



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais
Curso de Direito

SOPHIA CRISPIM MIRFENDERESKI

A POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITOR E AVÓS

Brasília
2017

SOPHIA CRISPIM MIRFENDERESKI

A POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITOR E AVÓS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Renata Malta Villas Boas

Brasília
2017

SOPHIA CRISPIM MIRFENDERESKI

A POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITOR E AVÓS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Renata Malta Villas Boas

Brasília, ____ de _____ de 2017.

Banca Examinadora

Orientadora: Renata Malta Villas Boas

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Tenho de agradecer, primeiramente, aos meus pais por sempre acreditarem no meu potencial. Sou eternamente grata por toda a sua confiança e apoio diário.

Ao meu irmão Matheus, pelo carinho e paciência.

Ao meu namorado Gustavo, por ser, acima de tudo, meu melhor amigo. Agradeço pelo amor e compreensão ao longo de todos esses anos.

À orientadora, Professora Ângela Montagner. Apesar de, por motivos de força maior, não conseguirmos finalizar essa trajetória juntas, tenho de lhe agradecer por todo os seus conselhos.

À orientadora, Professora Renata Villas Boas, pela sua paciência e suporte. De fato, não poderia ter escolhido melhor auxílio no meu percurso final.

Dedico o presente trabalho aos meus pais, que nunca mediram esforços para propiciarem o meu sucesso.

RESUMO

A presente monografia trata sobre a possibilidade da guarda compartilhada entre genitor e avós, com base no parágrafo 5º do artigo 1.584 do Código Civil. Atualmente, é recorrente o cenário onde o infante não está sob os cuidados de um ou ambos os seus genitores e, portanto, a atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser redobrada. A partir da necessidade de estudo acerca da guarda atribuída a terceiros, o trabalho estuda a possibilidade da designação da guarda aos avós do menor, com o fim de concretizar o referido princípio. Para a defesa da problematização exposta, a partir de pesquisa doutrinária e legal, foi-se utilizado o método qualitativo, apoiando-se em pesquisa de campo, mais especificamente em estudo de casos. Por fim, a partir da análise de diversos acórdãos, é possível visualizar a posição positiva dos Tribunais na concessão da guarda compartilhada entre avós e genitor no sentido da regularização da situação de fato do infante, observando sempre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. É certo dizer que a disposição do parágrafo 5º do artigo 1.584 do Código Civil trata-se de uma exceção, pois, em regra, a guarda deve estar sob quem detém do poder familiar. Isto é, o juiz deve analisar a estrutura familiar completa e somente atribuir a referida guarda caso visualize que, de fato, é a melhor para o infante.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Guarda Compartilhada Entre Avós e Genitores.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA GUARDA	10
1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	10
1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	12
1.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	14
1.4 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL	17
1.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	18
1.6 PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO AOS IDOSOS	20
1.7 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	22
1.8 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	23
2 PODER FAMILIAR E A GUARDA DOS FILHOS	26
2.1 PODER FAMILIAR.....	27
2.2 TIPOS DE GUARDA.....	29
2.2.1 Unilateral ou Monoparental	29
2.2.2 Alternada	33
2.2.3 Nidação ou Aninhamento	34
2.2.4 Compartilhada ou Conjunta	35
3 GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITORES E AVÓS	38
3.1 DAS OBRIGAÇÕES E DOS DIREITOS DOS AVÓS.....	39
3.2 DA POSSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITORES E AVÓS	46
CONCLUSÃO	51

REFERÊNCIAS.....	53
------------------	----

INTRODUÇÃO

Atualmente, com a constante mudança na sociedade brasileira, a diminuição do número de famílias enquadradas como tradicionais e o aumento da formação de famílias reconstituídas e eudemonistas (afetivas), a atenção ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente deve ser redobrada. E assim, com o fim de concretizar o referido princípio, o presente estudo busca defender a possibilidade do estabelecimento da guarda compartilhada entre avós e genitores.

Com a instituição do artigo 1.583 do Código Civil, o ordenamento jurídico instituiu a guarda compartilhada como uma dos tipos de guarda possível a ser adotada. No entanto, apesar de a guarda compartilhada apenas ter surgido, de forma definitiva, com o advento da Lei nº 11.698/08, ela já se mostrava presente na doutrina e na jurisprudência antes da regulamentação da referida norma.

De tal modo, é imprescindível ressaltar a importância da Lei nº 13.058/14. A criação da lei tornou a guarda compartilhada o modelo prioritário do ordenamento jurídico. Em outras palavras, a guarda em questão tornou-se a regra.

Em termos gerais, a guarda compartilhada consiste na responsabilização conjunta e igualitária dos genitores. Isto é, ambos são detentores da guarda de forma equivalente e equilibrada, devendo participar ativamente nas decisões da vida do infante.

Ao analisar a jurisprudência atual e considerando o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, é possível observar a importância de um estudo aprofundado sobre a guarda compartilhada atribuída à terceiros. O parágrafo 5º do artigo 1.584 do Código Civil dispõe que o juiz atribuirá a guarda do menor a terceiro caso visualize que ele não deve manter-se sob a guarda da mãe ou do pai. Verificado tal situação, para determinar o guardião, o magistrado deverá considerar o grau de parentesco, afinidade e as relações afetivas do menor.

Dessa forma, a presente pesquisa busca elucidar a possibilidade de instituição da guarda compartilhada entre genitor e avós e como a mesma pode ser extremamente benéfica para a criação saudável e eficaz do infante. Tendo em vista a quantidade de crianças e adolescentes que residem e são educados pelos avós, a problematização em questão é notoriamente de grande importância para o Direito de Família.

A metodologia adotada para a compreensão da problematização proposta terá como base a pesquisa doutrinária e legal e utilização de método qualitativo, apoiando-se em pesquisa de campo, mais especificamente em estudo de casos.

O primeiro capítulo trata dos diversos princípios norteadores do direito de família e da guarda. Este capítulo possui significativa importância, não só para a problematização em questão, mas para todas as questões abordadas no Direito de Família.

Já o segundo capítulo discorre sobre o poder familiar e a guarda dos filhos, diferenciando os dois institutos, bem como elencando os tipos de guarda existentes no ordenamento jurídico e na doutrina.

Finalmente, o terceiro capítulo, apresenta primeiramente a relação entre os avós e a sua respectiva família, tratando dos direitos e obrigações conferidos aos longevos. E por fim, se é tratado sobre a possibilidade jurídica da fixação da guarda compartilhada entre genitor e avós.

1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA GUARDA

Preliminarmente, é de suma importância do presente estudo a devida compreensão dos princípios norteadores do Direito de Família e da guarda. Com o fim de termos os direitos e deveres no âmbito familiar garantidos e intocáveis, é mais do que preciso dar a devida atenção aos princípios norteadores da matéria. Ora, decisões que se distanciam das concepções aqui elencadas, certamente se distanciarão do ideal de justiça.¹

É certo que a sociedade está em constante mudança e, desse modo, é impossível os textos legais acompanharem a evolução da família brasileira. Com a utilização dos princípios, se é dado a devida interpretação, aperfeiçoando os comandos normativos para a realidade atual.²

É relevante explicar que, no Direito brasileiro e, especialmente, no campo do Direito das famílias, existem diversos e variados princípios que se encarregam de ajudar a compreender a matéria. São eles os princípios gerais, que englobam diversos campos jurídicos, e os princípios peculiares do Direito de Família.³

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Indiscutivelmente, trata-se do princípio gerador do Estado Democrático de Direito, visto que o mesmo é afirmado já no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 como um de seus fundamentos:⁴

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

¹ MONTAGNER, Ângela. **Direito de Família: Resumos**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 30 mar. 2017

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.77.

⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. A Acesso em: 24 fev. 2017.

O princípio da dignidade da pessoa humana trata-se de uma das maiores conquistas consagradas, não somente para o Direito de família, mas para todo o Direito do nosso país.⁵

Entretanto, infelizmente, é notória a ausência de uma certa compreensão dos indivíduos do real sentido desse tão importante princípio. Afinal, o que se compreende por dignidade da pessoa humana e como é sua aplicação social?⁶

De acordo com o Grande Dicionário Unificado da Língua Portuguesa, o significado literal da palavra “dignidade” configura-se como: “Dig.ni.da.de s. f. 1. Respeitabilidade. 2. Modo de proceder que inspira respeito. 3. Autoridade; nobreza. 4. Autoridade moral. 5. Decoro. 6. Honestidade, brio.”⁷

Claramente, após a leitura da definição, concluímos que o real sentido de “dignidade” é algo muito mais profundo do que o mencionado.

Maria Berenice Dias denomina a dignidade da pessoa humana como o princípio mais universal de todos, sendo assim, um macroprincípio do qual surgem todos os demais.⁸

Já o autor Plácido e Silva aponta que:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.⁹

No direito de família, podemos dizer que o princípio da dignidade humana corresponde a uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Isto é,

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.77.

⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.78.

⁷ RIOS, Dermival. **Grande Dicionário Unificado da Língua Portuguesa**: De acordo com a reforma ortográfica, que unificou a Língua Portuguesa. Ed. São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 2010, p. 236.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

⁹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. 2, São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

contraria à efetiva “dignidade” dar tratamento discriminado ou preconceituoso para os diferentes tipos de entidades familiares existentes.¹⁰

Podemos então concluir que, o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio de suma importância para todos os ramos do Direito brasileiro. É um valor em si absoluto, sendo fundamental para a ordem jurídica e a real concretização de justiça.

1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é passível de ser objeto de estudo em diversos cenários e, literalmente, em todos os campos do Direito brasileiro, concebendo assim, variadas conceituações.¹¹

Importante frisar que, assim como o princípio da dignidade humana, o contemplamento do princípio da igualdade retratou e retrata até hoje, uma das maiores vitórias do Direito do Brasil.¹²

No âmbito constitucional, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar de igualdade, logo após a Revolução Constitucionalista de 1932. Essa Constituição foi de extrema relevância em diversos aspectos como educação, trabalho, saúde e cultura. Em especial, o legislador utilizou-se do referenciado princípio instituindo que não haveria privilégios e nem distinções por motivos individuais. Confira-se a letra da lei extraída da antiga Constituição:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.¹³

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 81.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 81.

