

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE PAIS E AVÓS NAS NOVAS FORMAÇÕES DE FAMÍLIA

THE LEGAL POSSIBILITY OF SHARED GUARD BETWEEN PARENTES AND GRANDPARENTS IN NEW FAMILY FORMATIONS

***Camila Teixeira de Jesus *Lethícia Vermeule Souza e Silva **Sérgio Pereira de Campos**

Resumo

O presente trabalho se presta a discutir a possibilidade jurídica da guarda compartilhada entre pais e avós no novo instituto familiar, tendo o intuito de assegurar o interesse do menor e permitir o seu desenvolvimento e o seu equilíbrio emocional, mantendo os laços de afetividade, tornando-o apto à formação da sua personalidade. O estudo foi desenvolvido com base nas mudanças na sociedade e no instituto da família, onde o conceito do mesmo, foge à ideia que temos de tal instituto atualmente, tendo em vista que o vínculo de afinidade se tornou uma característica essencial para formação da família. Várias discussões sobre o assunto foram provocadas e os tribunais já estão tomando decisões favoráveis acerca desta possibilidade. Desde então, através da utilização do método dedutivo, foram analisadas as particularidades da guarda compartilhada, com o principal objetivo de preservar o melhor interesse do menor, dentro do instituto familiar, buscando demonstrar a viabilidade da possibilidade ou não dos avós compartilharem a guarda dos menores com os pais.

Palavras-chaves: Família; avós; sociedade; guarda.

Abstract

The present work lends itself to discussing the legal possibility of shared custody between parents and grandparents at the new family institute, with the aim of ensuring the child's interest and allowing their development and emotional balance, maintaining the bonds of affection, becoming apt to form your personality. The study was developed based on changes in society and in the family institute, where the concept of it, escapes the idea that we have of this institute today, considering that the bond of affinity has become an essential characteristic for the formation of the family. Several discussions on the subject have been sparked and the courts are already making favorable decisions on this possibility. Since then, using the deductive method, the particularities of shared custody have been analyzed, with the main objective of preserving the best interest of the minor, within the family institute, seeking to demonstrate the feasibility of the possibility or not of grandparents sharing custody of minors with the parents.

Keywords: Family; grandparents; society; custody

*Acadêmicos do 9º período do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC, Teófilo Otoni, Minas Gerais, E-mail: *camila.teixeira.j@hotmail.com, lethiciavermeule96@hotmail.com.

**Supervisor de Estágio do Núcleo de Prática Jurídica da UNIPAC, Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Fundação Presidente Antônio Carlos- FUPAC, Teófilo Otoni/MG, Brasil, e-mail: spcampos2002@gmail.com

1. Introdução

A partir do nascimento de todo e qualquer ser humano, são necessários cuidados fundamentais para sua sobrevivência, educação e orientação da sua família, na medida do seu crescimento. Conforme o artigo 277 da Constituição Federal prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de garantir o direito à vida, à saúde, à educação e à convivência familiar, além de colocar a salvo toda forma de negligência, discriminação entre outros.

A família é um regulamento essencial para a criação de crianças e adolescentes, mas nem sempre essa família persiste intacta, tendo em conta que as discussões e desavenças frequentes trazem por consequência, a interrupção conjugal. Portanto, com o intuito de preservar o princípio do melhor interesse do menor, que é o principal alvo de preocupação da separação entre os pais, foi criado o instituto da guarda compartilhada.

É necessário observar criteriosamente o instituto da guarda compartilhada, que é extremamente necessária, principalmente para diminuir a distância do menor em relação aos genitores, tem como objetivo preservar a autoridade parental sendo exercida ao mesmo tempo por ambos os pais, e sendo resguardado, acima de tudo, o convívio frequente e a preservação do melhor interesse do menor.

No presente artigo será tratado de forma essencial as novas entidades familiares, que foram construídas ao longo dos anos, e da presença frequente dos avós na vida dos menores, sendo necessária a análise da possibilidade dos avós que tenham interesse e sejam capazes fisicamente e civilmente de compartilharem a guarda dos menores com seus pais.

A guarda compartilhada entre pais e avós, surge como uma nova formação familiar, deixando claro que a afetividade e a convivência saudável são requisitos de extrema importância para esse tipo de guarda, tendo como alicerce a proteção do menor e o seu bem-estar.

