

## UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOBRE O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA COM PARENTES DIVERSOS DA RELAÇÃO MATERNIDADE/PATERNIDADE

Fabiana Neiva Almeida Lino<sup>1</sup>  
Débora de Almeida Santos<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo objetivou analisar a aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada entre um dos genitores e terceira pessoa, tendo como parâmetro a parentalidade e o princípio do melhor interesse do menor, bem como compreender o instituto da guarda compartilhada, através da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014; estudar os fundamentos e Limites da referida lei, no ordenamento jurídico; e examinar a possibilidade de uma interpretação extensiva para o contexto mais amplo de família. Portanto, foi utilizada, como método para a coleta de dados, a pesquisa bibliográfica, através do estudo levantado no referencial teórico sobre as relações familiares de núcleo parental e o instituto da guarda compartilhada. A partir da análise qualitativa dos dados, foi possível perceber a importância da análise extensiva da guarda compartilhada, para além da relação paternidade/maternidade, destacando que as funções de pai e mãe, nem sempre são exercidas por quem de fato gerou a criança, e os magistrados, mesmo que limitadamente, tem garantido o exercício do poder parental por quem de fato exerce.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Guarda Compartilhada. Família Parental.

### 1 INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, cujo objetivo é garantir que as relações construídas entre pais e filhos sejam preservadas após a rescisão da família conjugal. Nessa modalidade de guarda, os genitores conjuntamente exercem o poder parental em relação aos filhos comuns, até que eles se tornem capazes plenamente de tomar suas próprias decisões.

De forma geral, a guarda compartilhada se tornou regra no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Com ela, regulou-se o relacionamento entre genitores e seus descendentes com vista na garantia do melhor interesse e proteção do menor. Dessa forma, estabeleceu-se que a mesma seria o modelo ideal adotado pelas famílias. Todavia, o Código Civil de 2002, não deixou clara a possibilidade de terceiros, fora da relação maternidade/paternidade, pleitearem a guarda compartilhada.

Diante do caleidoscópio que envolve as relações familiares, de famílias extensas à monoparentais, que tem origem com a gênese da sociedade brasileira, com o encontro das

<sup>1</sup> Bolsista Fapesb. Mestre e Doutoranda em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). E-mail: fabilino2010@hotmail.com.

<sup>2</sup> Bacharelado em Direito pela Faculdade Nobre (FAN). E-mail: d-almeida-santos@bol.com.br

culturas indígena, Europeia e africana, surgiu a ampliação do conceito de família e o reconhecimento no ordenamento jurídico da sua pluralidade na legislação pátria. Observou-se que nem sempre as funções maternas e paternas são desempenhadas pelo pai e mãe biológicos. Às vezes são famílias cujo núcleo é o parental, resultado de famílias recompostas, filhos criados por avós e tios, ou por qualquer pessoa que desenvolva com a criança essas funções.

Percebe-se que nem sempre os laços biológicos asseguram o exercício da parentalidade e nesses casos, é possível uma análise extensiva da guarda compartilhada para além da relação paternidade/maternidade?

O objetivo do presente artigo é analisar a aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada entre um dos genitores e terceira pessoa, tendo como parâmetro a parentalidade e o princípio do melhor interesse do menor. Compreendendo o instituto da guarda compartilhada, através da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, estudando os fundamentos e Limites da referida lei, no ordenamento jurídico, examinando a possibilidade de uma interpretação extensiva para o contexto mais amplo de família.

Justifica-se importante o estudo do presente tema, pois tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pouco se fala e se tem estudos a respeito da guarda compartilhada para além da relação paternidade/maternidade.

Portanto, revela-se importante um estudo com o fito de analisar todo esse contexto, sendo que um juízo estabelecido quanto à temática se faz de extrema importância, pois, proporciona segurança jurídica aos socialmente envolvidos nessa conjuntura.

O presente artigo foi de cunho bibliográfico, de natureza qualitativa. Realizou-se uma revisão bibliográfica em artigos pesquisados na internet, revistas, leis e em materiais específicos, livros e periódicos em acervos bibliográficos de bibliotecas universitárias, com pesquisas doutrinárias, jurisprudencial e legislação vigente, com a finalidade de demonstrar as possibilidades da guarda compartilhada, para além da relação paternidade/maternidade.