¹³ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 28 fev. 2017.

Apesar da momentânea vitória, o referido artigo foi suprimido da Constituição de 1937 e só voltou ao texto constitucional na Constituição de 1946.

Na nossa atual Constituição, promulgada em 1988, em se tratando da importante matéria de igualdade, elegeu a mesma como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Em sua extensão, o constituinte a afirma de forma abundante, partindo-se em seu art. 5º, I. Observe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;¹⁴

E reitera-se, na respectiva lei, no parágrafo 5º do art. 226: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”¹⁵

Seguindo o caminho iniciado pela norma constitucional, o Código Civil de 2002 consagrou o princípio da igualdade em várias áreas do Direito de Família. Um exemplo a ser citado é a igualdade entre homens e mulheres no casamento, também se estendendo à união estável.¹⁶ Confira-se: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”¹⁷

E na mesma linha:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.
§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.
§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de

¹⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2017.

¹⁵ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2017.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 361

¹⁷ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 fev. 2017.

instituições privadas ou públicas.¹⁸

Outra importante aplicação do princípio é no campo da filiação, vedando qualquer tipo de ultrapassada discriminação entre filhos. A distinção entre filiação legítima ou ilegítima é intolerável e, constitucionalmente, encontra-se consubstanciado no parágrafo 6º do artigo 227, sendo reafirmado com a mesma redação, no artigo 1.596 do Código Civil:¹⁹

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.²⁰

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.²¹

José Afonso da Silva contempla que “A igualdade constitui o signo fundamental da democracia.”.²² Em vista disso, é cabível dizer que o princípio da igualdade, enquanto projeto real, visa a concretização da ideia de justiça social.

Notoriamente, o princípio da igualdade pode ser encontrado no nosso atual Código Civil diversas outras vezes em equivalente importância, porém, é primordial compreender que o objetivo do princípio não é prender-se formalmente apenas na redação da lei civilista, mas sim, fazer-se presente, de forma fática, no dia-a-dia do povo brasileiro.²³

¹⁸ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 fev. 2017.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

²⁰ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 fev. 2017

²¹ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 fev. 2017.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 214.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83.

1.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Manifestamente, comparado com os outros ramos do Direito, o princípio da afetividade possui participação notadamente forte no Direito de Família. É alicerce de todas as problematizações que a matéria trata.²⁴

O princípio da afetividade se mostra presente e necessário para todos os tipos de núcleos familiares, com as suas respectivas peculiaridades, seja de ordem conjugal ou parental.²⁵

Importante frisar, que os vínculos de afeto não tem relação direta necessária com os laços de sangue. Ora, mesmo que não o notemos, o afeto é elemento constante e presente no nosso cotidiano. Sendo assim, é representado em nossas vidas das mais diversas formas, seja ele em nosso núcleo familiar, núcleo conjugal ou em nossas relações de amizade.²⁶

Antigamente, no século XIX, a família era notoriamente de modelo patriarcal, com a mulher restrita a funções domésticas e o poder econômico e familiar eram privativos ao homem. Podemos dizer que, diante de certa análise, a família em si se reestruturou. Os movimentos feministas e a inserção da mulher no mercado de trabalho trouxeram mudanças de imensurável importância para o núcleo familiar. A mulher alcançou sua independência e não havia mais espaço para submissão, tanto hierárquica como econômica.²⁷

Na atualidade, as famílias são constituídas e zeladas basicamente pela presença do afeto em suas relações. E de fato, os elos familiares não devem ser mantidos por motivos diversos, visto que está diretamente conexo com o direito de ser feliz.²⁸

No nosso atual Código Civil, podemos visualizar o princípio da afetividade e sua respectiva importância nas relações de família, no que tange a inserção em família substituta. O legislador destaca que, a guarda, tutela ou adoção ao serem

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92.

²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 56.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 210-211.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

atribuídas, devem-se sempre ponderar os laços de afetividade e afinidade. Observe a redação do artigo 1.584 da referida lei:

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.
 § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.²⁹

E com o mesmo raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.
 § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.³⁰

Apesar de ser elencado expressamente no Código Civil, quando trata da regulamentação da guarda, importante ressaltar que o elemento da “afetividade” e a concepção do princípio não está de forma explícita prevista na Constituição Federal de 1988, sendo, assim, um princípio fundamental implícito na lei.³¹

Outras importantes conquistas decorrentes do princípio da afetividade são de extrema importância para o Direito brasileiro e merecem ser mencionadas como, a caracterização da união estável como entidade familiar, reconhecendo também diversos modelos de arranjos familiares, como união de pessoas de sexo igual, do mesmo modo, determinando a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos.³²

Logo, tenhamos de reconhecer a importância do princípio da afetividade, visto que toda e qualquer decisão judicial digna há de ter como base o aludido

²⁹ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 maio 2016.

³⁰ BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017

³¹ TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. JusBrasil, 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 14 maio 2016.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

princípio. É dever do magistrado compreender o cenário em questão e que nenhuma entidade familiar é igual a outra, porém, todas merecem igual respeito.³³

1.4 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável significa, em sua escrita literal, assumir a responsabilidade de seus respectivos descendentes, sejam eles biológicos ou adotivos. Importante ressaltar que essa responsabilidade tem início na concepção, através dos alimentos gravídicos, por exemplo.

Apesar da nomenclatura “paternidade” no nome do princípio, a responsabilidade não se limita apenas ao pai, mas se estende e engloba também a figura da mãe, que é igualmente responsável nos encargos e direitos dos filhos.³⁴ Para a doutrina e, especialmente, para Guilherme da Gama, uma nomenclatura mais adequada e sensata seria “parentalidade responsável”, visto que o termo abrange os dois genitores.³⁵

O princípio da paternidade responsável é assegurado expressamente no parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.³⁶

O princípio é de fundamental utilização para garantir o efetivo cumprimento das obrigações que o pai ou a mãe tem com o seu filho. Exemplo, infelizmente, comum a ser citado é quando o genitor tenta se eximir de sua responsabilidade material, alegando que não possui condições financeiras para supri-la. Tal argumento não possui embasamento legal algum e é de entendimento

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 3: Esquematizado: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 304.

³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

³⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

majoritário dos Tribunais o não acolhimento do pedido utilizando-se do princípio da paternidade responsável. Confira a ementa de acórdão do TJDF:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. ALIMENTANDA MENOR IMPÚBERE. NECESSIDADES PRESUMIDAS. DEVER DE SUSTENTO DECORRENTE DO PODER FAMILIAR. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. PATERNIDADE RESPONSÁVEL. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. A obrigação alimentar do requerido decorre do dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores, face ao exercício do poder familiar, conforme as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, além da chamada Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68).

2. Assim, sendo dever dos pais prestar auxílio material aos filhos que estejam sob seu poder familiar, cabe-lhes prover os alimentos de que careçam, na medida das necessidades destes e na proporção das possibilidades dos genitores. (...)

5. Vale frisar que a ausência de boas condições financeiras não é capaz de extinguir a obrigação do genitor de fornecer alimentos a seus filhos, conforme se depreende do princípio da paternidade responsável, previsto no art. 226, §7º, da Constituição Federal.

6. Não se olvida, claro, a obrigação alimentar que também compete à genitora da requerente, a qual detém a guarda da menor. Entretanto, tal fato não afasta a obrigação do requerido de prestar alimentos a sua filha menor, os quais foram fixados pelo Juízo singular em consonância com o binômio necessidade-possibilidade previsto no art. 1.694, §1º, do Código Civil.³⁷ (grifo nosso)

A partir disso, podemos então entender a tamanha importância do princípio da paternidade responsável. O genitor, ao conceber um filho, automaticamente, se obriga a cumprir com todos os ônus que o mesmo lhe encarga. Isto é, a criança não pode encontrar-se desamparada de seus direitos, constitucionalmente assegurados, somente pelo fato de o genitor alegar não possuir condições.

1.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é princípio básico e fundamental quando tratamos das relações de filiação. Simultaneamente,

³⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. **AC nº 72942-3/DF**. Primeira Turma. Relator: Romulo de Araujo Mendes. Brasília, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 3 abr. 2016.

apesar de básico, é princípio determinante e de extrema importância visto que os menores não possuem capacidade suficiente para tomar decisões em suas vidas.³⁸

A própria Constituição Federal de 1988 afirma que a família é a base da sociedade e que cabe a ela, juntamente ao Estado, assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais. Tais apontamentos estão expressos nos artigos 226 e 227 da lei constitucional.³⁹ Confira:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.⁴⁰

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.⁴¹

No Estatuto da Criança e do Adolescente também contém, em seus artigos 3º e 4º, normas protetivas ao menor:

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.⁴²

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.⁴³

³⁸ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 1998, p. 90.

³⁹ SILVA PEREIRA, Tânia. **Direito da Criança e do Adolescente**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 227.

⁴⁰ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

⁴¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

⁴² BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017

⁴³ BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017

Ressalta-se que, desde o ano de 1959, tal princípio já estava previsto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, que, em suma, determinava que todas as ações relativas às crianças deviam considerar, especialmente, o “interesse maior da criança”.⁴⁴

Visto isso, é notório o dever de proteger e lograr pelo desenvolvimento do menor, visando sempre o seu melhor interesse e não de seus pais, guardiões ou tutores. Ou seja, é relevante ressaltar que o real objetivo do princípio é empenhar-se pela proteção dos menores, que são sujeitos de direitos e não objetos de direito dos pais.⁴⁵

É incontestável que os infantes encontram-se em situação de extrema vulnerabilidade, e a função do princípio em questão é justamente colocar em destaque os direitos dos mesmos, os colocando em posição privilegiada.⁴⁶

Podemos concluir que, definir o que é, de fato, o melhor interesse para uma criança ou adolescente é algo bastante subjetivo, sendo necessário um cuidado e atenção especial do magistrado, para assim, analisar no caso concreto, o que é melhor para o menor.⁴⁷

Em suma, é importante compreender que, os infantes possuem os mesmos direitos fundamentais que os adultos fazem jus. E garantir tais direitos é justamente a função do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.⁴⁸

1.6 PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO AOS IDOSOS

O princípio da proteção ao idoso é de extrema importância ao direito brasileiro, tal qual demonstra respeito àqueles que, em razão da idade, necessitam de mais atenção.⁴⁹

⁴⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

⁴⁵ GRISARD FILHO, Wladyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61.

