prole e zelar por esses direitos, seja judicialmente (artigo 1634, do CC/02) ou extrajudicialmente no exercício pleno das funções parentais.

#### 3.4 ESCUSA DAS OBRIGAÇÕES DOS AVÓS, À LUZ DO ARTIGO 1.736, DO CÓDIGO CIVIL

Haja vista a proteção especial dada à categoria dos idosos pela própria Constituição e pelo Estatuto do Idoso, como já exposto, foi inserida no CC/02 a possibilidade de escusa do exercício de tutela por parte dos maiores de sessenta anos assim como está disposto no artigo 1.736, II, do CC/02.

Essa obrigação surgiria caso os pais do infante viessem a falecer ou a serem afastados do poder familiar, como dispõe o artigo 1.728, do mesmo código. E a escusa se dá pelo fato de que os mais velhos já estariam no fim de sua vida, já tendo criado seus próprios filhos e contribuído para a sociedade, sendo assim reconhecida a sua fragilidade, conforme o texto legal e a jurisprudência já analisados ao longo deste trabalho.

É claro que a tutela e a guarda são institutos distintos, uma vez que na tutela quem escolhe o tutor via de regra são os pais por força do artigo 1.729, do CC/02, mas na ausência de nomeação os primeiros na linha assunção da tutela são os avós (art. 1.731, CC/02), e para que não exerçam esse múnus é necessário que se enquadrem em alguma das hipóteses taxativas de escusa, além de apresentarem petição dentro de um prazo legal de 10 (dez) dias que deverá ser analisada pelo juiz para então acolhe-la ou não (LÔBO, 2010, pg. 414).

Enquanto isso, a guarda não exige requerimento formal para se ausentarem de seu exercício, pois ela em regra não será deferida a alguém além dos pais exceto se for constatado que já é exercida de fato por este terceiro, é o que se pretende enfrentar com este trabalho.

A guarda compartilhada mais ainda, impede a sua aplicação se um dos aspirantes a guardião não a quiser, hipótese em que se aplicaria a guarda unilateral como já exposto no capítulo 1.

A questão é, se os avós poderiam esquivar-se do cumprimento de suas obrigações avoengas utilizando como base a mesma intenção jurídica presente nessa possibilidade de escusa, qual seja proteger nossos idosos e permitir-lhes descansar e gozar dos frutos de seu trabalho. Tal hipótese não merece prosperar, pois a proteção aos menores deve prevalecer sobre todas as outras, inclusive a dos idosos.

Na hipótese de guarda compartilhada é possível deduzir logicamente que os avós poderiam esquivar-se de seu exercício com a simples manifestação de sua vontade, visto que essa possibilidade é concedida até aos pais pelo artigo 1.584, §2º, do CC/02, em que “será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”.

Ora, se o genitor tem a possibilidade de não participar da guarda e deixar o exercício unilateral desta para o outro, por que motivo os avós não o poderiam? Não há motivo.

No entanto, quando falamos das obrigações avoengas independente de serem maiores de sessenta anos, não podem desviar-se de suas obrigações para com os menores, e nesse sentido cito novamente o voto da Relatora Nancy Andrighi, em decisão do STJ sobre Recurso em Habeas Corpus de nº. 38824, no qual foi relativizada a prisão civil de idosa em inadimplência de pensão alimentar sendo permitido que a cumprisse em regime domiciliar, levando-se em conta sua idade, entretanto, foi reafirmada a legitimidade do pedido e da sanção, uma vez que era do melhor interesse da criança que a pensão fosse paga em dia.

Ainda nesse sentido, retomo a leitura do artigo 229, da CF/88, que versa sobre a obrigação dos filhos de zelar por seus ascendentes, mas restringe essa obrigação aos filhos maiores, ou seja, por mais que os idosos necessitem de assistência isso não pode ser exigido dos menores, mas a recíproca não é verdadeira.

Sendo assim, resta claro que há preocupação com a proteção dos mais velhos e mais novos em nossa legislação, mas que o menor de idade recebe cuidados ainda mais minuciosos por ser a parte mais hipossuficiente das relações familiares.

É por isso que se deve buscar a maior blindagem possível de seus direitos, e então se levanta o questionamento acerca da possibilidade de guarda em comum pelos pais e avós.

#### 4 FAMÍLIAS MONOPARENTAIS E A GUARDA COMPARTILHADA COM OS AVÓS

Na sociedade contemporânea há diversos formatos familiares, desde a tradicional formada pelo casamento até as mais modernas como as famílias anaparentais que são formadas sem a presença de pais, através da convivência em mútuo espaço de parentes colaterais ou simplesmente de amigos muito próximos, entidade reconhecida pela doutrina e pela própria jurisprudência:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.

(...) III. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. (...) V. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, **o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.** (...) (STJ, 2012, grifo nosso)

A relatora não deixa espaço para dúvidas ao esclarecer que os modelos familiares apontados no artigo 226, da CF/88, não são taxativos, mas sim exemplificativos. Portanto, devemos reconhecer a existência de família para além do casamento, da união estável e das famílias monoparentais que são as espécies expressas na norma constitucional. Ainda na mesma decisão firmou-se que:

(...)VII. O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, **não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, possibilidades de grupos familiares.** (...) IX. Nessa senda, a **chamada família anaparental** – sem a presença de um ascendente –, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, **merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.**

Portanto, a egrégia corte concorda que a família deve ser analisada como se estivesse em constante evolução, buscando sempre reconhecer e auxiliar as novas facetas que se apresentarem na sociedade; tanto que se optou por assemelhar a família em que não havia casamento ou união estável em sua base (os pais adotivos nesse caso eram dois irmãos), à

prevista no art. 42, §2º, do ECA, que determina que a adoção conjunta só pode ser feita quando houver casamento ou união estável.

