

ESCOLA DE DIREITO

FERNANDA MULLER MONCKS

**A GUARDA ALTERNADA E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA/ADOLESCENTE**

Porto Alegre

2024

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família é um dos ramos mais sensíveis e humanos no âmbito jurídico. O mundo das leis é pautado por regras, entendimentos e padronizações, mas como encaixar algo tão único e inexato como a realidade de cada família dentro dos ditames dos dispositivos legais? Cada caso é um caso afirma o ditado popular, que se enquadra perfeitamente no olhar que os julgadores devem ter diante dessas pautas.

A quebra do vínculo existente entre um casal, seja através de um divórcio ou da dissolução de uma união estável, envolve aspectos diversos que afetam a vida dos sujeitos em questão, desde emoções, patrimônio, mudanças de rotina. Porém, todo esse cenário se potencializa quando há uma prole comum, uma ou mais crianças ou adolescentes que serão inevitavelmente atingidos com a separação de seus genitores.

Por óbvio, quando o ex-casal consegue estabelecer um diálogo saudável, privilegiando o melhor interesse do filho, essa mudança na vida do infante se torna menos traumática e dolorosa. Entretanto, ainda assim se sabe que a vida do menor de idade será, em muitas vezes, intensamente modificada.

O instituto da Guarda de Família regulamenta justamente essa mudança e, como este estudo abordará, existem diferentes modalidades previstas no ordenamento jurídico, como a guarda unilateral de apenas um dos genitores, a guarda compartilhada entre ambos e a guarda deferida a terceiros, quando, por motivos diversos, observa-se que um ou ambos os pais não possuem mais condições de criar o filho, resultando na extinção do poder familiar, podendo-se citar como exemplo quando há envolvimento com drogas e situações perigosas ao desenvolvimento da criança.

No entanto, este trabalho tem o intuito de analisar uma nova modalidade, ainda não subscrita na lei brasileira: a chama guarda alternada. Trata-se, em verdade, de uma variação da guarda compartilhada, a qual é atualmente a regra no ordenamento jurídico pátrio, entendendo-se que ambos os genitores, ainda que separados, possuem iguais responsabilidades e direitos em relação a seus filhos.

A guarda compartilhada, todavia, é usualmente fixada pelo Juiz da Vara de Família em sentença ou transacionada entre as partes, com o aval do Poder

Judiciário, com uma residência fixa, em sua maioria na casa materna, relegando para o outro genitor (na maioria das vezes, o pai) a convivência em dias e horários pré-estabelecidos, como os fins de semana alternados e o pernoite nas quartas-feiras.

Porém, como já dito, o Direito de Família é uma matéria complexa, que reflete, também, mudanças de paradigma na sociedade. Nas últimas décadas observamos, no Brasil e no mundo, a modificação do papel da mulher na sociedade, assumindo um maior protagonismo em suas carreiras. Nesse contexto, é salutar entender que a dinâmica familiar também mudou, abrindo espaço e também a necessidade para que o pai contribua mais ativamente na vida da prole, tantos nos cuidados atinentes à rotina diária quanto em um envolvimento emocional maior com o filho.

Sabe-se que essa realidade não é presente em muitas famílias, causando uma intensa sobrecarga na mulher. Todavia é inegável que esta mentalidade patriarcal vem se modificando e, com ela, surgem novas situações a serem observadas pelo Direito. Caso um desses pais que participava ativamente do dia a dia da criança venha a se separar da mãe do infante, torna-se óbvio que passar a ver a criança a cada quinze dias traria um alto impacto na vida do filho.

Com essa realidade em vista, denota-se um aumento significativo junto ao Judiciário da já antes referida guarda alternada, a qual é estabelecida muitas vezes como uma rotina de metade da semana na casa de cada pai ou mesmo semanas alternadas em cada lar. No entanto, tal modalidade ainda não está expressamente prevista no Código Civil brasileiro e encontra grande resistência nos julgadores e também membros do Ministério Público chamados a opinar na condição de custos legis.

O contraponto está na falta de rotina que o infante teria e o impacto da ausência de um lar único e fixo, podendo ocasionar danos psicológicos, tais como ansiedade, medo e angústia.

Dentro desta ambivalência se encontra um importante ponto a ser analisado e estudado no âmbito do Direito de Família, sendo o que se pretende com este artigo, inclusive com a exposição, no “Anexo I”, do entendimento de quatro magistrados atuantes neste âmbito jurídico.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA/ADOLESCENTE

A promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 inaugurou um novo tempo no âmbito jurídico e, principalmente, no contexto social brasileiro. Os direitos individuais e coletivos passaram a ter um novo olhar, prezando pelo bem-estar de todos os brasileiros, com destaque para aqueles que necessitam maior atenção, como, por exemplo, as crianças e adolescentes.