2. Revisão bibliográfica

2.1. Evolução e conceito do instituto família

O instituto denominado família, pode ser estimado como a unidade social mais antiga do ser humano a qual, historicamente, mesmo antes do homem se organizar em comunidades sedentárias, constituía-se em um grupo de pessoas relacionadas a partir de um ancestral comum ou através do matrimônio (GONÇALVES, 2010).

Os grupos unidos pelos laços sanguíneos de parentesco receberam o nome de clãs. E perante esse agrupamento de seres humanos, existia a figura do “patriarca”, considerado um líder, normalmente da linhagem masculina, ao qual todo o membro daquela família o devia respeito, obediência e veneração, reunindo-se em um mesmo grupo todos os seus descendentes, os quais partilhavam de uma identidade cultural e patrimonial. E foi na Antiga Roma que sistematizou regras rígidas que fizeram da família uma sociedade patriarcal (CUNHA, 2010).

Desde então, ressalta San Tiago Dantas:

No direito romano a base da família era patriarcal sendo que o pai detinha o poder sobre os seus filhos, netos, sua esposa, a esposa de seus filhos e de seus netos, sendo que quem detinha o pátrio poder também era o responsável pelas finanças, pois não existia o patrimônio da família, mas sim o patrimônio do “pater famílias” (1991, p.19).

De acordo com Gonçalves:

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e as relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica (2010, p. 32).

Assim, pode-se perceber que a família brasileira sofreu grandes influências da família canônica assim como da família romana, ambas com seus fundamentos e princípios que constituíram a conceituada família brasileira (GONÇALVES, 2010).

Na atualidade, o conceito de família diverge do abordado em outros tempos. A palavra “família” tem origem do latim “*famulus*”, a qual significa “servos” ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão (AUGUSTO, 2015).

No que concerne à definição de família, Maria Helena Diniz afirma que:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem com os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação (2008, p. 9-10).

Segundo Orlando Gomes (1998, p. 33) a família pode ser conceituada como: “O grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.

Dessa forma, independente das mudanças no instituto da família, o mesmo merece ter uma atenção cada vez maior do Estado. Por isso, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2014, p.85) afirmam que “a família merece uma proteção especial do Estado, pois é o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido, desenvolvendo a sua personalidade e em busca da realização pessoal e de sua felicidade”.

2.2. Das novas formações de família

Ao longo dos anos, o conceito de família foi se alterando, e a união do homem com a mulher através do laço matrimonial, junto a seus descendentes, formam assim uma estrutura familiar. Que já não é mais um modelo padrão de família.

Neste sentido Messias traz a seguinte afirmação:

Com efeito, especialmente a partir do princípio da dignidade humana, a família passa a ser fundamentalmente um meio de promoção pessoal de seus membros e o único requisito para sua constituição deixa de ser jurídico (como era o casamento) e passa a ser fático, ou seja, o afeto. A entidade familiar atualmente é reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua de realização da dignidade como ser humano. O affectio famílias torna-se o elemento radiador da convivência familiar. Nesse entendimento o conceito de entidade familiar ultrapassa as previstas na Constituição Federal (casamento, união estável e monoparental) para reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros, enxergando uns aos outros como seu familiar, escolhem para viver como família. O conceito moderno de família se alarga, ganha uma nova roupagem; o amor, o auxílio mútuo material e espiritual entre seus membros se tornam mais importantes. A família moderna, plural e aberta, deixa, portanto, de ser constituída apenas pelo vínculo jurídico para ser reconhecida, quando presente o intuito familiar, o afeto como elemento volitivo de sua formação, o que permite inclusive o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas (2007, p. 7-8).

Desde então, pode-se perceber que um dos principais requisitos para a formação das novas entidades familiares é o afeto, sendo ele essencial para uma boa convivência familiar entre as pessoas que decidem se unir para constituir então uma família (MESSIAS, 2007).

Portanto entende-se que a família avança para uma compreensão socioafetiva e surge naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Deixando o casamento de ser um referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade humana (ROSENVALD E CHAVES, 2014).

Ressalta-se, na atual família moderna, os componentes que integram a mesma já não interessam mais, e sim, a convivência e o relacionamento entre os familiares. Pois a busca dessas novas formações de família está pelo afeto e pelo bom convívio entre os mesmos.