O posicionamento tomado na referida decisão assim como a própria alteração constitucional em que foi concedida especial proteção à “família”, sem distinção expressa à qual tipo (LÔBO, 2010), demonstra que o Brasil tem caminhado cada vez mais para um Direito de Família humanitário, em que a máxima deve ser a felicidade de seus membros e não a vontade de um Estado conservador.

É nesse cenário que se encontram as famílias monoparentais, formadas por um dos genitores ou pais adotivos e seus filhos, e diversos são os motivos de sua existência, seja por abandono do outro genitor, morte, adoção individual, ou até incapacidade absoluta.

Essa espécie de família tem previsão expressa no art. 226, §4º, da CF/88, e embora goze das mesmas prerrogativas e proteções das demais famílias, carece de um tratamento diferenciado acerca de suas peculiaridades. Um exemplo disso, e causa deste trabalho, é a necessidade de assistência que muitas dessas famílias enfrentam muitas vezes por falta de condições financeiras (fato comum às outras espécies de família), mas também por falta de tempo à disposição da prole, haja vista que responsável pela família não tem o apoio de outrem no exercício de suas funções parentais.

Estudo feito pelo IBGE em 2013 comprovou que em 86,3% dos casos são as mulheres que ficam responsáveis pelas guardas dos filhos menores, ou seja, ainda enfrentamos as consequências de um histórico machista presente em nossa sociedade nos séculos passados, o que vem sendo derrubado a cada dia. Assim sendo, além da preocupação com o menor, há também de levar em consideração um fator secundário, o contexto social que acaba por prejudicar as mães solteiras.

Nesse caso, visando à proteção maior da prole na qualidade de hipossuficiente e hipervulnerável que lhe é característica, deve ocorrer a busca formas alternativas de blindar seus direitos e o ambiente em que está inserido, portanto, trabalha-se a hipótese de que uma das alternativas seja a guarda compartilhada com os avós nesses núcleos familiares específicos.

Os avós, conforme explorado no capítulo anterior, tem obrigações e direitos em relação a seus netos e pelos laços da afetividade isso pode acabar sendo ampliado, mas ainda que não ocorra essa dilatação voluntária em sua contribuição para o desenvolvimento dos netos, há obrigações inescusáveis às quais podem ser chamados, como a obrigação de prestação de alimentos (Súmula 596 do STJ e artigo 1.696, do CC/02).

Portanto, questiona-se até que ponto se estende essa obrigação avoenga, uma vez verificada a necessidade da criança prejudicada pela falta de convívio familiar e comunitário, e conseqüentemente de afeto, seja porque o pai passa muitas horas fora de casa trabalhando ou porque seus horários não coincidem. A doutrina dos princípios do Direito de Família, especialmente o do melhor interesse dos menores, leva a crer que deve haver a extensão da possibilidade de participação dos avós se isso for resguardar ainda mais o bem estar do menor.

#### 4.1 A ATUAL CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

O Direito de Família passou por uma grande transição paradigmática, como visto nos capítulos anteriores, em que afetividade se tornou a matriz do núcleo familiar, e é claro que isso acabou afetando diretamente a própria ideia de família no direito brasileiro. A preocupação deixou de ser patrimonial e se direcionou ao indivíduo, nesse sentido:

Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito. (LÔBO, 2010, pg. 27-28)

Portanto, o Estado deve interferir minimamente na formação das famílias, bem como no exercício de sua liberdade de vida, o que deu origem à previsão do artigo 1.513, do CC/02, que proíbe a intromissão de terceiros no núcleo familiar.

Assim sendo, interferir e limitar tal exercício seria o mesmo que restringir a própria liberdade e felicidade daqueles que estiverem sob poder de atuação do Estado brasileiro. Deve-se buscar a quebra dos dogmas e costumes restritivos, tal como se fez com a figura do casamento que deixou de ser a única e absoluta forma de constituição de família, para que possamos incentivar a melhoria na qualidade de vida e redução de litígios neste ramo do direito, pois um sujeito feliz é alguém com menor probabilidade de ingressar com uma ação judicial rogando pelo reconhecimento de seus direitos. E não se está buscando aqui defender um Estado liberal, e sim um Estado Democrático de Direito que possa intervir somente quando estritamente necessário, nesse sentido:

Evidentemente que a intromissão estatal somente ocorrerá em fatos gravíssimos que justifiquem tal invasão na vida privada da família, mesmo porque, no artigo 1.513 do Código Civil, é claro: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (PEREIRA, 2008, pg. 108)

Uma vez que o Estado anterior a Constituição era extremamente conservador e reconhecia a formação das famílias unicamente por meio do casamento, no Código Civil de 1916, se fez necessária a intervenção dos constituintes ao firmar outros tipos de famílias expressamente reconhecidos em nossa Constituição Federal no artigo 226, sendo estas meramente exemplificativas e sendo afastada a necessidade de casamento, pelo §4º do mesmo artigo, e sobre isso:

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que a integram. (LÔBO apud, CALDERÓN, 2013, pg. 11)

Assim parece claro que a família deve ser compreendida através da vontade dos indivíduos, assim como existe a aceitação da raça autodeclarada, a família é constituída por todo indivíduo que se autodeclara parte de um núcleo familiar específico desde que haja aceitação dos outros membros e adotem essa postura perante a sociedade. Cabendo ao Estado apenas acolhê-las e decidir acerca de aspectos litigiosos como a guarda ou poder familiar quando houver complicações.

