

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

BEATRIZ FORMIGONI DE QUEIRÓZ

**GUARDA COMPARTILHADA CONCEDIDA A TERCEIROS À LUZ DO PRINCÍPIO
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

CRICIÚMA

2017

BEATRIZ FORMIGONI DE QUEIRÓZ

**GUARDA COMPARTILHADA CONCEDIDA A TERCEIROS À LUZ DO PRINCÍPIO
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no Curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense – UNESC.

Orientador: Prof. Dr. Ismael Francisco de Souza

CRICIÚMA

2017

BEATRIZ FORMIGONI DE QUEIRÓZ

**GUARDA COMPARTILHADA CONCEDIDA A TERCEIROS À LUZ DO PRINCÍPIO
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente.

Criciúma/SC, 27 de novembro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ismael Francisco de Souza - Dr. - (UNESC) - Orientador

Prof.^a Mônica Abdel Al - Esp. - (UNESC)

Prof. Israel Rocha Alves - Esp. - (UNESC)

Dedico esta monografia ao meu afilhado, Patrick, fonte inspiradora para a realização deste trabalho, criança que chegou na família ainda quando bebê e nos trouxe muita luz e alegria, criança que amamos muito.

A esta criança que, com apenas 4 (quatro) anos de idade, já tem em seu currículo uma longa história de vida, e que hoje, posso dizer, é um menino lindo, iluminado por Deus.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, dono da minha existência, por ter colocado em meu caminho pessoas especiais. Agradeço a Ele, principalmente, por ter me dado a oportunidade de ingressar na vida acadêmica.

Aos meus pais, que sempre me apoiaram nas decisões da vida. Ao meu pai, que me ensinou o melhor caminho da vida, com seus valores éticos e morais. À minha mãe, meu exemplo de vida, mulher guerreira que luta diariamente contra uma barreira de preconceitos.

A toda a minha família, que esteve ao meu lado nos momentos de dificuldades. Em especial, à minha madrinha e à minha avó, que souberam me dar todo suporte e conforto nos períodos mais difíceis.

Ao meu namorado, que também esteve ao meu lado, dando todo apoio para que conseguisse o meu objetivo.

À minha segunda família, meus sogros e minha cunhada, por todo apoio e carinho.

Aos meus amigos, por terem me acompanhado e ajudado nesta trajetória.

Aos professores e colegas, por contribuírem com meu aprendizado.

Aos momentos mais difíceis que enfrentei, pois serviram de aprendizado e experiência para minha vida, impulsionando-me, de alguma forma, para que eu seguisse tentando.

E, não menos importante, a todos que não acreditaram em mim, porque, sem querer, me ajudaram a confiar mais em meu potencial.

“As crianças, quando bem cuidadas, são uma semente de paz e esperança.”

Zilda Arns Neumann

RESUMO

Intitulado “Guarda Compartilhada Concedida a Terceiros à Luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança”, o presente estudo visa analisar o princípio do melhor interesse da criança como fundamento para a concessão da guarda compartilhada a terceiros. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, tendo como base a doutrina do melhor interesse da criança e do adolescente. A pesquisa foi do tipo qualitativa, desenvolvida utilizando técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e de análise jurisprudencial. A primeira parte da fundamentação teórica tem como foco os fundamentos do direito da criança e do adolescente, abordando a trajetória histórica dos direitos da criança e do adolescente, a teoria da proteção integral e o direito da criança e do adolescente e o melhor interesse da criança. O segundo capítulo trata do instituto da guarda e suas modalidades, com destaque para a guarda compartilhada e a guarda compartilhada frente a terceiros. Por fim, o terceiro capítulo faz uma análise de julgados emanados do Superior Tribunal de Justiça, apresentando jurisprudências e argumentos favoráveis e contrários à guarda compartilhada frente a terceiros. Os resultados mostram que o papel dos pais não se abrevia nos laços de sangue, mas estendem-se aos elos socioafetivos demonstrados na participação no crescimento e desenvolvimento do filho, os quais podem ser, corretamente, desempenhados por uma terceira pessoa, mesmo que esta não tenha vínculos de parentesco consanguíneo com a criança ou adolescente.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Terceiros. Princípio do melhor interesse da criança.

ABSTRACT

Titled “Joint Custody Granted to Third Parties in the Light of the Principle of the Best Interests of the Child”, This study aims to analyze the principle of the best interests of the child as the basis for granting joint custody to third parties. The research method used was the deduction on the basis of the doctrine of the best interests of the child and adolescent. The research was the qualitative type, developed using techniques of bibliographic research, documents and case law analysis. The first part of the theoretical foundation focuses on the fundamentals of the right of children and adolescents, addressing the historical trajectory of the rights of children and adolescents, and the best interests of the child. The second chapter deals with and guard Institute arrangements, with emphasis on joint custody and joint custody in front of third parties. Finally, the third chapter makes an analysis of judged from the Superior Court of Justice, case law and arguments and presenting against joint custody in front of third parties. The results show that the role of parents is not shortens in blood ties, but extend the linkages socio-affective demonstrated in participation in the growth and development of the child, which can be properly performed by a third person, even if the latter has no kinship with the child or adolescent.

Keywords: Shared custody. The third parties. Principle of the best interest of the child.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
Art.	Artigo
CC	Código Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FUNABEM	Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
ONU	Organização das Nações Unidas
SAM	Serviço de Assistência a Menores
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FUNDAMENTOS DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	11
2.1 A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	11
2.2 A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	16
2.3 O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	19
3 O INSTITUTO DA GUARDA E SUAS MODALIDADES	23
3.1 AS MODALIDADES DE GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	23
3.1.1 Guarda comum, desmembrada e delegada	25
3.1.2 Guarda originária e derivada	25
3.1.3 Guarda de fato	26
3.1.4 Guarda provisória e definitiva, guarda única, guarda peculiar	26
3.1.5 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários	27
3.1.6 Guarda jurídica e guarda material	28
3.1.7 Guarda alternada	29
3.1.8 Aninhamento ou nidação.....	29
3.1.9 Guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta.....	29
3.2 BREVE ANÁLISE SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA	30
3.3 GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A TERCEIROS.....	34
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	40
4.1 O RECONHECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A TERCEIROS E SEUS PRINCIPAIS ARGUMENTOS	40
4.2 O INDEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A TERCEIROS E SEUS PRINCIPAIS ARGUMENTOS	42
4.3 BREVES NOTAS SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A TERCEIROS DIANTE DAS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO MELHOR INTERESSE	46
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	51

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada é tratada, preferencialmente, entre genitores, uma vez que é sabido da importância dos pais na vida de sua prole. No entanto, tendo em vista o melhor interesse da criança, a guarda compartilhada também pode ser conferida a outras pessoas interessadas e que atendem aos valores e princípios essenciais ao melhor desenvolvimento da criança.

A presente monografia tem por objetivo analisar o princípio do melhor interesse da criança como fundamento para a concessão da guarda compartilhada a terceiros. Também visa verificar o efetivo funcionamento deste princípio ou se apenas dá preferência aos genitores, avaliar os dispositivos legais que norteiam essa possibilidade de concessão da guarda compartilhada e averiguar entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a esse respeito.

O foco principal é a possibilidade de tal concessão de guarda compartilhada pelo juízo, prevalecendo os interesses da criança, para que esta cresça e se desenvolva em ambiente saudável, capaz de também contribuir para seu crescimento físico e psicológico.

O princípio do melhor interesse da criança merece aqui uma atenção especial, haja vista que está diretamente ligado à condição da criança enquanto pessoa em fase de desenvolvimento, merecendo cuidado e proteção da família, sociedade e poder estatal, pois todos têm o dever de olhar por ela. É um princípio que auxilia o legislador no momento da resolução de conflitos ou até mesmo de esclarecimento de questões e dúvidas acerca de um processo de guarda.

E é por se tratar de um assunto tão comum entre a maioria das famílias brasileiras que o tema se torna de suma importância e de grande interesse social. Pode-se dizer que é a realidade de muitas famílias hoje no Brasil, as quais esperam por uma decisão que irá determinar o caminho da criança.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, tendo como base a doutrina do melhor interesse da criança e do adolescente. A pesquisa é do tipo qualitativa, desenvolvida com o uso de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e de análise jurisprudencial.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O presente capítulo visa estudar os fundamentos do direito da criança e do adolescente, tratando, primeiramente, da trajetória histórica dos direitos da criança em âmbito internacional, para, em seguida, discutir a teoria da proteção integral e do direito da criança e do adolescente e abordar o princípio do melhor interesse da criança.

Vale registrar que o estudo acerca da evolução histórica dos direitos da criança é importante para que se compreendam melhor as dificuldades enfrentadas ao longo deste percurso. A luta pelos direitos hoje garantidos foi árdua e longa, porém, eficaz. Atualmente, pode-se dizer que há toda uma base legal e principiológica amparando os direitos da criança e do adolescente, embora seja preciso destacar que a manutenção e a aplicação efetiva desses direitos continuam sendo uma busca constante de toda a sociedade.

2.1 A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Amin (2010, p. 11) relata que o primeiro documento internacional a expor “[...] a preocupação em se reconhecer direitos a crianças e adolescentes foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, promovida pela Liga das Nações”.

Acerca dessa Declaração, Castro (2006 apud VIEIRA, 2013, p. 117, tradução do autor) destaca:

A Declaração ou Carta de Genebra de 1924 constitui a primeira declaração sistemática dos direitos da criança, foi elaborada no seio da Associação Internacional de Proteção à Infância e contém sete princípios, os quais foram redigidos pela pedagoga Englatine Jebb nos seguintes termos:

I - A criança deve ser protegida excluindo toda consideração de raça, nacionalidade e crença.

II - A criança deve ser ajudada respeitando a integridade da família.

III - A criança deve ser posta em condições de desenvolvimento normal desde o ponto de vista material, moral e espiritual.

IV - A criança faminta deve ser alimentada; a criança doente deve ser assistida; a criança deficiente deve ser ajudada; a criança desadaptada deve ser reeducada; o órfão e o abandonado devem ser recolhidos.

V - A criança deve ser o primeiro a receber socorro no caso de calamidade.

VI - A criança deve desfrutar completamente das medidas de seguridade social; a criança deve, quando chegado o momento, ser posta em condições de ganhar a vida, protegendo-a de qualquer exploração.

VII - A criança deve ser educada, inculcando-lhe a convicção de que suas melhores qualidades devem ser postas a serviço do próximo.

A Declaração de Genebra trouxe consideráveis avanços no que se refere aos direitos da criança e do adolescente, pois seus princípios basilares proporcionaram melhores condições a crianças e adolescentes, visando sua proteção.

Depois desse contexto, Pereira (2008, p. 105) conta que surgiu o Código de Menores, constituído pelo Decreto nº 17.343/A, de 12 de outubro de 1927. Ficou conhecido como Código Mello Mattos devido ao nome do autor do projeto, cujas bases foram por ele instituídas.

Ainda sobre o Código de Menores de 1927, Pereira (2008, p. 106, grifos do autor) dispõe:

Ao definir no capítulo 1 o objeto e finalidade da lei, o Código de Menores de 1927 teve uma visão correspondente aos conceitos então vigentes, abrangendo num mesmo entendimento o “menor abandonado” e o “menor delinquente”, embora pretendendo oferecer a um e a outro “assistência e proteção”.

