

Guarda compartilhada entre genitor e avós: direito dos netos

Shared custody between parents and grandparents: grandchildren's right

Amanda Manzatti Neves¹

Cibele Rodrigues²

João Geraldo Nunes Rubelo³

Helton Laurindo Simoncelli⁴

RESUMO

O presente artigo visa analisar a possibilidade de compartilhar a guarda entre um dos pais e os avós. Nesse contexto, passa-se pelo conceito e principiologia do Direito de Família e sobre o poder familiar. Estuda-se também o conceito e as características da guarda, analisando as suas modalidades e sua fixação em prol do melhor interesse do menor. Por fim e não menos importante, passando antes pelo direito de visitas dos pais e dos avós, chega-se ao estudo do tema central do artigo: a possibilidade de fixação da guarda compartilhada entre o genitor e os avós, explanando sobre como a jurisprudência vem enfrentando o tema para ver, ao final, sobre a plena possibilidade de estabelecimento dessa modalidade de guarda.

Palavras-chave: Avós, Direito de Família, guarda compartilhada.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility of sharing custody between a parent and grandparents. In this context, the concept and principles of Family Law and family power are discussed. The concept and characteristics of custody are also studied, analyzing its modalities and its fixation in favor of the minor's best interest. Last but not least, going through the right of parents and grandparents to visit, comes the study of the central theme of the article: the possibility of establishing shared custody between the parent and grandparents, explaining how the jurisprudence comes facing the theme to see, at the end, about the full possibility of establishing this type of custody.

Keywords: Grandparents, Family Right, shared custody.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar o tema da guarda dos filhos menores, mais precisamente aquela compartilhada entre um dos pais e os avós. O ponto central está na questão da guarda dos filhos na ausência de um dos genitores. A indagação a ser feita é se os avós, diante da ausência do genitor ou da genitora, podem compartilhar a guarda da criança e do adolescente. Assim, para se chegar ao objetivo final, este artigo será dividido em três capítulos.

¹ Acadêmica do 10º termo do curso de Direito no Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

² Professora; Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP; Docente no Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

³ Filósofo e Mestre em Geografia; Docente do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

⁴ Coordenador do curso de Direito e Mestre em Direito do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

No primeiro capítulo serão estudados o conceito, as características e os princípios aplicáveis ao Direito de Família, fazendo-se uma necessária explanação sobre os principais deles, bem como passando pelo estudo do instituto do poder familiar, suas características, como a irrenunciabilidade, a intransferibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade, bem como as obrigações e os direitos que emanam desse poder, pois os filhos têm o dever de obediência e os pais têm o dever de assegurar o bem-estar dos filhos.

Será visto que, tratando-se o poder familiar de um dever dos pais visando ao melhor interesse dos filhos menores, caso deixem de cumprir essas incumbências podem incidir nas hipóteses de suspensão ou extinção do poder familiar.

Por sua vez, no segundo capítulo serão vistos os principais aspectos sobre a guarda, analisando suas espécies (unilateral, compartilhada e alternada), vantagens e desvantagens, contextualizando o assunto com o princípio-mor do melhor interesse da criança e do adolescente.

Finalmente, ao adentrar no tema objeto do presente trabalho, serão analisados os principais aspectos do direito de visitas dos pais e dos avós e que a guarda compartilhada deve sempre estar em consonância com as reais necessidades dos menores, explicando-se que a definição da modalidade de guarda deve ser avaliada em cada caso concreto, considerando as peculiaridades de cada núcleo familiar, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Chegando-se ao ponto final do estudo, ver-se-á que os Tribunais já vêm aplicando, corretamente, a guarda compartilhada entre o genitor e os avós, cumprindo a determinação constitucional da proteção integral e do respeito ao melhor interesse do menor.

Direito de Família

A família é um núcleo de pessoas que se cuidam e promovem a autonomia uns dos outros, pois se encontra na encruzilhada da cultura atual e da sociedade moderna, sendo a mesma modelada através dos tempos. Entende-se por família o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa, formando um lar.

No âmbito do Direito de Família também existem princípios, os quais podem ser definidos como a base, origem ou fundamento em que se assenta qualquer

matéria, os quais têm a função de nortear, trazendo o ponto de partida para determinado assunto. Estabelecem parâmetros ao intérprete, na medida em que orientam a solução de conflitos.