2.1 Princípio da proteção integral

O Princípio da Proteção Integral tem seu lastro no Artigo 227 da Magna Carta, sendo importante destacar também os ditames do Artigo 229 da Carta Federal, o qual explicita os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, na medida em que destaca a responsabilidade dos pais em prover as necessidades dos filhos.

O conceito de proteção especial da criança foi semeado através da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada em 1959. Sobre esse tópico, Madaleno (2023) leciona que o Princípio 2º desta Declaração destaca que o infante deve gozar dessa proteção especial, devendo ser-lhe dadas oportunidades e facilidades legais e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social em um ambiente saudável e normal, e em condições de liberdade e dignidade.

Nessa mesma toada, é importante destacar ainda a importância da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças de 1989, a qual foi promulgada no Brasil através do Decreto Nº 99.710/1990. Em seu Artigo 3º, assim está disposto:

Art. 3º: 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 interesse maior da criança.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 em paralelo às diretrizes internacionais que passaram a pautar os tópicos referentes às crianças e

adolescentes proporcionaram o cenário ideal para que a sociedade brasileira fosse estimulada a colocar foco nas questões relativas aos menores de idade e foi este contexto que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado através da Lei Nº 8.069 de 13 de julho de 1990, reconhecido como o grande marco na proteção da infância e adolescência no país.

O ECA, como é popularmente conhecido o Estatuto da Criança e do Adolescente, teve papel fundamental na história jurídica brasileira, pois se caracteriza por ser um conjunto de normas para garantir os direitos das crianças e adolescentes de 0 a 17 anos, tendo sido integralmente elaborado com o intuito de preservar o interesse dos menores de idade. Em seu artigo 3º, a referida legislação expressamente define que estes deverão receber proteção integral.

Nesse contexto, pode-se colacionar decisão recente proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual versa sobre decisão que destituiu a genitora do poder familiar com vistas à proteção do menor de idade de situações de risco, tudo com base no Princípio da Proteção Integral, conforme abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR JULGADA PROCEDENTE. INCLUSÃO NO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO. RETORNO DA CRIANÇA AO CONVÍVIO DA MÃE BIOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. MEDIDA QUE MELHOR ATENDE A PROTEÇÃO E INTERESSE DA MENOR. Evidenciado que a genitor não reúne condições mínimas de assumir responsabilidades em relação à proteção do menor, cujo melhor interesse deve ser priorizado. Inexistindo qualquer possibilidade de reintegração da genitora com o filho, havendo, no caso, indícios de adoção irregular da criança e falta de vontade e condições da mãe em assumir o filho Pedro, inclusive, constatado, conforme parecer técnico e social, haver divergências nas conversas da mãe quanto a referida adoção realizada, inclusive sobre o suposto pai da criança, não havendo segurança de que a genitora teria condições de proporcionar os cuidados de proteção necessários ao menor. Assim, prevalecendo os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança, correta a sentença de procedência da ação, portanto, que destituiu o poder familiar da genitora. Precedentes do TJRS. PREQUESTIONAMENTO. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões que entendeu

o julgador pertinentes para solucionar a controvérsia que foi instaurada através do recurso. Apelação desprovida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Nº 50084712520238210010, Sétima Câmara Cível. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 11-09-2024).

A decisão proferida em sede de Apelação, pelo Tribunal de Justiça do RS manteve aquela proferida pelo Juiz de 1º Grau, a qual determinou o encaminhamento da criança para se reintegrar à família substituta, na qual já vinha vivendo no plano fático, visto que a genitora não possui condições mínimas de dar amparo à filha e referindo ainda que o laudo pericial elaborado evidencia que o contexto demonstra que não há prova da vontade do exercício real da maternidade, e que há, na realidade, intenção da genitora de entregar o filho para o casal que vinha exercendo o papel de família substituta. A decisão baseou-se no Princípio da Proteção Integral, pelo qual a sociedade como um todo fica obrigada a oferecer esta proteção integral aos menores de idade.

Assim, este princípio explicita que é dever principal da família, do Estado e da sociedade assegurar que os menores de idade sejam tratados com prioridade, especialmente no sentido de garantir a eles os seus direitos fundamentais básicos, tais como saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, bem como protegê-los de todo tipo de violência.

2.2 Princípio do Melhor Interesse da criança/adolescente

Acerca do Princípio do Melhor Interesse da criança/adolescente, o pesquisador Rolf Madaleno (2023) destaca que o legislador constituinte conferiu prioridade aos direitos da criança e do adolescente, ressaltando os seus direitos em primeira linha de interesse, por se tratar de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade.