Após o Código de Menores, foi criado, em 1941, o Serviço de Assistência a Menores (SAM), cuja finalidade era prestar proteção social a menores institucionalizados, ou seja, proteger aqueles que eram considerados delinquentes pela sociedade e estavam internados em institutos e estabelecimentos criados para este fim. Acerca do SAM, eis o posicionamento de Veronese e Custódio (2011, p. 19):

A criação do Serviço de Assistência aos Menores demarca uma mudança importante com a inclusão de uma política de assistência social nos estabelecimentos oficiais que até então estavam sob a jurisdição dos juizados de menores. A principal característica da política proposta pelo Código de Menores de 1927 era a institucionalização como via necessária para a solução dos problemas considerados como essenciais à organização social.

Posteriormente, Amin (2010, p. 11) conta que “[...] foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, o grande marco no reconhecimento de crianças como sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais”. Com este documento, segundo a autora (2010, p. 11-12), surgiram outros princípios, os quais procuravam garantir, efetivamente, o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, e hoje estão assegurados no texto constitucional brasileiro e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Em 1964, a Lei nº 4.513 instituiu a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), cujo objetivo era orientar, coordenar e fiscalizar as entidades executoras da política nacional, como explica Tavares (2010, p. 301).

Já em 1979, regulamentada pela Lei nº 6.697, foi criada a doutrina do menor em situação irregular, também conhecida como novo Código de Menores, sobre o qual Veronese e Custódio (2011, p. 26) assim explanam:

[...] a doutrina da situação irregular caracterizou-se pela imposição de um modelo que submetia a criança à condição de objeto, estigmatizando-a como em situação irregular, violando e restringindo seus direitos mais elementares, geralmente reduzindo-a à condição de incapaz, em que vigorava uma prática não participativa, autoritária e repressiva representada pela centralização das políticas públicas.

Com isso, destaca-se que a doutrina não trouxe efetivas mudanças se comparada ao modelo anterior de 1964; ao contrário, apresentou vários aspectos negativos relativos aos direitos da criança e do adolescente, mostrando que estes eram percebidos pela sociedade apenas quando se encontravam em alguma situação irregular, sem família.

Contribuindo, Del Priore (2000, p. 364, grifos do autor) comenta:

O Código de Menores de 1979 atualizou a Política Nacional do Bem-Estar do Menor formalizando a concepção “biopsicossocial” do abandono e da infração e explicitou a esquematização das crianças pobres como “menores” e delinquentes em potencial através da noção de “situação irregular” expressa no artigo 2º.

Destarte, esta lei menorista era um mecanismo de controle da criança e do adolescente, os quais eram vítimas, seja da família ou da sociedade. Eram vítimas no sentido de se encontrarem em situação de pobreza, de maus tratos familiares ou até mesmo por terem uma conduta inadequada perante a sociedade, o que os fazia serem referenciados pelo Código em tela como pessoas em situação irregular.

Paralelo a isso, Pereira (2008, p. 108) reconhece:

O Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979) foi orientado pela Doutrina Jurídica de Proteção ao Menor em Situação Irregular, que abrangia os casos de abandono, a prática de infração penal, o desvio de conduta, a falta de assistência ou representação legal, enfim, a lei de menores era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões da Família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos.

Retomando Amin (2010, p. 12), tem-se que, também em 1979, a Organização das Nações Unidas (ONU) “[...] montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução nº 44”.

Na década de 1980, tornaram-se mais evidentes as transformações dos direitos da criança e do adolescente. De acordo com Veronese e Custódio (2011, p. 29), esse período representou a transição das antigas doutrinas menoristas para a doutrina da proteção integral:

Inaugura-se aí uma fase enriquecedora na qual a vitória estava anunciada, pois o enfrentamento entre a doutrina jurídica da situação irregular perdia adeptos na mesma proporção em que os valores da proteção integral ganhavam novos aliados. Finalmente, essa década conviveria com uma utopia mobilizadora para a construção de uma sociedade em que todos poderiam gozar de direitos humanos reconhecidos como fundamentais na nova Constituição que se elaborava. Estava traçada a oportunidade histórica para sepultar o menorismo no Brasil.

Tais avanços ocorreram com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual deu maior ênfase à proteção e garantia desses direitos, estendendo a responsabilidade à família e à sociedade, e não tão somente ao Estado, conforme disposto no art. 227 da Carta Maior (BRASIL, 2017a):

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.

Resumidamente, cabe a todos, não só aos familiares, zelar pela proteção integral de crianças e adolescentes, garantindo seus direitos fundamentais.

Adiante, apenas em 1990 deu-se efetivamente o primeiro passo para um grande avanço, como explana Amin (2010, p. 12):

Em setembro de 1990, como um primeiro passo na busca da efetividade da Convenção dos Direitos da Criança, foi realizado o Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, no qual representantes de 80 países, entre eles o Brasil, assinaram a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança. No mesmo Encontro, foi ainda lançado o Plano de Ação para a década de 90, cujos signatários assumiram o compromisso de promover a rápida implementação da Convenção, comprometendo-se ainda, a melhorar a saúde de crianças e mães e combater a desnutrição e o analfabetismo.

Comentando o tema, Vieira (2013, p. 122) ressalta que a Convenção dos “[...] Direitos da Criança entrou em vigor em 1990 e, até a presente data, já foi ratificada por 191 países, restando apenas dois Estados nos quais a Convenção não vigora: Somália e Estados Unidos”.

Acerca dos avanços trazidos por esta Convenção quanto ao cuidado que se deve ter com a criança, com vistas a um desenvolvimento profícuo, Vieira (2013, p. 123) afirma:

A Convenção sobre os Direitos da Criança constitui um tratado internacional de proteção de direitos humanos, ou seja, tem força jurídica obrigatória e abarca todo o espectro dos direitos humanos, isto é, reconhece tanto os direitos civis e políticos como econômicos, sociais e culturais, afirmando implicitamente que o desfrute de um direito não pode estar apartado do gozo dos demais. Isso significa que, para a criança desenvolver as suas capacidades físicas, intelectuais, morais e espirituais, requer-se tanto atenção médica e educação adequada quanto um meio social e familiar saudável e seguro, alimentação equilibrada e normas mínimas que regulem a atuação dos meios de comunicação.

Percebe-se que foram grandes os avanços trazidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança no que diz respeito aos direitos da criança e do adolescente, merecendo ser destacada a Doutrina da Proteção Integral, pelo efetivo reconhecimento trazido a tais garantias. Nesse sentido, eis os ensinamentos de Vieira (2013, p. 126):

A Doutrina da Proteção Integral, exposta na Convenção, passou a orientar, assim, a comunidade internacional em seu relacionamento, para pôr fim, com a intensidade e rapidez necessárias, à pobreza crítica, aos conflitos armados, às crianças refugiadas, à exploração sexual, ao trabalho infantil e às inúmeras outras situações de violação dos direitos da criança e do adolescente.

Também em relação ao tema, importante destacar o pensamento de Quintana (2009, p. 35), para quem a Doutrina da Proteção Integral concebe a criança como um ser dotado de direitos que precisam ser concretizados.

A chegada do Estatuto da Criança e do Adolescente melhorou ainda mais situação, garantindo maior proteção a crianças e adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente é regulamentado pela Lei nº 8.069/90 e nele estão previstas todas as garantias, direitos e deveres relacionados à proteção de crianças e adolescentes. No entendimento de Pereira (2000, p. 14, grifos do autor), “a proteção, *com prioridade absoluta*, não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem *pessoas em condição peculiar de desenvolvimento*”.

Diante de tal pensamento, percebe-se que cuidar e proteger a criança e o adolescente são deveres de todos, principalmente por se tratarem de seres humanos que estão em pleno desenvolvimento físico e psíquico, em formação de personalidade.

2.2 A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A partir dos anos 1980, conforme relata Pereira (2008, p. 17), passou a haver um debate maior no Brasil acerca da proteção integral de crianças e adolescentes, buscando-se orientação nos documentos internacionais para avançar neste segmento dos direitos humanos.

Na visão de Custódio (2008, p. 23), a teoria da proteção integral concretizou-se como um padrão acerca da concepção de criança e adolescente no Brasil:

Sem dúvida, a teoria da proteção integral consolidou-se como verdadeiro paradigma na compreensão da infância e adolescência no Brasil. Daí decorre tentativa em regra sem sucesso, de reacionar o velho modelo por meio de mudanças pontuais na legislação infanto-juvenil, mas que não subsistem por muito tempo, pois o que sustenta o Direito da Criança e do Adolescente é estruturalmente complexo para ceder às mudanças pontuais incompatíveis com a lógica sistemática desse novo campo do conhecimento jurídico da infância.

Compreende-se que houve um grande avanço em relação aos direitos da criança e do adolescente, pois, a partir dessa nova teoria, o que antes era visto como irregular tornou-se objeto de proteção integral. Esse avanço também foi importante por ir ao encontro dos direitos humanos que passariam a estar presentes na nova Constituição. Para Veronese e Custódio (2011, p. 30):

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do direito da criança e do adolescente, inter-relacionando os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que por consequência provocou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos os planos, programas, projetos, ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio-histórico brasileiro.

Sob este viés, entende-se que a Constituição Federal foi e continua sendo fundamental para a construção da base de direitos da criança e do adolescente. Ademais, explanando sobre o tema, Souza (2016, p. 67) afirma:

A teoria da proteção integral se institui como novo paradigma para ruptura da corrente minorista e deriva no plano internacional da adoção da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, sendo reforçada com a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989, produzindo uma nova dimensão em compreender a dinâmica da infância e sua família, articulada com as necessárias políticas sociais públicas.

Após o marco importante representado pela Constituição Federal quanto aos avanços nos direitos da criança e do adolescente, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Regulamentado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe em seu texto os direitos e deveres da criança e do adolescente, ampliando a proteção constitucional expressa em alguns artigos voltados aos seus direitos.

Toda criança e adolescente goza de direitos fundamentais, sendo assegurado a eles todo o aparato legal necessário a um desenvolvimento saudável e digno. Nas palavras de Nogueira (1998, p. 12):

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, 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 dignidade.

Para o referido autor (1998, p. 13), tais direitos devem ser tratados com a maior prioridade por todos (família, comunidade, sociedade e Poder Público), devendo cada um destes segmentos ter sua parcela de contribuição no desenvolvimento e na proteção integral da criança e do adolescente.

No Estatuto da Criança e do Adolescente há inúmeros princípios fundamentais que, objetivamente expressos ou subjetivamente contidos na composição de cada artigo, orientam a aplicação dos direitos. Nesse sentido, é válido deixar a visão de Diniz (2003, p. 456) acerca da importância dos princípios no ordenamento jurídico:

[...] eles suprem a deficiência da ordem jurídica, possibilitando a adoção de princípios gerais de direito, que, às vezes, são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.

O direito da criança e do adolescente é regido por princípios, dentre os quais destacam-se os da teoria da proteção integral, da universalização, da prioridade absoluta, da tríplice responsabilidade compartilhada, da desjudicialização, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, da participação popular, da politização e o do melhor interesse da criança.

O princípio da teoria da proteção integral, previsto no art. 227 da Constituição Federal e no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura

a todas as crianças e adolescentes os direitos fundamentais e necessários a um bom desenvolvimento. No entendimento de Paganini e Del Moro (2011, p. 10):

[...], tal princípio significa a ruptura com o modelo menorista, em que a criança e o adolescente eram tidos como objetos na sociedade e abre-se espaço para que toda e qualquer criança possa ter os mesmos acessos a direitos que lhes são inerentes, sem a presença do rótulo da criminalidade, vadiagem e delinquência.