Em análise dos institutos do Direito Privado contidos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), será vista a extrema importância que se deve atribuir à constitucionalização do Direito de Família, expressão que designa o fator de inclusão do Direito Civil no âmbito constitucional, possibilitando sua efetiva aplicabilidade no que se refere aos temas sociais jurídicos de grande importância.

Nesse sentido, de rigor analisar os princípios aplicáveis ao Direito de Família, iniciando-se pela dignidade da pessoa humana. Com o passar dos anos, notou-se que os valores mudaram e foram inseridos no texto constitucional, igualando os cônjuges e todos os filhos, advindos ou não desta relação, garantindo assim o desenvolvimento da dignidade de cada um deles.

É o princípio mais importante do Direito de Família e do Direito como um todo, pois abrange os demais existentes, ou seja, é o princípio dos princípios. Dispõe o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que o Estado Democrático de Direito tem a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, demonstrando sua extrema importância para o valor atribuído a todos os seres humanos.

Por sua vez, outro princípio é o da liberdade, que é decorrência da dignidade da pessoa humana. Essa é a ideia da doutrinadora Dias:

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade (DIAS, 2016, p. 75).

Tal princípio se mostra cada vez mais presente nas relações familiares, assegurando ao indivíduo a liberdade de escolha sobre qual tipo de união deseja, seja ela hétero ou homossexual, a dissolução do matrimônio por circunstâncias que tornam a vida em comum insuportável, dentre outras opções existentes.

A solidariedade familiar está prevista no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o qual impõe ao Estado, como objetivo fundamental da República, o dever de assegurar a todos uma sociedade solidária.

Tratando-se de solidariedade, entende-se ser ela um laço que une os membros da família reciprocamente, ou seja, é o dever de cuidado entre os cônjuges ou companheiros e os filhos, seja material ou moralmente.

A solidariedade que se refere aos filhos se atribui no dever de sustento, guarda e educação até a fase adulta, para que seja desenvolvida a personalidade de cada um. Sob o aspecto material, a solidariedade é tratada como umas das razões pela qual existe o direito de alimentos entre os membros da família, para que possam viver de maneira digna, o que evidencia como os princípios da solidariedade e da dignidade se encontram diretamente ligados.

O princípio da igualdade entre os filhos criou uma revolução no conceito de família legítima, uma vez que os filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, vistos com discriminação por parte da sociedade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 227, §6º, passou-se a tratar de forma igualitária não apenas os filhos advindos do casamento, como também os adotados, ficando superada a discriminação contida na legislação anterior.

Assim, atualmente não se admite qualquer forma de discriminação da sociedade no tocante à filiação.

O princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros está consagrado no §5º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988: *Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher* (BRASIL, 1988), pondo fim ao poder marital, possibilitando que a mulher exerça tarefas que antes eram destinadas somente ao chefe (homem) da sociedade conjugal.

Nota-se que a igualdade entre o homem e mulher atribuiu a essa última uma série de direitos, como, por exemplo, o de pleitear alimentos ao seu cônjuge ou companheiro, e o contrário também – o cônjuge ou companheiro pode pleitear alimentos em face da mulher.

Segundo Gonçalves, a igualdade completa entre os cônjuges se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que dispôs que a sociedade conjugal seria exercida igualmente pelo homem e pela mulher. (GONÇALVES, 2021)

A mesma igualdade existente no casamento está presente na união estável, pois essa foi reconhecida como entidade familiar pelo artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988)

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa garantir o respeito aos interesses da criança e do adolescente pelo Estado, pela sociedade e por sua própria família, uma vez que o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente 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 a convivência familiar comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A proteção da criança e do adolescente se refere a direitos fundamentais que têm por objetivo a garantia do desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social para que nessa fase tão importante eles se desenvolvam de forma plena.

Pelo princípio da afetividade, os laços que unem os membros de uma família passam a ter o mesmo valor que recebem os parentes consanguíneos, gerando mudanças significativas na doutrina e na jurisprudência.