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 132.

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 98.

O Estatuto do Idoso é bastante recente, tendo sido aprovado em 2003. Tal fato se justifica pelas famílias brasileiras terem se tornado longevas, há poucas décadas atrás.⁵⁰

A Constituição Federal de 1988, expressamente, veda qualquer tipo de discriminação em razão da idade avançada. Confira a redação do inciso IV do artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

V - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁵¹

Do mesmo jeito que os respectivos genitores têm o dever de cumprir com obrigações alimentícias aos filhos, a obrigação é passível de inversão e os descendentes são obrigados a ofertar assistência alimentar (e afetiva) aos seus ascendentes caso os mesmos não tenham condições de arcar com uma subsistência própria digna. Observe os artigos 11 e 12, extraídos do Estatuto do Idoso:⁵²

Art. 11. Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil.

Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

A partir da redação dos referidos artigos, vemos que a obrigação alimentar é solidária. Ou seja, o idoso tem legitimidade para demandar todos os seus descendentes, de qualquer grau, pois todos são obrigados solidariamente. Tal comando tem o propósito de melhor suprir a sua necessidade, visando, também, a maior celeridade do processo.⁵³

E o legislador, na hipótese de os descendentes não terem condições de arcar com o encargo, impõe que tal responsabilidade pode ser estendida ao Poder

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 98.

⁵¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁵² BRASIL. **Estatuto do Idoso**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 990.

⁵³ GODINHO, Robson Renault. **A proteção Processual dos Direitos dos Idosos**: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2010, p. 44.

Público⁵⁴. Tal entendimento está expresso no artigo 14 do Estatuto do Idoso: “Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.”⁵⁵

Porém, é importante ressaltar que, a obrigação alimentar solidária é exceção conferida somente em benefício aos idosos pois, de acordo com o artigo 1.696 do Código Civil, há uma ordem da obrigação alimentícia em que os de grau mais próximo, preferem aos mais remotos. Isto é, na matéria civilista, na hipótese de conferir obrigação alimentar avoenga, o dever é subsidiário e não solidário.⁵⁶

O princípio em tela se traduz de várias formas na realidade. Ser solidário com o idoso é considerar as suas peculiaridades no convívio social e buscar meios de lhe proporcionar melhor qualidade de vida, amparando-o de todas as formas em suas necessidades.

1.7 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade familiar é consequência de um princípio mais amplo: o da própria solidariedade.⁵⁷ O princípio da solidariedade tem base constitucional, sendo mencionado no inciso I do artigo 3 da Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”⁵⁸

No que constitui-se o dito princípio? Em matéria constitucional, como o próprio texto legal diz, a solidariedade é objetivo fundamental de uma sociedade. Ademais, a mesma está dentro do campo ético e atrelada à fraternidade e reciprocidade.⁵⁹

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100.

⁵⁵ BRASIL. **Estatuto do Idoso**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 990.

⁵⁶ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97.

⁵⁸ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 51.

Por outro lado, o princípio da solidariedade no Direito de Família vai mais adiante. Rolf Madaleno tem a seguinte concepção:

A solidariedade é o princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolve em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário.⁶⁰

Portanto, o princípio da solidariedade consiste na assistência recíproca, tanto moral quanto material, entre todos os entes familiares.⁶¹

Com base no princípio exposto que se está fundada a obrigação de alimentar parentes, cônjuges ou companheiros contida nos artigos 1.694 e seguintes do atual Código Civil. Sendo assim, é importante ressaltar que a “solidariedade” em questão não se torna plenamente efetiva se considerarmos apenas a esfera material, mas também, é de suma importância darmos a devida atenção à solidariedade no âmbito afetivo.⁶²

1.8 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O princípio exposto não necessita de complexas e sofisticadas conceituações pois, em poucas palavras, o mesmo pode ser compreendido em sua exatidão. O princípio da convivência familiar é, nada mais e nada menos, do que permanecer junto. Tal conceito parece ser simples mas, na prática se mostra cada vez mais difícil de ser realizado de forma plena. Com os avanços tecnológicos e atribuladas rotinas, por diversas vezes nos vemos distantes de nossa família.⁶³ Sabiamente, a Constituição Federal dispôs do importante princípio em seu artigo 227:

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

⁶⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011, p. 90.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97.

⁶² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227.

⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 105.

toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)⁶⁴

Cumprido salientar que a convivência familiar não se limita ao convívio entre genitores e filhos e deve se ampliar aos demais integrantes da família.⁶⁵ Ou seja, é importante destacar que os infantes têm o direito de conviver com os seus avós e vice-versa. Tal garantia foi sancionada pela Lei nº 12.398/11 que acrescentou o parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil. Veja:

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

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)⁶⁶

É incontroverso que o princípio em discussão tem como objetivo cumprir com uma necessidade fundamental dos infantes. A convivência familiar é uma necessidade básica e substancial para a formação, tanto física como psicológica, do menor.⁶⁷

O magistrado deverá analisar o cenário familiar de forma completa. Na impossibilidade dos genitores de prover um desenvolvimento saudável aos infantes e visando o melhor interesse da criança e do adolescente, deverá confiar a guarda deles a outra pessoa, observando o disposto do artigo 1.584, parágrafo 5º:

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)⁶⁸

⁶⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107.

⁶⁶ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 abr. 2017.

⁶⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116.

⁶⁸ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 abr. 2017.

Importante frisar que, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da convivência familiar visam, principalmente, o bem dos mesmos, independente de qual seja a vontade dos genitores ou de outros familiares. Sintetizando, o objetivo central em questão é somente o melhor desenvolvimento dos menores, não levando em conta os interesses particulares dos demais.

2 PODER FAMILIAR E A GUARDA DOS FILHOS

É certo dizer que a compreensão do que se trata o poder familiar, a guarda e as suas respectivas características e atribuições é mais do que necessária para o posterior estudo de diversas matérias do Direito de Família.⁶⁹

No entanto, os institutos do poder familiar e da guarda diferem um do outro e são frequentemente confundidos entre si, de forma errônea. Poder familiar é o conjunto de deveres e direitos conferidos aos pais em face dos seus filhos menores e incapazes. Isto é, trata-se de uma relação apenas entre o genitor e seus descendentes. Portanto, não há o que se falar em extinção decorrentes de divórcio ou dissolução de união estável. A extinção do poder familiar será definitiva e se dará apenas em situações extremas e peculiares do próprio instituto, taxativamente conferidas na lei.⁷⁰

Por outro lado, de acordo com Paulo Lôbo, guarda pode ser conceituado como:

A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício. Diferente é o conceito e o alcance.⁷¹

Podemos afirmar, então, que quem está apto para exercer o poder familiar nem sempre deterá a guarda do infante. No entanto, o fato de ser confiado a guarda unilateral à apenas um dos genitores, o outro não perderá o poder familiar.⁷²

Portanto, guarda e poder familiar são distintos entre si, mas igualmente importantes para o Direito de Família. Ambos institutos visam a concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente para, assim, um crescimento físico e psicológico saudável do infante.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 597.

⁷⁰ ZEGER, Ivone. **A diferença entre a guarda e o poder familiar**. Consultor Jurídico, 27 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guarda-poder-familiar#author>>. Acesso em: 25 maio 2017.

⁷¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

⁷² ZEGER, Ivone. **A diferença entre a guarda e o poder familiar**. Consultor Jurídico, 27 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guarda-poder-familiar#author>> Acesso em: 25 maio 2017.

2.1 PODER FAMILIAR

Antes de adentrar ao conceito atual de poder familiar, é oportuno salientar que o tópico em questão teve uma significativa mudança em sua terminologia e no seu respectivo conteúdo.⁷³

O antigo Código Civil do ano de 1916, mais precisamente em seu artigo 379, tratava-se do pátrio poder.⁷⁴ O pátrio poder ou *pater potestas*, termo do direito romano, era de essência machista, onde conferia predominantemente ao marido o exercício do mesmo.⁷⁵

Nesse sentido, confira o artigo 380 do antiga lei: “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.”⁷⁶ De acordo com Maria Berenice Dias, a antiga denominação tratava-se de: “direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos”.⁷⁷

Com os diversos movimentos feministas da época e a Constituição Federal de 1988 concedendo “tratamento isonômico” à mulher e ao homem, o Código Civil abandonou o termo machista e designou “poder familiar”.⁷⁸

Importante ressaltar que, apesar da palavra “poder” estar presente na nomenclatura, os infantes não são objetos de poder, mas sim, sujeitos de direito. Ou seja, o instituto em questão não confere aos genitores uma espécie de poder sobre eles, mas trata-se do conjunto de direitos e deveres conferidos aos pais em face dos filhos menores e incapazes, visando sempre o melhor interesse do menor.⁷⁹

Considerando o artigo 1.631 do atual Código Civil, o exercício do poder familiar, em regra, compete aos pais em condições paritárias, sem detrimento de um

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 456.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 25 maio 2017.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 456.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 25 maio 2017.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 456.

