

Data de Aprovação: 19/12/2022

**A DIVISÃO ISONÔMICA DO TEMPO DE CONVIVÊNCIA NA
GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE ATENDER AO PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DOS FILHOS CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

João Victor de Paula Delafiori Hikiji¹

Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares²

RESUMO

A pesquisa possui como propósito apresentar o tempo isonômico - na guarda compartilhada - e, como ele é sustentado no ordenamento jurídico, na doutrina e nos princípios relacionados ao direito de família, partindo da problemática de disputa de tempo de convivência de crianças e adolescentes entre genitores. Ademais, o método de abordagem da pesquisa será descritivo, levado de uma premissa da observação das leis presentes no código civil, doutrina, e jurisprudência, princípios e suas interpretações para a prática. Essa pesquisa terá como método de procedimento o a buscar por respostas, por meio da exploração bibliográfica e documental, que irão comparar o tempo de convivência igualitário com outros tipos de convivência, observando assim as leis, jurisprudências, doutrina, princípios e as circunstâncias concretas do tema. Cabe falar também da evolução do Direito de Família, pois com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, e algumas decisões do Superior Tribunal Federal foram acrescentadas diversas espécies de família; as provindas de uniões estáveis, homoafetivas, monoparentais, multiparentais e etc. Logo, não se fala mais em esposo e esposa, apenas quando abordamos a guarda. Ao final, resta afirmar que as famílias são formadas pelo afeto e a guarda deverá ser exercício de direitos e obrigações dos genitores, quanto aos filhos crianças e adolescentes, nessas relações de socioafetividade.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (Uni-RN). E-mail: joaovpdh@gmail.com.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte(Uni-RN). E-mail: Emmanuelligondim@hotmail.com.

Palavras-chave: Tempo de convivência. Guarda compartilhada. Crianças e adolescentes. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

THE ISONOMIC DIVISION OF COHABITACION TIME IN SHARED CUSTODY AS WAY OF OBEYING THE PRINCIPLE OF PROTECTION FOR CHILDREN AND TEENAGERS

ABSTRACT

The research aims to present the isonomic time in shared custody and how it is supported in the legal system, in the doctrine and in the principles related to family law, starting from the problem of dispute of time of coexistence of children and adolescents between parents. Furthermore, the research approach method will be deductive, taken from a premise of observing the laws present in the civil code, doctrine, principles and their interpretations for practice. This research will have the comparative method of procedure, through bibliographic and documentary exploration, which will compare the time of egalitarian coexistence with other types of coexistence, thus observing the laws, jurisprudence, doctrine, principles and the concrete circumstances of the theme. It is also worth talking about the evolution of family law, since with the CF of 1988, the civil code of 2002 and some decisions of the STF, several types of family were added, those coming from stable, same-sex, single-parent, multi-parent unions, and others. Therefore, we no longer speak only of husband and wife only when we approach the guard. Therefore, we no longer speak of husband and wife only when we approach the guard. In the end, it remains to be stated that families are formed by affection and custody should be the exercise of rights and obligations of parents regarding their children and adolescents, in these socio-affective relationships.

KeyWords: Time of coexistence. Shared custody. Children and teenagers. Principle of the best interest of the child and adolescent.

1 INTRODUÇÃO

A parte do direito que trata de questões familiares de forma geral é denominado Direito de Família, como seu nome já propõe, é uma área que vai tratar também dos direitos individuais e da igualdade e conquistas como o divórcio, instituído pela Emenda Constitucional n. 9 em 1977, e o tratamento igualitário entre filhos independente de sua origem, disposto no art.227, §6º.

Ademais, tem-se a dissolução de uniões estáveis, pois a CF de 1988 trouxe o reconhecimento desse tipo de relacionamento. Além disso, tem-se as famílias reconstituídas em que, por exemplo, madrastas e padrastos entram na vivência de crianças e adolescentes, trazendo consigo - por vezes - novos avôs, avós, tios e tias. Assim, criando uma relação de afeto entre si, ficando uma dúvida se através da dissolução teriam direitos esses indivíduos que tiveram uma construção de uma relação socioafetiva com relação às crianças e adolescentes.

Diante dessa ótica, o ponto chave para o início da mudança de ótica sobre este ramo do direito foi a Constituição de 1988 que trouxe como um de seus pilares a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Logo, a forma de tratamento entre genitores, como nos referimos aos pais de uma criança e adolescente, também mudou.

Isso fica evidente ao olharmos para o passado e como as obrigações entre cônjuges eram divididas, pois diante da existência do pátrio poder - presente tanto na vida em sociedade, quanto na legislação - e, entendia que o pai seria o administrador da família com a responsabilidade de prover e a mãe com as obrigações domésticas. No entanto, hoje em dia é observável que esses deveres pertencem a ambos.

Além disso, um direito conquistado - através de mudanças na legislação - foi o divórcio, cabe dizer que alterações, na legislação sobre o tema, sofreram muita repressão da Igreja Católica, baseada no dogma da indissolução matrimonial. Logo, cidadãos que já haviam acabado o seu relacionamento não conseguiam dissolver o vínculo com seu outro cônjuge. Portanto, é um grande benefício, dos dias atuais o divórcio.