São esses os ensinamentos de Dias (2009 *apud* DIAS 2016, p. 85), a qual identifica na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) quatro fundamentos essenciais:

*(a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6.º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5.º e 6.º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4.º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227) (DIAS 2009 *apud* DIAS 2016, p. 85).*

Assim, protegem-se os novos modelos de família que estão surgindo, ganhando cada vez mais força, tendo como finalidade assegurar a dignidade da pessoa humana a todos os seres, independentemente de sua situação familiar.

Já a função social da família pode ser definida conforme a previsão do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ao dispor que a família é a base sociedade, tendo proteção especial do Estado, ou seja, ela é a célula mãe, de onde emanam cidadãos para a sociedade como um todo.

Um exemplo de função social da família seria o parentesco civil decorrente da parentalidade (mãe e pai) socioafetiva, podendo servir também para afastar a desnecessária discussão da culpa em alguns processos de separação (para os que

ainda a consideram existente), ou admitir outros motivos para a separação (por exemplo, casos de infidelidade pela *internet*).

No âmbito do poder familiar, necessário trazer à colação a lição de Gonçalves:

Modernamente, graças à influência do Cristianismo, o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação (GONÇALVES, 2021, p. 416).

Portanto, cabe aos pais proteger seus filhos e lhes assegurar um crescimento saudável no âmbito familiar, e assim estarão cumprindo os direitos e deveres que lhes são impostos.

O poder familiar possui algumas características essenciais, quais sejam, é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, e pode decorrer tanto da parentalidade natural como da filiação legal e da socioafetiva, bem como as obrigações que ele origina são personalíssimas.

No estudo deste instituto observa-se que ele constitui um múnus público de interesse do Estado, pois este fixa normas para seu exercício e bom desempenho, ou seja, é um poder-dever de ordem pública.

Consoante a legislação brasileira, com fundamento na Constituição Federal (BRASIL, 1988), os pais possuem deveres quanto à pessoa de seus filhos, que são vistos quando do exercício do poder familiar, sempre visando à proteção da pessoa que se encontra em desenvolvimento.

Dentro desse contexto, compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, o dever de dirigir a criação e educação dos filhos menores, que para Gonçalves é o mais importante de todos:

Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter (GONÇALVES, 2021, p. 421).

A problemática é no sentido de que os pais não têm só o dever de zelar pelo sustento material dos filhos, mas também, por meio da educação, contribuírem para a formação de uma pessoa de caráter. A não obediência a esse dever pode acarretar a perda do poder familiar. A perda desse poder não isenta os pais do sustento dos

filhos, havendo a obrigação de prestar alimentos mesmo que estejam em poder somente da mãe.

Tê-los em sua companhia e guarda é um dever-direito que cabe a ambos os pais, pois a quem cabe criar incumbe guardar. Também incumbe aos pais representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade e até completarem os 18 anos, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento.

Reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, por meio de ação de busca e apreensão, também faz parte do poder familiar. Outra característica do poder familiar é exigir que os filhos prestem obediência e respeito aos pais, além dos serviços próprios de sua idade e condição, sem prejuízo de sua formação.

Tratando-se o poder familiar de um dever dos pais buscando o interesse dos filhos menores, caso deixem de cumprir esse dever que lhes incumbe pode ocorrer a suspensão ou a extinção do poder familiar.

Segundo afirma Dias, o Estado moderno é legitimado a entrar no interior da família para defender os filhos menores que ali vivem, reservando-se lhe o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, sob pena de suspensão ou até mesmo extinção do poder familiar. (DIAS, 2016)

Portanto, deixando de cumprir com seus deveres em relação aos filhos, os pais sofrerão a intervenção estatal, a fim de assegurar a proteção das crianças e dos adolescentes, que pode ocorrer por meio das hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar.

A suspensão constitui uma sanção aplicada aos pais pelo não cumprimento dos deveres que lhe são inerentes. Trata-se de medida menos grave que a extinção, pois sujeita a revisão. Sendo temporária, a suspensão permanecerá enquanto se achar necessária, ou seja, deixando de existirem os motivos que levaram à suspensão, volta o pai ou a mãe, ou ambos, a exercer o poder familiar.