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 597.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 457.

em relação ao outro. Sendo assim, apenas na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade.⁸⁰

O “instituto” em questão possui características e obrigações personalíssimas, tais como intransferibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade. Com isso, qualquer acordo dispondo o contrário, será nulo de pleno direito.⁸¹

Podemos dizer então, que não há meios para os genitores se esquivarem do encargo imposto, porém, o mesmo pode ser suspenso ou extinto, levando a destituição do poder familiar. A extinção do poder familiar pode se dar de forma voluntária e inimputável nos casos previstos no artigo 1635 do Código Civil. Confira:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
 I - pela morte dos pais ou do filho;
 II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
 III - pela maioridade;
 IV - pela adoção;
 V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.⁸²

Entretanto, o referido texto legal também prevê, em seu artigo 1638 as hipóteses onde o genitor irá perder o poder familiar por ato judicial, observando o contraditório.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
 I - castigar imoderadamente o filho;
 II - deixar o filho em abandono;
 III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.⁸³

Portanto, é visível que trata-se de providências de cunho excepcional, onde o melhor interesse do infante está em risco e necessita de medidas cautelares para o bem estar e o crescimento saudável do mesmo.⁸⁴

⁸⁰ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 maio 2017.

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 3: Esquematizado: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 598.

⁸² BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 maio 2017.

⁸³ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 maio 2017.

⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 602-603.

2.2 TIPOS DE GUARDA

Pode-se afirmar que um dos capítulos mais importantes do atual Código Civil Brasileiro e do Direito de Família é o “Da Proteção da Pessoa dos filhos”. Ele trata dos tipos de guarda, como elas serão atribuídas, suas exceções e outros pontos importantes.⁸⁵

De acordo com o artigo 1.583 da referida lei⁸⁶, o sistema brasileiro admite somente a guarda unilateral ou compartilhada. Apesar de serem somente dois os explicitamente permitidos, a doutrina faz menção a mais dois tipos de regime: a alternada e a nidação ou aninhamento.⁸⁷

Cabe ressaltar que, para a fixação do tipo de guarda e a escolha do genitor que deve detê-la, deve-se levar em conta apenas o interesse do infante e não a dos pais, sempre com a fundamental intervenção do Ministério Público. Sendo assim, é ultrapassada e desnecessária a discussão de quem agiu com culpa ou deu fim ao casamento pois o mesmo não tem relação direta com quem tem as melhores condições de possuir a guarda.⁸⁸

2.2.1 Unilateral ou Monoparental

Por muitos anos, a guarda unilateral se manteve como a mais utilizada entre as famílias brasileiras. Um dos motivos pela sua grande utilização é que essa modalidade era a preferência até a promulgação da Lei nº 11.698/2008 que instituiu a guarda compartilhada e incentivou a mesma.⁸⁹

A guarda unilateral ou monoparental possui uma breve conceituação no parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil: “§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584,

⁸⁵ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 maio 2017.

⁸⁶ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 maio 2017.

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 612-613.

⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 610.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 3: Esquematizado: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 504.

§ 5º)".⁹⁰ Ou seja, um dos genitores irá obter a guarda de forma exclusiva, enquanto o outro terá direito de visitas.⁹¹

Atualmente, o tipo de guarda em questão é criticada reiteradamente, pois ela priva o infante da convivência diária com um dos pais e, como consequência, colabora para um indesejado afastamento familiar. Portanto, é certo dizer que a regulamentação do direito de visitas é algo delicado e de suma importância, devendo ser discutido e elaborado cuidadosamente com o fim de ser fixado de maneira que o genitor, em cuja guarda não esteja o filho, mantenha maior contato possível com o menor.⁹²

É possível então afirmar que o filho é possuidor do direito à convivência familiar. Todavia, o mencionado direito não é somente uma garantia do não guardião, mas sim uma obrigação constituída perante o infante.

No entanto, é elogiável a atenção que o legislador teve ao mencionar no parágrafo único do artigo 1.589 do Código Civil que essa garantia é estendida a qualquer dos avós. Confira:

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

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)⁹³

Sendo assim, eles não podem ser privados ou repelidos de exercerem o seu direito pelo detentor da guarda, sob pena de redução de prerrogativas atribuídas pelo juiz.⁹⁴

É relevante frisar que, apesar de um dos genitores não possuir a guarda do filho, ele não se libera do dever de supervisão dos interesses do mesmo. Isto é, o

⁹⁰ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 maio 2017.

⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 612.

⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 3: Esquematizado: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 504.

⁹³ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 maio 2017

⁹⁴ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27 maio 2017.

seu compromisso de prestar atenção, cuidado e afeto permanece.⁹⁵ E no mesmo raciocínio, o guardião tem a obrigação de prestar informações, contas e tudo que seja relacionado à saúde psicológica e física, educação e criação do infante, obedecendo o comando do parágrafo 5º do artigo 1.583 do Código Civil.⁹⁶

É certo dizer que, mesmo sendo a guarda compartilhada a regra, um dos principais motivos para a designação da guarda unilateral é a ausência de bom relacionamento do casal. É evidente que a criação de um filho requer cuidados, atenção e acordo de vontades entre os genitores. No entanto, o mesmo se vê impossível de ser realizado de forma plena e eficaz quando os pais não agem de forma madura, colocando seus próprios interesses acima do dos filhos.⁹⁷

Dessa maneira, tendo em vista o mau convívio entre os genitores, é impraticável a realização de acordos sobre questões pertinentes à criação do infante. Sendo assim, a melhor opção é a implementação da guarda unilateral.

Tal entendimento é o adotado pelo TJDF, conforme visto nos acórdãos abaixo:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHA. INVIABILIDADE. RELAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE ENTRE OS GENITORES. GUARDA UNILATERAL ATÉ FORTALECIMENTO DO VINCULO ENTRE PAI E FILHA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Na análise da guarda compartilhada deve ser considerada a idade da criança, bem como se existe relação conflituosa existente entre os pais. Constatando conflituosidade entre os genitores, a guarda unilateral da menor é a que se demonstra mais adequada, devendo ser ela deferida em favor da genitora, pelo menos nos dois primeiros anos, enquanto se fortalece a relação entre pai e filha.

2. O Julgador não se encontra vinculado a pareceres e laudos técnicos, tendo a sua liberdade de convicção, desde que devidamente motivada. A autonomia da vontade pode sofrer dirigismo estatal que objetive a efetivação de valores constitucionais sociais, de forma a adequar o caso concreto aos valores do ordenamento constitucional, tendo a intervenção judicial a finalidade de pacificação do conflito, ainda que não esteja de conformidade com a vontade dos litigantes. [...]⁹⁸

APELAÇÃO. GUARDA E RESPONSABILIDADE. ALIENAÇÃO PARENTAL. ATRITOS E CONFLITOS DO CASAL. CAPACIDADE DE AMBOS OS

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 3: Esquematizado: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 504.

⁹⁶ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 1 jun. 2017.

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 614.

⁹⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. **AC nº 1009377/DF**. Sexta Turma. Relator: Carlos Rodrigues. Brasília, 18 de abril de 2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 1 jun. 2017, grifo nosso.

GENITORES. GUARDA UNILATERAL E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS.

1. Muito embora o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei nº 13.058/14, tenha firmado a regra da instituição da guarda compartilhada, mesmo não havendo acordo entre a mãe e o pai em relação à guarda do filho, não fica afastado o princípio da supremacia do maior interesse da criança, de modo que, verificando-se que a ausência de boa convivência e diálogo entre os pais pode prejudicar emocionalmente o filho, há de ser mantida a guarda unilateral, no caso, a favor do pai.

2. Na ação de guarda de menores, importa, principalmente, o melhor interesse da criança e do adolescente, ou seja, considerar antes suas necessidades, em detrimento das intenções dos pais.

3. No caso, tendo em vista a inexistência de motivos fortes para modificar situação de guarda, conferida ao pai, esta deve ser mantida, mas modificado o regime de visitas nos termos requeridos alternativamente pela genitora. [...]

5. Pai e mãe são construções sociais com vínculos eternos e obrigação de formar um indivíduo para a sociedade. Ambos detêm o poder familiar do qual a guarda é apenas uma parcela, sendo imprescindível que os pais tenham diálogo e maturidade para conduzirem uma boa formação dos filhos, de modo a proporcionar uma base adequada de valores e princípios familiares, inerentes ao desenvolvimento humano.⁹⁹

Importante ressaltar que, apesar da imposição legal adotante da guarda compartilhada como regra, pode-se ver, a partir da leitura do parágrafo 2º do artigo 1584 do Código Civil, que a única hipótese que o magistrado não aplicará o comando normativo e irá poder instituir a guarda unilateral de imediato, é caso um dos genitores declarar expressamente que não deseja a guarda do menor.¹⁰⁰

No entanto, o referido dispositivo do Código Civil merece maior atenção, tendo em vista que ele afasta a aplicação do regime obrigatório da guarda compartilhada, adotando a guarda unilateral pela mera declaração do genitor de não desejar a guarda do infante. A magistrada Ângela Gimenez, da 1ª Vara de Família e Sucessões de Cuiabá, fez uma grande ressalva, de forma pertinente, quanto ao comando do parágrafo segundo do artigo 1584. Confira:

Cabe aqui um cuidado interpretativo, eis que, por ser a guarda uma responsabilidade parental, não nos parece razoável aceitar a abdicação do dever de cuidado, decorrente do poder familiar, somente por volitividade de um dos genitores, ou seja, por simples querer ou não querer. Cabe lembrar que os tribunais pátrios vêm reconhecendo, inclusive, a responsabilidade civil por abandono afetivo daquele que deixa de exercer seu papel de cuidador, no bojo da família. O sistema legal como um todo aponta para a

⁹⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. **AC nº 1007674/DF**. Sétima Turma. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. Brasília, 15 de março de 2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 1 jun. 2017, grifo nosso.