Este princípio é de extrema importância quando se fala acerca dos menores de idade eis que, conforme preceituado por Dantas (2017), tal princípio reconhece o estado peculiar de desenvolvimento da criança e assegura a esta o respeito ao seu melhor interesse, bem como a prioridade absoluta de seus direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente previu em seu artigo 4º que toda a sociedade deverá privilegiar os interesses das crianças e adolescentes, proporcionando a estes que sejam cumpridos os direitos fundamentais 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.

Acerca deste princípio, é fundamental que este sirva como norteador da ideia de que os interesses e direitos dos menores de idade devem sobrepor-se ao dos adultos, devendo estes serem tratados como sujeitos de direitos, com identidade própria e também uma identidade social. Para PEREIRA (2023, p.82), “zelar pelo interesse dos menores de idade é cuidar de sua boa formação moral, social, relacional e psíquica. É preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social”.

Nesse contexto, importante colacionar decisão recente proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da qual fica claramente externada a ideia de que os Princípios do Melhor Interesse da Criança e Adolescente e o Princípio da Proteção Integral devem embasar as decisões acerca da guarda e convivência com os pais.

No caso em apreço, foi proferida decisão interlocutória pelo Juiz de Direito da Vara de Família, regulamentando que a guarda provisória do filho de 03 anos seria exercida de forma unilateral pela mãe, já que assim já vinha sendo exercida no plano fático, e a convivência paterno-filial como sugerida pelo genitor. Porém, este se insurgiu da decisão através de Agravo de Instrumento, o que deu origem à decisão colacionada abaixo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE OFERTA DE ALIMENTOS, C/C GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PLEITO DE FIXAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA COM AMPLIAÇÃO DAS VISITAS. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO CUIDADOSA DA SITUAÇÃO FAMILIAR, COM A DEVIDA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A GUARDA E AS VISITAS DEVEM SER DETERMINADAS COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO, BUSCANDO UM SISTEMA QUE EQUILIBRE OS DIREITOS DOS PAIS COM OS INTERESSES DOS FILHOS, EM OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA

CRIANÇA. 2. NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO DA REAL SITUAÇÃO DO NÚCLEO FAMILIAR, COM A ADEQUADA COLETA DE PROVAS, DE MODO QUE, PELO MENOS POR ENQUANTO, A GUARDA COMPARTILHADA E A AMPLIAÇÃO DAS VISITAS NÃO É APROPRIADA. 3. CABÍVEL QUE SE REAVALIE O REGIME DE GUARDA E VISITAÇÃO EM QUALQUER MOMENTO, VISANDO SEMPRE ASSEGURAR QUE ESTEJA EM CONSONÂNCIA COM O BEM-ESTAR DA CRIANÇA. RECURSO DESPROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento, Nº 50390682220248217000, Sétima Câmara Cível. Relator: Rada Maria Metzger Képes Zaman. Porto Alegre, 30-09-2024).

A decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento, pelo Tribunal de Justiça do RS manteve aquela proferida pelo Juiz de 1º Grau, baseando-se justamente no Princípio do Melhor Interesse da Criança/Adolescente e na ideia de que deve se buscar um sistema que equilibre os direitos dos pais com os interesses dos filhos, justificando que não se verificava urgência na medida solicitada e que haveria o óbice de os genitores residirem em cidades distintas. Além disso, pontuou que, com a instrução probatória, poderia vir a ser modificado o regime de guarda e convivência.

Por todo exposto até aqui, resta claro que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente deverá ser sempre o verdadeiro norteador das relações familiares, inclusive e notadamente após a extinção do vínculo de casal que unia os genitores. Rolf Madaleno assim resume:

Dessa forma, seria inconcebível admitir pudesse qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tábula rasa do princípio dos seus melhores interesses, reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que desrespeite as instâncias prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Carta Federal (MADALENO, 2023, p. 110).

No contexto do melhor interesse da criança/adolescente, não se pode deixar de falar da guarda, a qual é o objeto principal deste estudo. Acerca deste tema, Rodrigo da Cunha Pereira destacou a importância da prevalência deste princípio no tocante à guarda.

O conteúdo da guarda, como se pode perceber, vai além do aspecto obrigacional ou dever de cuidado e proteção dos pais para com os seus filhos impostos pela lei: são relações de sentimentos que envolvem os integrantes de uma família, mesmo que não se encontrem residindo no mesmo lar. Essas relações, que têm a finalidade de cuidar do melhor interesse da criança e do adolescente, indispensáveis para um regular e saudável crescimento moral e ético dos filhos e, sobretudo, visando atender aos seus direitos fundamentais (PEREIRA, 2018, p.353).

Embora seja constantemente avocado nas decisões judiciais, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescentes pode, entretanto, parecer vago e impreciso, de acordo com o autor Grisard Filho.