Como visto, a família tinha diferentes funções na sociedade anteriormente à CF/88 e uma destas era a procriação, o que não é mais uma realidade, uma vez que atualmente é dotada de uma natureza socioafetiva e assim abre espaço inclusive para as uniões homossexuais (LÔBO, 2010, pg. 19).

A família sofreu completa ressignificação devido à própria mudança fática-social no Brasil ao longo dos séculos XX e XXI, e o direito se viu obrigado a acompanhá-la, pois “a restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável” (LÔBO, 2010, pg. 29).

Portanto, é notável que o direito acompanhou a mudança ainda que de forma incompleta, pois algumas ocorreram muito após a promulgação da Constituição de 88 (o reconhecimento das uniões homoafetivas só ocorreu em 2011 com o julgamento da ADI 4277) e outras brechas que ainda carecem de atenção como é o caso que se busca elucidar, das famílias monoparentais.

## 4.2 PRINCÍPIO DO MELHOR DE INTERESSE DO MENOR

O princípio do melhor interesse do menor faz parte da ressignificação da concepção de família tratada no tópico anterior, sendo expressamente inserido nesta em seu artigo 227, em que o constituinte atribuiu a obrigação coletiva entre família, sociedade e Estado, de garantir a proteção dos direitos e do desenvolvimento da pessoa desde a infância até a juventude.

A juventude é o elo entre a geração passada e o futuro, depende dela o desenvolvimento da sociedade e o rumo a ser tomado pelo Estado, por isso é tão importante o cuidado que se dá a ela, os adolescentes, crianças, e jovens devem ser reconhecidos como indivíduos que são e a nova significação do Direito de Família, isto é, a realização da liberdade e busca da felicidade pelo indivíduo deve se estender a eles. Sobre a função da juventude em relação ao futuro da sociedade entende-se que:

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”. Nele se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos. (LÔBO, 2010, pg. 70)

O reconhecimento da categoria das crianças e adolescentes como sujeitos de uma tutela específica do direito se comprova através do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois não só foi reconhecida a necessidade de se pautar o direito na proteção do mais vulnerável como foi criada uma lei unicamente voltada para os interesses destes.

Isso retoma a questão sobre o direito acompanhar as mudanças constantes em nossa sociedade, pois se viu que o Código de Menores (Lei 6.697/79) foi revogado e substituído por esse novo Estatuto. O antigo código previa os procedimentos para a proteção e fiscalização dos infantes, além de questões sobre guarda, tutela e alteração de nome, e deixava a parte humanitária da questão para que fosse cuidada pelas entidades responsáveis por cuidar deles.

Houve claro quebra de paradigma com a promulgação do ECA, pois aí passou-se a ter um código que se preocupa muito mais em descrever quais os direitos fundamentais dos menores a serem protegidos e tornou mais extenso o rol de pessoas responsáveis por fazê-lo, bem como deixou de tratar apenas de questões procedimentais de guarda e tutela para preocupar-se em determinar com clareza os limites do poder familiar e os deveres impostos aos responsáveis pelas crianças e adolescentes.

Além disso, a jurisprudência em nosso país tem adotado esse princípio como máxima, buscando sempre minimizar a sua relativização frente aos outros direitos, como no caso do Recurso em Habeas Corpus 38824/SP julgado pelo STJ em 2013, em que se confrontaram duas categorias vulneráveis e mesmo assim houve prevalência do entendimento em favor do menor, e também a Repercussão Geral 622 em que ocorreu o reconhecimento de dupla paternidade, algo inédito, em prol do interesse dos menores.

Assim sendo, é clara a intenção do ordenamento jurídico brasileiro hoje, através do poder legislativa e judiciária, no sentido de resguardar a todo custo os hipossuficientes da relação familiar (os menores). É importantíssima a participação e conscientização dos aplicadores do direito, juízes, desembargadores, procuradores, acerca do papel delicado a que foram atribuídos em relação à juventude do país, pois são os casos ajuizados nas cortes de justiça em que se evidenciam as primeiras mudanças em direção a um direito mais adequado à realidade social do país (CALDERÓN, 2013).

#### 4.3 LEGITIMIDADE OU OBRIGAÇÃO DOS AVÓS PARA GUARDA COMPARTILHADA NAS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

Os estudos feitos e aqui expostos apontam em direção a maior participação dos avós na proteção e zelo pelo desenvolvimento de seus descendentes. A questão real é acerca da possibilidade de os avós requererem a guarda compartilhada dos netos ou de serem obrigados a partilhar desta.

Sobre sua legitimidade para suscitar a guarda, não parece haver óbice, desde que atenda o melhor interesse da criança ou adolescente.

Como já debatido, o direito à convivência familiar e comunitária é de suma importância na criação de jovens, e isso em uma família monoparental pode acabar sendo prejudicado pela sobrecarga de funções nas mãos de um só responsável. Esse problema poderia ser evitado com alto poderio financeiro do pai ou mãe, ao contratar profissionais que o substituiria em certas funções, como limpeza ou culinária do lar, entretanto, isso em famílias de baixa não é possível.