A presente pesquisa teve uma abordagem qualitativa, utilizando-se de dados bibliográficos, tendo em vista o caráter predominantemente explicativo e estudo teórico. De acordo com Richardson:

Os estudos que empregam uma metodologia qualitativa podem descrever a complexidade de determinado problema, analisar a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais, contribuir no processo de mudança de determinado grupo e possibilitar, em maior nível de profundidade, o entendimento das particularidades dos comportamentos dos indivíduos. (RICHARDSON, 1999, p. 80)

Quanto ao método de abordagem da pesquisa será utilizado o método dedutivo-explicativo. Tal método parte de uma premissa maior (uma teoria ou lei) para uma premissa menor e uma conclusão lógica, após análise, registro e interpretação das fontes de estudo.

Dessa forma, o trabalho abordará os seguintes tópicos: O instituto da guarda compartilhada, através da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o conceito de família em um contexto mais amplo, para além da relação paternidade/maternidade; Fundamentos e Limites da Lei n. 13.058/2014, que disciplina a guarda compartilhada, no ordenamento jurídico; Interpretação extensiva do instituto da guarda compartilhada para o contexto das famílias parentais.

No primeiro capítulo o instituto da guarda no ordenamento jurídico, destacando a guarda compartilhada como modelo ideal a ser adotado ou instituído nas relações familiares entre pais e filhos, trazidos pela Lei nº 13.058/2014. Este capítulo também traz a discussão sobre a existência de famílias *sui generis*, que não se enquadram no modelo de família transcrito na lei de guarda compartilhada.

No segundo capítulo discorre sobre a aplicabilidade da Lei de Guarda Compartilhada para parentes diversos da relação maternidade/paternidade. Nesse capítulo sugere-se uma análise extensiva da lei de guarda compartilhada para abarcar os arranjos familiares de núcleo parental. Será feita uma análise da doutrina e da jurisprudência para perceber como os magistrados estão garantindo o exercício da parentalidade para quem de fato exerce essas funções maternidade/paternidade.

## **2 A GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A guarda é o exercício do poder parental, de cuidado, educação, vigilância que os pais exercem sobre os filhos menores. Para Diniz (2010) a guarda são vínculos construídos em meio à convivência entre os sujeitos da relação familiar, genitor e filho, pautado na responsabilidade daquele sobre todos os aspectos que envolvem o melhor interesse e desenvolvimento do menor. Sendo que, aquele que detém a guarda tem o "poder-dever de zelar", com responsabilidade, pela formação do menor que está sobre os seus cuidados (DINIZ, 2010, p. 289).

O reconhecimento da guarda gera efeitos como a obrigação de prestar assistência moral, material, e educacional ao menor, para o guardião, conforme art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Além dos efeitos patrimoniais, gera também efeitos

previdenciários (art.33, §3, ECA). Gerando, também, o direito de o guardião opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Vale ainda ressaltar que, o deferimento de guarda a terceiros não exime os pais da obrigação de prestar alimentos e nem do direito de visitas, quando solicitado (art. 33, §4, ECA). Conforme verificado, a guarda serve para conferir ao menor um amparo legal às suas necessidades até que alcance a capacidade plena para responder sobre os seus atos, bem como, proporcionar a convivência familiar entre pais e filhos. Trata-se inegavelmente de um direito constitucional assegurado com prioridade a família, que é a base da sociedade. Seria um erro, porém, não atribuir à convivência familiar o status de princípio. Assim, reveste-se de particular importância, lembrar que esse princípio é norteador das relações familiares.

O artigo 227, “caput” da CRFB/88, é um exemplo disso, ao enumera o rol exemplificativo de direitos que são assegurados constitucionalmente ao infante-juvenil, cabendo tanto a família como a sociedade e o Estado assegura-lhes o *direito a vida, à saúde, à alimentação, à educação e lazer, à dignidade e o respeito, à convivência familiar*, entre outros (BRASIL, 1988).