Porém, resta vaga e imprecisa a noção de interesse do menor, apesar de constantemente utilizada pelos textos legais, pela doutrina e pela jurisprudência, principalmente essas duas últimas. Sendo básico, não determiná-lo tornar-se-ia perigoso. Por certo, o arbítrio do juiz em cada caso concreto, como dito anteriormente, é o primeiro elemento da caracterização da noção, que não encontra moldura legal, nem uma pauta estereotipada, que a reduz a um conceito limitado, inafastável e claro. Sua noção não se encontra em tabelas existentes previamente. Desta sorte, pretender defini-lo é tarefa inútil, pois o critério só adquire eficácia no exame prático do interesse em questão. Ele não é um fim em si mesmo, mas um instrumento operacional à determinação da guarda utilizada pelo Juiz. É o Juiz que, examinando a situação fática, determina a partir de elementos objetivos e subjetivos qual é, verdadeiramente, o interesse de determinado menor em determinada situação de fato (GRISARD FILHO, 2010, p. 76).

Porém, ainda que haja lacunas e espaço para definições e discussões acerca do tema, é irrefutável perceber que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente, aliado ao Princípio da Proteção Integral, é o grande basilar quando se trata acerca de Direito de Família envolvendo os interesses de menores de idade.

3 A GUARDA DE FAMÍLIA E SUAS ESPÉCIES

A guarda no âmbito do Direito de Família pode ser entendida como a responsabilidade atinente aos genitores ou responsáveis perante os menores de idade, pelos quais os menores deverão zelar, proteger e proporcionar um ambiente social, psicológico e material saudável para que a criança cresça e se desenvolva de forma plena, fornecendo o necessário apoio moral e material para que assim aconteça. Em outras palavras, ser o verdadeiro “porto seguro” que estes precisarão ao longo de toda sua vida.

Nessa toada, Pereira (2023) leciona que a guarda significa o poder-dever dos pais de ter seus filhos em sua companhia para educá-los e criá-los.

A principal função desse instituto é cumprir o dever de assistência e cuidado, provimento material e moral e, sobretudo, a atuação direta e fundamental no processo de formação dos filhos, ou seja, uma verdadeira função protetiva e promocional, em todos os aspectos (PEREIRA, 2023 p. 411).

O Artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, chancela a garantia da convivência familiar, consistente no direito da criança de ser criada e educada no seio de sua família natural e, excepcionalmente, em família substituta, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Esta responsabilidade decorre do chamado poder familiar. Nesse sentido, Rosa (2015) destaca:

Trata-se de um caminho de mão dupla, pois impõe deveres e reconhece direitos, não se podendo ignorar que o seu exercício se concentra, exclusivamente, no interesse do filho. O poder familiar, hoje, é visto como um dever dos pais em relação a seus filhos. Ele não se limita à educação e aos cuidados físicos, mas se estende para proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades das crianças e adolescentes, e os alimentos, por sua vez, são meios de obter melhores condições de crescimento físico, emocional e intelectual dos filhos (ROSA, 2015, p. 14).

Dentro desse contexto é imprescindível que os aspectos concernentes à guarda devem ser pautados pelos Princípios da Proteção Integral e o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, conforme destaca Madaleno (2023), considerando-se como critério importante para definição da guarda apurar a felicidade dos filhos e não os interesses particulares dos pais ou para compensar algum conflito conjugal dos pais, concedendo a guarda como um prêmio ao genitor considerado menos responsável pela separação.

Assim, destaca-se ainda que a guarda faz parte da estrutura de autoridade dos pais, assim, ainda que haja o fim do vínculo conjugal, a função parental e a guarda jurídica permanece para ambos. Nesse sentido os genitores, mesmo que não estejam mais vivendo juntos, deverão ser incumbidos igualmente no encargo de cuidado e proteção dos filhos,

No Direito brasileiro, o instituto da guarda possui as seguintes espécies: guarda unilateral, guarda compartilhada e a guarda concedida a terceiros.

Entretanto, a doutrina prevê ainda outras duas modalidades: guarda nidal e guarda alternada. As referidas modalidades serão analisadas a seguir.

3.1 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei nº 11.698/2008, a qual alterou os arts nº 1.583 e nº 1.584 do Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, em nome do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Entretanto, a alteração mais significativa deste paradigma aconteceu após discussão do tema e com o avanço da sociedade em termos de igualdade entre homens e mulheres e sua participação na criação dos filhos, culminando, então na promulgação da Lei nº 13.058/2014, a qual, por seu turno, instituiu a guarda compartilhada como regra e alterou os artigos nº 1.583, nº 1.584, nº 1.585 e nº 1.634 do Código Civil Brasileiro.