¹⁰⁰ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 1 jun. 2017.

responsabilidade dos genitores, no desenvolvimento infanto-juvenil, não guardando qualquer razoabilidade eximir-se um deles de sua tarefa, por mero desinteresse. Nesse sentido, apenas um caso justificável o Poder Judiciário poderia legitimar a vigência de uma guarda unilateral, ainda assim mantendo as demais responsabilidades do genitor afastado, como, por exemplo, às decorrentes de manutenção da prole.¹⁰¹

Sintetizando, já se foi concluído que, na esmagadora maioria dos casos, a guarda unilateral não é a mais benéfica para o crescimento saudável dos filhos, visto que ela colabora para o afastamento do genitor não guardião. Portanto, pode-se concluir que somente será possível a fixação da guarda unilateral depois de esauridas todas as tentativas de efetivação da guarda compartilhada.¹⁰²

2.2.2 Alternada

A guarda alternada é, por muitas vezes, confundida com a guarda compartilhada, porém possui características peculiares que a diferenciam da guarda conjunta.¹⁰³

É válido ressaltar o modo que Maria Berenice Dias dispôs da diferenciação entre as duas mencionadas guardas, afastando qualquer tipo de confusão entre as mesmas:

[...] guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser annual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação Brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.¹⁰⁴

Dessa forma, a guarda alternada pode ser entendida como o revezamento de períodos de guarda exclusiva. Isto é, mediante consenso entre os pais ou decisão judicial, o infante passa determinado tempo somente com um

¹⁰¹ GIMENEZ, Angela. **Igualdade Parental**. Revista do IBDFAM, n. 18, p. 6, jan. 2015.

¹⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 609.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 612.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 528

genitor, tendo o outro apenas direito de visitação. Passado o período ajustado, invertem-se os papéis e a criança se desloca para a guarda do outro pai.¹⁰⁵ Porém, há de ressaltar que o poder familiar é conferido a ambos os pais. Ou seja, apenas o instituto da guarda será deslocada.

Há quem defenda que um dos benefícios da guarda em questão é fazer com que o filho mantenha relações frequentes com ambos genitores. No entanto, é predominante a posição que a guarda alternada não é benéfica aos infantes, visto que as desvantagens que essa modalidade traz são inúmeras.¹⁰⁶

A mencionada guarda colabora para a não formação de hábitos, rotinas, valores e personalidade. É correto dizer que o menor encontra-se “perdido” e ausente de um ambiente familiar fixo, elemento primordial para a construção psicológica de crianças e adolescentes.¹⁰⁷

Diante do ponto de vista de a guarda alternada não ser saudável aos infantes, Fernanda Levy faz a seguinte observação: “A guarda alternada é o reflexo do egoísmo dos que pensam nos filhos como objeto de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço, uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança.”¹⁰⁸

Importante destacar que a guarda alternada não está presente no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, em sede de análise jurisprudencial, a referida guarda se mostrou possível em raras exceções. Para tanto, a partir do caso concreto, há de sempre ser observado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.2.3 Nidação ou Aninhamento

A presente modalidade de guarda é praticamente inexistente na jurisprudência brasileira, sendo mais comum na Europa. Nidação ou aninhamento,

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 612.

¹⁰⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 111.

¹⁰⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110.

¹⁰⁸ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda dos filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

assim como na guarda alternada, há uma espécie de revezamento de guarda do infante. Entretanto, na espécie em apreço, são os pais que mudam de residência.¹⁰⁹

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem, de forma clara, como o presente regime funciona:

Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais revezam na companhia desta. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo decisão judicial.¹¹⁰

É fácil verificar que, para a realização do instituto em questão, é elemento basilar o alto poder aquisitivo. Como visto, para o funcionamento da nidação ou aninhamento, é necessário três residências.¹¹¹

2.2.4 Compartilhada ou Conjunta

A guarda compartilhada é um instituto relativamente recente, sendo incorporado ao ordenamento jurídico definitivamente com a criação da Lei nº 11.698/08.¹¹² A importante lei alterou, de forma substancial, a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Anteriormente à lei, os mencionados dispositivos dispunham que a guarda dos filhos infantes seria regida conforme acordo entre os pais. Caso não houvesse consenso, a guarda seria imposta, de forma unilateral ou exclusiva, ao genitor com melhores condições para ser guardião.

Entretanto, segundo Carlos Roberto Gonçalves, é possível observar que a guarda compartilhada já era mencionada na jurisprudência e na doutrina antes do advento da referida lei. Ambas faziam referência que, a partir da Constituição

¹⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 612.

¹¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 612.

¹¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 613.

¹¹² BRASIL. **Lei nº 11.698/08, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.

Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, se era plenamente cabível a instituição da referida guarda, mesmo não estando presente na norma.¹¹³

Apesar de a guarda compartilhada estar presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 2008, ela só passou a ser o modelo prioritário com a instituição da Lei nº 13.058/14, derivada do projeto de Lei nº 117/2013, no qual muitos apelidavam como Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória.¹¹⁴ Isto é, a dita guarda tornou-se a regra, salvo quando um dos genitores declarar expressamente que não deseja ser guardião¹¹⁵, conforme descreve o parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil.¹¹⁶

Em matéria de conceituação, a segunda parte do parágrafo primeiro do artigo 1.583 do Código Civil traz uma sucinta definição da guarda compartilhada, descrevendo-a como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”¹¹⁷

Waldyr Grisard Filho, por sua vez, elucidou de forma pertinente a presente guarda da seguinte maneira:

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, a que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar seus direitos e obrigações em relação a eles. Nesse contexto, os pais podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).¹¹⁸

A guarda em questão, também chamada de guarda conjunta, traz uma série de benefícios, tanto para o filho, quanto para os genitores. Não há o que se falar em exercício exclusivo à um único guardião. Isto é, ambos os pais são responsáveis pelas escolhas na vida do infante. Tal característica é de suma importância, pois evita o indesejado afastamento de um dos genitores com o filho,

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. **A lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória** – Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I. Migalhas, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

¹¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 613.

¹¹⁶ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 1 jun. 2017.

¹¹⁷ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 1 jun. 2017.

¹¹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 155.

principalmente após a dissolução do vínculo dos pais. Dessa maneira, a partir da implementação da guarda compartilhada, é dever e direito do pai estar presente de forma constante nos cuidados da vida do menor.¹¹⁹

Com esse mesmo raciocínio, Paulo Lôbo enfatiza que:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar.¹²⁰

É notório que a Lei nº 13.058/14 e o estabelecimento da guarda compartilhada como regra foi de grande importância para o Direito da Família. Diferente da guarda unilateral, ela contribui com o princípio da convivência familiar, evidencia a igualdade entre os genitores, diminui as eventuais disputas afetivas pelo filho e, principalmente, auxilia na concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.¹²¹

Pode-se concluir, então, que são inúmeras os benefícios da guarda compartilhada. Porém, é primordial salientar que, apesar de ser a guarda desejada, nem sempre ela irá conseguir alcançar o objetivo almejado. Para a real efetivação do regime, é imprescindível um bom relacionamento entre os pais, principalmente após o rompimento de um vínculo afetivo. Infelizmente, diante da falta de maturidade dos genitores, tal convívio se mostra difícil de ser realizado na prática, prejudicando a criação saudável dos filhos.¹²²

¹¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 614.

¹²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.

¹²¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 198.

¹²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 614.

3 GUARDA COMPARTILHADA ENTRE AVÓS E GENITORES

Atualmente, considerando a constante mudança na formação do núcleo da família brasileira, são diversos os aspectos que mostram a importância de se dar início a discussão sobre a guarda compartilhada entre genitores e avós.

Ao analisar o artigo 226 da Constituição Federal, é possível observar que os seus parágrafos tipificam as espécies de entes familiares. No entanto, é incontestável que estes são meramente exemplificativos, visto que os outros diversos tipos encontram-se implícitos no *caput* do dispositivo em questão.¹²³

De acordo com a pesquisa realizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) no ano de 2007, as famílias ditas como tradicionais, com mães, pais e filhos caiu 11,2%. A respectiva porcentagem foi distribuída para as diversas espécies de arranjos familiares, tais como a família monoparental, reconstituída ou eudemonista (afetiva).¹²⁴

A mencionada pesquisa tem resultado compatível com a apuração realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2012. O objeto do estudo foi a averiguação da situação atual dos filhos nos núcleos familiares. Foi-se constatado que 16% das famílias brasileiras são formadas por famílias reconstituída.¹²⁵ Isto é, genitores que se separam e começam convívio amoroso com pessoas que também tenham gerado filhos de outros relacionamentos.¹²⁶

Paulo Lôbo prega que “A família é sempre socioafetiva, em razão de ser um grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva”. Tal constatação é de grande relevância, visto que o centro de todo vínculo familiar deve ser o amor.¹²⁷

¹²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45.

¹²⁴ BOREKI, Vinícius. **A nova cara da família brasileira**. Gazeta do Povo, 26 maio 2010. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/a-nova-cara-da-familia-brasileira-0jkbvd0x965zv14ldufuq1bny>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹²⁵ NITAHARA, Akemi. **Cresce número de famílias com mulheres no comando**. Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades, 17 out. 2010. Disponível em: <<http://www.ceert.org.br/noticias/dados-estatisticas/2938/cresce-numero-de-familias-com-mulheres-no-comando>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹²⁶ BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia; CARVALHO, Laura. **Você sabia que existem vários “tipos” de família?**. Direito Familiar, 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://direitofamiliar.com.br/voce-sabia-que-existem-varios-tipos-de-familia/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

¹²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

Conforme o exposto, é notória a necessidade de estudo dos diversos tipos de arranjo familiar que estão surgindo pois são igualmente dignos de atenção. E assim, diante da existência de menores envolvidos, essa necessidade mostra-se ainda maior.

3.1 DAS OBRIGAÇÕES E DOS DIREITOS DOS AVÓS

É correto afirmar que a sociedade brasileira está habituada a presenciar a prole em busca de amparo e de seus respectivos direitos perante seus genitores. Tal fato, de modo geral, faz presumir as obrigações legais conferidas aos pais em face de seus filhos.¹²⁸

No âmbito obrigacional dos avós diante de seus netos, principal exemplo a ser citado é a obrigação alimentar. Porém, é pertinente lembrar que, apesar da comum associação errônea do termo “alimentos” à comida e seus nutrientes, o encargo alimentar vai juridicamente muito além disso.¹²⁹ Lourenço Mário Prunes conceitua o termo como:

[...] a prestação fornecida por uma pessoa a outra, para que atenda às necessidades da vida, podendo compreender comida, bebida, tecto para morar, cama para dormir, medicamentos, cuidados médicos, roupas, enxoval, educação e instrução, etc., sendo proporcionada no geral em dinheiro, cujo *quantum* corresponde às utilidades mas podendo igualmente ser fornecido em espécie.¹³⁰

O falecimento ou problemas financeiros dos pais são situações recorrentes passíveis de estarem presentes nos vínculos familiares, nas quais haverá a transferência da obrigação alimentar aos avós. Dessa forma, é relevante a devida compreensão do mecanismo da pensão avoenga.¹³¹

¹²⁸ CANÍSIO KITCH, Bruno. **Direito de alimentos e assistência familiar**. ed. Campinas: Agá Juris, 2003, p. 53.