Influenciados por esse novo olhar sobre o menor, o Código Civil Brasileiro (CC), de 2002, já preocupados com a proteção dos direitos integrais e o melhor interesse da criança, prever no seu artigo 1583, caput, § 1º, dois tipos de guarda: “unilateral ou compartilhada. A guarda unilateral é aquela conferida a um dos genitores ou a alguém que o substitua”. Todas as decisões importantes em relação à criação são tomadas por quem tem a guarda, cabendo aquele que não há possui, o direito de visita. Já a guarda compartilhada ou conjunta, como mais na frente será detalhada, é consequência da constitucionalização do Direito Privado e da repersonalização das relações familiares. A repersonalização das relações familiares representa um novo olhar sobre a família e seus membros, pautado na valorização da pessoa enquanto ser humano, servindo para trazer ao centro jurídico a valorização dos membros da família. Trata-se inegavelmente, de ver o indivíduo de forma ontológica e não a partir do seu patrimônio.

O ordenamento jurídico brasileiro, ainda, reconhece ainda mais dois tipos de guarda: a deferida a favor de terceiro, prevista no art. 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com o intuito de realocar o menor para uma família substituta; e a alternada, admitida pela doutrina e jurisprudência, que é a possibilidade de cada genitor exercer, por um lapso temporal, a exclusividade do poder parental (RABELO, 2004).

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda adotado como regra no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da lei nº 13. 058/2014. Segundo Martelli (2010), essa

modalidade de guarda permite aos pais, o exercício conjunto do poder parental, em que ambos exercem e participam ativamente das escolhas que envolvem a educação, saúde, lazer, o desenvolvimento físico, emocional e psíquico dos filhos, mesmo morando em distintos domicílios e mesmo com a rescisão da família conjugal. Atendendo sempre o melhor interesse da criança.

A guarda conjunta é responsável pela continuidade da convivência familiar, mas há alguns fatores que se sobrepõe, como os constantes conflitos entre os genitores acerca das decisões importantes que envolvem o menor. Mesmo assim, não parece razão para desaconselhar essa modalidade de guarda, conforme citado acima, o objetivo é que os laços afetivos e a convivência familiar sejam garantidos.

Pode-se dizer que a referida guarda é aplicada quando um relacionamento termina e dele surgem filhos menores. Nesse contexto fica claro, segundo Farias (2003, p. 71), que a fixação da guarda deve observar o melhor interesse do menor e não a convivência conjugal fracassada. O mais preocupante é constatar que os filhos são utilizados muitas vezes como massa de manobra de pais feridos. Não é exagero afirmar que o judiciário, muitas vezes, contribui para a manutenção dessa situação ao decidir pela guarda unilateral diante de situações conflituosas entre os pais. Assim, preocupa o fato de que os filhos são objeto de negociação entre pais feridos emocionalmente, onde aquele que deu causa ao fim da relação seja punido com a perda do poder parental.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive já decidiu que os conflitos entre genitores não tem o condão de negar a guarda compartilhada, nestes termos, a saber:

Não é possível ao julgador indeferir pedido de guarda compartilhada, à luz da atual redação do parágrafo 2º do artigo 1.584 do Código Civil, sem a demonstração cabal de que um dos ex-cônjuges não está apto a exercer o poder familiar. O entendimento foi proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar recurso originado em ação de divórcio [...] A relatora explicou que os julgadores, diante de um conflito exacerbado entre os genitores, vislumbram que aquela situação persistirá, podendo gerar grave estresse para a criança ou o adolescente, e optam por recorrer à histórica fórmula da guarda unilateral, pois nela a criança/adolescente conseguirá ter um tranquilo desenvolvimento [...] (BRASIL, 2016, p.1)

Como se pode verificar, o entendimento do STJ tem seguido no sentido de deferir a guarda compartilhada mesmo naquelas situações de conflito entre genitores. Afinal, esse é um dos motivos comuns do fim do vínculo conjugal, traições, mentiras, incompatibilidade de gênios entre o casal, conflitos. Se o julgador for por essa linha de raciocínio de que os conflitos persistiram dificilmente o instituto será adotado como regra no ordenamento.