Contudo, é garantido a todas as entidades familiares, independente de seus componentes ou de sua quantidade o direito a assistência social previsto no artigo 203, inciso I da Constituição Federal de 1988 “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: **I** - A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” (BRASIL, 1988)

Perante essa proteção que o Estado assegura a todas as famílias, é preciso destacar que essa garantia é essencial tendo em vista a rejeição de muitas pessoas pela evolução das famílias, pois independente de sermos um Estado Laico, os ensinamentos cristãos e toda sua essencial não visualiza a figura de outra estrutura familiar a não ser a do pai, mãe e filhos. Sendo muito presente nas novas formações de família, o preconceito pela união homoafetiva, pelo fim do casamento através do divórcio, a figura da mãe solteira, visto pelos cristãos como uma ofensa a entidade familiar (LOPES, 2015).

Entretanto, diante de todo o avanço no seio familiar é possível a observação dos caminhos de uma nova realidade, sendo presente a figura da diversidade e a busca pela adequação em meio à sociedade, características essas que são de extrema importância para uma convivência pacífica e harmoniosa.

2.3. Do poder familiar e suas características

Diante da evolução histórica do poder familiar, é necessário apresentar o conceito atual deste instituto. Conforme a doutrinadora Maria Helena Diniz, poder familiar é:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto a pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho, possuindo, ambos igualdade de condições de poder decisório (2007, p.514-515).

O poder familiar não se aplica ao filho maior de idade, mesmo que ainda seja mentalmente incapaz, deve ser este interdito e nomeado curador, tendo os pais preferência, neste caso. Portanto, o poder familiar só se aplica aos filhos menores e não emancipados, tendo em vista que a emancipação extingue o poder familiar dos pais sobre o menor (CARVALHO, 2009. p. 371).

Conforme Gonçalves (2010), todo ser humano precisa durante a sua infância, de quem o eduque o proteja e cuide de seus interesses e as pessoas mais indicadas para o exercício dessa missão são os pais. Sendo necessário ressaltar que a própria lei confere a família este encargo no artigo 227 da constituição federal, o qual dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, p. 102).

Desde então, é necessário ressaltar que todo ser humano precisa de cuidados especiais nos primeiros anos de vida, para sua sobrevivência, e durante o seu crescimento de muita orientação e educação. O poder familiar não se evidencia apenas na educação e proteção dos menores, é necessário amparar, e proteger, assegurando um recinto saudável e afetivo para o seu desenvolvimento. O instituto também se abrange a administração dos bens e direitos no seu melhor interesse (CARVALHO, 2009).

Perante o conceito que foi apresentado acerca do poder familiar é necessário ressaltar que o instituto é, acima de tudo, conferido aos pais que zelam pelo melhor interesse de seus filhos, sendo, portanto, essencial, apartarmos as características do poder familiar. Segundo as lições da doutrinadora Maria Helena Diniz o poder familiar:

Constitui um múnus público, referente a uma espécie de função adequada a um cargo privado fixado pelo Estado, cujo mesmo tem total interesse, impondo regras ao seu exercício. É um direito-função e um poder-dever, numa situação intermediária entre o poder e o direito subjetivo.

O poder familiar é além de ser fixado pelo Estado, o instituto é irrenunciável, não podendo os pais abrirem mão dele. Os pais também não podem simplesmente deixar de exercer o poder familiar sobre os filhos, pois o mesmo é imprescritível.

É inalienável, tendo em vista que é proibida a transferência desta atividade a título oneroso ou gratuito, já que o poder parental faz parte do estado das pessoas, restando indelegável.

Não é possível nomear tutor para o menor que se encontra sob o poder familiar dos pais, sendo assim incompatível com a tutela, salvo a decretação da perda ou suspensão do poder familiar dos pais, sendo neste caso possível o deferimento da tutela.

Outra característica importante deste instituto é a relação de autoridade existente entre os pais e os menores, devendo os mesmos o dever de obediência para com seus cuidadores (2008, p. 15).

Tendo em vistas as características do Poder familiar a Maria Berenice Dias afirma:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos,

os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados (2010, p.418).

Assim, é possível perceber que o poder familiar vai muito além dos cuidados básicos que os pais devem exercer sobre seus filhos. É uma função extremamente importante e designada aos mesmos, não sendo possível delegá-la a terceiro, salvo previsão em lei, ou até mesmo renunciar a esse instituto que devido a sua grande relevância, o Estado intervém impondo esta obrigação aos pais, como já visto acima (BERENICE, 2010).