Pelo princípio da universalização, Rivera (1990 apud MENDES, 2006, p. 66) informa que “todos são sujeitos de Direito independentemente de sua condição social. A proteção não é só ao menor pobre, ou ao menor em situação irregular. O novo ordenamento atingirá a todos”.

Já o princípio da prioridade absoluta encontra-se previsto no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c), que assim dispõe:

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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O referido princípio explica a importância de todos, família, sociedade e poder público, em assegurar e priorizar as garantias fundamentais das crianças e adolescentes.

Quanto ao princípio da tríplex responsabilidade compartilhada, Paganini e Moro (2011, p. 10) explicam:

[...] seria a competência distribuída à família, estado e sociedade na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, isto é, essas três instituições não podem, nem devem agir isoladamente, devendo existir uma articulação para proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Pelo princípio da desjuridicalização, na visão de Rivera (1990 apud MENDES, 2006, p. 67), “a criança e adolescente não são questão de Justiça. Somente naqueles casos de lide, de conflitos de interesses”.

Em relação ao princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, Paganini e Del Moro (2011, p. 11) informam que ele assegura “[...] a todas as crianças e adolescentes, além dos direitos garantidos aos adultos, que sejam aplicáveis à sua idade, os direitos especiais reservados à sua condição peculiar de desenvolvimento”.

Os referidos autores (2011, p. 11) também contribuem acerca do princípio da participação popular, o qual destacam como

[...] de suma importância para que o Estado possa promover políticas públicas na área do direito da criança e do adolescente, a participação e fiscalização de toda a sociedade atuando em Conselhos Tutelares, Conselho de Direitos, Fórum de Direitos bem como nas Conferências de Direitos da Criança e do Adolescente.

E, por fim, Paganini e Del Moro (2011, p. 11) assim se expressam sobre o princípio da politização: “[...] busca auxiliar na efetivação das políticas públicas, como alternativa de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes. Por esse princípio, rompe-se de vez com as práticas assistencialistas e caritativas representadas pelo direito do menor”.

Diante disso, pode-se dizer que todos os princípios citados são instrumentos basilares na garantia pela efetiva proteção à criança e ao adolescente, amparando-os em seus mais diversos direitos.

2.3 O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Parafraseando Pereira (2000, p. 32), a origem do princípio do melhor interesse da criança advém do instituto latino, o *parens patriae*¹, cujo objetivo era a proteção de pessoas incapazes, bem como de suas propriedades. Esse instituto evoluiu para o princípio *best interest of child*, traduzido como “o melhor interesse da criança”.

Também de acordo com Pereira (2008, p. 39), a realização e consolidação deste princípio no sistema jurídico brasileiro devem-se aos princípios seguidos por este sistema e aos tratados do qual ele faz parte.

O melhor interesse da criança possui *status* de princípio constitucional e merece ser ponderado junto aos outros princípios constitucionais, pois, conforme Pereira (2008, p. 42), é um princípio de suma importância no ordenamento jurídico pátrio e um dos pilares do Direito da criança e do adolescente.

¹ Pai da pátria

Pereira (2008, p. 45) lembra, ainda, que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989, promulgou o princípio do melhor interesse da criança como um dever de todos os países que a subscreveram.

De acordo com o art. 3º, 1, desta Convenção (BRASIL, 2017b), “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente o maior interesse da criança”.

Diante da aplicabilidade deste princípio, Pereira (2008, p. 48) descreve:

A aplicação deste princípio enfrenta, na realidade, inúmeras dificuldades. Cabe um alerta no sentido de não se conceder ao Juiz um poder discricionário ilimitado; com base em uma interpretação sistemática e nas normas constitucionais legais, deverão os operadores do Direito tratar com atenção os conflitos que envolvem crianças, adolescentes e suas famílias. Não se pode desprezar a aplicação desta regra também quando se enfrentam as questões que envolvem a prática do ato infracional.

Tendo isso em vista, pode-se dizer que, em qualquer ação do Judiciário, deve ser levado em conta o melhor interesse da criança e, com muita cautela, devem os operadores do Direito solucionar os conflitos. Nos dizeres de Pereira (2000, p. 362):

Em consonância com a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, o critério do melhor interesse deve nortear as decisões judiciais sempre que a situação da criança requerer a interferência do Sistema de Justiça. Esta intervenção do Estado através do judiciário mostra-se oportuna nas mais diversas situações, tais como: regulamentação da guarda de filhos de pais separados, medidas socioeducativas nos casos de jovens em conflito com a lei ou nos casos onde se torna necessária a colocação em família substituta.

Portanto, o melhor interesse está diretamente ligado à Doutrina da Proteção Integral e é o princípio que deve orientar as decisões judiciais, sempre visando o bem-estar da criança e do adolescente. É o princípio que ampara o Judiciário em uma decisão que pode mudar o rumo da vida de crianças e adolescentes.

Um exemplo relacionado a isso e que vale ser mencionado é o caso de separação entre os pais, no qual a criança ou o adolescente acaba sendo alvo de discussões. Com base no princípio do melhor interesse, torna-se possível solucionar grande parte desses conflitos.

Comentando o tema, Pereira (2000, p. 49) diz:

[...], o referido princípio deve ser analisado em cada caso de litígio sobre guarda de criança. Na realidade, se a criança for suficientemente madura, os Tribunais devem considerar a sua preferência. Mas, esta manifestação volitiva da criança, por si só, não é suficiente, a estabilidade, continuidade e a permanência na relação familiar devem ser também priorizadas.

Tal entendimento permite perceber que não basta a manifestação de vontade da criança quando esta ainda não tem seu conhecimento formado, ou seja, é necessário que a criança seja racional e entenda, suficientemente, o que é melhor para si própria. Além disso, observa-se que a convivência familiar deve continuar sendo priorizada pelos genitores. Isso porque, como reforçam as palavras de Veronese e Custódio (2011, p. 37), o melhor interesse “é um princípio decorrente do reconhecimento da condição peculiar da criança como pessoa em processo de desenvolvimento”.

O princípio do melhor interesse da criança deve ter como base o que for melhor para a criança, porém, vale lembrar que, nem sempre o melhor para a criança é o que ela deseja. É nesse sentido que o juízo deve se ater nos casos envolvendo adoção, por exemplo, procurando considerar, dentre as possíveis pessoas a adotarem, qual representa aquilo que é melhor para a criança, e não o interesse de cada um dos adotantes.

Pode-se dizer que este princípio serve para a solução de conflitos entre os interesses da criança e os interesses de uma terceira pessoa. Como já mencionado, um bom exemplo de sua aplicação é o caso de separação matrimonial, no qual os interesses da criança devem prevalecer sobre os de outras pessoas envolvidas ou até mesmo de instituições. Lima, F. (2015, p. 177) reforça:

Pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve-se compreender que a concretização dos seus direitos deve obrigatoriamente estar em consonância com a Doutrina da Proteção Integral, indicando que todas as ações, tanto da família, do Estado como da sociedade devem ser voltadas para a satisfação dos direitos desses sujeitos vulneráveis, levando em consideração aquilo que atender sempre ao seu melhor interesse.

[...]

O princípio do melhor interesse da criança é uma das balizas axiológicas a nortear todo o direito da criança e do adolescente e o sistema jurídico em geral.

Também no entendimento de Amin (2010, p. 28):

Trata-se de um princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Além da importante Convenção que trouxe um grande avanço aos direitos da criança, tem-se ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente como forma de regulamentar e trazer direitos especiais a crianças e adolescentes. Pereira (2000, p. 15) destaca, como merecedores de especial atenção no Estatuto da Criança e do Adolescente, os arts. 5º e 6º, visto que proporcionam, aos operadores do direito, uma clara compreensão do princípio do melhor interesse da criança.

Eis o disposto nos referidos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c):

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

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Como visto, o melhor interesse coloca crianças e adolescentes em situação de igualdade perante a sociedade, ainda, e principalmente, porque são pessoas em pleno desenvolvimento.

Continuando com o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c), é válido mencionar o inciso IV do art. 100, que traz em seu texto o uso deste princípio como uma das formas de proteção à criança e ao adolescente:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; [...].

Este princípio é um dos basilares diante da aplicação de medidas de proteção, ou seja, deve ser atendido prioritariamente quando frente a uma intervenção, ainda que concorra com outros interesses presentes no fato.

Enfim, o princípio do melhor interesse da criança norteia o direito da criança e do adolescente, sendo responsável por resolver grande parte dos conflitos jurídicos e mantendo sempre a essência da proteção integral dos direitos fundamentais.

3 O INSTITUTO DA GUARDA E SUAS MODALIDADES

Neste capítulo, serão abordadas as modalidades de guarda, suas definições e tipos, seguindo com uma breve análise da guarda compartilhada frente a terceiros e o fator socioafetivo à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.1 AS MODALIDADES DE GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora esteja influenciado pelo patrimônio, o Código Civil (CC) também traz a preocupação com as relações familiares, apresentando enfoque na pessoa humana. Dessa forma, destaca-se que um dos pontos mais importantes nos cuidados inerentes à criação dos filhos, que englobam sustento, educação e diversos outros fatores, é a participação dos cônjuges de maneira equilibrada nesta relação familiar. De acordo com Lima, S. (2007, p. 55):

Dentre as incorporações mais expressivas ocorridas no Código Civil, referimo-nos à positivação do princípio da igualdade dos cônjuges, reprodução do dispositivo constitucional que já havia previsto a participação equilibrada de marido e mulher na administração da sociedade conjugal, com a conseqüente [sic] contribuição de ambos os pais na criação e educação dos filhos.

Após vislumbrar o sentido de proteção estabelecido pelo Código Civil nas relações de família, é possível afirmar que o instituto da guarda, contemplado no artigo 1.634, inciso II, deste diploma legal (BRASIL, 2017d), encontra-se como elemento do poder familiar: “art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...] II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584”.

Por isso, é cediço que a guarda é um meio inerente ao exercício do poder familiar, ou seja, é um poder-dever, atribuição dos pais que gera responsabilidades, tais como o bem-estar dos filhos e até danos causados por terceiros. Nesse sentido, Lima e Ferreira (2015, p. 2) dizem que a guarda é considerada “[...] uma obrigação de proteger o menor e adolescente, que consiste em direitos e deveres de ambos os pais”.

A contribuição de Silva (1990 apud VIEIRA, 2015, p. 33) mostra que o vocábulo guarda tem origem no “[...] antigo alemão *Wargen* (guarda, espera), de que

proveio também o inglês *Warden* (guarda), que formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração”.

A opinião de Grisard Filho (2009, p. 47-48) segue essa mesma linha de pensamento:

A guarda é, a um tempo, um direito, como o de se reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de freqüentar [sic] determinados lugares, o de fixar-lhe residência e domicílio e, a outro, um dever, como o de providenciar pela vida do filho, de velar por sua segurança e saúde e prover ao seu futuro.

Grisard Filho (2009) também ensina que as relações jurídicas, no direito de família, destacam-se em três modalidades, as quais se interpenetram, ora regulando relações pessoais entre os cônjuges, englobando ascendentes, descendentes e as relações patrimoniais interessantes ao grupo familiar, ora regulando as relações assistenciais ou protetivas, que permutam as familiares.