### **3 ANÁLISE EXTENSIVA DA GUARDA COMPARTILHADA PARA PARENTES DIVERSOS DA RELAÇÃO PATERNIDADE / MATERNIDADE**

A Lei de guarda compartilhada regular as relações familiares entre genitores e sua prole após a rescisão da família conjugal. Ocorre que, nem todas as famílias são pautadas no núcleo conjugal, vínculo pautado no amor conjugal entre duas pessoas, no afeto e na comunhão. Existe a família cujo núcleo é o parental, são aqueles formados ao redor do parentesco, motivado pelo amor parental, afeto e comunhão. (DONIZETTI, 2015, p. 922)

A família com núcleo parental é aquela formada por um dos pais e seus filhos ou avós e seus netos; as famílias formadas por tios e tias; e sobrinhos ou sobrinhas; as famílias formadas por irmãos, famílias recompostas, podendo esse parentesco ser biológico ou apenas socioafetivo. (DONIZETTI, 2015, p. 922).

A doutrina reconhece a parentalidade socioafetiva a partir da posse do estado de filho. A comprovação se dá com exercício da autoridade paternal, ou seja, quando um indivíduo que não é genitor biológico se comporta como se assim o fosse, efetivamente na criação, educação, desenvolvimento dos filhos, independente de vínculo de sangue. (LÔBO, 2014, p. 37).

Ocorre que a Lei de guarda compartilhada, não deixou claro sobre a possibilidade de guarda compartilhada a favor de terceiro. O artigo 1.583, § 1º do CC/2002, compreende a guarda unilateral a atribuída a um dos genitores ou alguém que o substitua, podendo ser os pais substituídos por terceira pessoa. Enquanto que, ao tratar da guarda compartilhada o legislador atribui a responsabilização dos filhos menores ao casal.

É interessante, aliás, destacar que a primeira leitura do dispositivo denota que o legislador cerceou o direito de terceiros pleitearem a referida guarda. Tendo em vista que, de acordo com Barrufini (2008) a própria lei não deixou claro quanto a guarda compartilhada a favor de terceiros. Mas há um fato que se sobrepõem a esse, a redação do art. 1584, §5 do CC/2002, destaca que o juiz, verificando que os genitores não têm condições de permanecer com a guarda dos filhos, *deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade* (BRASIL, 2002).

Conforme verificado, a leitura isolada do parágrafo 1º do art. 1583, do CC/2002, levaria a uma interpretação equivocada de que o legislador excluiu a possibilidade de terceira pessoa pleitear a guarda compartilhada junto com os genitores, por não ter utilizado a

expressão de plano: *ou alguém que os substitua*. Todavia, ao se analisar o parágrafo 5º, do artigo 1584, CC/2002, deve-se observar em conjunto com o caput, para extrair da norma jurídica, através da análise sistêmica, o seu verdadeiro significado.

Inclusive, o Enunciado do STJ, nº 518, segue nesse sentido, conforme explicitado abaixo:

Enunciado 518, STJ

A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra aplica-se a qualquer modelo de família. (BRASIL, 2016, p.1)

Conforme explicitado acima, embora o judiciário deva garantir a convivência do menor com os pais, o juiz não pode fazer vistas grossas ao caleidoscópio das relações familiares. Há de se destacar que existe a família com núcleo parental (DONIZETTI, 2015, p. 922). Sendo o conceito de parentalidade entendido para além dos laços consanguíneos, como vínculos resultantes do afeto, construídos ao longo da convivência. O modelo de guarda adotado deve ser aquele que melhor atenda às necessidades do menor.

Na segunda instância, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA), reafirmaram o poder parental exercido pela avó materna e reconheceu a guarda compartilhada entre esta e o genitor. A relatora do processo destacou que desde pequena a criança foi criada conjuntamente pelo pai e a avó, e não há necessidade de alteração, tendo em vista que a criança já estava adaptada ao convívio com ambos. Assim, o juiz proferiu acórdão reconhecendo no mundo jurídico a situação fática, nos seguintes termos:

TJ-BA - Apelação APL 00052315120068050141 (TJ-BA)