Desse modo, a guarda compartilhada hoje é vista pelo ordenamento jurídico brasileiro como a regra entre as relações familiares no que tange aos cuidados com os filhos após o divórcio dos pais e dissolução de união estável, tornando exceção a chamada guarda unilateral. O parágrafo 2º do Art. 1.583 do Código Civilista explicita que 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.

O advento da promulgação da Constituição Federal Brasileira, em 1988, trouxe para as famílias uma gama de deveres, especialmente no concernente à responsabilidade dos pais, os quais deverão exercer a guarda e proteção dos filhos, promovendo as condições para seu crescimento e desenvolvimento.

Nesse contexto, o fim do vínculo conjugal não deveria ser encarado como o fim da família. É imprescindível que seja mantida a convivência com ambos os genitores a fim de garantir a proteção dos respectivos direitos das crianças e adolescentes: “Esse é o exercício da autoridade parental, que não é, e nem deve ser atribuído a apenas um guardião, pois os deveres e os direitos relativamente aos filhos não se extinguem com o fim da conjugalidade” (PEREIRA, 2018, p. 349).

Na época em que esta nova regulamentação entrou em vigor, uma das ressalvas ao modelo da guarda compartilhada era a de que deveria haver consenso entre os pais. Entretanto, pode-se entender que o respaldo legal da norma jurídica se demonstra ainda mais importante quando não há concordância entre os pais, já que um destes pode obstaculizar a convivência do outro com a prole. Nesse sentido, uma decisão tomada por uma terceira pessoa (no caso, o Juiz) funciona como justamente uma garantia de que ambos genitores continuarão a ter o convívio com os filhos respeitado. Sobre o tema, Pereira (2023) assim refletiu:

Na prática, a guarda compartilhada quebra uma estrutura de poder contida na guarda unilateral. Além disto, promove a igualdade entre os genitores, não fazendo nenhum tipo de distinção, menos ainda sobre quem teria melhores condições para o exercício da guarda, pois, presumidamente, ambos os pais as têm (PEREIRA, 2023, p.413).

O Judiciário, por sua vez, deve assim proceder, não cabendo restringir a guarda a apenas um dos pais. Conforme Grisard filho (2010), não se pode confundir uma melhor condição financeira de algum dos pais com maior aptidão pessoal para o exercício da guarda.

3.2 Guarda unilateral

A guarda unilateral, hoje relegada para opção secundária e mais gravosa quando há a dissolução do vínculo conjugal dos casais que possui filhos, pode ser entendida como a ideia de que apenas um dos genitores ficaria com o encargo de cuidar a prole e tomar as decisões necessárias para o seu dia a dia, deixando para o outro apenas um regime de convivência que pode ser, de certa forma, limitado.

Como já referido anteriormente, a guarda unilateral passou a ter caráter excepcional em virtude de que ambos os genitores estão aptos a exercer o poder familiar, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja exercê-la, conforme preceitua o Art. 1584, § 2º, do Código Civil Brasileiro.

Em uma ação que versa sobre guarda, os magistrados, em sua maioria, optam por se apoiar em um parecer pericial oriundo de laudos emitidos por assistentes sociais e psicólogos para definir a melhor maneira de estabelecer o regime de guarda e convivência entre os pais, vez que, através de entrevistas com o

núcleo familiar e, por vezes, visitas ao ambiente residencial onde a criança vive, o profissional consegue entender a dinâmica familiar e opinar pelo melhor arranjo, tendo sempre como norte os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança, já referidos anteriormente neste trabalho.

Entretanto, não se pode olvidar as situações em que a beligerância existente entre o ex-casal acaba por contaminar a relação com os filhos o que, dependendo do caso concreto e da análise de situações específicas, pode levar o magistrado a conceder a guarda unilateral a um dos genitores. Nesse sentido, destaco jurisprudência fixada pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PRETENSÃO DE ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. DESATENDIMENTO DO MELHOR INTERESSE DA INFANTE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA Nº 7 DO STJ.

1. Ação de guarda movida pelo recorrente contra a recorrida pretendendo permanecer com a guarda unilateral da filha do casal, nascida em 1 de dezembro de 2012, estando, à época, com aproximadamente dois anos de idade.

2. Guarda unilateral da criança mantida em favor da mãe pela sentença e pelo acórdão recorrido, em face dos fatos e elementos de prova colhidos nos autos, concedendo-se ao pai o direito de visita.

3. Controvérsia devolvida ao conhecimento desta Corte em torno do estabelecimento de guarda compartilhada em relação à filha do casal litigante.

4. Esta Corte Superior tem por premissa que a guarda compartilhada é a regra e um ideal a ser buscado em prol do bem-estar dos filhos.

5. Prevalência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto no art. 227 da CF.

6. Situação excepcional que, no caso dos autos, não recomenda a guarda compartilhada, pois as animosidades e a beligerância entre os genitores evidenciam que o compartilhamento não viria para bem do desenvolvimento sadio da filha, mas como incentivo às desavenças, tornando ainda mais conturbado o ambiente em que inserida a menor.