A garantia da convivência familiar e comunitária, direito previsto no artigo 19 do ECA, é essencial ao desenvolvimento da criança o que inclusive é requisito expresso do ambiente em que a criança deve ser inserida conforme a parte final do artigo que determina que seja “assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

O fato é que ao tratar disso em relação a prestação avoenga, não se pode reduzir tal espectro da criação ao simples direito de visita do artigo 1.589, parágrafo único, do CC/02, pois se divide em dois polos, a convivência comunitária e a familiar.

A convivência comunitária está ligada ao ambiente social em que a criança se insere, ou seja, qualquer contato com a sociedade fora do seio familiar. É dever dos responsáveis pelo menor garantir que ele tenha acesso a esses ambientes e também que possua o necessário para sentir-se incluído nesse meio:

São consideradas, ainda, como obrigações abarcadas pela criação dar condições para que os filhos tenham boa saúde (...); vestuário mínimo e no caso do sul do país, devido ao frio, **como garantia de vida e dignidade na sua convivência comunitária;**(...) (grifo nosso) (PEREIRA, 2008, pg. 116)

A convivência familiar, no entanto, é um pouco mais complexa que isso, pois é necessário que haja o contato constante com o núcleo familiar e é aqui que se encontra a necessidade de conceder aos avós a guarda compartilhada, pois assim podem garantir que o menor mantenha contato com a parte da família que o pai ou mãe não convive, e assim teríamos ambientes distintos com culturas e pensamentos distintos já que se trata de duas famílias distintas.

O contato exigido para garantia da convivência familiar é aquele que permita o zelo pelos direitos do menor, desde a alimentação, a saúde, e educação até o próprio afeto, e assim haveria o cumprimento da obrigação indicada no tópico 2.3 de zelar pelos direitos e pela proteção das crianças e adolescentes, e a guarda tem exatamente esta função (PEREIRA, 2008, pg. 127).

Por tais motivos, faz muito sentido que se abra a possibilidade de guarda compartilhada com os avós em casos excepcionais em que os pais necessitem de assistência na criação dos filhos, não bastando para isso que necessitem de assistência financeira, pois nesse caso optar-se-ia por uma prestação de alimentos. Com essa carta em mãos, haveria maior garantia de proteção aos interesses dos menores, pois haveria mais uma blindagem para seu desenvolvimento.

O doutrinador Paulo Lôbo (2010, pg. 69) corrobora a ideia supra, afirmando que o direito à convivência familiar deve ser analisado conforme a abrangência do conceito de família na comunidade em que será aplicada, e uma vez que no Brasil é comum que as famílias mantenham contato além do núcleo pais-filhos, é lógico que o esse direito alcança os avós, tios e outros parentes também.

Além do direito a convivência familiar, haveria enorme diminuição das responsabilidades do pai ou mãe ali presente, pois os avós haveriam de garantir também o direito à educação, à alimentação, ao desenvolvimento cultural, lazer, esporte e assim por diante, uma vez que a guarda compartilhada se dá pela divisão igualitária de absolutamente todos os deveres e direitos em relação à prole, como disposto no artigo 1.583, §1º, do CC/02 e exposto no capítulo 1 deste trabalho.

Sendo assim, parece legítima esta pretensão em favor do melhor interesse da criança e do adolescente pelos motivos expostos acima. Os avós poderiam requerer a guarda com o intuito de dar assistência cotidiana a esse núcleo familiar monoparental.

Superadas essas questões, necessária é a análise acerca da possibilidade de imposição da guarda compartilhada aos avós. Essa hipótese remota não merece prosperar, pelo simples fato de que não há como obrigar alguém a participar do regime de guarda compartilhada, por força do artigo 1.584, §2º, do CC/02, pois o próprio genitor em uma família tradicional (com ambos os pais) ao declarar que não deseja a guarda do menor poderia afastar essa modalidade de guarda, logo, essa possibilidade se estende aos avós, já que sua responsabilidade em relação aos netos é subsidiária a dos pais.

Nesse caso, se for verificada a real necessidade da família, pode haver condenação a prestação de alimentos avoengos, incluindo-se nestes (respeitada a proporcionalidade-possibilidade do alimentante) o pagamento de plano de saúde, roupas adequadas à localidade, lazer e o que mais for necessário.

Por fim, é indiscutível a máxima de que a guarda compartilhada não poderá ser imposta aos avós. Quanto à legitimidade dos avós para requerer a guarda compartilhada de seus netos, parece não haver óbice desde que comprovada a real necessidade da família e o melhor interesse da criança, além de gozar haver possibilidade legal de deferimento pelo artigo 1.584, II, do CC/02, que em sua parte inicial diz que a guarda será “decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho”, além de haver previsão para o deferimento da guarda a terceiros caso o magistrado perceba que o menor não deve ficar sob poder dos pais (art. 1.584, §5º, CC/02); a análise sistemática de ambos dispositivos dá asas a essa ideia inovadora.

#### 4.4 REQUISITOS PARA DETERMINAR A GUARDA COMPARTILHADA JUNTO AOS AVÓS.

Embora a guarda unilateral tenha sido a regra à luz do Código Civil já ultrapassado, de 1916, é notório que aquelas crianças cujos pais possuem um relacionamento saudável mesmo que separados se beneficiam de tal situação, e nesse sentido há pesquisas que comprovam a maior efetividade da guarda compartilhada para a prole, como aquela feita por Irving e Benjamin (1991, apud, LAGO; BANDEIRA 2009, pg. 292) em que foi constatado que o regime de guarda compartilhada é mais satisfatório do ponto de vista dos menores.