Diversamente da suspensão, a extinção do poder familiar é a sanção de maior abrangência, pois se trata de uma infração a um dever mais relevante para a vida da criança. Na definição de Dias, veja o conceito de extinção do poder familiar: *A perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa.* (DIAS, 2016, p. 796)

Por decisão judicial extingue-se o poder familiar do pai ou da mãe que castigarem imoderadamente o filho, deixarem-no em abandono, praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes, incidirem, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) e entregarem de forma irregular o filho a terceiros para fins de doação.

Da guarda: administração e afetividade

Tem-se que a guarda é um dos atributos do poder familiar, que é direito e dever exercido por ambos os genitores, em igualdade de condições, não se alterando com a ruptura do relacionamento, seja o casamento ou união estável.

A guarda unilateral ou uniparental ocorre quando o filho menor fica com a mãe ou com o pai, aquele que revele melhores condições para exercê-la, ou seja, no exercício da guarda, significa atender o melhor interesse da criança, e que mais aptidão tenha para propiciar aos filhos afeto nas relações com ele e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação ou por terceiro, sendo predeterminado os períodos de visita de um ou do outro que não detém a guarda. Geralmente, a opção de tal modelo ocorre quando não existe um bom relacionamento entre os pais, principalmente mesmo após a separação.

Nesse modelo, é dever do genitor guardião a responsabilidade de criar, educar e decidir sobre todas as questões de interesse do menor, sem precisar consultar o outro genitor, cabendo ao outro guardião a fiscalização das decisões tomadas, e, se necessário pode buscar ajuda do poder judiciário para resolver questões para melhor interesse do menor.

No tocante à guarda compartilhada, é novo instituto que surgiu para atender ao melhor interesse dos filhos e também dividir a responsabilidade de criação e educação dos filhos entre os pais. A guarda compartilhada permite o convívio familiar, sempre visando atender às necessidades dos filhos no que se refere ao seu bem-estar.

De acordo com Gonçalves, 2021:

Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns. Sempre, no entanto, que houver interesses dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Esta não se confunde com a guarda alternada, em que o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o

referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos. [...] A guarda compartilhada pode ser estabelecida, portanto, mediante consenso ou determinação judicial. Caso não convencionalizada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, pode ser buscada em ação autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria (GONÇALVES, 2021, p. 283).

Trata-se do novo instituto de guarda jurídica que, no Brasil, foi regulamentado em 2008, na qual ambos os genitores têm a responsabilidade legal sobre os filhos menores, compartilhando todas as atividades importantes relativas à vida do menor como: educação, criação, afeto, cuidado, ao mesmo tempo e na mesma intensidade, embora vivam em lares separados.

O princípio determinante do novo instituto é o melhor interesse do menor e a continuidade da convivência familiar, através do bom relacionamento do pai e da mãe, visando prioritariamente ao bem-estar físico e psicológico do menor.

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) impõe ao magistrado, em caso de separação judicial e de divórcio, o dever de zelar pela relação de proximidade entre o menor e o genitor ao qual a guarda não foi concedida, devendo o juiz recusar a homologação de acordo omissivo nesse sentido e fixar os dias de convívio entre o genitor privado da guarda e o filho.

A seu turno, a guarda alternada consiste na entrega da guarda jurídica e material para ambos os pais, no entanto, de forma alternada e em épocas determinadas. Desse modo, os dois genitores poderão exercer de forma integral o poder familiar, no tempo em que for determinado a eles.

Ressalta-se que os períodos podem ser anuais, mensais ou semanais, dependendo do acordo. Finalizado o prazo, as funções se invertem, passando, assim, para o outro genitor a guarda do menor.

A guarda compartilhada tem como objetivo manter o exercício comum da autoridade parental, mesmo após a ruptura do laço conjugal, proporcionando a cada um dos genitores o direito de participar das decisões importantes relacionadas à vida dos filhos.

O direito de convivência com ambos os genitores é a principal vantagem da guarda compartilhada. O desenvolvimento social e psicológico é primordial para que as crianças cresçam num ambiente familiar de forma saudável.

O bem-estar físico e emocional do filho é ponto fundamental na guarda compartilhada, pois atende as necessidades básicas da prole. Observa-se que a guarda compartilhada apresenta vantagens não só aos filhos, como também aos pais.

Dias, 2016 diz que a guarda conjunta ou compartilhada significa:

[...] mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos (DIAS, 2016, p. 883).