7. Impossibilidade de revisão da situação fática considerada pelas instâncias de origem para o desabono do compartilhamento.

8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.838.271 – SP. Recorrente: FAG. Recorrido: P M da S. RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Brasília, 27 de abril de 2021).

3.3 Guarda nidal

A chamada guarda nidal embora não esteja prevista no ordenamento jurídico pátrio, é referida na doutrina como a situação em que, após a extinção do vínculo

conjugal, a prole permanece sempre na mesma residência, sendo que os pais alternam os períodos em que moram com a(s) criança(s) neste local.

Esse tipo de acordo, entretanto, tem um alto custo financeiro, de modo que há necessidade de manter os custos de três casas: a casa do pai, a casa da mãe e a casa onde fica o menor.

A expressão “nidal” vem do latim *nidus*, que significa ninho, nido ou nidi. Traz consigo o sentido de que os filhos permanecerão no “ninho”, e os pais é quem se revezarão, isto é, a cada período, um dos pais ficará com os filhos na residência original do casal. Em razão da alternância dos pais na residência que ficou para os filhos, esta modalidade de guarda costuma ser confundida com a guarda alternada. Entretanto, na alternada, são os filhos que mudam de casa. Não há nenhuma proibição para este tipo de guarda no ordenamento jurídico brasileiro, mas, em função dos aspectos práticos para os pais, ela é pouco utilizada (PEREIRA, 2023, p. 419).

3.4 Guarda deferida a terceiros

Sob a ótica do atual Código Civil, há a previsão de que caso o Juiz entenda que nem o pai nem a mãe da criança/adolescente possui condições de assumir a guarda, estando o menor em risco por alguma circunstância, poderá ser concedida a terceiro que possua compatibilidade com o encargo, tendo preferencialmente grau de parentesco com o infante, mas podendo ser também concedida a pessoa que não tenha vínculo familiar dependendo do caso concreto.

Dessa maneira, demonstrada a inviabilidade da manutenção da criança em seu núcleo familiar, sob a guarda de um ou de ambos os genitores, ela passará a viver em família substituta, de modo que cresça e se desenvolva de forma adequada, tendo atendidas as suas necessidades afetivas, existenciais e materiais.

Desde o advento da Lei nº 8.069/90, o festejado Estatuto da Criança e do Adolescente, restou claro que deve ser priorizado o bem-estar da criança em detrimento à vontade dos pais, especialmente se o menor de idade estiver em situação que apresente risco à sua integridade.

Sobre esse tópico, Pereira (2023) esclarece acerca da responsabilidade do Estado:

Se não houver tais pessoas, ou não tiverem disponibilidade ou condições de se responsabilizarem por esse munus, a criança deve ser encaminhada a uma instituição ou abrigo que a receba. Ou seja, em última análise e hipótese, o Estado é também responsável por guardar e abrigar crianças e

adolescentes que não tenham a estrutura familiar original ou substituta (PEREIRA, 2023, p. 420).

4 A GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada é o tópico principal em estudo neste trabalho e, assim, para esta modalidade foi destinado um capítulo específico, podendo esta ser definida como uma variação da guarda compartilhada, na qual, no entanto, a criança/adolescente não teria uma residência base fixa e, sim, alternaria sua moradia entre as residências materna e paterna, conforme a melhor conveniência para os genitores.

Tal modalidade não se encontra prevista no ordenamento jurídico brasileiro, estando, porém, cada vez mais presente no mundo fático concernente às famílias que rompem o vínculo conjugal e desejam uma divisão mais igualitária em termos de tempo com a criança/adolescente.

Entretanto, cabe ressaltar que para alguns autores, como Pereira (2023), esse conceito se refere ao que se chama de guarda compartilhada com alternância de residências sendo distinta do que ele classifica como guarda alternada. Nesse contexto, assim o pesquisador as classifica:

A guarda alternada não se confunde com a compartilhada ou conjunta. Aquela confere de maneira exclusiva a cada genitor a guarda no período em que estiver com seu filho. Costuma-se dividir o tempo da criança, de forma igualitária, entre cada um dos pais. Por exemplo: a criança habita um mês ou uma semana, na casa de cada um dos pais, alternadamente. Durante esse tempo, o filho reside com apenas um e visita o outro. O genitor responsável naquele período seria o único detentor da autoridade parental. Na guarda compartilhada, ambos compartilham a rotina e o cotidiano dos filhos permanentemente. (...) É comum esta modalidade de guarda ser confundida com a compartilhada. Enquanto na compartilhada os pais dividem o cotidiano e a rotina da criança; na guarda alternada procede-se à divisão do tempo da criança entre seus pais em períodos determinados, repita-se. Uma das argumentações favoráveis à guarda alternada é que a criança pode se adaptar à nova rotina de alternância, sem que isso lhe traga transtornos. Assim como a criança arruma sua mochila para ir à escola todos os dias, ela pode se adaptar para levar e a trazer seus objetos pessoais e roupas de uma residência à outra, já que sua realidade é ter duas casas, e isso não é necessariamente ruim. Na guarda compartilhada é comum que os filhos tenham duas casas, e na maioria das vezes isto é muito saudável (PEREIRA, 2023. P.440).