Ainda na mesma pesquisa os autores observaram que tal modalidade de guarda é recomendada desde que se façam presentes alguns requisitos, dentre eles o baixo nível de conflito entre os pais, a motivação de ambos para aceitar e superar eventuais exigências e complicações do exercício desse tipo de guarda, e o exercício de uma paternidade centrada na criança (IRVING; BENJAMIN, apud LAGO; BANDEIRA, 2009, pg. 293).

A pesquisa supracitada foi feita com enfoque em pais separados, no entanto é possível fazer a analogia para a relação entre os avós e o pai da família monoparental. Ora, parece óbvio que para o deferimento da guarda compartilhada é necessário que pais e avós possuam no mínimo os mesmos requisitos seriam exigidos entre pais separados, como o foco no bem-estar da criança, o bom relacionamento entre os guardiões em prol da criança e o principal aspecto da relação já discutido exaustivamente neste trabalho, que é a afetividade entre o menor e seu guardião.

Cito outra pesquisa feita com cinquenta psicólogos acerca da guarda compartilhada em que foram questionados acerca dos fatores a serem observados para que se recomende a guarda compartilhada, os três fatores considerados mais importantes no resultado final da pesquisa foram o relacionamento entre os pais, o relacionamento da criança com ambos os pais e a maturidade dos pais (LAGO; BANDEIRA, 2009, pg. 301).

Assim sendo, é possível concluir que o aspecto socioafetivo para concessão de guarda compartilhada exige tanto uma boa relação do menor para com os guardiões como entre os próprios guardiões.

Lago e Bandeira (2009) concluíram em sua pesquisa que o acompanhamento de um profissional da psicologia nos processos de guarda é de suma importância, pois só assim o juízo poderá avaliar os vínculos de afetividade com algum grau de certeza e credibilidade. Quanto a importância da atuação de profissionais da psicologia nesses casos:

(...)os profissionais têm competência para avaliar cuidadosamente a demanda de quem requer a guarda, quais são os pressupostos por eles analisados para verificar se os genitores têm capacidade de tal função, assim analisar-se-á: suas condições, não somente materiais de sustentar e

fornecer um ambiente adequado à criança; suas condições psíquicas, investigando as motivações conscientes e inconscientes, considerando sua história de vida, e os vínculos e afetos de cada genitor(...) (RODRIGUES, 2013)

Conclusão semelhante foi alcançada em outra pesquisa, feita com juízes, mediadores, psicólogos e assistentes sociais de estudos psicossociais atuantes em processos de direito de família, em que os sujeitos da pesquisa afirmam que é uma tarefa árdua avaliar esses aspectos de uma relação, principalmente quando há menores envolvidos, e a maior dificuldade é encontrada por aqueles profissionais que não atuam na área da psicologia (MONTEZUMA, et al. 2017).

Os juízes entrevistados afirmaram que se torna mais fácil a atuação em conjunto com psicólogos, pois assim podem tomar decisões com mais tranquilidade tendo em mãos pareceres de peritos na área. Um dos entrevistados afirmou, quando questionado sobre a alienação parental, que “não é um comportamento inerente às mulheres, é de quem quer afastar, que pode ser o pai de uma criança ou adolescente, a mãe, o avô, a avó.” (MONTEZUMA, et al., 2017).

Assim sendo, mesmo naqueles processos em que os avós sejam os requerentes da guarda ou tenham a guarda de seus netos contestada, é extremamente importante que haja a atuação de um profissional da psicologia, para verificar se o que está sendo alegado pelas partes condiz com a realidade e ainda para que haja certeza do vínculo afetivo entre o menor e aquele que busca sua guarda, tendo em vista que o magistrado e os demais profissionais da área do direito não tem capacidade técnica para tal.

Brito e Gonsalves (2013) fizeram uma pesquisa na jurisprudência nacional, acerca do tema da guarda compartilhada e sua aplicação nos tribunais ao redor do Brasil, mais especificamente na Justiça Estadual do Rio de Janeiro, de Minas Gerais, e do Rio Grande do Sul, com o advento da lei 11.698/08. Através dessa pesquisa foi constatado que há muitos juízes que não concordam com a aplicação da guarda compartilhada e até que a consideram um retrocesso (BRITO; GONSALVES, 2013, pg. 303), *pasmem*.

Mas o que importa de fato na referida pesquisa, é que também se chegou à conclusão de que é contraindicada a guarda compartilhada quando houver litígio entre os aspirantes a guardião, mas somente se for verificado que isso possa afetar a criança, pois como as autoras pontuam “o desafio hoje se situa na importância de perceber que o processo judicial de regulamentação de guarda, por exemplo, abrange um pai e uma mãe e não um casal.” (BRITO; GONSALVES, 2013, pg. 305).

Embora as autoras tratem de guarda compartilhada entre casais, parece decorrência lógica que se exija uma boa relação também entre os pais e avós.

Verificou-se ainda na mesma pesquisa que muitos juízes indeferiram a guarda compartilhada porque as crianças estavam em tenra idade ou por falta de conduta desabonadora do guardião. Ora, esses requisitos para indeferir o pedido levam em consideração muito mais os ideais dos próprios juízes e ao interesse do guardião do que o interesse da criança, por isso não merecem prosperar.

Não há que se falar em conduta desabonadora do guardião para deferir a guarda compartilhada, deve-se na verdade verificar se aquele almeja a guarda possui as condições afetivas, psicológicas e materiais para exercê-la em conjunto com o atual guardião, pois isso é do interesse da criança. E, além disso, a pouca idade da criança não deve influenciar na escolha, pois se ambos os pais, ou nesse caso um dos genitores e os avós, estiverem aptos ao exercício da guarda e o desejarem, não há nada que os impeça de exercê-la com qualidade além da opinião do magistrado conservador.