2.4. Da guarda

Uma das funções exercidas pelos pais que possuem o poder familiar em mãos é o instituto da guarda. O Código Civil em seu artigo 1583 a 1590 traz um capítulo tratando acerca da proteção da pessoa dos filhos, que é de extrema importância para o melhor amparo do menor.

O doutrinador Dimas Messias de Carvalho, conceitua guarda como sendo:

A Guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar (art.1634, II, CC) e a tutela (art.36, parágrafo único, parte final da Lei n.8069/90) e serve, prioritariamente, aos interesses e a proteção da criança e adolescente, obrigando seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional, conferindo ao menor a condição de dependente do guardião para todos os fins, inclusive previdenciários, possibilitando ampla proteção (2014, p. 59).

A guarda dos menores destina-se a regularizar a posse dos filhos com ambos os cônjuges, com um deles ou até mesmo com terceiros, conferindo, nesta hipótese, a condição de dependentes para todos os fins e efeitos, obrigando a prestação de assistência material, moral e educacional, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, e podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados (ECA, 1990).

O Estatuto da criança e do adolescente apresenta vários direitos e deveres encarregados aos pais acerca do instituto da guarda. O mesmo expõe em seu art. 22, o dever de guarda entre outros cuidados que são essenciais para o crescimento eficaz do menor:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei (ECA, 1990, art. 22)

Importante destacarmos que o Código Civil atrela aos pais o instituto do poder familiar

e sob esse poder, encontra-se o dever de guarda. Entretanto quando ocorre a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, sendo assim, o poder familiar permanece para ambos os pais independente de quem possua a guarda (BRASIL, 2002).

2.5. Da guarda compartilhada e suas características no código civil e no ECA

Evidencia-se que o código civil, ao instituir a guarda compartilhada, cuidou necessariamente de preservar a autoridade parental sendo exercida ao mesmo tempo por ambos os pais. Tendo em vista que privilegia a ideia de *estar com* e de *compartilhar*, não existindo assim conotação de posse, sendo necessário para que se obtenha sucesso, nessa relação, total acordo entre os pais (GRISARD, 2002).

Desde então, necessário se faz, apresentarmos os artigos 1583 e 1584 do Código Civil, introduzidos pela lei nº 11.698/2008, que tratam acerca da guarda compartilhada:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.
§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) 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 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:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação. § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

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

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (BRASIL, 2002, p. 132).

É indispensável ressaltar que apesar de a guarda compartilhada ser cada vez mais instituída nos tribunais em relação aos filhos menores, é necessário salientar que a relação entre os pais dos menores deve ser harmoniosa, e aprazível para um bom crescimento do menor, porque caso a relação entre o ex-cônjuges seja conflituosa a guarda compartilhada poderá ser lesiva aos filhos (CARVALHO, 2010).

2.6. Princípio do melhor interesse do menor

Impõe-se dissecar que, em casos de processos judiciais, onde se tem por objeto, a guarda de menores, seja na hipótese de colocação em família substituta, divórcio dos pais ou em casos de tutela, ou adoção, as sentenças judiciais deverão sempre zelar pelo melhor interesse do menor, jamais sendo observado em primeiro lugar os interesses daqueles que desejam ter a criança sobre sua guarda (MARQUES, 2009).

Desde então, se faz necessária a observância do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

2.7. Da importância dos avós na vida dos seus netos

Desde já, como já tratado no primeiro capítulo, é possível observar com tamanha nitidez, as novas mudanças ocorridas no seio familiar, não sendo mais caracterizador da família, a figura clássica do pai, mãe e filhos, e sim várias espécies de família, formadas por homossexuais, pelas mães solteiras, pelos avós com os netos entre outros.

Ainda sobre as mudanças ocorridas no seio familiar, “é necessário destacar o convívio mais ativo dos avós na vida de crianças e adolescentes, trazendo uma questão muito relevante e essencial”, conforme Dimas Messias de Carvalho (2010, p.69).

É inequívoco que a convivência dos avós com os netos é extremamente saudável e recomendável, estreitando os laços de afetividade e bem-estar emocional na família. O princípio da dignidade da pessoa humana inclui o direito a própria história, direito personalíssimo da ancestralidade, que também se constrói pelos vínculos de afetividade, que também se constrói pelos vínculos de afetividade que se desenvolve entre os parentes próximos, tanto que a constituição Federal garante ao menor o direito à convivência familiar,

restando incompatível com tais princípios os pais, por divergência de opiniões ou diversidades de temperamentos, pretenderem afastar os filhos do convívio com os avós.