Contudo, esse direito traz diversas implicações à vida de indivíduos que não podem decidir sua situação diante de tal fato, esses seriam as crianças e adolescentes que, apesar de não decidirem sobre o fim do casamento de seus genitores ou responsáveis, acabam por ter suas vidas completamente afetadas e diante do divórcio

com filhos vemos nascer o instituto da guarda.

Logo, com o surgimento da guarda, conceituá-la se torna essencial para entendermos o que esse instituto. Sendo assim, podemos entender como a possibilidade de os genitores exercem sobre seus filhos o poder familiar, ou seja, os direitos e obrigações dos pais para com os filhos.

Do instituto da guarda temos suas ramificações como a guarda: compartilhada, unilateral e alternada. Neste artigo, iremos tratar apenas da guarda compartilhada na qual os pais têm a guarda constantemente. Não se confundindo guarda com convivência, pois a forma de divisão de convivência pode variar dentro de cada espécie de guarda.

A tese do presente artigo é a ideia e o fato de apesar da sugestão de convivência equilibrada, presente na legislação, sustentada pelo art. 1.583, parágrafo 2º, do CC pela Lei 13.058/2014, não é o que ocorre na realidade, pois muitas ainda seguem as mesmas convivências na forma de guarda unilateral.

Da convivência, cabe expor que sua divisão pode ser feita das mais diversas formas, mas diante da prioridade da guarda compartilhada faz-se lógico que ela deveria ser dividida de forma igualitária e esse é um dos argumentos que sustenta a tese do presente artigo.

Enfim, resta abordar o método de abordagem da pesquisa será descritivo, levado de uma premissa da observação das leis presentes no Código Civil, doutrina, e jurisprudência, princípios e suas interpretações para a prática. Essa pesquisa terá como método de procedimento a buscar por respostas, por meio da exploração bibliográfica e documental, que irão comparar o tempo de convivência igualitário com outros tipos de convivência, observando assim as leis, jurisprudências, doutrina, princípios e as circunstâncias concretas do tema.

2 PODER FAMILIAR DIANTE DO INSTITUTO DA GUARDA

O doutrinador Pontes Miranda, ao falar sobre poder familiar traz o contexto histórico Romano em que o *pater familias* (ou chefe da família) chegava a ter o direito de matar filho. No entanto, a partir do século II, esse controle a prole foi resumido apenas à correção de seus atos. Assim, fica evidente que uma das raízes do machismo do pai é fruto do passado da criação de nossa civilização atual e conforme avançamos no tempo

ocorreu limitação de tal controle dos responsáveis sobre a família.

Ademais, o Brasil colonial também apresentava poderes excessivos e que violavam os direitos humanos das crianças e adolescentes, pois diante das ordenações e leis do Reino de Portugal o pai poderia aplicar castigos corporais moderados aos seus filhos.

Porém, não é necessário retornar tanto - no espaço temporal - para encontrar excessos no uso do poder familiar o próprio código civil brasileiro com edição entre 1860 e 1865 trazia a possibilidade de castigo moderado e até mesmo do possível requerimento do chefe da família, se utilizando do poder paterno, para que ocorresse a detenção de sua prole, sendo assim, poderia chegar o filho a passar até quatro meses sendo punido dessa forma.

Atualmente, o poder familiar teve modificações em sua função, pois agora ele não mais sustenta um poder tirânico do pai, mas sim busca respeitar os melhores interesses da criança e do adolescente, ou seja, o responsável ainda exerce certo poder. No entanto, ele é balizado pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Isso é fruto de modificações nas leis infraconstitucionais, a própria nomeação como chamamos hoje de poder familiar já é um símbolo do avanço, porque o nome pátrio poder remete a ideia de um poder do pai sobre a família e assim expressa Madaleno:

A expressão pátrio poder induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí evoluindo para a denominação de poder familiar, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos, embora melhor exemplo advém do tratamento direcionado pelo Direito argentino de atribuir aos pais responsabilidades e não apenas poder, pois os filhos, diante dos novos conceitos constitucionais, são pessoas que participam ativamente neste processo de sua educação e, de acordo com cada etapa de sua evolução, passando pais e filhos a interagirem,¹² e cujo exercício da responsabilidade parental obedece à regra da autonomia progressiva das crianças e adolescentes, o que permitiu passar de uma noção de poder dos pais sobre os filhos, para a responsabilidade deles para com sua prole, devendo os pais, portanto, levar em consideração, com respeito aos filhos, a evolução de suas faculdades, direção e orientação apropriadas para que o filho exerça seus direitos em sintonia com seu gradativo crescimento e maturação (MADALENO, 2022, p.788).

Contudo, a palavra poder familiar não é aceita amplamente, pois doutrinadores como Paulo Lôbo (2005) e Maria Clara Sottomayor (2004) acreditam que o termo ainda seja retrógrado ao conter a palavra poder, sendo assim, invocando certa hierarquia, o

que não caberia aos princípios e ideias do direito de família atual, pois são sustentados no estado democrático de direito, que tem em seu bojo a ideia de igualdade. Ou seja, por mais que o termo poder familiar traga um avanço ao direito de família ele ainda não expressa certos princípios hoje adotados na legislação.

Nessa perspectiva, o poder familiar é formado por um conjunto de direitos e deveres, sendo assim, ele não tem uma única natureza jurídica. Além disso, o poder familiar atinge todos os filhos sendo eles de fora do casamento, socioafetivos e adotados. Ante o exposto, o poder familiar adota o princípio da igualdade em sua efetividade.