Portanto, é preciso que haja uma conscientização dos aplicadores da lei, pois muitas vezes é difícil para essas pessoas se colocarem no lugar das crianças em disputa de guarda e por isso acabam observando o lado dos adultos no litígio.

Somente com a educação dos legisladores e magistrados é que alcançaremos um Direito de Família eficaz em atender o interesse dos menores e principalmente, em usar da criatividade para que isso possa ocorrer. É essa criatividade que buscamos instigar com esse trabalho, ao defender uma ideia para solução de problemas causados pelas dificuldades enfrentadas por pais solteiros na criação de seus filhos.

Segundo dando do IBGE (2013), a guarda compartilhada ainda é pouco aplicada embora seja a regra no Código Civil (6,8% dos casos), mas tem se notado crescimento em sua aplicação, houve um crescimento de 0,8% no número de famílias com guarda entre os anos de 2012 e 2013.

A baixa porcentagem se deve ao fato de que basta a vontade de um genitor pela não utilização dessa guarda, para que seja afastada. Com a hipótese aqui levantada talvez seja possível aumentar sua aplicabilidade, mas assim como no caso dos magistrados, levantado anteriormente, se faz necessária conscientização dos pais acerca de suas responsabilidades para com seus filhos.

Ainda sobre a preferência da guarda compartilhada em detrimento das outras espécies, o Supremo Tribunal Federal firmou tese em sede Recurso Extraordinário (Repercussão Geral 622) que cria a possibilidade de reconhecimento concomitante de duas

paternidades, uma afetiva e outra biológica, sem prejuízo uma da outra como se perceber a seguir:

(...)13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo **quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.**(...) (grifo nosso) (STF, 2016, grifo nosso)

Mais uma vez encontramos o princípio do melhor interesse do menor e, portanto, essa decisão serve de base para concretizar a ideia de que é possível estender a guarda dos filhos para além dos pais, e sem excluí-los da relação, se for verificada a presença desse princípio.

Ora, se o Egrégio Tribunal reconheceu a possibilidade de multiparentalidade com um segundo pai por quesito meramente biológico, para não o eximir de suas obrigações com sua prole, por que motivo se afastaria a ideia de que os avós podem ser chamados à responsabilidade parental de seus netos na ausência de um dos pais?

A tese firmada pela corte em suma diz que a paternidade socioafetiva prevalece sobre a biológica, não obstante isso não afaste a obrigação do pai biológico de prover à sua prole. Sendo assim, na ausência do pai ou mãe biológico, parece justo que seus ascendentes possam e devam ser chamados a compor sua guarda e ainda que o pai ou mãe ausente seja adotivo, ou sequer tenha vínculo formal como tal, tendo em vista à filiação socioafetiva existente também podem ser chamados à lide os ascendentes socioafetivos do menor, tendo em vista que:

(...)3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, **reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.** (...) (STF, 2016, grifo nosso)

Portanto, não interessa aqui criar uma fórmula de encaixa para as famílias contemporâneas, mas sim suprir as necessidades dos indivíduos pertencentes a essa sociedade para que possam exercer sua liberdade individual e buscar a sua felicidade propriamente dita, pois o estado não deve se opor e restringir o exercício de funções tão particulares como as dos familiares, em verdade deve apenas protegê-las.

Haja vista ser uma situação excepcional, o juiz deverá sempre analisar se há real necessidade da aplicação dessa medida, isto é, se o pai ou mãe tem real incompatibilidade de

horários com a vida dos filhos (caso trabalhe no turno da noite) e se está havendo alta sobrecarga de responsabilidades sobre este. Pelos motivos já discutidos, deve sempre haver a necessidade disso para atender o melhor interesse da criança ou do contrário não se poderá aplicar essa medida excepcional. É nesse sentido que a jurisprudência sobre o assunto tem sido pautada:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA ENTRE A AVÓ PATERNA E A MÃE DA MENOR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. **O instituto da guarda tem como objetivo maior suprir o desamparo material, moral e afetivo dos pais em relação à criança, quando não podem ou de alguma outra maneira encontram-se impossibilitados de exercer esse mister.** (TJDF, 2012, grifo nosso).

O magistrado firma o entendimento aqui argumentado, de que a guarda pode ser utilizada para amparar os filhos que sofrem com o desamparo afetivo dos pais, e que por vezes é inevitável, tendo em vista o mercado extremamente concorrido que vivenciamos nos dias de hoje. Os filhos acabam passando muito tempo na ausência dos pais, tendo em vista as jornadas extensivas de trabalho a que estes se prestam.

(...)3. A guarda é uma modalidade de colocação da criança ou adolescente em família substituta, nos termos do conteúdo previsto no art. 28, do estatuto da criança e do adolescente. 4. **Embora a guarda não acarrete a perda do poder familiar em relação aos pais, ocasionando apenas a suspensão de seu exercício, quando compartilhada, esse exercício fica a cargo de mais de uma pessoa. Dessa forma, a princípio, não se teria impedimento para que os avós possam exercer a guarda, mas para isso resta necessário que a criança se encontre em situação irregular, não sendo esta, todavia, a situação ora analisada.** 5. Não comprovando os apelantes que preenchem os requisitos para a obtenção da guarda compartilhada da menor, entre avó e mãe da infante, escoreita se apresenta a sentença que julga improcedente o pleito inicial. 6. Recurso desprovido. (TJDF, 2012, grifo nosso)

Assim como exposto anteriormente, o poder familiar só se extingue em hipóteses taxativas, como a morte dos pais, e por isso o compartilhamento da guarda com os avós não estenderia o poder familiar a eles. Na verdade ficariam apenas responsáveis conjuntamente ao pai ou mãe pelas necessidades dos infantes.