Diante de tal afirmação, também destaca o doutrinador Edgard de Moura Bittencourt (1981, p. 123), afirmando que “a afeição dos avós pelos netos é a última etapa das paixões puras do homem. É a maior delícia de viver a velhice”.

Por muitas vezes, em determinados casos as avós são chamadas de “segunda mãe”, e os avôs, “segundo pai”, exercendo o lugar dos pais auxiliando na educação de seus netos, com sua sabedoria e experiência, e felizes por vivenciar os frutos de seu fruto, ou seja, a continuidade das gerações (RIBAS, 2008).

Diante da sociedade atual, onde os pais trabalham cada vez mais para conseguir manter a casa e as necessidades da família, em virtude desta omissão dos pais, os deveres em relação aos filhos, não poucas vezes, têm sido transmitidos aos avós, ficando eles os responsáveis em suprir esta omissão, tocante à sobrevivência e educação dos netos (RIBAS, 2008).

De antemão, já pode-se visualizar a importância crescente dos avós, na vida de seus netos, ficando os mesmos cada vez mais responsáveis pelos menores e pela criação e imposição de valores aos mesmos.

Desde então ressalta a educadora Buriasco:

O relacionamento entre avós e netos além de gostoso é muito salutar tanto para o bom desenvolvimento da criança, como para a satisfação do idoso. O papel dos avós é de grande importância na vida das crianças; eles representam uma referência familiar, fonte de histórias, relatos e anedotas que incrementam o desenvolvimento social e intelectual das crianças. Além disso, os avós representam uma forma especial de amor, diferente da dos pais (2012).

2.8. Da possibilidade jurídica de guarda compartilhada entre pais e avós

Durante muito tempo, a legislação brasileira se mostrou firme e tradicional, principalmente em relação a família, entretanto com o passar dos anos, tendo se em vista os avanços na sociedade, o Estado foi se moldando e acolhendo o anseio e os desejos da coletividade. Segundo Morais:

Sem dúvida, a nossa legislação passou por considerável avanço e rompeu, diversas vezes, paradigmas seculares. Foi o que aconteceu com a Lei do Divórcio (6.515/1977), com a Constituição Federal de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/1990), com os procedimentos extrajudiciais de separação (11.441/2007) e, agora, com a Lei da Guarda Compartilhada (11.698, de 13/06/2008) – que alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil. Mais: brevemente, o Estatuto das Famílias constituir-se-á, também, em outro marco importantíssimo no direito pátrio (2009).

Com a Constituição Federal de 1988, outras formas de famílias passaram a ser reconhecidas pelo Estado, tendo se como principal elemento para a constituição do âmbito familiar, a afetividade, elemento este que vai além de questões patrimoniais, zelando pela garantia da igualdade entre todos e a harmonia no seio familiar (MARQUES, 2009).

A guarda compartilhada entre pais e avós, surge como uma nova formação familiar, deixando claro que a afetividade e convivência saudável são requisitos de extrema importância para esse tipo de guarda, tendo como alicerce a proteção do menor e o seu bem-estar.

Entretanto o objetivo da presente pesquisa, não é retirar a guarda que é de direito dos pais, e nem passá-la para os avós unilateralmente. Mas sim em apreciar a possibilidade de compartilhar a guarda com os pais que não podem ficar em tempo integral com os seus filhos, por motivos de trabalho, viagens frequentes entre outros, deixando sobre a proteção e a responsabilidade da criação também para os avós, ou na hipótese de falecimento de um dos genitores, compartilhando a guarda com o cônjuge supérstite.

Segundo Morais (2009), diante de uma situação de falecimento de um dos genitores e da presença frequente dos avós na vida do menor, gera a possibilidade da decretação da guarda compartilhada entre o genitor supérstite e os ascendentes. Nesse sentido o autor afirma:

A ausência de um dos genitores, aliada à contínua convivência da criança com os avós, demonstra ser fator de potencial relevância para a possibilidade de decretação da guarda conjunta entre o genitor supérstite e os avós. Não se trata de conjectura surreal; a situação é percebida em várias famílias. Aliás, na hipótese, o direito de (ou à) convivência confunde-se com a guarda compartilhada de fato e com os deveres dela oriundos, tendo em vista a responsabilização e a supervisão momentânea – quando não, duradoura – dos interesses do menor pelos avós. Nesse sentido, dispõe o Enunciado 334 da IV Jornada de Direito Civil: “a guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse” (2009, p. 7).