Data de publicação: 17/03/2016 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. MENOR DE IDADE ORFÃO DE MÃE. GUARDA COMPARTILHADA ENTRE A AVÓ MATERNA E O GENITOR. ALTERAÇÃO PRETENDIDA PELA PRIMEIRA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DEFERINDO À AVÓ A GUARDA EXCLUSIVA E DEFINITIVA DA NETA. PAI QUE TAMBÉM DEMONSTRA POSSUIR PLENAS CONDIÇÕES DE CRIAR A FILHA. MENOR ADAPTADA À MODALIDADE COMPARTILHADA DE GUARDA. MODELO PREFERENCIAL ADOTADO PELA LEGISLAÇÃO PÁTRIA. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. I - Colhe-se do in folio que a menor em questão, órfã de mãe logo após o nascimento, desde pequena foi criada conjuntamente pelo pai/apelante e pela avó materna/apelada, que hoje, contudo, disputam a sua guarda exclusiva. II - Pela análise dos elementos de prova coligidos para os autos, especialmente da oitiva informal da menor e dos depoimentos das testemunhas, observa-se que a criança encontra-se bem cuidada e perfeitamente adaptada à guarda compartilhada, mantendo laços de afetividade tanto com o apelante, quanto com a apelada, pelo que

inexistem razões para a modificação desse contexto fático, que, aliás, é o que melhor se ajusta ao modelo preferencial atualmente adotado pela legislação pátria, a teor do disposto no § 2º, do art. 1.584, do Código Civil. III - Eventuais desavenças entre a menor e a atual madrastra, sobretudo quando não demonstradas satisfatoriamente nos autos, não constituem justificativa idônea para a retirada da guarda do pai, como, aliás, muito bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça em seu parecer. IV - Assim, restando demonstrado que o apelante apresenta plenas condições de criar a filha, não se justifica a modificação do regime de guarda compartilhada, notadamente quando, como frisado, a menor já está adaptada a essa realidade e não emergem dos autos motivos relevantes que contraindiquem tal providência (BAHIA, 2016, p.1).

Conforme o caso em tela, os laços socioafetivos estabelecidos desde criança entre a avó, o pai e a menor asseguraram o exercício da parentalidade. Desde a morte da genitora, a avó exerceu cotidianamente a função materna em relação a criança, o magistrado, nesse caso, garantiu o exercício da parentalidade para quem de fato exerce essas funções.

Como ilustra Luiz Edson Fachin:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social (FACHIN, 2009, p. 169).

A jurisprudência tem se manifestado em relação ao tema de forma bastante acanhada. Valorizando, mesmo que timidamente, a construção do afeto, o exercício do poder parental e a situação fática do menor com o terceiro. Cita-se a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) que garantiu a tia materna o exercício da guarda compartilhada junto com a mãe da menor.

GUARDA DE MENOR- REQUERIMENTO FEITO POR TIA MATERNA – PROVA EFETIVA DO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA COM GENITORA – RESIDÊNCIA FAMILIAR CONJUNTA – Existência de situação de fato pré-existente ao pedido de guarda, o que afasta a alegação de que se trata de efeito meramente previdenciário. Provimento do recurso para instituir a guarda compartilhada entre a apelante e sua irmã, genitora da menor. (RIO DE JANEIRO, 2010, p.1).

A decisão do magistrado levou em consideração a situação fática para concessão da guarda compartilhada, entendendo que a tia materna exercia juntamente com a mãe da menor a função materna/paterna. Isso só vem comprovar que o Estado-juiz tem levado em consideração o afeto nas relações familiares e não apenas o critério genético.

Brilhantemente, Pereira (1999, p.62-63), dispõe sobre filiação:



Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce a função de pai.

O critério para constatar a filiação afetiva reside no estado de posse de filiação que é justamente a situação fática que os indivíduos vivem como se pais e filhos fossem, independentes de laços biológicos.

A doutrina traz alguns requisitos necessários à caracterização da filiação afetiva, a saber, ser o indivíduo tratado e educado e ter reputação de filho perante a família e a sociedade em que se vivem, e o outro é ser tratado como filho (NERI, 2014, p. 1). Estes requisitos são bastante relevantes por refletir o relacionamento entre pais e filhos, englobando, educação, manutenção de vida, convivência, instrução, etc.