Essas relações, segundo o autor (2009), estão presentes em todas as formas de família e compreendem um complexo de normas regulamentares das relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, sua dissolução, a inter-relação de pais e filhos, o parentesco e demais institutos a estes ligados, tais como a tutela e a curatela.

A guarda encontra-se disciplinada no Livro IV, Capítulo XI, do Código Civil, sob a denominação da proteção da pessoa e dos filhos. Durante a constância do casamento ou da união estável, é presumível que a guarda dos filhos seja comum entre os pais, porém, se houver separação ou dissolução, esta se desmembra, ou seja, passa a ser exercida de forma distinta da estabelecida, buscando atender à nova realidade.

Em relação a esse tema, Oliveira (2001), Grisard Filho (2009), Figueiredo e Figueiredo (2015), Lima e Ferreira (2015) e Vieira (2015) informam que há várias modalidades de guarda, de acordo com a origem e finalidade: guarda comum, desmembrada e delegada; guarda originária e derivada; guarda de fato; guarda provisória e definitiva, guarda única, guarda peculiar; guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários; guarda jurídica e guarda material; guarda alternada; aninhamento ou nidação; guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta.

3.1.1 Guarda comum, desmembrada e delegada

Grisard Filho (2009) leciona que, na constância do casamento, bem como na família legítima ou sob outra forma, o exercício da guarda é dividido em igualdade pelos genitores, como decorrência do poder familiar. Dessa forma, nas palavras do autor (2009, p. 85), a guarda comum consiste no convívio e na comunicação diária entre pais e filhos, sendo estes fundamentais para a formação da criança.

Também para Oliveira (2001, p. 24), a guarda comum é aquela exercida por pai e mãe durante a vida conjugal, implicando convivência e comunicação diária entre todos os membros da família. E, como complementa Grisard Filho (2009), tal modalidade de guarda não é legal nem judicial, mas decorre da paternidade e da maternidade, mantendo-se a hipótese de cisão, pelo compartilhamento.

Já a modalidade de guarda desmembrada é aquela em que, conforme Grisard Filho (2009), há a intervenção do Estado através do juiz da infância e da juventude, determinando a guarda a alguém que não detém o poder familiar, por entender pelo melhor interesse da criança e do adolescente, isto é, com o escopo de protegê-los. Para Oliveira (2001, p. 24), “a guarda desmembrada é ao mesmo tempo guarda delegada, visto que é exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal para isto”.

Logo, na guarda comum, tem-se a divisão da guarda pela convivência com os filhos, enquanto na modalidade desmembrada é necessária a intervenção do Estado na busca pela preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.1.2 Guarda originária e derivada

A guarda originária é aquela que consiste no poder familiar decorrente dos pais, tendo origem natural e fazendo parte do pátrio poder. No entender de Grisard Filho (2009), esta modalidade de guarda é integrada ao poder familiar, como um direito-dever, determinada pela convivência entre os pais e os filhos e possibilitando o exercício das funções parentais, ou seja, dos pais.

A guarda derivada, por sua vez, é definida por Grisard Filho (2009) como aquela que tem origem na lei e corresponde a quem exerce a tutela da criança ou do adolescente, um particular, legítimo ou por testamento, ou até mesmo um organismo oficial. Corroborando, Oliveira (2001, p. 24) afirma: “entende-se por

guarda derivada aquela que decorre da lei (artigos 407, 409 e 410, do Código Civil), e corresponde a quem exerça a tutela, seja um particular, ou organismo oficial (artigo 30 do ECA)".

O mencionado artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c) assim dispõe: "art. 30. A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial".

Portanto, a guarda originária tem origem natural, na própria ligação biológica entre pais e filhos, ao passo que a guarda derivada tem origem na lei, a qual determina a tutela da criança e do adolescente em casos específicos previstos pelo legislador.

3.1.3 Guarda de fato

A guarda de fato é aquela estabelecida através da decisão de alguém que toma para si a criança ou adolescente, responsabilizando-se sem qualquer atribuição legal ou judicial para que tal fato ocorra. Na definição de Grisard Filho (2009, p. 86):

É aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores), ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação.

Lima e Ferreira (2015), em entendimento semelhante, reforçam a ideia de guarda tomada por decisão própria, sem influência judicial, com o indivíduo assumindo a guarda e as obrigações referentes aos cuidados mesmo sem deter nenhuma autoridade sobre a criança ou o adolescente. Nestes casos, o responsável não tem nenhum direito originário de autoridade sobre a criança ou o adolescente, mas, tão somente, obrigações inerentes, tais como educação, assistência etc.

3.1.4 Guarda provisória e definitiva, guarda única, guarda peculiar

A guarda provisória consiste em uma medida temporária que se torna definitiva através de uma determinação judicial, a partir da dissolução do vínculo conjugal. Eis o conceito trazido por Grisard Filho (2009, p. 86):

É a primeira figura, também chamada temporária, a que surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de separação ou de divórcio, como modo primeiro de organizar a vida familiar. Trata-se obviamente, de uma medida *provisória*, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se *definitiva*, após exame cuidadoso de todos os critérios para atribuição da guarda ao genitor mais apto. O menor, então, confinado à guarda de um só dos pais, ficará sob o regime da *guarda única*.

A guarda única consiste na concessão da competência de guarda ao genitor mais apto, ou seja, apenas um dos pais recebe a guarda da criança ou adolescente. No entanto, como acrescenta Grisard Filho (2009), a guarda nunca será definitiva porque mudanças e evoluções das circunstâncias são comuns na vida dos envolvidos.

Quanto à guarda peculiar, esta vem regulada no artigo 33, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c):

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

[...]

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

Assim, a guarda peculiar é determinada em situações excepcionais, objetivando sanar eventuais falta dos pais e exigindo a presença de um guardião ou responsável que, na ausência dos pais, cuida dos interesses da criança ou do adolescente.

3.1.5 Guarda por terceiros, instituições e para fins previdenciários

Esta modalidade de guarda origina-se na família substituta, disciplinada pelo art. 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2017d), que dispõe sobre um terceiro, parente ou até mesmo um estranho encontrar-se obrigado a prestar assistência material, moral e de educação à criança ou ao adolescente, podendo opor-se, inclusive, a terceiros ou aos pais.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c), no seu artigo 33, § 4º, assim dispõe sobre a guarda compartilhada por terceiros não impedir que os pais visitem e prestem alimentos aos filhos:

Art. 33. [...]

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Cabe ressaltar que, em situações nas quais a criança ou adolescente não possua parentes, pode-se fazer sua inserção em uma instituição governamental ou não, como preceitua o mencionado artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na guarda para fins previdenciários, é assegurada à criança ou ao adolescente a prerrogativa de dependente para fins de previdência, de acordo com o disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c): “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

3.1.6 Guarda jurídica e guarda material

A guarda jurídica é aquela designada ao genitor guardião, que exerce a guarda à distância, sem conviver sob o mesmo teto com a criança ou adolescente. Grisard Filho (2009, p. 90) explica melhor:

[...] há um desdobramento da guarda, em que esse direito é atribuído a um dos pais e o de visita ao outro, como previsto no art. 1.589 do CC. Tal desdobramento enfraquece o poder familiar do genitor não-guardador – uma vez estabelecida a igualdade conjugal (arts. 226, § 5º, e 227, § 6º, da CRFB) –, que fica impedido do amplo exercício do seu direito, com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardador. Nesse viés, são naturais os conflitos relativos à guarda de filhos.

Já a guarda material é aquela designada ao genitor guardião, que exerce de forma integral a guarda, convivendo com o filho sob o mesmo teto, em circunstâncias de posse e vigilância, como explicitado pelo artigo 33, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c). Grisard Filho (2009) completa ao afirmar que o genitor detentor da posse do filho possui tanto a guarda material quanto a jurídica.

Neste norte, tem-se que a guarda jurídica é exercida à distância pelo genitor não guardador, enquanto a guarda material é exercida pela proximidade diária, na convivência do genitor com o filho.

3.1.7 Guarda alternada

Na guarda alternada, cada genitor exerce, de forma exclusiva, a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental, mas por um período de tempo previamente estabelecido, como informa Vieira (2015, p. 45):

A guarda alternada consiste na atribuição da guarda jurídica e material para ambos os genitores, porém de forma alternada e em períodos determinados. Portanto, cada um dos genitores poderá exercer de maneira integral o poder familiar durante o período de tempo determinado a eles.

Parafraseando Grisard Filho (2009), esta modalidade opõe-se ao princípio da continuidade, o qual deve ser respeitado em prol do bem-estar físico e mental da criança ou do adolescente.

3.1.8 Aninhamento ou nidação

Nesta modalidade, os pais revezam-se na guarda do filho, mudando-se para a casa onde vive a criança ou adolescente, em períodos alternados. Entretanto, para Grisard Filho (2009), esses acordos não perduram porque sua manutenção torna-se muito onerosa.

Dito de outra forma, o aninhamento ou nidação prevê que a criança ou o adolescente permaneça vivendo no domicílio originário e que os genitores façam revezamento de moradia. Nas palavras de Figueiredo e Figueiredo (2015, p. 488), “na guarda por nidação ou aninhamento, a criança ou adolescente permanecerá no mesmo domicílio, no qual o casal originariamente vivia, sendo que os genitores revezarão períodos de convívio neste lar”.

Contudo, pelo já mencionado alto custo na sua manutenção na vida prática, este tipo de guarda é pouco utilizado no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.9 Guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta

A guarda compartilhada possui a finalidade de atender a igualdade entre os interessados com relação ao poder familiar após a ruptura conjugal, tendo, como escopo, a mitigação do sofrimento dos filhos após a separação dos pais. Assim, segundo Vieira (2015), esta seria uma maneira encontrada pela legislação brasileira

para manter a participação dos pais na vida do filho apesar da ruptura conjugal, como se estivessem em uma família íntegra.

No entendimento de Grisard Filho (2009, p. 91):

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Ademais, para Grisard Filho (2009), a guarda jurídica estabelece que os dois genitores são detentores da autoridade parental, pressuposto para tomarem as decisões que venham a afetar os filhos. E o autor (2009, p. 92) completa afirmando que, “nesse contexto, os pais podem planejar a guarda material compartilhada (acordos de visita ou acesso). Implica a divisão do tempo de convivência do filho com cada um dos pais, que é flexível”.

Enfim, este modelo se aproxima da guarda alternada, pois, como continua o autor (2009), a criança ou adolescente terá moradias diferentes em períodos de tempo alternados. Por outro lado, ele difere da guarda legal conjunta porque esta implica que os pais sejam os guardiães legais.

3.2 BREVE ANÁLISE SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Com base nos ensinamentos de Simon (2015), tem-se que o termo guarda apresenta variadas denominações, porém, no direito civil, refere-se à guarda não de coisas, mas de pessoas, envolvendo emoções e sentimentos de todos que fazem parte deste processo.

A guarda compartilhada, na maioria das vezes advinda de um divórcio ou separação conjugal, tem como principal fundamento a relação contínua entre os genitores e os filhos. Com origem na Inglaterra, por volta do século XIX, de acordo com o relato de Vieira (2015), a guarda compartilhada tem como ponto mais importante nas relações parentais o melhor interesse da criança, juntamente com a igualdade parental, visando o equilíbrio entre os direitos dos genitores.