O Código Civil não prevê expressamente essa hipótese de guarda compartilhada entre pais e avós, entretanto cumpre analisar o § 5.º do art. 1.584 do Código Civil, através de uma interpretação extensiva que é possível esta hipótese de guarda conjunta entre os mesmos, considerando que o mesmo dispõe que “se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade” (BRASIL, 2002, p. 2).

Dessa forma, é possível fazer a seguinte análise: Se os avós em determinadas situações têm o dever legal de prestar alimentos aos seus netos, porque qual motivo não teriam o direito de ter a guarda compartilhada do menor? Ou em situações de falecimento de um dos genitores. Qual a razão de não compartilhar uma guarda e dividir responsabilidades entre os avós e o genitor supérstite, se isso é melhor para a criança, se isso contribui consideravelmente para o seu bem-estar? (MORAIS, 2009)

Os Superior Tribunal de Justiça, bem como os demais Tribunais brasileiros já se manifestaram no sentido que:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA POR AVÓ PATERNA EM FACE DOS PAIS. GENITORA QUE CONTESTA A AÇÃO E PRETENDE EXERCER A GUARDA. PREFERÊNCIA LEGAL DE EXERCÍCIO DA GUARDA PELOS PAIS, REGRA SOMENTE EXCEPCIONÁVEL, COM CONCESSÃO DA GUARDA A TERCEIRO PERTENCENTE À FAMÍLIA ESTENDIDA COM QUEM O MENOR POSSUA RELAÇÃO DE AFETO E AFINIDADE, QUANDO PRESENTE RISCO AO MENOR OU SITUAÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CIRCUNSTÂNCIAS AUSENTES NA HIPÓTESE, NÃO SENDO APENAS A MELHOR AMBIENTAÇÃO DO CONVÍVIO REQUISITO SUFICIENTE PARA A EXCEPCIONAL ALTERAÇÃO DA GUARDA. INAPLICABILIDADE, POR SI SÓ, DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1- Ação proposta em 18/02/2013. Recurso especial interposto em 26/06/2017 e atribuído à Relatora em 04/12/2017. 2- O propósito recursal consiste em definir se é admissível a concessão da guarda de menores aos avós, mesmo quando ausentes os pressupostos que ensejam a perda do poder familiar. 3- **O microsistema legal que disciplina a guarda de menores prevê que, em regra, a guarda será confiada aos pais, seja de modo unilateral ou compartilhado, e somente em caráter excepcional poderá ser concedida a terceiros, preferencialmente aqueles pertencentes à família estendida com quem o menor possua relação de afeto e afinidade, apenas quando se verificar que o filho não deverá permanecer sob a guarda dos genitores.** 4- **Os motivos que autorizam a excepcional concessão da guarda a terceiros dizem respeito à existência de riscos à segurança, saúde, formação moral ou instrução do infante, bem como a presença de pressupostos que justifiquem a destituição do poder familiar.** 5- **Na hipótese, a despeito de ter havido uma aparente melhor ambientação da menor durante o convívio com a avó paterna com quem residiu durante determinado período, não há absolutamente nenhum fato que desabone a genitora, não há nenhum risco à menor e nem tampouco há quaisquer circunstâncias que justificariam, em tese, a destituição do poder familiar - comprovada, inclusive, por recente audiência realizada com base no art. 28, § 2º, do ECA -, não se admitindo, em princípio, que se subverta drasticamente a lógica instituída pelo legislador ordinário com base na aplicação do princípio do melhor interesse do menor, que deve ser conformado com as regras legais específicas que disciplinam a matéria.** 6- Recurso especial conhecido e provido, com majoração de honorários recursais. (STJ - REsp: 1711037 MS 2017/0295703-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/02/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/02/2020).

.APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR. DISPUTA ENTRE OS AVÓS PATERNOS E O GENITOR. GUARDA COMPARTILHADA. Cabível, na hipótese, guarda compartilhada entre avó paterna e genitor, haja vista o melhor interesse da criança, até porque o genitor deve participar afetivamente na vida do filho e nas responsabilidades e tomada de decisões em relação a ele, fixada a sua residência junto aos avós paternos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-

Assim, ao se tratar dessa possibilidade de guarda compartilhada entre pais e avós, é necessário ressaltarmos que, essa hipótese tem o objetivo de dar aos avós uma certa autonomia em relação ao menor, para que na ausência dos pais os avós possam se fazer presentes e representar os pais em favor do menor. Assim como destaca Baroni, Cabral e Carvalho:

Pensemos o seguinte: a criança que está sob os cuidados dos avós, pode vir a precisar emergencialmente de uma consulta médica; ou a escola pode solicitar a presença de algum representante legal por algum motivo específico. O exercício da guarda compartilhada entre genitores e avós não tem o objetivo de que os avós assumam o papel dos pais, mas sim de que tenham mais autonomia em relação aos assuntos que dizem respeito ao cotidiano dos netos. Assim, ocorrendo alguma situação como as mencionadas acima, os avós, como guardiões dos netos, também poderiam resolver as questões relativas aos pequenos, de maneira mais rápida e eficaz (2017, p. 21).

Evidencia-se que essa possibilidade é perfeitamente cabível, e devendo cada vez mais ser analisada pelos tribunais para que, principalmente o menor seja amparado e que os seus ascendentes que optem por possuir a guarda compartilhada, possa usufruir dessa responsabilidade que, com total certeza não é fácil, mas com uma relação harmoniosa e zelando por uma convivência pacífica e prazerosa, tal responsabilidade pode se tornar um grande prazer (BARONI, CABRAL e CARVALHO, 2017).

3. Considerações finais

O instituto da família sofreu consideráveis mudanças no decorrer dos anos, principalmente tendo em vista o grande crescimento populacional e o desenvolvimento das sociedades até a chegada do século XXI, mudanças essas que transformaram o seio familiar, levando-se principalmente em consideração o afeto para constituição da mesma.

Desde então a Constituição Federal de 1988, apresentou inúmeras inovações em relação ao Direito de Família, reconhecendo novas entidades familiares, dando amparo e proteção à família, reconhecendo os melhores interesses dos menores, entre outras novidades que são de extrema importância para o desenvolvimento e o resguardo da entidade familiar.

Além disso, a própria Constituição Federal inovou também em designar a função aos pais em relação ao poder familiar sobre os filhos, dando a ambos a igualdade da autoridade parental, tendo os mesmos o dever de cuidar, zelar e amparar os direitos dos menores e o seu bem-estar.

No que tange à guarda dos menores, um dos critérios de extrema importância para que seja dada a um responsável é o do melhor interesse do menor, para que o mesmo cresça e se desenvolva em um meio agradável e recebendo todo amparo que for necessário. Além disso, o que era opção se tornou regra, como a guarda compartilhada entre os pais, tendo em vista a preservação das necessidades habituais, afetivas e o convívio contínuo entre os pais e seus filhos.

Acerca do melhor interesse do menor diante de uma situação de guarda, é necessária a análise de todos os critérios para que seja resguardado esse interesse. Diante disso a guarda compartilhada não só entre os pais, mas também entre os avós, se torna uma opção benéfica ao menor, deixando claro que a afetividade e a convivência são requisitos de extrema importância para esse tipo de guarda.

A possibilidade de compartilhar a guarda do menor com os avós, diante de um falecimento de um dos pais, ou da falta de tempo para cuidar de todos os interesses do menor surge como uma excelente maneira de divisão de tarefas e deveres que devem ser cumpridas em favor do menor, mantendo o mesmo em um vínculo familiar e priorizando o afeto, elemento caracterizador do instituto da família.

Ainda que não haja previsão legal acerca dessa possibilidade jurídica de guarda compartilhada entre pais e avós, os tribunais e alguns doutrinadores vêm trazendo à tona essa importância e cuidado em manter o menor sobre o cuidado da família, dando uma oportunidade aos avós de participarem da criação e da manutenção da vida do menor.

Dessa maneira, a guarda compartilhada entre os pais e os avós ou entre o cônjuge supérstite é uma possibilidade que deve ser analisada e a depender de cada família, efetivada, oferecendo ao menor todos os seus direitos e dando ao mesmo toda proteção e afeto necessário para o seu crescimento e desenvolvimento até a chegada da vida adulta.

Referências

AUGUSTO, Luiz. **A evolução da ideia e do conceito de família**, 2015. Disponível em: < [https://advocaciatpa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879/a- evolucao-da-ideia-e-do-conceito-de-](https://advocaciatpa.jusbrasil.com.br/artigos/176611879/a-evolucao-da-ideia-e-do-conceito-de-) > -Acesso em 8 de out 2020.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia; CARVALHO, Laura. **Guarda compartilhada com os avós**, 2016. Disponível em:< <http://direitofamiliar.com.br/guarda-compartilhada-com-os-avos/>>. Acesso em 8 de out 2020

BOREKI, Vinicius. **A nova cara da família brasileira**. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/a-nova-cara-da-familia-brasileira> > Acesso em 20 de set 2020.