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 693.

¹³⁰ MENEZES DA COSTA, Maria Aracy. **Os limites da obrigação alimentar dos avós**. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 45.

¹³¹ VALLADÃO SOCIEDADE DE ADVOGADOS. **O STJ pacifica entendimento sobre os requisitos para obtenção dos alimentos avoengos**. Valladolid, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.valladao.com.br/blog/o-stj-pacifica-entendimento-sobre-os-requisitos-para-obtencao-dos-alimentos-avoengos/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

No entanto, é importante salientar que a mencionada obrigação tem uma certa singularidade. O artigo 1.698 do Código Civil tem grande importância para a precisa compreensão do encargo alimentar:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.¹³²

A partir da leitura do dispositivo supracitado, é possível observar que tal responsabilidade é de sede excepcional. Ou seja, a regra geral é que o dever de prover alimentos aos infantes é conferido aos seus genitores. No entanto, caso a obrigação alimentar primária seja infrutífera, estará configurada a obrigação subsidiária dos avós.¹³³

Em suma, partindo do princípio da solidariedade, no cenário onde os pais não logram em suprir as necessidades de seus filhos, os mesmos podem recorrer aos avós maternos e paternos. Nesse sentido, já é consolidado o estimável entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira:

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

EMENTA: CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA.
1 - A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.”
2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras.
3 - Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na

¹³² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jun 2017.

¹³³ OAB SÃO PAULO. **Direitos da Pessoa Idosa.** OAB São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/advogados-idosos/noticias/stj.-alimentos.-responsabilidade-dos-avos.-obrigacao-complementar-e-sucessiva.-interpretacao-do-art.-1.698-do-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda. 4 - Recurso especial conhecido e provido.¹³⁴

Dessa forma, a referida interpretação foi reafirmada no Enunciado 342 da IV Jornada de Direito Civil:

Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores.¹³⁵

Outro ponto primordial a ser suscitado na obrigação alimentar avoenga é a sua natureza complementar. Isto é, os avós, diante de um cumprimento insuficiente dos genitores, serão convocados para contribuir com as necessidades do menor em questão.¹³⁶

Portanto, é certo afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro não admite como possível o pedido de “pensão direta”. Em outras palavras, é incabível pleitear imediatamente os avós e requerer ao juiz que conceda pensão avoenga sem previamente buscar a execução da obrigação dos genitores, cujos são detentores da obrigação primária.¹³⁷

Haverá, então, de ser comprovada a real impossibilidade do genitor em arcar com o referido ônus, esgotando todos os meios de adimplemento da obrigação alimentar. Assim é o entendimento majoritário dos Tribunais, veja:

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp. nº 658.139-RS**. Quarta Turma. Recorrente: I G dos S e outros. Recorrido: M Z S (menos). Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, 11, de outubro de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173791/recurso-especial-resp-658139-rs-2004-0063876-0/inteiro-teor-12902301>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

¹³⁵ EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva Compacto 2016**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹³⁶ VALLADÃO SOCIEDADE DE ADVOGADOS. **O STJ pacifica entendimento sobre os requisitos para obtenção dos alimentos avoengos**. Valladolid, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.valladao.com.br/blog/o-stj-pacifica-entendimento-sobre-os-requisitos-para-obtencao-dos-alimentos-avoengos/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹³⁷ CONSULTOR JURÍDICO. **Obrigação de pagar pensão não passa automaticamente de pais para avós**. Revista Consultor Jurídico, 25 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/pensao-nao-passa-automaticamente-pais-avos-stj>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS AVOENGOS. OBRIGAÇÃO SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR. FIXAÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE O GENITOR PRESTAR OS ALIMENTOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. LITISCONSÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. O dever de prestar alimentos dos avós tem caráter subsidiário e complementar da obrigação de alimentos que recai sobre os pais, ou seja, eventual deferimento da pretensão dependerá de prévia comprovação de absoluta impossibilidade dos genitores em prover o sustento.

2. Em face da irrepetibilidade dos alimentos, não se mostra razoável que a avó paterna figure em ação de alimentos em litisconsórcio com o genitor/alimentante antes de apurada a impossibilidade dos pais em fazê-lo.

3. Agravos de Instrumento desprovidos.¹³⁸

É importante ressaltar que, para configurar obrigação alimentar no direito brasileiro, há de ser sempre observado o binômio da necessidade e possibilidade. Isto é, o alimentando não tem meios de prover o próprio sustento e o alimentante tem condições de contribuir sem o seu prejuízo pessoal.¹³⁹ Tal binômio é pressuposto primordial para estabelecimento da responsabilidade em questão.¹⁴⁰

Dessa forma, uma linha de pensamento lógico foi estabelecido no Código Civil de 2002. Com a mesma redação do antigo código, o parágrafo 1º do artigo 1.694 do atual ordenamento determina que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.¹⁴¹ Assim, logo em seguida, o artigo 1.695 dispõe sobre quando serão devidos os alimentos:

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.¹⁴²

¹³⁸ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo Regimental. **AG nº 20150020007152**. Segunda turma. Relatora: Gislene Pinheiro. Brasília, 8, de abril de 2015. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 3 ago. 2017.

¹³⁹ MENEZES DA COSTA, Maria Aracy. **Os limites da obrigação alimentar dos avós**. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 64.

¹⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 694.

¹⁴¹ MENEZES DA COSTA, Maria Aracy. **Os limites da obrigação alimentar dos avós**. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 65.

¹⁴² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 3 ago. 2017.

Em outras palavras, caso os avós não possuam capacidade para fornecer alimentos sem comprometer a sua própria subsistência digna, não estará configurada a mencionada obrigação.

Sintetizando, podemos afirmar, então, que a partir da interpretação do Código Civil e da jurisprudência atual consolidada, a obrigação alimentar avoenga é de sede excepcional, subsidiária e complementar. Isto é, em regra geral, não irá ser solidária.

Ao analisar os índices de crescimento populacional mundial dos últimos anos, é visível o aumento da parcela de indivíduos de terceira idade. Diante de tal situação, por se encontrarem em um estado de fragilidade, é inegável que necessitam de uma certa atenção especial.¹⁴³

Nas antigas constituições brasileiras nenhuma proteção significativa foi atribuída aos longevos. A Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seus artigos 229 e 230, foi a primeira a estabelecer que é dever da família, da sociedade e do Estado a amparar o idoso.¹⁴⁴

No entanto, apesar da proteção constitucional, o Estatuto do Idoso é relativamente recente. Apenas em 2003, com a Lei nº 10.741/2003, que foi criado um dispositivo direcionado exclusivamente à eles.¹⁴⁵

O artigo 3º da mencionada lei reúne, de forma sintetizada, algum dos importantes direitos que os idosos têm. Confira:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.¹⁴⁶

Como já explanado anteriormente, os avós podem ser encarregados de contribuir com os alimentos dos netos por meio da pensão avoenga. Em contrapartida, eles também podem ser sujeitos passivos da obrigação alimentar e

¹⁴³ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de Direito do Idoso**. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17.

¹⁴⁴ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de Direito do Idoso**. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

¹⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

¹⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

buscarem amparo perante os seus descendentes. Em outras palavras, o avós podem ser devedores e credores alimentares.¹⁴⁷

Ao analisar o pequeno capítulo dos Alimentos do Estatuto do Idoso, logo pode-se observar uma característica peculiar, mas de extrema importância, dos alimentos de que lhes prestados.

O artigo 12 da lei ordena que “a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”.¹⁴⁸ Obrigação solidária caracteriza-se pela multiplicidade de sujeitos na relação processual, seja na parte ativa ou passiva. No caso em questão, trata-se de solidariedade passiva pois há pluralidade de devedores.¹⁴⁹

Desta maneira, o legislador dispôs contra a regra geral instituindo a solidariedade no encargo alimentar em benefício ao idoso. Isto é, foi-se atribuída uma espécie de prerrogativa a eles, visto que amplia a possibilidade de devedores da ação, promovendo mais chances de se obter êxito no adimplemento da obrigação e com mais celeridade.¹⁵⁰

Um tópico de grande importância e digna de atenção é o comando do artigo 14 do Estatuto do Idoso. O mesmo delibera que, caso o idoso ou sua família não tenham rendimentos econômicos suficientes de proverem com o seu sustento, a responsabilidade será transferida ao Poder Público.¹⁵¹

Tal norma concorda com o artigo 230 da Constituição Federal e assume as condições especiais e frágeis dos longevos, determinando que os mesmos não podem ser esquecidos ou deixados de lado.¹⁵²

Tratando-se, ainda, de proteções e garantias aos avós no Direito brasileiro, um direito relevante a ser situado no âmbito familiar é o direito de visita

¹⁴⁷ GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos Direitos dos Idosos**: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 43.

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

¹⁴⁹ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: Obrigações**. ed. Caxias do Sul: Educs, 2010, p. 130.

¹⁵⁰ GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos Direitos dos Idosos**: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 54.