Para que seja deferida essa forma de guarda o magistrado que prolatou a referida decisão utilizou-se dos mesmos critérios estabelecidos ao longo dos 3 capítulos aqui apresentados, o que serve para concretizar que o afeto e o melhor interesse das crianças e

adolescentes são os principais princípios do Direito de Família em relação quando houver menores envolvidos.

Portanto, a guarda compartilhada com os avós só é possível ao se atender alguns requisitos: a) os avós e o(a) pai/mãe tenham bom relacionamento; b) os avós tenham bom relacionamento com a criança; c) que a criança esteja sofrendo algum tipo de desamparo, ainda que leve e puramente afetivo, ainda que por motivos alheios as vontades dos pais. Esses três requisitos todos se voltam para uma única intenção, satisfazer o melhor interesse da criança.

## CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho viu-se que a atual conjuntura trazida pela Constituição Federal de 1988, em conjunto com as leis infraconstitucionais mais recentes, como o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, é fruto de uma grande transição paradigmática ocorrida em todo o ordenamento jurídico brasileiro, embora a discussão tenha se resumido à área do Direito de Família.

Com efeito, essa transição afetou o próprio conceito de família e a posição ocupada pelas crianças e adolescentes nas relações familiares, pois estes parecem a ser tratados como sujeitos de direitos próprios e prioritários, gozando de proteção especial.

Verificaram-se também os efeitos desse novo paradigma e do novo papel dos menores na aplicação do instituto da guarda, com a necessidade aplicar a modalidade que mais se adegue aos interesses da criança, podendo inclusive ser deferida em favor de terceiros.

Viu-se também que há uma série de obrigações e direitos recíprocos existentes nas relações entre avós e netos, e que os idosos gozam de tratamento igualmente especial assim como as crianças, mas que quando confrontadas essas duas vulnerabilidades, o interesse do menor deve prevalecer, visto que é o mais hipossuficiente na relação.

Quanto às famílias monoparentais, ficou claro seu diferencial em relação aos demais formatos de família, pela sobrecarga de funções sobre uma só pessoa, e ficou demonstrada a necessidade de auxílio em relação essas famílias, principalmente aquelas que tem baixa renda, e por isso a intenção de deferir a guarda compartilhada dos netos entre o pai solteiro e os avós; o que deve ser feito, inclusive, como forma de quebrar as barreiras sociais que se criaram as mulheres que sofrem com a responsabilização pela guarda dos filhos na maioria dos casos.

Ficou claro que essa hipótese de guarda compartilhada poderia solucionar o problema de cada criança individualmente, mas que deve ser deferida somente em casos excepcionais, bem como se estabeleceram requisitos para tal deferimento.

Através de análise da jurisprudência e legislação tornou-se clara a possibilidade de haver a partilha das funções parentais com pessoas além dos genitores, assim como ficou evidenciado que o princípio da primazia do interesse do menor deverá ser observado como máxima (sendo relativizado ao mínimo) para análise desses casos.

No entanto, apesar de todos os argumentos apresentados, faz-se necessário que haja promulgação de normas legislativas para preencher essas lacunas, o que deve demorar já que

depende de um processo legislativo prolongado. Mas como solução talvez mais imediata, é extremamente necessária a conscientização dos juristas e aplicadores da lei, pois enquanto a lei não se adapta a realidade social, cabe a análise do caso concreto nas cortes a efetivação dessas mudanças.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. 445 pg.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. 732 pg.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol. 6, direito de família**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. 702 pg.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015. 783 pg.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar. 2013. 438 pg.
- DIAS, Maria Berenice. **Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 29 de dezembro de 2008. Acesso em 15 de set. 2017
- VELLY, Ana Maria Frota. **Guarda Compartilhada: Uma nova realidade para pais e filhos**. Porto Alegre. 2011. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029\\_06\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf)>. Acesso em 02 de dezembro de 2017.
- CHERULLI, Eulice Jaqueline da Costa Silva. **Lei agora protege relacionamento entre avós e netos**. Disponível em <<https://www.pailegal.net>>. Acesso em 15 de set. 2017
- LOCKS, Jéssica Cristina dos Anjos. **As novas modalidades de família**. 2012. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2728>> Acesso em: 13 set. 2017.
- ALVES, Júlio Henrique de Macêdo. **A evolução nas definições de família, suas novas configurações e o preconceito**. RN. Natal. UFRN. 2014. Monografia. Disponível em: <[https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/892/1/JulioHMA\\_Monografia.pdf](https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/892/1/JulioHMA_Monografia.pdf)>. Acesso em 13 de set. de 2017.
- VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=novas%20modalidades%20de%20familia&source=web&cd=8&cad=rja&ved=0CEwQFjAH&url=http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/41/45&ei=QYZsUOSzL4am8QTryYGwBg&usq=AFQjCNH1SSftEzhEWE4-NQOE\\_qykaTdnvA](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=novas%20modalidades%20de%20familia&source=web&cd=8&cad=rja&ved=0CEwQFjAH&url=http://revista.esmesc.org.br/re/article/download/41/45&ei=QYZsUOSzL4am8QTryYGwBg&usq=AFQjCNH1SSftEzhEWE4-NQOE_qykaTdnvA)>. Acesso em: 13 de set de 2017.
- MEDEIROS, Ana Paula Alves de; NELSON, Rocco A. R. R. **Da afetividade como base normativa para constituição da família**. Revista Síntese Direito de Família. SP. v. 18, n. 102, p. 81-101, jun./jul. 2017.