BRASIL, **Código Civil (Lei nº 10.406/2002)**. Vade Mecum Saraiva. Ed. Rideel, 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva. Ed.Rideel, 2012.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/1990)**. Vade Mecum Rideel. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Dispõe sobre a Guarda Compartilhada.2008

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (Terceira turma). REsp: 1711037 MS 2017/0295703-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe em 13 fev 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** (Sétima Câmara Cível). AC: 70081503757 RS, Relator: LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO. DJe em 28 jun 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p.115 .

DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Pg. 134.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.510.

MORAIS, Ezequiel. **A Guarda Compartilhada e os Avós**, 2009. Disponível em:<[https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2349175/a-guarda-compartilhada- e- os](https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2349175/a-guarda-compartilhada-e-os-) >. Acesso em: 17 de junho de 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANEXO A - RELATÓRIO DE ANTIPLÁGIO (COPYSPIDER)

CopySpider Scholar Apoiar o CopySpider Português ▾ Login

Exportar relatório Exportar relatório PDF Visualizar ▾

Gerador de Referência Bibliográfica (ABNT, Vancouver)

ARTIGO MODIFICADO.docx (13/11/2020):

Documentos candidatos

- ibdfam.org.br/artigo... [2,69%]
- stj.jus.br/static_fi... [0,52%]
- context.reverso.net/... [0,16%]
- questionsanswered.ne... [0,01%]
- finder.com/achieve-l... [0%]
- mydomaine.com/what-i... [0%]

Arquivo de entrada: ARTIGO MODIFICADO.docx (5466 termos)

| Arquivo encontrado | | Total de termos | Termos comuns | Similaridade (%) | |
|-------------------------|------------|-----------------|---------------|------------------|----|
| ibdfam.org.br/artigo... | Visualizar | 6616 | 317 | 2,69 | |
| stj.jus.br/static_fi... | Visualizar | 4353 | 51 | 0,52 | |
| context.reverso.net/... | Visualizar | 1388 | 11 | 0,16 | |
| questionsanswered.ne... | Visualizar | 599 | 1 | 0,01 | |
| finder.com/achieve-l... | Visualizar | 1499 | 0 | 0 | |
| direitocom.com/codig... | - | - | - | - | Cc |

Anúncios Google

Não exibir mais este anúncio

Anúncio? Por quê? ⓘ

ANEXO B - FICHA DE ACOMPANHAMENTO

Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni

Atividade: Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo/Monografia.

Curso:DIREITO

Período:9

°Semestre: 2

°Ano:2020

Professor(a):Sérgio Pereira de Campos

Acadêmico:Camila Teixeira de Jesus e Lethícia

Vermeule Souza e Silva

Tema:A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA
COMPARTILHADA ENTRE PAIS E AVÓS NAS NOVAS
FORMAÇÕES DE FAMÍLIA

Assinatura do aluno

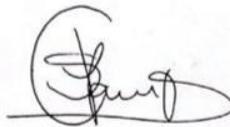
| Data(s) do(s) atendimento(s) | Horário(s) | |
|------------------------------|----------------|-------------------|
| 01/09/2020 | 12:00 às 13:00 | Camila e Lethícia |
| 10/09/2020 | 12:00 às 13:00 | Camila e Lethícia |
| 26/10/2020 | 16:00 às 17:00 | Camila e Lethícia |
| 11/11/2020 | 09:00 às 10:00 | Camila e Lethícia |
| 12/11/2020 | 17:00 às 18:00 | Camila e Lethícia |

Descrição das orientações:

Devido ao momento em que passamos, as orientações foram feitas através de email e conversas no whatsapp para esclarecimento de duvidas e orientações devidas.

FICHA DE ACOMPANHAMENTO INDIVIDUAL DE ORIENTAÇÃO DE TCC

Considerando a concordância com o trabalho realizado sob minha orientação, **AUTORIZO O DEPÓSITO** do Trabalho de Conclusão de Curso dos (a) Acadêmicos (a)**Camila Teixeira de Jesus e Lethícia Vermeule Souza e Silva.**



Assinatura do Professor