E isso está disposto em lei infraconstitucional, pois o Código Civil em seus arts. 1593 e 1630: “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

Dessa forma, o Código Civil de 1916, tinha como titular do poder familiar o pai e pela mulher de forma subsidiária, quando ele não se encontrava. Em consonância ao que já foi expresso no capítulo, a atualidade do ordenamento jurídico deseja que esse poder seja compartilhado entre os responsáveis. Portanto, respeitando o princípio da igualdade.

O artigo 226, §5º, da CF de 1988 ainda traz a igualdade do poder familiar para a união estável, sendo assim, a legislação não adota o poder familiar advindo de uma relação de casamento. Também nessa ótica, o artigo 21 do ECA e o art. 1.631 do Código Civil solidificam a ideia de que em ambas as formas de relação seja casamento ou união estável é dos pais o poder familiar, mas poderá ser exercido de forma individual, quando um dos pais não estiver presente.

Ademais, se encontrarem em discordância poderão até buscar o judiciário, verificando a resolução da disputa conjugal, podendo ter diversos objetos de litígios para iniciar a discussão.

Somado a isso, entrando no mérito do instituto da guarda, mesmo sendo ela unilateral, o genitor que não a possui não tem seu poder familiar dissolvido, pois está disposto nos artigos 1.632 e 1.636 do Código Civil. Entretanto, aquele que não reconhecer o filho não exercerá o poder familiar, como exposto no art. 1.636 do Código Civil. Diante do observado, o poder familiar não é facilmente destituído daquele que o possui.

Quanto ao divórcio, o poder familiar deveria ser mantido sem que houvesse alteração, mas isso não é a realidade - por vezes - a dinâmica entre responsáveis e filhos se torna um jogo vingativo entre os genitores, prejudicando suas próprias vidas e

a de seus filhos. Assim, apesar dos grandes saltos na legislação infraconstitucional, a realidade dos casos concretos foge do que ela prevê.

Diante disso, Madaleno (2022) expõe seu ponto sobre a dissolução de casamento ou união estável da seguinte forma:

Com a separação dos pais termina o ascendente guardião chamando para si as decisões mais imediatas da vida dos filhos sob a sua custódia fática ou legal, e ficando para os pais decidirem em conjunto as questões de maior porte e relevância, favorecendo o exercício da guarda compartilhada jurídica, se houver efetivo diálogo entre o casal separado. E essa é uma realidade que não tem como ser negada, pois em situações de ruptura deveria permanecer a cotitularidade e o coexercício do poder familiar, sendo esse o objetivo concreto da guarda compartilhada legal ou jurídica e que não se confunde com a nova guarda compartilhada física de divisão equilibrada do tempo de permanência dos filhos com o pai e com a mãe, inclusive como forma de reduzir e até eliminar o espaço muitas vezes utilizado pelos solitários guardiães de usar os filhos como instrumento de vingança e de chantagem contra o ex-parceiro, em atitudes passionais decorrentes de suas frustrações afetivas, onde o filho sempre é o único e verdadeiro prejudicado, proporcionando esta atitude impensada dos pais, graves abalos na formação psíquica da prole, alcunhada a prática como ato de alienação parental, e que deve ser enfrentada pelos mecanismos previstos na Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010.22 (MADALENO, 2022, p.790).

A lei 13.058/2014 instaurou a guarda compartilhada como sendo a principal guarda e uma das motivações é que a guarda unilateral é isola o genitor que não a possui de exercer seu poder familiar, mesmo que não o retire ela acaba por prejudicá-lo.

Não obstante, a guarda alternada ou guarda do “mochileiro” também limita a ação do poder familiar diante do fato que a alternância de guarda impede, temporariamente, sua ação por parte de um dos responsáveis. Ou seja, para que o poder familiar seja exercido - em equidade - a guarda familiar é a que chega mais próximo desse ideal, porque ela resguarda a autoridade de ambos os responsáveis a todo o momento.

O art. 229 da Constituição Federal de 1988, traz o que está inserido no poder familiar: assistir, educar, criar e outros deveres que são inerentes a ele. Em seguida, o Estatuto da Criança e do adolescente traz como dever o sustento, educação e guarda. Logo, sintetizando o que seria o poder familiar para a legislação como um todo.

Ao final, o poder familiar é um dos institutos mais importantes do direito de família e, ao longo desses anos, vem tendo diversas modificações para se adaptar aos novos tipos de família que vem nascendo.

3 DA GUARDA

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DO INSTITUTO DA GUARDA

O Código Civil sofreu uma modificação em 2008 e em 2014, com relação à disciplina da guarda, mas esse último foi majoritariamente importante, porque ocorreram mudanças significativas ao instituto e a guarda compartilhada passou a ser a preferencial.

Além disso, no art. 1.632 do CC em sua redação é uma das bases da ideia de guarda, pois o mesmo afirma que a dissolução matrimonial de qualquer tipo de união que tenha filhos, não deverá modificar o relacionamento entre pais e filhos, se não no direito dos pais da companhia de seus filhos. Ou seja, aqui podemos entender que o código afirma o fato de apenas a convivência entre pais e filhos ser alterada pelo divórcio.

Ademais, podemos entender que, em geral, a guarda seria uma das características do poder familiar, este que será explicado posteriormente. No entanto, não é algo inerente a ele, pois, por exemplo, em uma situação de tutela, o tutor terá guarda, mas não o poder familiar.