Na maioria dos casos analisados, a jurisprudência levou em consideração requisitos como estado de posse de filiação, ser a criança tratada como filho perante a família socioafetiva, para conceder a guarda a terceira pessoa. Foi o caso da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que garantiu a avó e o tio de uma menor ter o exercício conjunto da guarda da criança que vivia com eles desde os quatro meses de vida.

PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA 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 a pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2010, p.1).

A decisão foi inovadora ao conceder a guarda compartilhada para duas pessoas distintas da relação maternidade/paternidade. No caso em questão, a avó e o tio já exerciam o poder parental em relação a criança, a justiça regularizou juridicamente uma situação fática, levando em consideração a família parental.

Ezequiel Moraes (2009) traz uma reflexão interessante ao defende a desbiologização da guarda, que seria a possibilidade de a guarda do menor ser pleiteada por terceiros, levando em consideração o melhor interesse do menor. Sendo tal situação possível quando existente um vínculo socioafetivo entre o menor e a pessoa que substituirá os genitores e esse terceiro reúna as condições favoráveis para a obtenção da guarda.

Por esse viés, a guarda compartilhada seria deferida para qualquer pessoa que de fato exerce as funções paternidade/maternidade, independente de laços consanguíneos. Na desbiologização, deve-se levar em consideração os vínculos afetivos estabelecidos entre os familiares, mesmo que não biológico. É necessária para isso, uma interpretação extensiva dos artigos 1583 e 1584 do CC/2002 em conjunto com as cláusulas gerais do Direito Constitucional para garantia do melhor interesse do menor.

Nesse diapasão, o deferimento da guarda compartilhada a terceiro dependerá da análise da situação fática e do melhor interesse para o menor. Haja vista, a criança e o adolescente são sujeitos de direito, com liberdade, autonomia e dignidade e que merecem proteção integral diante das situações conflituosas que envolvem guarda, separações, relações familiares, priorizando sempre a preservação dos vínculos socioafetivos construídos e as situações fáticas quando forem convenientes a criança.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise do instituto da guarda compartilhada de forma extensiva, para além das relações biológicas de pai e mãe. Permitiu refletir, também, sobre a aplicabilidade do instituto entre genitores e terceira pessoa, tendo como parâmetro a parentalidade e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Compreendendo o instituto da guarda compartilhada para um contexto mais amplo de família.

De forma geral, a lei da guarda compartilhada se preocupou em regular o relacionamento entre genitores e seus descendentes com vista na continuação do poder parental conjuntamente, após divórcio ou dissolução; mas se esqueceu o legislador, de deixar claro sobre a possibilidade de terceiros, fora da relação maternidade/paternidade, pleitearem a guarda compartilhada.

Diante do caleidoscópio que envolve as relações familiares, observou-se que nem sempre as funções maternas e paternas são desempenhadas pelo pai e mãe biológicos. Às vezes são famílias cujo núcleo é o parental, resultado de famílias recompostas, construídos a partir de um vínculo socioafetivo com avós e tios, ou por qualquer pessoa que desenvolva com a criança essas funções.

Para abarcar esses modelos de família *sui generis*, a análise dos artigos 1583 e 1584, ambos do CC/2002, foram feitos de maneira extensiva e sistemática, tendo em vista que, o legislador não excluiu a possibilidade de terceira pessoa pleitear a guarda compartilhada junto com os genitores, o que não houve foi a utilização de plano da expressão ou alguém que os

substitua. Dessa forma, deve-se fazer um exercício interpretativo, de forma extensiva também do parágrafo 5º, do artigo 1584, CC/2002, com seu caput, ao afirmar que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser conferida a terceiros.

A utilização da doutrina forneceu para a pesquisa debate enriquecedor acerca da análise das relações familiares, sua formação e tipologia da família brasileira. Também contribuiu para o entendimento das modalidades de guarda, permitindo entender melhor alguns conceitos e discutir a guarda compartilhada, dentro do ordenamento jurídico.

A análise da legislação permitiu verificar os avanços e os embaraços legislativo com a inserção da lei de guarda compartilhada no cenário jurídico, entendendo pela possibilidade da aplicação do instituto da guarda compartilhada entre terceiros fora da relação maternidade/paternidade.