A ideia central é manter os laços de afetividade amenizando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e possibilitar o exercício da função parental de forma igualitária, exercendo assim, o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que preceitua a igualdade do homem e da mulher, garantindo que o poder familiar deve ser exercido em condições iguais de direitos e deveres, além de proporcionar uma aproximação sadia e importante na relação materna e paterna, onde ambos estão visando ao bem estar do filho.

Como já visto em linhas anteriores, esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito, ou seja, advogado, defensor público, promotor e juiz, deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente, que dê maior concretude aos seus direitos fundamentais. No estudo da colocação da criança ou do adolescente em família substituta, o princípio do melhor interesse se faz presente de forma marcante.

Direito dos avós em relação aos netos e Direito de visitas dos pais e avós

Toda pessoa tem o direito de conviver e de manter laços afetivos, não sendo limitado somente ao âmbito dos pais e dos filhos, devendo também ser estendido a outros parentes.

O rompimento do casamento (e/ou da união estável) extingue os direitos e deveres relativos aos cônjuges, mas não se estende, porém, aos direitos e deveres referentes aos filhos.

As visitas precisam ter regras específicas quanto aos dias, intervalo entre uma e outra, horário de retirada e de entrega dos filhos, além de outras disposições.

É nesse sentido a lição de Boschi (2011, p. 07), *para quem o direito à visita deve ser estabelecido em quantos dias, o intervalo existente entre eles, e qual deve ser o horário para pegar e entregar os filhos, entre outros elementos necessários.*

A regulamentação de visitas dos avós ocorreu inicialmente na França e após na Espanha, alavancando-se, posteriormente, também pela Europa, dando início a decisões jurisprudenciais e previsão em diplomas legais, atingindo todos os demais países.

O direito de visitas busca manter o vínculo de um convívio familiar quando existe o rompimento da família, fato que deve ser analisado quando pesar o desenvolvimento dos filhos que estão sofrendo com o processo de separação e necessitando de proteção integral.

A Lei 12.398 de 28 de março de 2011 (BRASIL, 2011) consolidou novas regras para o exercício do poder familiar, ampliando os direitos e deveres para uma maior parcela dos membros familiares, uma vez que adicionou o parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002): *O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.*

A inovação legal tornou incontroversa a importância do relacionamento entre avós e netos, e a fundamental importância do convívio entre eles para um melhor desenvolvimento da criança.

Mais precisamente no âmbito da guarda compartilhada com os avós, nas últimas décadas, doutrina e jurisprudência têm buscado o resguardo do interesse dos filhos nos conflitos familiares, período em que a legislação pátria passou por avanços consideráveis. Entretanto, à medida em que a legislação avança, é necessário que a interpretação dessas se venha acompanhando as mudanças ocorridas na sociedade.

Assim, atualmente o §5º do artigo 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002) deve ser aplicado com a observância do princípio constitucional da supremacia do interesse do menor, sendo de rigor a análise sistemática do dispositivo, uma vez que não há previsão expressa sobre a guarda compartilhada entre pais e avós.

A propósito, uma convivência contínua da criança com os avós, aliada à ausência de um dos pais, é fator de extrema relevância para a decretação da guarda compartilhada entre avós e o genitor supérstite. Conforme Venosa, [...] *a guarda*

poderá ser deferida aos avós [...] da criança e do adolescente, desde que haja ambiente familiar compatível. (VENOSA, 2006, p. 293).

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) impõe ao magistrado, em caso de separação judicial e de divórcio, o dever de zelar pela relação de proximidade entre o menor e o genitor ao qual a guarda não foi concedida, devendo o juiz recusar a homologação de acordo omissivo nesse sentido e fixar os dias de convívio entre o genitor privado da guarda e o filho.

Considerando que em casos específicos os avós têm o dever legal alimentar em relação aos netos, impõe-se indagar se não teriam também o direito, quando não o dever, de exercer a guarda compartilhada dos netos (que porventura estejam privados da companhia de um dos pais) quando o genitor supérstite não possuir condições (materiais/financeiras/temporais) para prestar toda a assistência e atenção aos menores, em sua peculiar condição de seres em desenvolvimento.