Logo, a guarda vai, em síntese, expor com quem o filho está. Logo, com a guarda também é a possibilidade de um dos responsáveis exercer poder familiar sob seu filho. Ou seja, entende-se por um direito em que o responsável terá de inspecionar e interagir com o filho. Portanto, pode-se entender também que quem possui a guarda dita o local de residência de referência da prole, mas, posteriormente no artigo, abordaremos o fato de não existir a necessidade de uma residência fixa. Entretanto, resta deixar aqui uma citação de Madaleno (2022) sobre guarda: “com relação aos pais, o vocábulo *guarda* consiste na faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole (MADALENO, 2022, p.498).

Somado a isso, além dos direitos que a guarda proporciona, também acompanham diversas obrigações dos pais com a criança. Com isso, o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), afirma o fato de os pais assistirem, moralmente e materialmente, a criança e o adolescente. Ademais, deve-se entender que independente do fim da relação conjugal dos genitores, qualquer um dos pais, inclusive terceiros, podem chegar a obter a guarda da criança e do adolescente.

Portanto, no caso de haver um divórcio consensual os pais poderão acordar sobre como irão proceder sobre a guarda. No entanto, quando isso não ocorrer, diante do § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, será estabelecida a guarda compartilhada, ou seja, o magistrado irá estabelecer a guarda compartilhada, mas isso não pode ser o caso se um dos responsáveis renunciar a guarda.

3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA LIGADOS A GUARDA

O Código Civil de 2002 traz consigo diversos princípios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ela, como nas outras áreas do direito, modificou o modo de pensar sobre direito de família, mas ainda assim é insuficiente, em alguns avanços culturais.

Segundo Rolf Madaleno, o Código Civil de 2002 traz avanços, mas mantém alguns retrocessos:

Promulgados novos princípios destinados a promover a releitura de um Direito de Família outrora engessado e hierarquizado, têm-se por revogados todos os dispositivos ainda insertos na legislação ordinária e em especial no vigente Código Civil brasileiro, que ainda contemplem, teimosamente, uma relação de privilégio ou, no caminho inverso, de discriminação e, lamentavelmente, o Código Civil de 2002 ainda carrega várias passagens de evidente e inadmissíveis regalias para o casamento em detrimento da união estável, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha aproximado os efeitos jurídicos do casamento e da união estável ao julgar a repercussão geral dos REs 878.694 e 646.721, que considerou inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do Código Civil, devendo ser aplicado a ambos o regime do artigo 1.829 do Código Civil (MADALENO,2022,p.83).

No entanto, existiram sim avanços como será exposto a seguir nos princípios do direito de família. O primeiro a ser abordado é o princípio da igualdade, que tenta impedir a discriminação a diversidade de todas as áreas como a de gênero sexual. Assim, a constituição de 1988 modifica a ideia de autoridade patriarcal e subordinação dos integrantes da família ao homem.

Logo, diante dessas mudanças entende-se que os pais ou responsáveis não tem mais uma diferença de autoridade sobre aqueles de quem possuem guarda, sendo assim, nenhum aspecto seja de gênero, financeiro ou etc. Deve influenciar na autoridade da guarda criando qualquer tipo de hierarquia.

Portanto, qualquer hierarquia criada entre os responsáveis pelas crianças e adolescentes é claramente inconstitucional.

Com os Direitos Humanos inseridos em diversos âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro, um dos princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito é o da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988, em seu primeiro artigo expressa esses apontamentos, o que só ressoa diante do fato de ser o primeiro artigo da Carta Magna.

Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho encaram o princípio da seguinte forma:

A noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias - estatais ou particulares - na realização dessa finalidade. (GAGLIANO e PAMPLONA, 2021, p.74).

Assim, foi se assumindo que não havia diferenças entre homem e mulher, logo, não faria mais sentido se entender os indivíduos através da estrutura ultrapassada do patriarcado. Também assim, pode ser aberto o espaço para se pensar em guarda compartilhada, pois nesse sentido começa a se entender que os papéis orquestrados anteriormente pelo homem e mulher podem ser invertidos.

Outro princípio que merece destaque é o do melhor interesse da criança e do adolescente. Ele é um dos símbolos do fim do patriarcalismo que trouxe uma nova dinâmica para família, pois esse fato trouxe uma relação de afeto para o entendimento de como funciona a família.

No âmbito do direito de família, Rodrigo da Cunha Pereira expõe o seguinte acerca do desse princípio:

Este princípio tem suas raízes na mudança da estrutura da família que se deu ao longo do século XX. Ao compreendê-la como um fato da cultura, e não da natureza, e com declínio do patriarcalismo, a família perdeu sua rígida hierarquia, sua preponderância patrimonialista e passou a ser o locus do amor, do companheirismo e da afetividade. E assim, as crianças e adolescentes ganharam um lugar de sujeitos, e como pessoas em desenvolvimento passaram a ocupar um lugar especial na ordem jurídica. Se são sujeitos em desenvolvimento, merecem proteção integral e especial e tem absoluta prioridade sobre os outros sujeitos de direitos. Esta ideia aparece pela primeira vez em 1959 na Declaração Universal dos Direitos da Criança, que em seu 2º princípio declarou que “a criança

gozará de proteção especial (...) ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que atenderá será o interesse superior da criança (PEREIRA, 2021,p.88).