¹⁵¹ BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

¹⁵² BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

dos avós aos netos. Tal direito, infelizmente, só foi amparado legalmente há pouco tempo com o advento da Lei nº 12.398 de 2011.¹⁵³

A lei supracitada acrescentou o parágrafo único do artigo 1589 do Código Civil, com a redação: “Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.”.¹⁵⁴

Isto é, antes da edição da norma, não havia a previsão legal expressa do direito de visitas avoengas. No entanto, tal garantia era reconhecida pela jurisprudência e doutrina.¹⁵⁵

Como pode-se observar, o juiz terá de levar sempre em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente com o fim de prezar pelo crescimento saudável do infante. Melhor dizendo, caso a visita não seja benéfica à alguma das partes, ela poderá ser negada.¹⁵⁶

Importante ressaltar que, com fundamento nos princípios de proteção ao idoso e o da convivência familiar, também é possível considerar o direito de visitação aos avós. Ou seja, o direito de eles receberem visitas pelos seus netos.¹⁵⁷

É certo dizer que os avós têm um papel significativo na vida de todos. Eles participam, de maneira crucial, para o crescimento e desenvolvimento saudável de seus netos. Desta forma, é papel principal de sua respectiva família a sua proteção e cuidado. E, caso o idoso não haja família, deve o Estado atuar de forma subsidiária.¹⁵⁸

¹⁵³ BRASIL. **Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011.** Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. Brasília, 28 de março de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

¹⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 ago. 2017.

¹⁵⁵ GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos Direitos dos Idosos:** Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 52.

¹⁵⁶ GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos Direitos dos Idosos:** Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 53.

¹⁵⁷ GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos Direitos dos Idosos:** Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 53.

¹⁵⁸ BRAGA, Pérola Melissa Viana. **Curso de Direito do Idoso.** ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

3.2 DA POSSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITORES E AVÓS

Antes de adentrar na presente problematização, é importante afastar certas ideias e julgamentos precipitados que possam causar algum tipo de confusão acerca da guarda compartilhada entre genitores e avós.

Primeiramente, para os juridicamente leigos, há a possibilidade de impressão de que os vínculos afetivos e contato físico com os pais irão ser cortados. Tal pensamento é inteiramente equivocado, haja vista que irá ser estabelecida a guarda compartilhada, modelo preferível no sistema brasileiro pois promove a convivência entre o indivíduo que não possua a custódia física do infante.

Ao determinar a guarda compartilhada, também chamada de guarda conjunta, ambos os detentores da guarda serão responsáveis pela condução da vida do menor.¹⁵⁹ Melhor dizendo, o genitor e o avô em questão serão igualmente titulares da responsabilidade.

Importante frisar, ainda, o não cabimento de regulamentação de direito de visita. A guarda compartilhada não tem compatibilidade com a pré fixação de visitas. Se tivesse, seria constituído guarda unilateral e não a conjunta.¹⁶⁰ Isto é, o genitor cujo não possui a custódia pode e deve manter a maior proximidade possível com o menor, participando ativamente de sua criação em conjunto com o avô/avó.

Ressalta-se que, mesmo com o infante residindo com o avós, os deveres do genitor de contribuir com pensão alimentícia permanecem, de acordo com os recursos econômicos do alimentante e as necessidades do infante.¹⁶¹

Outro pensamento equivocado, que deve ser afastado, é a confusão entre adoção e guarda compartilhada. A magistrada Rosa Navegantes, juíza da Sétima Vara de Família da Capital do Estado do Pará, alegou que é possível instituir a guarda compartilhada entre avó materna e genitor. No entanto, destacou a grande diferença entre o instituto da adoção e o da guarda compartilhada. No primeiro,

¹⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 613.

¹⁶⁰ SANTOS, Renata; MARTINS, Fabiane. **Guarda compartilhada não pode ser imposta judicialmente**. Revista Consultor Jurídico, 1 maio 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-01/guarda-compartilhada-nao-imposta-judicialmente-solucao>. Acesso em: 30 jul. 2017

¹⁶¹ BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia; CARVALHO, Laura. **Os alimentos na guarda compartilhada**. Direito Familiar, 23 dez. 2015. Disponível em: <http://direitofamiliar.com.br/os-alimentos-na-guarda-compartilhada/>. Acesso em 30 jul. 2017.

haverá rompimento do vínculo familiar com a família biológica. Já no segundo, tal fato não acontece, sendo apenas estabelecido uma divisão de deveres.¹⁶²

Superadas algumas incertezas quanto a imposição da guarda compartilhada entre genitores e avós, é relevante demonstrar a importância do instituto na vida da criança e do adolescente.

Ao estabelecer o regime de guarda, o único ponto que deve ser levado em consideração é o melhor interesse do menor. Isto é, vontades exclusivamente pessoais do genitor ou terceiro e conflitos familiares devem ser deixadas de lado, pois deve-se ser priorizado o crescimento saudável do infante.¹⁶³

Fazendo uma análise na jurisprudência atual, é possível observar que, na maioria dos casos, os avós recorrem à Justiça solicitando a guarda compartilhada para a devida regularização de fato. Quer dizer, o menor já reside fixamente com o avô/avó e permanece sob seus cuidados. O objetivo do pleito é regular a situação jurídica e garantir os eventuais direitos do menor.¹⁶⁴

O aludido fundamento é a linha de pensamento firmada pelos Tribunais.

Confira:

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

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

¹⁶² INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Juíza do Pará permite guarda compartilhada entre pai e avó de menor.** IBDFAM, 20 maio 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5638/Ju%C3%ADza+do+Par%C3%A1+permite+guarda+compartilhada+entre+pai+e+av%C3%B3+de+menor>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

¹⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 609.

¹⁶⁴ PESSOA, Nara. **Pai compartilha guarda de filha com a avó.** Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 11 maio 2015. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/2584-Pai-compartilha-guarda-de-filha-com-a-avo.xhtml>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

2. Na situação peculiar em que a mãe deixou a filha aos cuidados dos avós maternos desde o nascimento, por não reunir condições de cuidá-la adequadamente, é possível assegurar àquela os benefícios advindos da guarda de fato sedimentada ao longo dos 15 (quinze) anos de convivência avoenga. Não se cogita da destituição da mãe do pátrio poder, nem tampouco de privá-la do convívio de sua filha, mas apenas de adequar a situação vivenciada há anos, mantendo o status quo mais compatível com o interesse da adolescente.¹⁶⁵

No entanto, é imprescindível salientar que os Tribunais reprimem o pedido de guarda compartilhada entre avós e genitores quando o objetivo visa algo diverso do melhor interesse da criança e do adolescente. Exemplo recorrente a ser citado é o requerimento da guarda com fins meramente previdenciários. Veja a decisão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PEDIDO DE GUARDA PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS
FORMULADO PELA AVÓ MATERNA.

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

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

(Apelação Cível Nº 70068876093, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/06/2016).¹⁶⁶

O entendimento supracitado é confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

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

¹⁶⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível. **AC nº 4615125**, PR 0461512-5. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Ivan Bortoleto. Paraná, 27, de agosto de 2008. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6166752/apelacao-civel-ac-4615125-pr-0461512-5>. Acesso em: 24 jul. 2017.

¹⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. **AC nº 70068876093**. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, 26, de junho de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/357877504/apelacao-civel-ac-70068876093-rs>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

- 1 - Pedido de guarda formulado pelos avós paternos com fins meramente previdenciários.
- 2 - Reconhecimento pelas instâncias de origem da regularidade da situação da criança, que reside normalmente com seu pai.
- 3 - Tentativa de desvirtuamento do instituto da guarda regulado pelo art. 33, e seus parágrafos, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).
- 4 - Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
- 5 - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
(STJ - REsp: 1297881 MG 2011/0297308-7, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 13/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2014)¹⁶⁷

Pode-se observar que, se a guarda de direito e de fato do menor sempre foi conferida à um dos seus genitores, não há a possibilidade de transferência de guarda aos avós pois estará evidente a formulação do pedido apenas para fins previdenciários. Quer dizer, o magistrado terá de analisar se o infante sempre se manteve junto aos avós requerentes ou não.

Outro motivo de desprovimento, digno de atenção, da pretensão dos avós é o pleito fundamentado unicamente na falta de recursos econômicos dos pais. Motivo que não se mostra suficiente para invocar a alteração na guarda do menor. Tal entendimento é predominante no Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Veja:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CONSENSUAL DE GUARDA COMPARTILHADA ENTRE PAIS E AVÓS PATERNOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO DA MENOR. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA PRIVILEGIADA DOS AVÓS. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA GUARDA POR ESSA MOTIVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. De regra, os filhos permanecem sob a guarda dos pais, a quem toca o pátrio poder. Esse direito-dever é também garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 19, que dispõe que a criança tem direito a ser criada e educada no seio de sua família.
2. A alteração da guarda, consoante estabelece o art. 33, §2º, da Lei 8.069/90, tem por fim atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis.
3. Não se pode invocar a falta de recurso para alterar a guarda da menor, porquanto tal motivo não é razão para perda ou suspensão do poder familiar (art. 23, do ECA), devendo ser o mesmo raciocínio aplicado à guarda, porquanto faceta do poder familiar.
4. Apelação cível conhecida e não provida.
(Acórdão n.989274, 20160110606776APC, Relator: GETÚLIO DE

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1297881**. Terceira Turma. Recorrente: M Z e outro. Recorrido: S A S. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 13, de maio de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25082362/recurso-especial-resp-1297881-mg-2011-0297308-7-stj/inteiro-teor-25082363>. Acesso em: 2 ago. 2017.

MORAES OLIVEIRA 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 07/12/2016, Publicado no DJE: 25/01/2017. Pág.: 641/644)¹⁶⁸

É correto afirmar que a disposição do parágrafo 5º do artigo 1584 do Código Civil configura uma exceção à regra. Isto é, o juiz apenas concederá guarda a pessoa diversa do pai e da mãe se verificar que o filho não deve estar sob os seus cuidados. Dessa forma, o dispositivo elenca diversos aspectos para definir a quem a guarda será atribuída, tais como preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.¹⁶⁹

Isto é, conferir a guarda compartilhada aos avós e genitores trata-se de medida excepcional. Na grande maioria dos casos em que foi-se provido a mencionada guarda, um dos genitores encontra-se ausente, seja por morar longe, por não ter relações afetivas com o menor ou por conta de falecimento. Diante dessa situação, os avós assumem a sua criação e seus cuidados. Com esse pensamento, Venosa reitera que “A guarda poderá ser deferida aos avós [...] da criança e do adolescente, desde que haja ambiente familiar compatível.”¹⁷⁰

Em suma, em hipótese alguma o infante deverá ser deixado desamparado. Deve-se sempre partir da premissa do melhor interesse da criança e do adolescente, atribuindo a guarda a quem lhes oferece melhores condições de um crescimento saudável.