Assim, cabe ressaltar que, na convivência familiar, os pais desfrutam de forma igual e isonômica da guarda dos filhos. Entretanto, quando ocorre a

separação do vínculo familiar, a questão da guarda emerge de maneira acentuada, pois ambos os genitores desejam manter a guarda dos filhos. Neste norte, Grisard Filho (2009, p. 129) assevera que “o desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais motivou o surgimento dessa nova forma de guarda, a guarda compartilhada”.

Tal entendimento permite inferir que a guarda compartilhada tem o objetivo de proporcionar maior igualdade entre os genitores após a ruptura conjugal, preservando os interesses da criança e do adolescente. Para Vieira (2015, p. 46), “a guarda compartilhada surgiu com a finalidade de atender a igualdade entre homens e mulheres, com relação ao poder familiar após a ruptura conjugal, e visa principalmente, minimizar o sofrimento dos filhos após a separação dos pais”.

Isso significa que apenas um dos genitores exerce a guarda de forma prática, dispensando os cuidados necessários e diários ao filho, enquanto o outro aguarda o momento de atuar.

Para Grisard Filho (2009, p. 121 e 130-131):

Enquanto a família, *legítima* ou *natural*, permanece física e afetivamente unida, a criança desfruta de seus dois genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visita, alimentos, fiscalização).

[...]

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

Também para Akel (2008, p. 107), a guarda compartilhada envolve de maneira igual os genitores nos elementos formadores, capaz de organizar as relações entre as partes, buscando maior responsabilidade dos genitores e melhor relacionamento entre os filhos.

Essa noção de guarda compartilhada teve seu surgimento a partir da necessidade de reequilibrar papéis parentais, procurando garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, principalmente as necessidades afetivas e emocionais, valorizando o papel da paternidade, ofertando ao menor um equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e a garantia da participação dos genitores de forma igualitária e equilibrada, como explana Grisard Filho (2009).

Consoante a este pensamento, Gonçalves (2013) explica que a Lei nº 11.698/2008 assegurou a ambos os genitores a responsabilidade conjunta através do exercício dos direitos e deveres oriundos da autoridade parental, excluindo, então, a antiga forma de conferência e manutenção da educação dos filhos, originárias da guarda detida a um só genitor, e alterando os arts. 1.583 e 1584 do Código Civil.

Especificamente em relação ao art. 1.583, § 1º, do Código Civil (BRASIL, 2017d), este passou a ter a seguinte redação:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Antes mesmo da lei supracitada, Gonçalves (2013) conta que a doutrina e a jurisprudência vinham fazendo referência à inexistência de restrição legal à atribuição da guarda dos filhos menores a ambos os genitores após a ruptura da relação conjugal, sob a forma de guarda compartilhada.

Vale destacar, então, o disposto nos arts. 1º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c):

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

[...]

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.

Dessa forma, um novo modelo passou a ser utilizado nas Varas de Família, com base na ideologia da cooperação mútua entre os separados e divorciados, na busca pelo comprometimento de ambos os pais quanto ao cuidado com os filhos havidos em comum e por uma solução para todos os envolvidos. De acordo com Gonçalves (2013), nos Estados Unidos da América, esse sistema é utilizado com a denominação de *joint custody*².

Ao introduzir a modalidade de guarda compartilhada como forma preferencial a ser aplicada, a Lei nº 11.698/08 (BRASIL, 2017e) assim dispunha em

² Guarda compartilhada

seu art. 1583, § 2º: "quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada".

Contudo, com a Lei nº 13.058/14 (BRASIL, 2017f), a redação do art. 1.583, § 2º, do Código Civil, foi alterada, não deixando margens para dúvidas ao dispor da seguinte maneira: "§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos".

Por isso, Simon (2015) diz ser necessário entender que, quando advém o rompimento conjugal em uma família com filhos, a consequência é a desestrutura familiar, motivo pelo qual a guarda compartilhada visa estabelecer uma corresponsabilidade parental, com escopo de mitigar os efeitos negativos da separação.

Pode-se dizer que os fundamentos da guarda compartilhada são constitucionais e psicológicos, objetivando garantir o bem-estar da família ao dar aos pais mais garantias para que possam exercer o poder familiar de maneira equilibrada e igualitária na vida dos filhos. Em outras palavras, significa que a participação no processo de desenvolvimento é capaz de gerar múltiplas responsabilidades por parte de todos envolvidos, como diz Simon (2015, p. 46): "a própria existência do instituto da guarda compartilhada é fundada na garantia de direitos principalmente às crianças, mas também aos pais que ficavam como meros visitantes".

Simon (2015) também acrescenta que um dos objetivos da guarda compartilhada é a manutenção dos laços afetivos, mitigando os efeitos da separação, conduzindo os genitores a uma responsabilidade conjunta nas atividades diárias, no afeto e em tudo que a lei prevê, pautada nos princípios constitucionais a igualdade parental e melhor interesse do menor, como já mencionado.

Importante ressaltar que o melhor interesse diz respeito aos filhos, e não aos genitores, como enfatiza Simon (2015) ao alertar que, embora a Lei nº 13.058/14 seja uma grande conquista para os genitores, não se pode esquecer: a guarda compartilhada é a melhor escolha para os filhos, antes dos pais.

Também vale registrar que a Lei nº 13.058/14 entrou em vigor no mesmo dia de sua publicação e veio para corrigir a Lei nº 11.698/08 quanto a uma questão interpretativa por ela sugerida, conforme Simon (2015, p. 46): "é importante salientar que a lei em estudo não modificou as definições de guarda compartilhada e unilateral, apenas alterou a regra. Assim, o dispositivo com nova redação que mais apresenta consequências é o art. 1.584, § 2º".

Lembrando que o sentido permanece o mesmo, havendo apenas mudança na regra a ser aplicada, eis a nova redação do referido artigo trazida pela Lei nº 13.058/14 (BRASIL, 2017f):

Art. 1.584: [...]

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Com a promulgação dessa Lei, conhecida como Lei da Igualdade Parental, Simon (2015) diz que houve um reforço na busca pela igualdade entre os pais nos cuidados com os filhos, bem como por uma convivência mais harmoniosa, fazendo com que a guarda compartilhada se tornasse modalidade regra.

Desse modo, as situações em litígio não mais servem para impedir uma divisão equilibrada do poder familiar e das responsabilidades dos pais, como reforçam Lima e Ferreira (2015, p. 9):

De acordo com a mudança legislativa a guarda compartilhada passa a ser um direito garantido à criança, sendo que através dela o casal parental continuará existindo e o menor estará mantendo contato permanente com seus genitores ainda que em lares separados, porém, a convivência será de ambos.

Tal perspectiva permite perceber que a guarda compartilhada representa o melhor interesse da criança e do adolescente, visto que pretende a preservação da convivência entre os genitores e seus filhos, concretizando, desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a guarda compartilhada corrobora a ideia da cooperação, buscando bons resultados principalmente para os filhos, na tentativa de amenizar os traumas inerentes à separação e mitigar a prática da alienação parental por meio do convívio constante entre filhos e pais.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A TERCEIROS

A entidade familiar vem sofrendo enormes influências sociais e culturais, exigindo que o ordenamento jurídico sofra constantes adaptações para melhor atender aos anseios da sociedade. Por isso, no direito de família, a guarda compartilhada teve grande avanço desde o advento da Lei nº 13.058/14, que

corrigiu a falha interpretativa da Lei nº 11.698/08, tornando mais abrangente a questão da responsabilidade dos genitores e a preservação do princípio do melhor interesse da criança, juntamente com a mitigação dos efeitos maléficos da separação conjugal.

Entretanto, faz-se necessário entender: a mesma Lei que dimensionou a modalidade da guarda compartilhada de maneira mais ampla e equilibrada também deixou de mencionar a guarda compartilhada frente a terceiros. E isso vai de encontro à ideia de Meireles (2014, p. 2): “a família, como unidade dinâmica, tem passado ao longo da história por constantes modificações, o que impossibilita olhá-la sob um único viés”.

Os casos de ruptura nos relacionamentos acarretam muitos conflitos, os quais atingem tanto a família quanto os filhos dela oriundos, influenciando a relação de guarda dos filhos que não mais convivem com ambos os pais. Isto implica transformações que, segundo Meireles (2014), dizem respeito à complexidade dos processos formadores da própria estrutura familiar e que atinge várias esferas, tais como política e econômica, e não apenas a vida privada.

Acerca da importância do núcleo familiar, diz a autora (2014, p. 28):

É a família que oferece os suportes afetivos e, sobretudo, materiais, necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes. Ela desempenha um papel primordial na educação formal e informal; é no seu espaço que valores éticos e morais são introduzidos e incorporados, onde se fortalecem os laços de solidariedade.

Ademais, a Constituição Federal (BRASIL, 2017a) apresenta, no art. 226, a seguinte redação sobre família: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, ao mesmo tempo em que o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c), no art. 19, dispõe que é direito da criança e do adolescente ser criado pela própria família e, em casos excepcionais, por família substituta.

E é nesse sentido que o direito da criança e do adolescente quanto à convivência familiar e comunitária é entendido como fundamental, estando o Estatuto da Criança e do Adolescente embasado na proteção integral ao assegurar aos filhos serem criados em suas famílias e, tão somente em casos excepcionais, em famílias substitutas, como reforça Meireles (2014).

Entretanto, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas formas de colocação da criança e do adolescente em família substituta:

a guarda, a tutela e a adoção, de acordo com o que dispõe o art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c).

Em relação à guarda, Meireles (2014) diz que esta forma de colocação da criança ou adolescente em família substituta encontra amparo nos arts. 28 a 32 (família substituta) e 33 a 35 (guarda) do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais estabelecem a obrigação de prestação material, moral, educacional às crianças e adolescentes e conferem ao seu guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Portanto, neste caso, a guarda dedica-se à proteção da criança e do adolescente quando, por terem seus direitos violados ou em casos excepcionais, são colocados em família substituta.

Percebe-se, então, que a guarda jurídica da criança e do adolescente em família substituta, preconizada pelo legislador, encontra-se voltada à garantia dos direitos da criança e do adolescente, principalmente ao direito de convivência familiar e comunitária, visto como estratégia a fim de proteger os filhos, parte vulnerável da relação.

Na guarda jurídica destinada à família substituta, prevê-se a preservação dos direitos fundamentais da criança e adolescente, estimulando a entrega a terceiros de modo a buscar a efetivação desses direitos quando a família biológica dificulta ou viola os cuidados necessários.

Por isso, diante da realidade de novas formas de família, que não permitem encontrar um padrão para a realidade familiar, tem-se a guarda compartilhada concedida a pessoa que não seja um dos genitores. Como exemplo, Camargo e Berro (2013) citam o caso do parente socioafetivo, que detém ligação de amor e respeito com a criança ou adolescente e desempenha papel importante em sua vida, por vezes exercendo autoridade parental.

Carvalho (2016) afirma que isso permite entender a família não apenas como aquela originária dos laços sanguíneos, mas também como a decorrente do afeto entre as pessoas, aspecto que move a constituição familiar, sem necessariamente exigir vínculos biológicos.

Assim, quando genitores não apresentam as melhores condições de cuidados e guarda dos filhos, é possível que uma terceira pessoa adentre a relação e passe a exercer este papel, consolidando a relação socioafetiva entre as partes e o princípio da dignidade humana, conforme demonstra o entendimento de Camargo e Berro (2013, p. 6), a seguir:

As novas formas de constituição da família descritas na CF/88 trouxeram consigo uma nova visão do Direito de Família, que passou de discriminador a igualitário e de autoritário a protetor da afetividade. A pessoa humana e sua dignidade encontram-se no vértice da pirâmide constitucional.