A análise jurisprudencial serviu para perceber que os magistrados, mesmo que timidamente, estão garantindo o exercício da parentalidade para quem de fato exerce essas funções maternidade/paternidade. O entendimento tem sido no sentido de garantir o melhor interesse para a criança, tendo em vista que os mesmos são sujeitos de direitos que merecem a preservação e proteção integral do Estado e da sociedade.

Dada a importância do tema, torna-se necessário o desenvolvimento de projetos que analisem com mais profundidade as relações familiares parentais, pois é um tema pouco debatido e atual, bem como refletir sobre a teoria da desbiologização da guarda compartilhada nesse cenário em que as relações familiares estão cada vez mais diversificadas.

Nesse sentido, a análise extensiva da lei de guarda compartilhada garante aqueles que exercem de fato as funções maternidade/ paternidade, mas que não o são biologicamente, a prestação jurisdicional adequada. E ao menor a preservação dos vínculos afetivos construídos com os anos de convivência com aqueles que para ele são de fato seus pais, independente da consanguinidade.

## REFERÊNCIAS

AKEL, A. C. S. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAÚJO, Clara & SCALON, Celi (org.). **Gênero, família e trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil nº 00052315120068050141**. Relator: Desembargadora Márcia Borges Faria. Salvador, BA, 17 de março de 2016. Disponível em:

<https://tjba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348727004/apelacao-apl-52315120068050141>. Acesso em: 2 mai. 2018.

BARRUFFINI, F. L. **A lei n. 11.698/2008 e a guarda compartilhada: primeiras considerações sobre acertos e desacertos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11501/a-lei-n-11-698-2008-e-a-guarda-compartilhada>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 3 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1147138**. Plenário, Rel. Ministro Aldair Passarinho Junior, São Paulo, SP, 11 maio 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14346054/recurso-especial-resp-1147138-sp-2009-0125640-2>. Acesso em: 2 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado nº 518**. Plenário, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 12 mar. 2016. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/587>. Acesso em: 3 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Só prova contra um dos genitores impede guarda compartilhada, diz Terceira Turma**. Brasília, 28 set. 2016. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/S%C3%B3-prova-contra-um-dos-genitores-impede-guarda-compartilhada,-diz-Terceira-Turma](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/S%C3%B3-prova-contra-um-dos-genitores-impede-guarda-compartilhada,-diz-Terceira-Turma). Acesso em: 02 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **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. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm). Acesso em: 3 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **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. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm). Acesso em: 3 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 52. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017.

DIAS, M. B. **Manual de direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. V. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONIZETTI, E. **Curso didático de direito civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil. v. XVIII.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves. A proclamação da liberdade de permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 18, p. 49-82, jun-jul. 2003.

GUIMARÃES, A. C. S. **Guarda: um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos.** IBDFAM, 2002. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/marilene/Guarda.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/marilene/Guarda.pdf). Acesso em: 7 out. 2017.

HORTA, Jose Carlos de Moraes. Guarda compartilhada. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 148, p. 1-8, maio 2016. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17244](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17244). Acesso em: 5 mai. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTELLI, F. S. **Guarda da criança: uma análise sócio-jurídica.** 1 ed. Santa Maria-RS: Clube de Autores, 2006.

MORAIS, Ezequiel. Os avós, a guarda compartilhada e a mens legis. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). **Guarda compartilhada.** Questionamentos sobre a lei 11.698/2008. São Paulo: Método, 2009.

NERI, Renata Viana. **Da posse do estado de filho: fundamento para a filiação socioafetiva.** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 06 jun. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48437&seo=1>. Acesso em: 5 mai. 2018.

OLIVEIRA NETO, José Weidson de e MEIRELES, Ivson Antonio de Sousa. O Princípio da Afetividade no Ordenamento Jurídico Brasileiro ANIMA: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET.** Curitiba, ano VI, n. 12, jul-dez/2014. ISSN 2175-7119.

RABELO, Sofia Miranda. **Guarda compartilhada: uma nova visão para o relacionamento parental.** 2004. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00409555620098190001.** Relator: Desembargadora Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo. Rio de Janeiro, RJ, 22 de outubro de 2010. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/390321272/apelacao-apl-409555620098190001-rio-de-janeiro-capital-12-vara-de-familia>. Acesso em: 2 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2010.