MONTEZUMA, Márcia Amaral et al. **Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência**. Physis Revista de Saúde Coletiva. RJ. n. 27, p. 1205-1224, out./nov. 2017.

BRITO, Leila M. T.; GONSALVES, Emmanuela Neves. **Guarda compartilhada: alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência**. Direito GV. São Paulo, 9 [1], p. 299-318, jan./jun. 2013.

MAUÉS, Antonio Moreira. **Capítulos de uma História: a decisão do STF sobre união homoafetiva à luz do direito como integridade**. Sequência. Florianópolis n. 70, p. 135-162, jun. 2015.

PEREIRA, José Antônio Borges. **O direito fundamental de liberdade da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente**. Tese (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. **A Psicologia e as demandas atuais do Direito de família**. Psicologia, ciência e profissão. Brasília, v. 29, n. 2, p. 290-305, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932009000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932009000200007&lng=en&nrm=iso)>. acesso em 10 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei 10406 de 2002: Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm#art1583](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm#art1583)>. Acesso em 14 de set. 2017.

\_\_\_\_\_.**Lei 11.698 de 2008: Lei da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1)>. Acesso em 14 de set. de 2017.

\_\_\_\_\_.**Lei 8.069 de 1990: Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em 14 de set. 2017.

\_\_\_\_\_.**Lei 12.318 de 2010: Dispõe sobre alienação parental**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm)>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

\_\_\_\_\_.**Lei 3.071 de 1916: Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 04 de dezembro de 2017.

\_\_\_\_\_.**Lei Complementar 80 de 1994: Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)>. Acesso em 24 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 de set. de 2017.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial: **REsp 1.147.138 - SP (2009/0125640-2)**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 27 de maio de 2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1147138&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 de set. de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Repercussão Geral em Recurso Extraordinário: **RE 630.852**. Relatora: Ellen Gracie. 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3500501>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário: **RG 622**. Relator: Luiz Fux. 21 de setembro de 2016. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/oxbmklf>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. TJ-RS. **AI: 70067405993 RS**, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 18 de fevereiro de 2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2016.

\_\_\_\_\_. TJ-RS. **AI: 70056660699 RS**, Relator: Alzir Felipe Schmitz. Julgamento: 14 de novembro de 2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 20 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113481932/agravo-de-instrumento-ai-70056660699-rs?ref=serp>>. Acesso em 01 de junho de 2018.

\_\_\_\_\_. TJ-RS. **AC: 70077096857 RS**. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Julgamento: 25 de abril de 2018. Data da publicação: 27 de abril de 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574591516/apelacao-civel-ac-70077096857-rs/inteiro-teor-574591526?ref=juris-tabs>>. Acesso em 01 de junho de 2018.

\_\_\_\_\_. TJ-DF. **APELAÇÃO CÍVEL: ApC 2012 01 1 132445-8**. Relator: Des. Flavio Rostirola. Julgamento: 2014. DJ 250/2014, às fls. 162-181. Disponível em : <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.civel.1:acordao:2014-11-13;835255>>. Acesso em 09 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. (2012). **APELAÇÃO CÍVEL: ApC 2011 07 1 009816-3**. Relator: Des. João Egmont. Julgamento 23 de maio de 2012. DJ 084/2012, às fls. 200-216. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;distrito.federal:tribunal.justica.distrito.federal.territorios;turma.civel.5:acordao:2012-05-23;590186>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. IBGE. **Estatísticas de Registro Civil 2013**. IBGE, 2014. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000019925012122014502109119665.pdf>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 596**, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. (STJ). **Súmula 309**, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/0/2005, DJe 04/05/2005. Disponível em: <

[http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/1846/Sumulas\\_e\\_enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/1846/Sumulas_e_enunciados)>. Acesso em 25 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_ (STJ). Recurso Ordinário em Habeas Corpus: **RHC 38824 SP 2013/0201081-3**. Relatora: Nancy Andrighi. 17 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=2013%2F0201081-3+ou+201302010813&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_ (STJ). Embargos de Divergência em Recurso Especial: **EREsp nº 1141788/RS**. Relatora: Nancy Andrighi. 03 de maio de 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EREsp%201141788>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_ (STJ). Recurso Especial: **REsp nº. 1.159.242/SP**. Relatora: Nancy Andrighi. 24 de abril de 2012. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20120510-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf)>. Acesso em 26 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_ (STJ). Recurso Especial: **REsp nº. 1217415 RS 2010/0184476-0**. Relatora: Nancy Andrighi. 19 de junho de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj/inteiro-teor-22271896?ref=juris-tabs#>>. Acesso em 27 de maio de 2018.

GIMENEZ, Ângela. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). **Lei 13.058-2014: Conheça as principais características da norma que regulamentou a guarda compartilhada no Brasil**. Entrevista. Cuiabá-MT. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6125/Lei+13.058-2014%3A+Conhe%C3%A7a+as+principais+caracter%C3%ADsticas+da+norma+que+regulamentou+a+guarda+compartilhada+no+Brasil%22>>.