Ao discorrerem sobre o princípio da afetividade como norteador do direito de família, Figueiredo e Figueiredo (2015, p. 43) asseveram que ele traduz a seguinte ideia:

As relações convivenciais não serão compreendidas (como jamais foram) senão entrelaçando-se as diversas áreas do conhecimento transdisciplinar, sob a perspectiva do afeto, no escopo de sistematizar o tema dentro dos novos balizamentos. Assim, a construção do princípio da afetividade se faz decisiva à solução de um sem número de demandas envolvendo o direito das famílias, numa visão utilitarista da técnica principiológica.

Como continuam os autores (2015), tal contexto permite a desbiologização da família, verificando-se uma jurisprudência mais atenta às concepções contemporâneas acerca das relações de família, pautadas na afetividade. Isso permite dizer que a desbiologização da família transcende os laços sanguíneos ao assentar-se no valor afetivo, nos laços de afeto e amor.

Ao atribuir valor jurídico ao afeto, Camargo e Berro (2013) dizem que o ordenamento jurídico brasileiro valorizou ainda mais o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, ressaltando que a parentalidade não está atrelada à consanguinidade ou sexo biológico, mas à capacidade de responder pelas necessidades da criança e do adolescente.

Portanto, é indiscutível que a relação parental também se origina do convívio afetivo entre as partes, enquadrando-se no conceito de família e contribuindo para a valorização jurídica do afeto no ordenamento pátrio. Para Camargo e Berro (2013), então, as questões de guarda devem contar com o melhor interesse da criança e do adolescente como princípio basilar, pois consolidou-se na cultura e passou a ser tutelado pelo Estado.

Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente detém a prerrogativa de proteção àquele que não pode fazê-lo em causa própria.

Levando em conta esse contexto protetivo, principalmente em uma era na qual as relações familiares são, no entender de Camargo e Berro (2013, p. 10), muito mais afetivas que jurídicas, a jurisprudência pátria tem entendido a possibilidade da participação de terceiros na guarda compartilhada da criança e do adolescente:

Os papéis de pai ou de mãe não se restringem aos laços de sangue e sim aos elos socioafetivos traduzidos na participação no crescimento e desenvolvimento saudáveis da criança, podendo, perfeitamente, ser desempenhados por uma terceira pessoa, mesmo que esta não detenha vínculos de parentesco sanguíneo.

Consoante a esse entendimento, tem-se que, nas situações em que os pais biológicos não apresentam condições de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, o Poder Judiciário vem decidindo de maneira a priorizar o princípio do melhor interesse e concedendo a guarda a terceiros, principalmente àqueles que apresentam parentalidade socioafetiva.

Para Camargo e Berro (2013), atendido o melhor interesse da criança e do adolescente, pessoas alheias ao relacionamento familiar podem deter a criação dos filhos de outrem quando existir um vínculo afetivo entre a criança ou adolescente e o terceiro, independentemente do laço familiar.

Vale registrar que o deferimento deste tipo de guarda depende do caso concreto e das circunstâncias que o ensejaram, cabendo ao magistrado examinar a situação fática e determinar qual é o melhor interesse da criança e do adolescente. De acordo com Carvalho (2016, p. 81), “a busca, agora, é pela felicidade que o núcleo familiar consegue proporcionar aos seus membros”.

Também é importante ter em mente que o texto legal apresenta certa restrição quanto ao exercício da guarda compartilhada, o que exige uma interpretação extensiva, que objetive o melhor interesse da criança e do adolescente, e leva ao entendimento de que a restrição da guarda compartilhada distancia-se dos novos conceitos de família, ignorando os laços socioafetivos que, em muitos casos, sobrepõem-se aos de consanguinidade. Nesse sentido, segundo Camargo e Berro (2013, p. 12):

Considerando que nem sempre os pais biológicos possuem as melhores condições para exercerem a tarefa de guardiões do menor, bem como que em inúmeras situações torna-se impossível a convivência deste com seus genitores, deve a guarda conjunta com terceiros ser concedida, tendo como parâmetro o princípio do melhor interesse do menor.

Não obstante haver uma legislação explícita sobre guarda compartilhada a terceiros, a interpretação extensiva do texto normativo pátrio, sob o prisma da parentalidade socioafetiva, torna possível a realização desta modalidade com base no princípio do melhor interesse da criança e adolescente, da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

É indubitável que a família está em constante processo de transformação e, com isso, percebe-se o direito voltando seu olhar para o melhor interesse da criança e do adolescente, juntamente com o direito de convivência familiar, preconizados como princípios constitucionais e, portanto, base do ordenamento jurídico nacional.

Akel (2008, p. 61) ressalta que “[...] a importância da prevalência dos interesses dos menores, após a dissolução do vínculo conjugal [...]” evidencia-se pela “[...] continuidade aos cuidados havidos antes da ruptura familiar”.

Assim, o melhor interesse da criança e do adolescente é algo que dever ser preservado e protegido, possibilitando, a partir desta premissa, que, em determinadas situações, seja possível a guarda compartilhada àquele que, mesmo não possuindo laço sanguíneo, atenda às obrigações inerentes à guarda, visto que os laços de sangue não necessariamente representam laços de afetividade.

Abordados estes aspectos sobre as diversas modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se, no próximo capítulo, a analisar o entendimento jurisprudencial acerca da guarda compartilhada frente a terceiros.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste capítulo, será realizada análise jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a guarda compartilhada frente a terceiros e seus vários aspectos voltados ao melhor interesse da criança e do adolescente.

4.1 O RECONHECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A TERCEIROS E SEUS PRINCIPAIS ARGUMENTOS

Acerca do tema guarda compartilhada frente a terceiros, foi realizada pesquisa jurisprudencial junto ao Superior Tribunal de Justiça e a análise de 01 (um) julgado que deferiu esta modalidade de guarda.

O julgado analisado procura demonstrar como as decisões vêm sendo tomadas no ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à modalidade de guarda compartilhada frente a terceiros, e identificar os motivos determinantes para fundamentação das decisões.

Abaixo, a ementa da decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017h) em Recurso Especial nº 1.147.138, que reformou a decisão de segunda instância sobre possibilidade de guarda compartilhada a terceiros, pelas alíneas “a” e “c” do inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal. Também foi apontada violação aos arts. 6º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e dissídio, com o fundamento de os recorrentes serem os únicos responsáveis pelas necessidades da criança e, como premissa, a negativa da guarda compartilhada ser também negativa de ofertar melhores condições para a criança, por meio da avó e do tio paternos.

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1147138 SP 2009/0125640-2, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 11/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2010).

O Recurso Especial citado na página anterior refere-se a pedido de guarda compartilhada de criança por avó e tio paternos.

O juiz de primeira instância entendeu por extinguir o processo sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Contra a sentença singular, os recorrentes interpuseram apelação, a qual também entendeu por extinguir o pedido de guarda sem resolução de mérito.

Contudo, o Recurso Especial interposto, em análise mais apurada e verificando estarem presentes os pressupostos jurídicos do pedido, reformou a decisão de apelação por entender que a criança já possuía longa co-habitação com os avós e tios paternos, com quem morava desde os 04 (quatro) meses de vida e de quem recebia bons cuidados e proteção.

No caso em tela, restou claro que o fator preponderante para a decisão favorável foi a avaliação dos elementos que melhor atendiam ao princípio da proteção da criança, bem como o fator socioafetivo entre as partes. As alegações trazidas aos autos apresentarem, como base, a situação fática existente, na qual a criança já vivia com os requerentes e estes atendiam a todas as suas necessidades físicas e morais. Destarte, o Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido de guarda compartilhada à avó e ao tio paterno e houve o consentimento dos genitores.

Desta forma, a aludida decisão em Recurso Especial deixou clara a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, decidindo favoravelmente a esta modalidade de guarda e reforçando o sentido jurídico do afeto nas relações familiares e a desbiologização da família.

Seguindo este viés, Veronese e Custódio (2011, p. 37) entendem que

[...] o interesse superior da criança é o critério estruturante de organização sistemática do direito entre vários campos, mas também no interior do próprio direito da criança e do adolescente, pois visa a orientar todas as ações voltadas à realização dos direitos fundamentais.

Primando pela proteção, bem-estar e preservação da dignidade da criança, a nobre decisão consubstanciada na evolução familiar impõe ao ordenamento jurídico a adaptação frente às transformações sociais, a fim de atender e preservar, em casos como estes, o melhor interesse da criança e do adolescente nas relações familiares. Akel (2008, p. 101) corrobora ao afirmar que “a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que os pais,

que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento”.

Neste norte, a matéria foi prequestionada diante da ofensa aos arts. 6º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017c), com destaque para este último, que assim dispõe: “guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Tal dispositivo permite entrever a possibilidade de oposição da avó e tio paternos no pedido de guarda compartilhada da criança, tendo em vista que já moravam juntos e os laços afetivos, desenvolvidos, sobrepuseram-se aos laços biológicos.

Nesse caso, a guarda destinou-se a regularizar a posse de fato da criança e efetivar o melhor interesse da criança, pois os laços afetivos desenvolvidos demonstraram que tanto a avó como o tio preenchiam todos os requisitos para a regulamentação da guarda compartilhada com seus genitores.

Para Souza (2016, p. 69):

[...] a aplicabilidade do interesse superior se vislumbra como instrumento metodológico essencial no processo de aprimoramento do próprio sistema de garantia de direitos, em especial na correta aplicação das políticas sociais públicas, na interpretação e análises judiciais, legislativas e administrativas.

O exposto permite concluir que o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, além de ser fundamental para as relações familiares que envolvem filhos, é base inerente à proteção integral de crianças e adolescentes. Ele serve de orientação e fundamentação para as decisões que buscam efetivar e preservar a proteção daqueles que se encontrem em situação de fragilidade, dando primazia à dignidade humana.