Dessa forma, esse princípio consolida que crianças e adolescentes estão ainda para se tornar sujeitos com amplos direitos civis, sendo assim, é preciso que seus responsáveis busquem atender - e se preciso pleitear em juízo - seus direitos. Logo, ele deixa cristalino para a legislação o como deve ser balizado questões de divórcio na presença de crianças e adolescentes.

Além disso, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente trouxe outros avanços, por exemplo, as decisões começaram a diferenciar as relações parentais das conjugais, portanto, entendeu-se que a relação entre os responsáveis ser de conflito constante por provocação de um deles, não significa que o indivíduo conflituoso tenha a mesma dinâmica com seus filhos.

Ao final, cumpre destacar, ainda, o princípio da pluralidade das formas de família. A Constituição Federal de 1988 trata de trazer rol exemplificativo de formas de família não só levando em consideração a relação matrimonial, pois hoje temos as Uniões estáveis e homoafetivas que também merecem ter seus direitos resguardados. Em breve passagem, Rodrigo da Cunha Pereira expõe seu entendimento do princípio.

Este princípio tem suas raízes na mudança da estrutura da família que se deu ao longo do século XX. Ao compreendê-la como um fato da cultura, e não da natureza, e com declínio do patriarcalismo, a família perdeu sua rígida hierarquia, sua preponderância patrimonialista e passou a ser o locus do amor, do companheirismo e da afetividade. E assim, as crianças e adolescentes ganharam um lugar de sujeitos, e como pessoas em desenvolvimento passaram a ocupar um lugar especial na ordem jurídica. Se são sujeitos em desenvolvimento, merecem proteção integral e especial e tem absoluta prioridade sobre os outros sujeitos de direitos. Esta ideia aparece pela primeira vez em 1959 na Declaração Universal dos Direitos da Criança, que em seu 2º princípio declarou que “a criança gozará de

proteção especial (...) ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que atenderá será o interesse superior da criança (PEREIRA, 2021, p.94),

É por esse princípio que ocorre o respeito a grande diversidade de famílias que temos hoje em dia. É um fato que as famílias homoafetivas ou de união estável ainda possuem certas limitações legais em alguns sentidos. No entanto, com a Constituição Federal de 1988, ocorreram grandes avanços nos direitos desses indivíduos. Portanto, deixando diversas limitações dessas formas de família para trás e abraçando mais indivíduos com diferentes formas de relacionamento.

Um exemplo da efetivação desse princípio é a quantidade de novos relacionamentos que estão sendo vistos hoje em dia, logo, sem esse princípio resguardando os direitos desses novos relacionamentos não estaria tão evidente a presença desses relacionamentos no mundo contemporâneo.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA, UNILATERAL E ALTERNADA

O conceito de guarda compartilhada é um tipo de guarda que prevê a participação de ambos os pais na vida da criança e do adolescente, logo, diferentemente dos outros dois tipos de guarda conhecidos pelo direito de família brasileiro. Logo, diante da forte sintonia desse tipo de guarda com os princípios constitucionais apresentados ela se tornou regra e em relação a isso, Rodrigo da

Cunha Pereira, no seu livro “Direito das Famílias”, expõe:

Em nome do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, a guarda compartilhada passou a ser regra imposta pelo nosso ordenamento jurídico, embora, sob o aspecto constitucional já pudesse ser aplicada. Deve ser empregada até mesmo de ofício pelos juízes em caso de não acordo entre os pais (art. 1.584, II, § 2º). Apesar de grande dificuldade de aplicação prática – em razão da ausência de preocupação dos pais com essa situação diante do término da conjugalidade –, é justamente esse modelo que vai se adequar às questões discutidas sobre a continuidade do integral e efetivo exercício do poder familiar quando da separação fática ou divórcio dos pais (PEREIRA,2021,p.98).

Assim, conforme o autor, para que haja o respeito ao princípio do melhor interesse da criança e ao adolescente, devemos buscar a guarda compartilhada como alternativa.

Nesse contexto, o autor Rodrigo da Cunha Pereira, discorre que outros tipos de guarda, como a unilateral, permitem que com os pais, com ou sem intenção, utilizem-se dos filhos como vingança, pois teriam a guarda enquanto o outro não a teria e afirma “Aliás, a guarda única e o medo e resistência da guarda compartilhada estão diretamente relacionados à ideia de poder. É assim que o(s) filho(s), muitas vezes, se torna(m) “moeda de troca” no fim da conjugalidade”. (PEREIRA, 2021, p. 417)

Ademais, o autor citado, discorre sobre a guarda compartilhada e a legislação da seguinte forma:

Guarda compartilhada é, segundo definição legal, “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 (§ 1º, art. 1.583, do Código Civil de 2002, alterado pela Lei n. 11.698/2008). Esta Lei de 2008, consolidou novos paradigmas jurídicos sob a concepção do exercício do poder familiar, traz consigo o espírito do melhor interesse da criança e do adolescente: a separação é do casal, não dos filhos. Foi necessário uma outra lei para implementar de vez a “cultura” da guarda compartilhada. E foi assim que a Lei 13.058/2014 tornou obrigatória a guarda compartilhada no Brasil, já que antes era “sempre que possível”. Mesmo antes dessa obrigatoriedade, o STJ já havia assim se posicionado no REsp nº 1428596 / RS11, Rel. Min. Nancy Andrighi (PEREIRA, 2021. p.417).