Por que não é possível a um pai, que reconheça suas limitações, compartilhar a responsabilidade sobre os menores com os avós, se tal agir inequivocamente contribui para o bem-estar da prole?

Nesse contexto, os avós são figuras de relevo e essenciais para restabelecer o equilíbrio psíquico e psicológico dos menores, proporcionando-lhes, pela guarda compartilhada, uma relação de continuidade com a própria família de origem quando um dos seus pais vem a falecer.

Muito embora o §5º do artigo 1.584 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) preveja a hipótese de conferir a guarda do menor a uma pessoa que não seja o seu genitor, inexistente referência à modalidade de guarda (se será conjunta ou compartilhada). E a interpretação restritiva da norma conduz à conclusão de ser impossível compartilhar a guarda quando essa é deferida a terceiro.

O que se percebe da nova redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002) é que a norma pretendeu reservar só aos pais o direito de compartilhar responsabilidades.

Porém, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, da continuidade das relações familiares, da convivência familiar e do melhor interesse do menor, entende-se que a guarda de uma criança, conforme as suas carências e a necessidade do genitor supérstite, pode ser compartilhada entre este e os avós (pais do genitor falecido).

Isso porque, muitas vezes, o maior interesse da criança e do adolescente, privado da presença de um dos seus pais, é completamente respeitado quando o outro genitor, que enfrenta dificuldades, compartilha a guarda com os avós daquele. Caso seja necessário, o menor tem direito a que sua guarda seja compartilhada entre o genitor supérstite e os avós.

Nesse cenário, sendo possível a guarda pelos avós, nada impede, ao contrário, tudo recomenda que seja estabelecida a guarda compartilhada entre um dos pais e os avós, desde que a medida se revele apta a preservar o melhor interesse do menor.

O Poder Judiciário tem recebido grande número de processos de modificação de guarda ajuizados pelos avós guardiães dos netos. A esse respeito, veja-se a interpretação externada pelo Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa coabitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2010).

Assim, a conclusão é de que a guarda compartilhada entre os avós e um dos genitores, ao proporcionar um maior convívio familiar, bem como a maior participação de todos na criação e na educação dos menores, revela-se como o modelo que leva à efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Considerações finais

Viu-se que o Direito das Famílias atualmente encontra seu sustentáculo na Constituição Federal (BRASIL, 1988), a qual é responsável por implantar definitivamente um Direito Civil de matiz constitucional, diferente do que ocorria, outrora, na vigência do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), até 1988.

Nessa linha de raciocínio, foi editado o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), seguindo todos os paradigmas impostos pela Constituição Cidadã, o que foi objeto de estudo na presente monografia.

Ademais, segundo o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Foi possível analisar que a família deixou de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo tão somente, avançando para uma compreensão socioafetiva da entidade familiar, surgindo novas representações sociais, distintas daqueles outrora simbolizados nos casos de relacionamentos interpessoais de outros tempos. Por tudo isso, a família é o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido, merecendo especial proteção do Estado.

Mostrou-se que na guarda unilateral é dever do genitor guardião a responsabilidade de criar, educar e decidir sobre todas as questões de interesse do menor, sem precisar consultar o outro genitor.

Já a respeito da guarda compartilhada viu-se que consiste no instituto que surgiu para atender ao melhor interesse dos menores e também dividir a responsabilidade de criação e educação dos filhos entre os pais, uma vez que a guarda compartilhada privilegia o convívio familiar, sempre tendo como norte as necessidades dos filhos no que se refere ao seu bem-estar.

No tema central do presente artigo, pôde-se ver que, na falta de um dos genitores, não há qualquer vedação a que os avós exerçam a guarda compartilhada dos netos conjuntamente com o genitor supérstite, uma vez que tal medida privilegia a proteção integral dos menores e atende ao seu melhor interesse.

E considerando que a família, a sociedade e o Estado, após o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), passaram a ter responsabilidades quanto à proteção das crianças e dos adolescentes, surge a guarda compartilhada como uma das formas que melhor atende ao melhor interesse dos menores.

Referências Bibliográficas

BOSCHI, Fábio B. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

_____, Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

_____, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.147.138-SP**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Brasília, 11 de maio de 2010.

DIAS, Maria B. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v. 06.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.