4.2 O INDEFERIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A TERCEIROS E SEUS PRINCIPAIS ARGUMENTOS

A pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017i) acerca de decisão que tivesse indeferido a guarda compartilhada frente a terceiros resultou em apenas 01 (uma) jurisprudência, o Recurso Especial nº 1.449.560-RJ, cuja ementa, com os respectivos fundamentos, é exposta na sequência:

RECURSO ESPECIAL - DISPUTA JUDICIAL POR PARTE DOS AVÓS PATERNOS E MATERNOS, RESIDENTES EM PAÍSES DIVERSOS, PELA TUTELA DE NETO, CRIANÇA DE DUPLA NACIONALIDADE QUE SE TORNARA ÓRFÃO EM RAZÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO NO BRASIL, DO QUAL RESTARAM FATALMENTE VITIMADOS OS RESPECTIVOS PAIS - TUTELA ATRIBUÍDA ORIGINARIAMENTE, SEM OPOSIÇÃO, A TIO MATERNO RESIDENTE NO BRASIL - POSTERIOR PEDIDO DE ESCUSA DO ENCARGO DEVIDO A PROBLEMAS PESSOAIS DE SAÚDE DO TUTOR - REQUERIMENTO DE TUTELA AJUIZADO PELAS AVÓS MATERNA BRASILEIRA E PATERNA FRANCESA - DECISÃO DO R. JUÍZO CÍVEL EM COMPARTILHAR A TUTELA DA CRIANÇA ENTRE AS AVÓS, MANTENDO-SE, CONTUDO, A CRIANÇA NO BRASIL - RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA AVÓ PATERNA, PROVIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM A DETERMINAÇÃO DE REPATRIAMENTO IMEDIATO DA CRIANÇA PARA A FRANÇA, FUNDAMENTADO NA CONVENÇÃO DE HAIA. IRRESIGNAÇÃO DA AVÓ MATERNA BRASILEIRA. 1. Fundamento adotado pelo v. acórdão recorrido é claro e suficiente para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário - como se tem repetido - ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC. 2. O Código de Processo Civil, ao tratar dos procedimentos de jurisdição voluntária, apresenta disciplina própria em relação ao instituto da tutela, regulado a partir do artigo 1.187. No ponto, as regras dos artigos 1.192 e 1.193 não deixam margem de dúvida acerca da natureza de sentença, mormente quando, no caso concreto, o r. juízo *a quo* decidiu, no mesmo momento, pela concessão de segunda tutela em favor das avós, bem como autorizou a dispensa da tutela anteriormente concedida ao tio materno da criança. 3. No caso dos autos, o objeto da demanda não é o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional. Aqui não há se falar em pedido de busca e apreensão promovido pela União, com fundamento na Convenção de Haia. O que se discute é a tutela da criança. 3.1. A hipótese dos autos é distinta, pois o menor encontrava-se no Brasil, sob a guarda de seus pais, até o dia do acidente em que ficou órfão, não tendo sido removido, de forma ilícita, de seu país de origem. Trata-se, em consequência, de questão envolvendo a tutela de interesses disputados entre particulares que, inclusive, não demanda a intervenção da União no feito, conforme expressamente admitido pela Autoridade Central da Administração Federal - ACAF, órgão do Ministério da Justiça. 3.2. É incontroverso que o menor veio ao Brasil, na companhia de ambos os pais, que exerciam plenamente o poder familiar (guarda) sobre o filho, o qual, portanto, ingressou e permaneceu neste país de forma absolutamente lícita e regular, restando óbvio que, em razão dessa verdade, tanto a avó paterna, ora recorrida, quanto a materna, aqui recorrente, não detinham originariamente guarda ou poder familiar algum sobre o neto, vez que este direito/dever, conforme já averiguado, era regular e validamente exercido pelos próprios pais, que moravam na cidade de Paris, em França (fls. 1.069/1.096, e-STJ) e estavam no Brasil, com o filho, quando do acidente que cisou a vida dos primeiros e feriu gravemente a criança que contava, então, com dois anos de idade, cuja tutela, agora, é disputada pelas avós. 3.3. Sendo assim, forçoso reconhecer a inaplicabilidade da Convenção de Haia, na hipótese dos autos, porquanto não preenchidos os requisitos de seu artigo 3º, ou seja, i) não houve violação de guarda, porque exercida plenamente por ambos os pais, na época da chegada da criança ao Brasil e; ii) não havia, em favor da avó paterna, ora recorrida, direito de guarda do menor. 4. Na expressa dicção do art. 90 do CPC, "a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas." Ademais, conforme determina o art. 76, parágrafo único, do Código Civil, o domicílio do incapaz é o do seu representante legal. Hipótese de competência internacional concorrente e de domicílio necessário do tutelado. 5. Considerando que um dos requisitos formais exigidos pela legislação, como visto, é o trânsito em julgado da decisão a ser homologada, na hipótese em

foco, a tutela concedida por meio de decisão judicial da Justiça Francesa está sendo questionada, pelos parentes brasileiros, por meio de recurso próprio, é inequívoco que a sentença estrangeira não preenche o requisito do trânsito em julgado, circunstância a impedir a homologação perante o Superior Tribunal de Justiça e, por conseguinte, a própria execução do julgado no território nacional brasileiro. 6. Com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que adotou a doutrina da proteção integral, foram modificados profundamente os paradigmas orientadores acerca dos fatores a serem considerados quando da prolação de decisões que envolvem temáticas referentes à infância e juventude, adotando-se, a partir de então, o princípio do melhor interesse da criança. 6.1 Dessa forma, referido princípio - do melhor interesse da criança - tornou-se tanto orientador para o legislador, como para o aplicador da norma jurídica, já que estabelece a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica e de elaboração da decisão que venha a solucionar demandas na área alcançada pela temática da infância e juventude. 6.2 Com esse norte hermenêutico, não se pode ignorar o conteúdo do parecer psicossocial e dos laudos médicos elaborados por diversos e conceituados profissionais que assistem a criança desde o acidente - especialistas que, de modo autônomo e integrado, atuam nas áreas da neurologia, psicologia, fisioterapia, fonoaudiologia, terapia-ocupacional e neuro-pediatria - os quais recomendam, sem exceção, a manutenção da criança no Brasil neste momento, sob pena do risco de regresso em seu tratamento, ante a possível ruptura da recuperação não apenas física mas também emocional, caso interrompido o tratamento do paciente e, também, se rompidos, outra vez, os relacionamentos já estruturados, somatório de fatores que se manifestam no sentido de conferir atenção ao melhor interesse da criança, sendo indiscutivelmente mais proveitoso ao menor que permaneça no Brasil, no meio onde ora se encontra e, conseqüentemente, com a avó materna. E isso, registre-se para a posteridade histórica das famílias, não em virtude de a avó paterna não reunir condições para ter o neto em sua companhia, mas, sim, porque as graves circunstâncias ditadas pelos infelizes fortuitos dos acontecimentos da vida certamente já submetem esta criança a agruras bastantes para que agora se imponha, novamente de modo inesperado e pouco compreensível a ela, complexa adaptação, isto é, mais outra abrupta modificação, não apenas das rotinas de seu cotidiano (dia a dia), mas ao próprio relacionamento com as pessoas que atualmente lhe são próximas, enfim, reiterando a desestruturação estética de fatos e da situação recém consolidada ante contingências absolutamente alheias à vontade dos próprios protagonistas. 6.3 Essas circunstâncias, vistas em conjunto, não foram adequadamente enfrentadas pelo v. acórdão recorrido, daí porque não há se falar em incidência da Súmula 7/STJ, muito embora apreciadas a seu modo pelo juízo de primeiro grau, sem que ocorra supressão de instância, não mereceram definição jurídica pelo Tribunal de origem, o qual se quedou ao largo da principiologia do melhor interesse da criança, destacadamente ao não considerar as recomendações médicas, limitando-se a afirmar que na França a criança poderia obter tratamento médico semelhante ao que conta no Brasil, desconsiderando o caráter emocional e afetivo do caso, notadamente em razão da tragédia que atingiu a criança. 6.4 Nesse contexto, em virtude das orientações médicas e do relatório psicossocial e, portanto, conforme o princípio do melhor interesse da criança, a teor de sua proteção integral, é de rigor sua manutenção no Brasil, com a avó materna, tendo em conta que já possui laços de afetividade, social e familiar, o que tem propiciado, sem dúvida, o êxito em seu delicado tratamento médico. Precedentes do STJ em casos análogos. 6.5 É certo que a própria criança, no futuro, poderá iniciar a discussão quanto a sua ida ou não, para a França em caráter provisório ou definitivo como resultado de seu melhor interesse. Nesse contexto, não há vedação a que, no real e mais elevado propósito do bem-estar do menino, na sua formação e crescimento, possa verificar-se nova adequação quanto à sua permanência neste ou naquele país, sempre se recordando do que diz o art. 28, caput, do ECA, ao estatuir que, se a

criança contar com menos de 12 (doze) anos, sua opinião será levada em consideração. Ao passo que se for maior de 12 (doze) anos, é condicionante a sua anuência. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1449560 RJ 2014/0081041-3, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 19/08/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2014).

Cuida-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O Recurso Especial nº 1.449.560 RJ 2014/0081041-3, da Quarta Turma trata de disputa de guarda compartilhada entre avós paternos e maternos, residentes em países distintos, pela tutela do neto, criança de dupla nacionalidade que perdeu os pais em acidente automobilístico.

Conforme o relatório, a criança vivia sob o poder familiar dos pais até o acidente. Os pais residiam na França e estavam no Brasil em visita. Em decorrência do acidente, a criança permaneceu no Brasil para tratamento hospitalar de urgência, sob os cuidados da avó materna, mas logo a avó materna entrou com pedido de guarda da criança. Cabe ressaltar que tanto a avó materna quanto a paterna não detinham a guarda do neto, pois os pais exerciam o pleno poder familiar enquanto estavam vivos.

Desta forma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tornou-se orientador para o legislador e para o aplicador da norma jurídica, o que veio a contribuir para a elaboração da decisão sobre o caso em tela.

Para Grisard Filho (2009, p. 73):

[...] existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade.

Continuando com o caso em tela, foi decidido pelo juízo, primeiramente, o compartilhamento da guarda entre as avós, porém, não contente com a decisão, a avó paterna interpôs apelação, com fundamento na Convenção de Haia, e o Tribunal negou provimento, uma vez que não reconheceu benefícios para a criança no possível retorno à França. Paralelo a isso, Grisard Filho (2009) destaca que, para critério de análise do juiz, são levados em consideração a proteção, o desenvolvimento e a estabilidade da criança ou adolescente, aspectos essenciais à formação equilibrada de sua personalidade.

A decisão da Quarta Turma fundamentou-se na proteção integral e no princípio do melhor interesse da criança, considerando o decurso do tempo, os motivos para o tratamento de saúde realizados neste País e os laços afetivos já estabelecidos. Com intuito de evitar maiores traumas à criança, decidiu pela sua permanência no Brasil por entender ser esta a melhor opção encontrada até aquele momento, determinando a guarda de forma unilateral à avó materna, e não mais de forma compartilhada como havia sido concedido anteriormente.

Neste caso, a guarda compartilhada entre as avós não foi a melhor opção para fundamentar a nobre decisão, tendo em vista a disputa fundar-se entre dois países e na busca pela melhor proteção da criança, já traumatizada com a perda dos pais. Como assevera Pereira (2000, p. 49), todos os casos de litígio envolvendo guarda de criança ou adolescente devem analisar o princípio do melhor interesse, inclusive levando em conta “[...] a pessoa com quem a criança [...] mantém laços mais fortes de afetividade e carinho [...].”

Assim, o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente possui o condão de garantir os direitos inerentes aos fragilizados na relação familiar, sendo capaz de assegurar pleno desenvolvimento e formação, com o viés de impedir os abusos de poder pelas partes.

4.3 BREVES NOTAS SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A TERCEIROS DIANTE DAS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO MELHOR INTERESSE

O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017g) já consolidou a guarda compartilhada visando o melhor interesse de crianças ou adolescentes advindos de pais divorciados ou separados e, para firmar este posicionamento, torna possível mudanças legislativas acerca do tema: “o entendimento do STJ busca priorizar o interesse da criança, partindo do pressuposto de que não é indispensável haver convívio amigável entre os pais separados para que se dê o compartilhamento da guarda”.

Como as transformações ocorridas no núcleo familiar são cada vez mais frequentes, a jurisprudência procura adequar-se a estes fatos sociais, motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça busca a supremacia da prevalência do melhor interesse da criança ou adolescente nas suas decisões.