¹⁶⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. **AC nº 20160110606776**. Sétima Turma. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Brasília, 7, de dezembro de 2016. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 2 ago. 2017.

¹⁶⁹ BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 ago. 2017.

¹⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 46.

CONCLUSÃO

É notório que a sociedade brasileira passou e ainda passa por diversas mudanças em seu âmbito familiar. A família de modelo patriarcal, adotada no século XIX, tornou-se evidentemente ultrapassado. A mulher era impedida de trabalhar, sendo restrita a funções domésticas e o poder econômico e familiar eram privativos ao homem. Dessa forma, a prática do divórcio era praticamente inexistente e por consequência, não havia necessidade de regulação da guarda.

No entanto, o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 institui a família como base da sociedade e rompe com o antigo tradicionalismo no âmbito familiar. Dessa forma, outros tipos de arranjos familiares devem receber igual proteção do Estado, tais como a família monoparental, reconstituída ou eudemonista (afetiva).

Considerando os importantes princípios da solidariedade, a convivência familiar e proteção aos idosos, é certo dizer que os avós têm papel fundamental na vida e na criação dos netos. E é a partir deste pensamento que a legislação brasileira estabelece os direitos e deveres dos avós.

Os avós são passíveis de serem configurados como credores e devedores alimentares. Será constituído como credor diante de uma necessidade alimentar dos longevos. Isto é, carecem de cuidados para possibilitar a sua subsistência digna. Com o objetivo de primar pela rapidez e assegurar a eficácia de tal encargo, o Estatuto do Idoso, mais precisamente em seu artigo 12, estabelece que a obrigação será solidária. Tal característica do compromisso alimentar é um benefício conferido ao idoso, devido à sua fragilidade.

Por outro lado, será devedor perante seus netos na situação em que os genitores não logram com o dever alimentar. Melhor dizendo, a pensão avoenga estará configurada quando estiverem esgotadas todos os meios de adimplemento da obrigação pelos genitores. Dessa forma, o encargo será de caráter excepcional, subsidiário e complementar.

Partindo da premissa da convivência familiar, é importante frisar o direito de visita dos avós. Tal direito foi instituído legalmente há pouco tempo com a criação da Lei nº 12.398/11. No entanto, apesar do amparo legal, muitas vezes esse direito não é respeitado, ferindo os princípios da convivência familiar e da proteção aos idosos.

É importante ressaltar que a concessão de visita não é um direito somente dos avós, mas também dos netos. Ou seja, os infantes têm o privilégio, conferido em lei, de ter convívio com os seus avós para efetivação do seu crescimento saudável.

A presente problematização aborda a situação onde um ou ambos os genitores encontram-se ausentes e/ou impossibilitados de obter a guarda do menor em questão. Diante de tal cenário, os avós entram em cena e assumem as respectivas responsabilidades da criança.

A jurisprudência atual se mostra favorável no sentido de atribuir a guarda compartilhada aos genitores e avós para a devida regularização da situação de fato e, conseqüentemente, garantir os eventuais direitos do menor. Isto é, o menor já reside com os avós e permanece sob os seus cuidados.

Em contrapartida, os tribunais obstam a guarda compartilhada entre avós e genitores quando o objetivo visa algo diverso do melhor interesse da criança e do adolescente. Exemplos recorrentes de pleitos desprovidos a serem citados é o requerimento da guarda com o propósito puramente previdenciário e o pedido de guarda compartilhada fundamentada unicamente na falta de recursos econômicos dos genitores. Tais motivos não se mostram suficientes para provocar a alteração na guarda do menor.

Portanto, é notório que a redação do parágrafo 5º do artigo 1.584 do Código Civil configura uma exceção à regra. O magistrado terá de analisar a situação delicadamente e visualizar quem se encontra mais habilitado para exercer a guarda do infante.

Em suma, a outorga da guarda compartilhada entre avós e genitores se trata de medida excepcional. A fixação da guarda deve ser sempre centrada no melhor interesse da criança e do adolescente, para que o menor tenha um desenvolvimento físico e psíquico saudável e eficaz.

REFERÊNCIAS

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia; CARVALHO, Laura. **Os alimentos na guarda compartilhada.** Direito Familiar, 23 dez. 2015. Disponível em: <<http://direitofamiliar.com.br/os-alimentos-na-guarda-compartilhada/>>. Acesso em 30 jul. 2017.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia; CARVALHO, Laura. **Você sabia que existem vários “tipos” de família?** Direito Familiar, 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://direitofamiliar.com.br/voce-sabia-que-existem-varios-tipos-de-familia/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BOREKI, Vinícius. **A nova cara da família brasileira.** Gazeta do Povo, 26 maio 2010. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/a-nova-cara-da-familia-brasileira-0jkbvd0x965zv14ldufuq1bny>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRAGA, Pérola Melissa Viana. **Curso de Direito do Idoso.** ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 1 ago, 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990, 13 de julho de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 1º de outubro de 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.698/08, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011**. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. Brasília, 28 de março de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp nº 1297881**. Terceira Turma. Recorrente: M Z e outro. Recorrido: S A S. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 13, de maio de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25082362/recurso-especial-resp-1297881-mg-2011-0297308-7-stj/inteiro-teor-25082363>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Resp. nº 658.139-RS**. Quarta Turma. Recorrente: I G dos S e outros. Recorrido: M Z S (menos). Relator: Fernando Gonçalves. Brasília, 11, de outubro de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173791/recurso-especial-resp-658139-rs-2004-0063876-0/inteiro-teor-12902301>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo Regimental. **AG nº 20150020007152**. Segunda turma. Relatora: Gislene Pinheiro. Brasília, 8, de abril de 2015. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 3 ago. 2017.

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

CONSULTOR JURÍDICO. **Obrigação de pagar pensão não passa automaticamente de pais para avós**. Revista Consultor Jurídico, 25 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/pensao-nao-passa-automaticamente-pais-avos-stj>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

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

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. **AC nº 20160110606776**. Sétima Turma. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Brasília, 7, de dezembro de 2016. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 2 ago. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. **AC nº 1007674/DF**. Sétima Turma. Relator: Romeu Gonzaga Neiva. Brasília, 15 de março de 2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. **AC nº 1009377/DF**. Sexta Turma. Relator: Carlos Rodrigues. Brasília, 18 de abril de 2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. **AC nº 72942-3/DF**. Primeira Turma. Relator: Romulo de Araujo Mendes. Brasília, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 3 abr. 2016.

EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva Compacto 2016**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: Obrigações**. ed. Caxias do Sul: Educ, 2010, p. 130.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

GIMENEZ, Angela. **Igualdade Parental**. Revista do IBDFAM, n. 18, p. 6, jan. 2015.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção Processual dos Direitos dos Idosos: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, 3: Esquematizado: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Juíza do Pará permite guarda compartilhada entre pai e avó de menor**. IBDFAM, 20 maio 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5638/Ju%C3%ADza+do+Par%C3%A1+permite+guarda+compartilhada+entre+pai+e+av%C3%B3+de+menor>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda dos filhos: os conflitos no exercício do poder familiar.** ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011, p. 90.

MENEZES DA COSTA, Maria Aracy. **Os limites da obrigação alimentar dos avós.** ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTAGNER, Ângela. **Direito de Família: Resumos.** Brasília: Centro Universitário de Brasília, 30 mar. 2017.

NITAHARA, Akemi. **Cresce número de famílias com mulheres no comando.** Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades, 17 out. 2010. Disponível em: <<http://www.ceert.org.br/noticias/dados-estatisticas/2938/cresce-numero-de-familias-com-mulheres-no-comando>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

OAB SÃO PAULO. **Direitos da Pessoa Idosa.** OAB São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/advogados-idosos/noticias/stj.-alimentos.-responsabilidade-dos-avos.-obrigacao-complementar-e-sucessiva.-interpretacao-do-art.-1.698-do-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível. **AC nº 4615125, PR 0461512-5.** Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Ivan Bortoleto. Paraná, 27, de agosto de 2008. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6166752/apelacao-civel-ac-4615125-pr-0461512-5>. Acesso em: 24 jul. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 132.

PESSOA, Nara. **Pai compartilha guarda de filha com a avó.** Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 11 maio 2015. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/2584-Pai-compartilha-guarda-de-filha-com-a-avo.xhtml>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: Novos Paradigmas do Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de Direito do Idoso.** ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos Direitos dos Idosos:** Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 52.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. **AC nº 70068876093.** Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, 26, de junho de 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/357877504/apelacao-civel-ac-70068876093-rs>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

RIOS, Dermival. **Grande Dicionário Unificado da Língua Portuguesa:** De acordo com a reforma ortográfica, que unificou a Língua Portuguesa. ed. São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 2010, p. 236.

SANTOS, Renata; MARTINS, Fabiane. **Guarda compartilhada não pode ser imposta judicialmente.** Revista Consultor Jurídico, 1 maio 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-01/guarda-compartilhada-nao-imposta-judicialmente-solucao>. Acesso em: 30 jul. 2017.

SILVA PEREIRA, Tânia. **Direito da Criança e do Adolescente.** 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos.** 1. ed. São Paulo: Ltr, 1998, p. 90.

TARTUCE, Flávio. **A lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I.** Migalhas, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família.** JusBrasil, 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 14 maio 2016.

VALLADÃO SOCIEDADE DE ADVOGADOS. **O STJ pacifica entendimento sobre os requisitos para obtenção dos alimentos avoengos.** Valladolid, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.valladao.com.br/blog/o-stj-pacifica-entendimento-sobre-os-requisitos-para-obtencao-dos-alimentos-avoengos/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.
VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZEGER, Ivone. **A diferença entre a guarda e o poder familiar.** Consultor Jurídico, 27 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guarda-poder-familiar#author>> Acesso em: 25 maio 2017.