Portanto, resta demonstrado que a guarda compartilhada é a que mais se adequa à legislação e princípios do direito de família e não só isso evita que as crianças e adolescentes sejam utilizadas como moeda de troca entre os responsáveis, logo, evitando o surgimento de novos litígios judiciais.

A guarda unilateral ou exclusiva é a modalidade em que um dos pais sozinho, possui a guarda. Em 2008 quando a guarda compartilhada chegou a se tornar uma possibilidade mais acessível diante da Lei n. 11.698 do mesmo ano, ainda era possível que a mesma fosse preterida e selecionada a unilateral. No entanto, em 2014, a guarda compartilhada, por artifício da Lei n,13.058 se tornou regra.

Além disso, apesar de não estar disposta nas leis infraconstitucionais, a guarda alternada se encontra presente em algumas decisões judiciais. Ela consiste na alternância de guarda constante que é acompanhada de também constante alternância de residência da criança e do adolescente.

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho dão a seguinte conceituação a esse tipo de guarda:

b) guarda alternada — modalidade comumente confundida com a compartilhada²⁹⁴, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: de 1.º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai direito de visitas, incluindo o deter o filho em finais de semanas alternados; de 1.º de maio a 31 de agosto, invertese, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos (GACLIANO E PAMPLONA, 2021,p.218).

3.4 DIREITO DE CONVIVÊNCIA E GUARDA

O direito de convivência é uma regra no direito de família, pois o que foge das decisões comumente vistas é a separação total do convívio com o um dos genitores. Isso costuma ocorrer somente em caso de uma clara situação em que a criança pode estar em situação de iminente perigo. Assim, discorrem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pampona Filho:

Pais e filhos, por princípio, devem permanecer juntos. O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal (GAGLIANO E PAMPLONA, 2021. P.417.)

Desse modo, o direito da convivência familiar além de ser um direito é um princípio do direito de família, porque só diante de exceções extremas os responsáveis são destituídos desse direito.

Além disso, o direito de convivência, na prática, será o direito de está na companhia do filho ainda criança ou adolescente, em dias pré-determinados e que deve ser resguardado em todos os modelos de exercício de guarda.

Ademais, o direito de convivência é dificilmente dissolvido de um de uma relação, pois mesmo um dos genitores, estando preso ele não perde o poder familiar o fornecendo o direito de ver seus filhos. Logo, a legislação trata disso no ECA em seu art. 23 §2º, *in verbis*:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1.º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção.

§ 2.º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Logo, as situações que levam a perda do direito de convivência são extremas e em consonância os doutrinadores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira (2016) versam que na CF art.36, n.5 o princípio da convivência está cristalino, logo só perderiam o direito de ver os filhos os pais que estivessem sendo negligentes aos seus deveres.

Uma observação interessante é que a convivência é um aspecto tão importante para o ordenamento jurídico que pode gerar indenização judicial inclusive.

Nesse sentido aponta o julgado a seguir:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DEPOIS DE LONGO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA. RUPTURA ABRUPTA DO VÍNCULO AFETIVO. DANO MORAL CONFIGURADO. REVISÃO DO "QUANTUM" COMPENSATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR QUE NÃO É EXORBITANTE. SÚMULA 07/STJ.

1. Controvérsia acerca do cabimento da responsabilização civil de casal de adotantes que desistiram da adoção no curso do estágio de convivência pelo dano moral causado ao adotando.2. Fundamentação recursal deficiente em relação aos artigos 46, 47 199-A, da Lei n.º 8.069/90, por ausência de correlação destes dispositivos com os fundamentos desenvolvidos, atraindo o óbice do enunciado da Súmula 284/SSTF.3. Questões submetidas ao Tribunal de origem que foram adequadamente apreciadas, não se evidenciando afronta aos artigos 489, § 1º, VI, e 1.022, II, do CPC.4. Inviabilidade de reapreciação da alegação de incompetência absoluta do juízo, em razão da preclusão consumativa. Precedentes desta Corte.5. Hipótese dos autos em que o adotando passou a conviver com os pretensos adotantes aos quatro anos de idade, permanecendo sob a guarda destes por quase oito anos, quando foi devolvido a uma instituição acolhedora.6. Indubitável constituição, a partir do longo período de convivência, de sólido vínculo afetivo, há muito tempo reconhecido como valor jurídico pelo ordenamento.7. Possibilidade de desistência da adoção durante o estágio de convivência, prevista no art. 46, da Lei n.º 8.069/90, que não exige os adotantes de agirem em conformidade com a finalidade social deste direito subjetivo, sob pena de restar configurado o abuso, uma vez que assumiram voluntariamente os riscos e as dificuldades inerentes à adoção.8. Desistência tardia que causou ao adotando dor, angústia e sentimento de abandono, sobretudo porque já havia construído uma identidade em relação ao casal de adotantes e estava bem adaptado ao ambiente familiar, possuindo a legítima expectativa de que não haveria ruptura da convivência com estes, como reconhecido no acórdão recorrido.9. Conduta dos adotantes que faz consubstanciado o dano moral indenizável, com respaldo na orientação jurisprudencial desta Corte Superior, que tem reconhecido o direito a indenização nos casos de abandono afetivo.10. Razoabilidade do montante indenizatório arbitrado em 50 salários mínimos, ante as peculiaridades da causa, que a

diferenciam dos casos semelhantes que costumam ser julgados por esta Corte, notadamente em razão de o adolescente ter sido abandonado por ambos os pais socioafetivos.¹¹. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

(REsp n. 1.981.131/MS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.)