De acordo com Ramidoff (2007, p. 38-39):

O superior interesse é porque em relações a outros interesses a serem preservados, certamente, o pertinente à infância e ao da juventude deve ser sempre considerado superior enquanto decorrência lógica do princípio constitucional da prioridade absoluta, isto é, no atendimento e prestação de serviços a criança e o adolescente serão primeiramente contemplados, prevalecerão.

Isso posto, nota-se que o superior interesse da criança caminha paralelamente com a proteção integral, ou seja, é tratado por juristas como essencial e prioritário em decisões do juízo, sempre primando pelo bem-estar da criança ou do adolescente.

Tal entendimento mostra que o exercício da guarda compartilhada é percebido como a melhor opção para o alcance das necessidades da criança ou adolescente quanto à sua formação, sendo capaz de manter os vínculos afetivos latentes mesmo após o rompimento conjugal e, como mencionado, dando preferência ao conforto e aos interesses de crianças ou adolescentes.

Corroborando esta afirmação, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017g) relata que “em agosto de 2011, ao julgar o caso que se tornou paradigma no assunto, os ministros entenderam que a guarda compartilhada é essencial para assegurar à criança o direito de conviver com ambos os pais”.

Tendo essas premissas como base, o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de dar primazia ao princípio protetor e ao melhor interesse, julgando, de forma mais ampla, os casos que envolvem a possibilidade de guarda compartilhada.

Ademais, muitas das decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça concedem guarda compartilhada frente a terceiros, levando em consideração os laços afetivos estabelecidos nas relações e optando, muitas vezes, pela mitigação do fator sanguíneo.

Isto demonstra que os julgados do egrégio Tribunal buscam fundamentação nos princípios norteadores e expandem suas decisões através do deferimento da guarda compartilhada frente a terceiros, à luz do melhor interesse da criança ou adolescente, resguardando, assim, seus direitos. São exemplos disso os casos de parentes socioafetivos que possuem ligações afetivas com a criança ou adolescente e desta forma, desempenham papel de autoridade parental, com amor e respeito filial entre as partes.

Eis a contribuição de Camargo e Berro (2013, p. 2, grifo dos autores):

Atribuir-se a uma terceira pessoa a guarda compartilhada conjuntamente com um dos genitores, entretanto, ainda é um assunto que merece atenção. Diante da realidade das novas formas de Família – já constitucionalmente reconhecidas, vemos surgir a pessoa do “parente socioafetivo” que pode ter ou não ligação sanguínea com o infante, mas que desempenha papel primordial na sua educação e desenvolvimento, exercendo sobre ele autoridade parental e dele recebendo amor e respeito filial.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entende que família não é apenas aquela originária dos laços sanguíneos, mas, também, a formada pelo afeto que, aos poucos, ganha proteção jurídica. Logo, mesmo não havendo uma legislação explícita sobre guarda compartilhada a terceiros, a interpretação ampliada da lei, considerando os laços afetivos, torna possível esta modalidade de guarda, consubstanciada no princípio do melhor interesse da criança e adolescente, da dignidade da pessoa humana e da afetividade, o que vem sendo demonstrado na jurisprudência pátria com mais frequência.

Como colacionam Magalhães Filho e Azevedo (2008, p. 59), embora o juiz deva primar por preservar a convivência da criança ou adolescente com os pais biológicos, nem sempre estes “[...] apresentam melhores condições para ser guardiães de um infante, e isto significa que o judiciário deve interceder, de modo a conferir a guarda a uma terceira pessoa, a quem, preferencialmente, se aponte a parentalidade socioafetiva”.

Nesse sentido, cabe dizer que a necessidade primordial é a de respeitar crianças e adolescentes como pessoas de direito, antes mesmo de serem reconhecidos os direitos a eles inerentes, propriamente ditos. É sabido que é dever de todos, incluindo, sociedade, Poder Público, família e terceiros, garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Nos dizeres de Ramidoff (2007, p. 27):

Deve-se, pois, respeitar muito mais a criança e o adolescente enquanto seres humanos titulares de direitos indisponíveis, vale dizer, enquanto sujeitos de direito (subjektividades), e não tanto por decorrência da obrigatoriedade de observância dos deveres legais destinados aos pais biológicos e/ou responsável para criação, educação e afeto. Por exemplo, o direito à convivência familiar e comunitária, nos termos do art. 19 e seguintes, do Estatuto da Criança e do Adolescente, certamente configura-se numa das espécies de direitos fundamentais que se destinam à infância e à juventude, que, contudo, através de prestações que não vinculam apenas a instância pública, isto é, às funções inerentes aos Poderes Públicos, mas, também, à sociedade civil e ao próprio núcleo familiar a que pertence a criança e ou o adolescente. Direitos que permitem a oposição, inclusive, aos pais biológicos enquanto detentores do poder familiar, ao responsável e a terceiros.

Ao dispor a respeito, o art. 1.584, § 5º, do Código Civil (BRASIL, 2017d) assim determina:

Art. 1.584. [...]

§ 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.

Enfim, o deferimento ou não da guarda compartilhada com terceira pessoa dependerá das circunstâncias específicas de cada caso, analisando-se as condições que atendam ao melhor interesse e à proteção integral da criança e do adolescente.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe a discussão acerca da guarda compartilhada, discutindo a possibilidade de esta modalidade, visando o melhor interesse e a proteção integral da criança e do adolescente, ser ou não concedida a terceiros,.

Buscou-se apresentar a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente, mostrando que seu início internacional deu-se com a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924. A partir daí, surgiram outros documentos com a finalidade de aprimorar e desenvolver, de forma mais efetiva, os direitos fundamentais inerentes a crianças e adolescentes. Como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, promulgada em 1959, abriu precedentes para novos princípios que procuraram garantir o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

Pode-se dizer que o avanço eficaz aconteceu com o advento da Constituição Federal, a qual trouxe em seu texto, mais precisamente no art. 227, que para todas as crianças é assegurada a proteção integral, sendo um dever social dos distintos segmentos sociais zelar por esta proteção, garantindo e preservando seus direitos fundamentais.

Ademais, em 1990, nasceu o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos princípios fundamentais norteiam cada direito e dever nele descritos, sempre com o intuito de proteger a criança e o adolescente.

Em destaque na presente pesquisa, cabe mencionar o princípio do melhor interesse da criança que, como provado, possui peso de princípio constitucional. Este princípio foi o alicerce do estudo porque visa o bem-estar da criança e do adolescente, servindo de orientação para as decisões judiciais.

Nesse compasso, compete falar acerca da guarda compartilhada que, com o fim de promover a igualdade entre os interessados, sejam eles genitores ou terceira pessoa, torna-se possível quando concedida no sentido de atender ao melhor interesse da criança e do adolescente e à sua proteção integral.

Diante do exposto, pode-se concluir que, em uma decisão jurisdicional, devem sempre prevalecer os interesses da criança, bem como sua proteção. E, conforme apresentado, a jurisprudência tem se manifestado a favor deste compartilhamento de guarda por uma terceira pessoa, que não os genitores, decidindo que ela também possui condições de resguardar a criança ou adolescente, desde que estes tenham seus interesses atendidos.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11-31. Disponível em: <file:///C:/Users/Beatriz/Downloads/Curso%20de%20Direito%20da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente%20-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 maio 2017. a

_____. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 31 maio 2017. b

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 2 maio 2017. c

_____. **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: 8 nov. 2017. d

_____. **Lei nº 11.698**, 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: 8 nov. 2017. e

_____. **Lei nº 13.058**, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em: 8 nov. 2017. f

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei**. Jun./2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Guarda-compartilharada-foi-consolidada-no-STJ-antes-de-virar-lei>. Acesso em: 8 nov. 2017. g

_____. _____. Recurso Especial nº 1.147.138-SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília/DF, 11 de maio de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=971418&num_registro=200901256402&data=20100527&formato=PDF>. Acesso em: 8 nov. 2017. h

_____. _____. Recurso Especial nº 1.449.560-RJ. Relator: Ministro Marcos Buzzi. Brasília/DF, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1339523&num_registro=201400810413&data=20141014&formato=PDF>. Acesso em: 8 nov. 2017. i

CAMARGO, Elimei Paleari do Amaral; BERRO, Maria Priscila Soares. Guarda compartilhada com parente socioafetivo. **Revista de Direito das Faculdades Integradas de Jaú**, v. 1, 2013. Disponível em: <www.fundacaojau.edu.br/revistadedireito2013/artigos/12.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2017.

CARVALHO, Hildemar Meneguzzi de. **Guarda compartilhada**: notas sobre o compartilhamento do amor. 2016. 218 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2016. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/31520862-Guarda-compartilhada-notas-sobre-o-compartilhamento-do-amor.html>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./2008. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

DEL PRIORE, Mary. (Org.). **Histórias das crianças no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil**: família e sucessões. 2. ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Débora Fernanda V.; FERREIRA, Francisco Rafael. A nova sistemática da guarda compartilhada: lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Revista Jurídica do Centro Universitário de Araras**, v. 13, n. 1, p. 46-70, 2015. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol13_n1_2015/guarda_compartilhada.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2017.

LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes negros à luz da proteção integral: limites e perspectivas das políticas públicas para a garantia de igualdade racial no Brasil**. 2015. 337 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/160670/338051.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 maio 2017.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda compartilhada: efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente**. 2007. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <<repositorio.unb.br/handle/10482/3101>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

MAGALHÃES FILHO, Sérgio de; AZEVEDO, Ana Maria Junqueira de. **Guarda compartilhada entre mãe e tio do menor. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 4, jun./jul. Porto Alegre: Magister, 2008.

MEIRELES, Fabrina da Silva. **Famílias de crianças e adolescentes sob guarda jurídica de terceiros: manifestações da questão social e da função protetiva do estado no município de Timon-MA**. 2014. 153 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2014.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à lei 8.069/90**. 2006. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2017.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Fábio Gomes de Mattos Garcia de. **Guarda compartilhada**. 2001. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2001. Disponível em: <<intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/24/25>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

PAGANINI, Juliana; DEL MORO, Rosângela. A utilização dos princípios do direito da criança e do adolescente como mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais. **Amicus Curiae**, v. 6, n. 6, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/534/526>>. Acesso em: 18 maio 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direto da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

QUINTANA, Rosanna Marzulo. **Proteção jurídica da criança e do adolescente conforme o artigo 1638 do Código Civil de 2002**. 2009. 49 f. Monografia

(Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/rosanna_quintana.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar. 2007. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037625.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

SIMON, Arthur da Silva. **A guarda compartilhada após a lei nº 13.058/2014**: aspectos teóricos, práticos e análise da jurisprudência catarinense. 2015. 97 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157121/TCC%20VERS%C3%83O%20FINAL%20PARA%20REPOSIT%C3%93RIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

SOUZA, Ismael Francisco de. **O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI)**: estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1304/1/Ismael%20Francisco%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

TAVARES, Patrícia Silveira. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. rev. atual. conforme Lei nº 12.010/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 297-352. Disponível em: <<file:///C:/Users/Beatriz/Downloads/Curso%20de%20Direito%20da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente%20-%20K%C3%A1tia%20Maciel.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**: para concurso de juiz do trabalho. São Paulo: Edipro, 2011.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. **Crianças encarceradas**: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. 2013. 508 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122854/323442.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 maio 2017.

VIEIRA, Layane Nobre Mangueira. **Guarda compartilhada**. 2015. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <tcconline.utp.br/media/tcc/2015/09/GUARDA-COMPARTILHADA.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2017.