Trata-se de um tema polêmico e de certa forma delicado, mas cada vez mais atual no âmbito das famílias e, conseqüentemente, do Direito que regula as questões envolvidas no âmbito familiar.

Por um viés, que ainda parece ser o majoritário na jurisprudência, acredita-se que esse tipo de arranjo não seria salutar para a criança/adolescente envolvido pois o deixaria sem rotinas fixas estabelecidas, não estimulando que este se considerasse seguro com relação ao seu dia a dia, seu quarto, objetos pessoais, horários etc.

Sobre esse ponto, o autor Grisard Filho (2010), destaca que esse modelo seria inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e ideias na mente do menor e formação de sua personalidade. Além disso, alega que a jurisprudência desabona essa modalidade por passar a criança de mão em mão.

Entretanto, acerca deste ponto, Rodrigo da Cunha Pereira traz importante contraponto, referindo que as crianças, na verdade, são flexíveis e podem se adaptar a essa nova realidade.

Quando a conjugalidade termina, a família nuclear se transforma em binuclear, isto é, dois núcleos desta mesma família conjugal originária. Portanto, duas casas. Naturalmente os filhos sentem que têm duas casas, dois lares. Contudo, em nossa cultura, ainda com fortes resquícios de patriarcalismo, são incentivados a pensar que moram em uma casa e vão “visitar” o outro pai/mãe. O argumento é que, se não fosse assim, os filhos não teriam uma rotina e disciplina necessárias ao seu bom desenvolvimento psíquico. Isso que se tem tomado como verdade absoluta já não se sustenta, e está sendo repensado em vários outros ordenamentos jurídicos. Precisamos olhar para o princípio do melhor interesse da criança/adolescente, pela ótica da pessoa vulnerável nesta relação de família binuclear, e não apenas pela ótica e conforto dos adultos (PEREIRA, 2018, p. 348).

O modelo de guarda alternada traz consigo uma reflexão acerca da mudança do papel da mulher na sociedade atual. Com esta assumindo papéis de protagonismo no campo profissional, estimulou-se também uma mudança social desejável: os homens, na condição de pais, vêm participando mais ativamente no cuidado diário com os filhos. Fica para trás, cada vez mais, a ideia de que a mãe é responsável por cuidar da rotina do filho, alimentá-lo, levá-lo e buscá-lo na escola, dar banho, colocá-lo para dormir, ajudá-lo a fazer tarefas da escola, entre tantas outras de uma extensa lista de incumbências.

Sobre esse ponto, Pereira argumenta que pelas informações fornecidas pelos censos demográficos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, pode-se constatar que as famílias brasileiras são cada vez menos conduzidas no estilo patriarcal.

A ruptura com o modelo tradicional significa, também, uma quebra de paradigma na divisão sexual do trabalho e, conseqüentemente, na criação e educação de filhos. Isso não deixa de provocar uma desordem nos conceitos de felicidade e condução dessa educação. Aquilo que foi atribuído exclusivamente a mulheres, por séculos e séculos como os cuidados diários com os filhos, por exemplo, já não é mais assim (PEREIRA, 2018. p. 347).

Sobre esse ponto, destaca-se que “os tempos registram uma mudança saudável nos hábitos e costumes sociais, em um salutar processo de aproximação da equalização dos papéis feminino e masculino, buscando alterar aos poucos a história das abjetas desigualdades dos gêneros sexuais”. (MADALENO, 2004, p.83)

Hodiernamente essas tarefas e responsabilidades encontram-se, felizmente, em muitas famílias, mais divididas entre os genitores. Dentro deste panorama, não se mostra plausível que, diante do término do relacionamento dos pais, essa criança passe a ser tutelada quase que exclusivamente por um desses genitores, relegando ao outro apenas aquele tipo de convivência limitada aos finais de semanas alternados e uma noite por semana, típica das decisões envolvendo guarda compartilhada.

Para além das responsabilidades, não se pode olvidar ainda o carinho e o afeto do genitor/genitora que “se separa” do filho e acaba prejudicado com essa diminuição drástica de convivência no dia a dia com o infante.