Diante dessa perspectiva, como já explanado, o direito de convivência se diferencia da guarda em vários aspectos, pois para exercer a convivência tem-se que estar fisicamente junto os responsáveis e filhos, diferentemente da guarda em que os pais podem exercê-la estando distantes de seus filhos.

Ademais, o direito de convivência não necessariamente está terá uma única forma atrelada a um tipo de guarda, sendo assim, um responsável que não possui a guarda pode conviver mais com o filho do que um que possua a guarda compartilhada. Logo, a guarda não irá ditar o quanto um responsável deverá conviver com seu filho. No entanto, como na guarda alternada um requisito é a residência alternada, ou seja, obrigatoriamente, deverá ocorrer a troca de residências, garantido de certa forma certa convivência a guarda.

Assim, percebe-se que apesar da guarda ser um aspecto importante no direito de família. A convivência aparenta ser tratada com maior seriedade nas mais diversas fontes do direito, seja ela legislação, jurisprudência ou doutrina. Portanto, como será discutido em um próximo capítulo, as decisões devem se atentar também não em resguardar o mínimo de convivência, mas trazer isonomia para esse direito entre os responsáveis.

Portanto, atendendo melhor o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes e trazendo mais efetividade aos princípios que sustentam as leis infraconstitucionais atuais.

4.1 CONVIVÊNCIA EQUILIBRADA COM OBJETIVO DE ATENDER AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Código Civil trata apenas de duas formas de guarda: a unilateral e a compartilhada. No entanto, existem outros tipos de guarda que podem ser praticados como a de nidação, mas que acaba não sendo realidade significativa diante da realidade socioeconômica brasileira por envolver três residências.

Além disso, tem a guarda alternada que é também conhecida como a guarda do

mochileiro, pois ele acaba por transitar da casa do pai e da mãe constantemente, mas com a autoridade dos pais sendo também constantemente alternada, pois sobre a casa do pai ele só responderia ao pai. Assim, expressa Mario Delgado em seu artigo: “Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?”, fala:

Também não foi prevista no Direito positivo brasileiro a chamada “guarda alternada”: nela os genitores se sucedem, de forma alternada, no exercício exclusivo das responsabilidades parentais. Em outras palavras, na guarda alternada tem-se sucessivas guardas unilaterais ou exclusivas, exercidas pelo genitor que estiver com a custódia física naquele período. Afora a inexistência de previsão legal, penso que esse tipo de guarda não atende ao princípio do melhor interesse da criança, pois, além da mudança constante de residência, deixa a criança confusa, sem saber a que autoridade parental deve respeito, o que interfere nos seus hábitos, valores e padrões de vida. O que é bem diferente da guarda compartilhada com duas residências, onde o compartilhamento efetivo da autoridade parental incute na criança o sentimento de pertencimento a dois lares, afastando o paradigma do filho “mochileiro”, que passa a vida a transitar entre a “casa do pai” e a “casa da mãe (DELGADO, 2018).

Nesse sentido, não pode ser considerado que a guarda alternada possa respeitar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mas é preciso diferenciar “guarda alternada” e “residência alternada”, pois Miguel Delgado trata dos dois termos da seguinte forma:

Impende esclarecer que “guarda alternada” e “residência alternada” são situações completamente distintas, não obstante a “guarda alternada” sempre pressuponha a alternância de residências. A expressão “residência alternada” tem sido utilizada para caracterizar um regime de distribuição igualitária do tempo de convivência “doméstica” dos filhos com os genitores, nos termos previstos no artigo 1.583, parágrafo 2º do CCB, de forma consistente e estável, quer seja semanalmente, no sistema quatro dias vs. três dias alternativamente, quer seja mensalmente, no modelo “mês com o pai”/“mês com a mãe”, ou ainda por qualquer outro período de rodízio previamente estabelecido e cumprido com rigor, mantendo-se, em qualquer hipótese, a estabilidade dos períodos de convivência (DELGADO, 2018).

Diferentemente, da guarda alternada a residência alternada não está vinculado a um tipo só de guarda, pois como exposto guarda não é sinônimo de convivência, logo, pode-se ocorrer a situação de residência alternada até em guarda unilateral.

Cumprido ressaltar, ainda, que em relação a esse ponto ocorre um equívoco de se associar a residência alternada a guarda alternada, mas como já exposto no parágrafo anterior, ocorre que são institutos diferentes. Ademais, isso começou a ocorrer com a edição da já citada Lei 13.058/2014, em que deveria ser chamado de guarda

compartilhada com duas residências. Foi internalizado como guarda alternada erroneamente. Para nenhuma das guardas existe o requisito de mais de uma residência, porque, como demonstrado ao longo do artigo, a guarda é um instituto muito mais complexo envolvendo muito mais requisitos.

A importância do direito de convivência para o direito, explicitada ao longo do artigo, vem, novamente, como aspecto importante, quando falamos de residências, porque ainda está diretamente ligado a isso, pois tendo mais de uma residência na relação às crianças e adolescentes possivelmente teriam convivência em equidade com ambos os responsáveis. Em sintonia com o exposto Rodrigo da Cunha Pereira afirma:

O próximo passo evolutivo em direção à proteção das crianças e adolescentes é entender que, na maioria dos casos, os filhos podem ter duas casas. Crianças são adaptáveis e maleáveis e se ajustam a novos horários, desde que não sejam disputadas continuamente e privada de seus pais. O discurso de que as crianças/adolescentes ficam sem referência, se tiverem duas casas, precisa ser revisto, assim como as mães deveriam deixar de se expressarem que “deixam” o pai ver e conviver com o filho. Ao contrário do discurso psicologizante estabelecido no meio jurídico, e que reforça a supremacia materna, o fato de a criança ter dois lares pode ajudá-la a entender que a separação dos pais não tem nada a ver com ela. As crianças são perfeitamente adaptáveis a essa situação, a uma nova rotina de duas casas, e sabem perceber as diferenças de comportamento de cada um dos pais, e isso afasta o medo de exclusão que poderia sentir por um deles. Se se pensar, verdadeiramente, em uma boa criação e educação, os pais compartilharão o cotidiano dos filhos e os farão perceber e sentir que dois lares são melhor do que um (PEREIRA, 2022).

Nessa perspectiva, deve-se atentar que quando se adentra ao instituto da guarda o cerne é a atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente com relação a convivência com seus pais.

Sem dúvida, é importante que os responsáveis tenham a noção de que a dissolução da união estável ou divórcio não finaliza o relacionamento entre eles, após esse relacionamento não é extinto completamente ele se transforma em um novo.

Desse modo, a legislação em diversos momentos prioriza a proteção da criança e do adolescente e reforça que o fim da união estável e o divórcio não deve prejudicar, em nada, as relações parentais, pois somente assim se alcançará o melhor interesse da criança e ao adolescente.

O fato do tempo de convivência consumir tanto espaço no divórcio litigioso advém de uma guerra de gêneros e Rodrigo da Cunha Pereira dá seu parecer da seguinte forma:

Já disse isso em outras ocasiões e reitero: é preciso entender as necessidades das crianças. E parar com essa verdadeira guerra de gêneros (gender war) que se esconde por trás das disputas sobre divisão do tempo de convivência na guarda compartilhada. Pai e mãe não se podem portar como ganhadores ou perdedores, pois cada um tem contribuições únicas a fazer ao desenvolvimento e à individualidade de seus filhos. A divisão isonômica do tempo assegura o envolvimento de ambos os pais em importantes aspectos (e verdadeiros rituais) da rotina diária dos filhos, incluindo o “pôr para dormir”, o “acordar”, o “levar e buscar na escola” e tudo o mais de que os pais não residentes ficam privados (PEREIRA, 2021).

O objetivo final dessa discussão é esclarecer que para que ambos os pais se comprometam com seu dever perante a relação parental é necessária uma divisão isonômica do tempo de convivência dos filhos com seus pais. Logo, concretizando o que o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente almeja.

5. CONCLUSÃO

Ante ao exposto, o instituto da guarda teve seu amadurecimento, como demonstrado no artigo, que anteriormente era entendido como dever da mãe, passa a ter uma visão mais plural diante das modificações na cultura, sociedade e Estado. Logo, o dever de exercer autoridade passa a ser de diversos indivíduos nas relações de família.

Com a consolidação da guarda compartilhada, anteriormente citada no nosso ordenamento jurídico, se tornou comum decisões judiciais, reconhecendo a guarda compartilhada como a que se encaixaria ao caso concreto em questão.

Desse modo, dando espaço também para que o tempo de convivência seja mais igualitário entre os responsáveis.

No entanto, esse aspecto não foi consolidado como o da guarda compartilhada, ou seja, diversas vezes ainda é observado a guarda compartilhada no caso concreto, mas tempos de convivência semelhantes aos anteriores. Nessa perspectiva, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não está sendo totalmente obedecido, pois de nada adianta resguardar a autoridade de ambos os responsáveis se um não terá a oportunidade de exercê-la da forma minimamente semelhante ao primeiro.

Dessa forma, também faz-se necessário que os magistrados analisem individualmente, para observar se as crianças e adolescentes estão resguardadas para conviver com ambos os responsáveis da mesma forma e não sendo postas e nenhuma situação de risco devido a isso, pois isso iria de encontro ao pilar da tese desse artigo que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Conclui-se que não basta apenas a guarda compartilhada, para atender ao princípio do melhor interesse a criança e o adolescente. É necessário também que essas crianças tenham o direito de conviver de forma igual com seus pais, pois antes de tudo os que devem ter seus direitos resguardados, primariamente, não são os dos pais, mas sim dos que ainda não possuem capacidade de litigar pelos seus próprios interesses.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <L10406compilada.(planalto.gov.br)>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90. São Paulo, Atlas, 1991. Cf. Guarda compartilhada: o filho não é de um nem de outro, é de ambos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>. Acesso em: nov. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Max Limonad Editor,

1947. v. III, p. 109.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Do poder familiar. In: **Direito de Família e o novo Código Civil. 4.** ed. Belo Horizonte: Del Rey. Dias, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), 2005. p. 147.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977. In: **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977.** Coimbra: Coimbra Editora. v. I, 2004, p.133-134.