A ideia de que os infantes possam dividir sua rotina entre duas casas ganha espaço no mundo jurídico. Entretanto, como já referido anteriormente, há diferentes entendimentos acerca do que seria a guarda alternada ou a guarda compartilhada com alternância de residências, como alguns estudiosos e julgadores preferem conceituar.

Os filhos podem ter duas casas, e isso faz bem a eles. Crianças são adaptáveis e maleáveis e se ajustam a novos horários, desde que não sejam disputadas continuamente e privadas 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 (...) As resistências à aplicação da verdadeira guarda compartilhada, e de uma

convivência igualitária dos filhos com ambos os pais, que pressupõe duas casas para os filhos, advêm de um discurso inicial, hoje já superado em alguns países, de que duas residências gerariam instabilidade emocional pelo suposto sentimento de não pertencimento permanente a um contexto físico e familiar. Contudo, esta é uma perspectiva de lugar dos adultos para a realidade das crianças/adolescentes. O lugar das crianças e adolescentes é ao lado de suas referências principais, ou seja, do pai e da mãe. Eles não terão falta de rotina. Sua rotina será esta de duas casas. Quando isto estiver implementado na maioria das guardas e convivência, estará implementada a verdadeira cultura da guarda compartilhada (PEREIRA, 2023, p. 414).

A questão é muito atual e salta aos olhos em uma sociedade contemporânea na qual se deseja, cada vez, a igualdade de direitos, obrigações, responsabilidades e oportunidades entre homens e mulheres, não ficando de fora dessa perspectiva o âmbito do seio familiar, onde é projetado e esperado que a criança se sinta amparada por ambos os genitores.

Com este olhar, os Tribunais já vêm proferindo decisões nesse sentido. No caso abaixo, por exemplo, quando em sede Agravo de Instrumento, o Tribunal de Justiça do RS proferiu decisão que modificou aquela proferida no âmbito do Juiz de Direito de 1º Grau, que havia indeferido o pedido de modificação de guarda unilateral materna para guarda alternada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL DO FILHO COMUM PARA GUARDA ALTERNADA. ALIMENTOS. MANUTENÇÃO DO "QUANTUM." Nos moldes em que pleiteada a convivência com o filho pelo agravante, está-se diante de um típico molde de guarda alternada, com divisão exata de períodos iguais de convivência, alternadamente na casa de ambos os genitores. E em que pese a doutrina e a jurisprudência tenham alguma resistência em deferir pedidos de guarda alternada, alegando que o modelo acarreta instabilidade ao equilíbrio psicológico das crianças, no concreto desse caso, não vislumbro razão para indeferimento do pleito do agravante. Inexiste qualquer elemento nos autos a indicar que esse molde de convivência com o pai poderá ser prejudicial ao infante. Aliás, sequer foram feitas, até o momento, quaisquer avaliações psicológicas e/ou estudos sociais, os quais poderiam contraindicar esse molde de guarda. A convivência com ambos os pais é direito do filho, de modo que não havendo notícia de que o infante possa estar sujeito a algum risco em companhia do genitor, e estando presente o interesse do pai de conviver amplamente com o filho, não há motivo para que não seja aplicada a guarda alternada, mesmo em sede liminar da ação originária. Caso em que a guarda alternada vai regulamentada, a fim de que

o menor possa ficar na companhia de seu pai em finais de semana alternados, de domingo às 19h até o próximo domingo, no mesmo horário. Quanto aos alimentos, vão mantidos em 25% dos rendimentos do alimentante, que é valor razoável e está em adequação ao binômio alimentar, considerando-se que o alimentado tem suas necessidades presumidas e que o alimentante não possui outros filhos. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento, Nº 70067596213, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 28-04-2016).

Mesmo diante dos aspectos positivos que uma modalidade de guarda que preservasse uma convivência mais igualitária do menor de idade com ambos os genitores, torna-se importante ressaltar que o regime de guarda alternada se mostra muito mais possível quando há um diálogo minimamente saudável entre o ex-casal, de forma que as definições acerca das questões envolvendo os filhos não sejam cercadas de disputa e conflitos.

Acerca desse cenário de disputa, calha citar importante contribuição da autora Glicia Barbosa de Mattos Brazil:

Bom que se lembre que a lei visa dividir equilibradamente o tempo da criança com os pais, e não dos pais, com a criança. Busca-se atender as necessidades do filho em conviver amplamente os pais, em respeito ao artigo 227 da Lei Maior eu preconiza que o Estado-Juiz deva garantir o amplo convívio familiar com absoluta prioridade, mas levando-se em conta , e mormente, o arranjo que atenda aos interesses superiores da criança em peculiar condição de desenvolvimento, antes mesmo da preocupação com o direito dos pais, os quais muitas vezes parecem querer repartir a criança ao meio , perdendo tempo com uma discussão voltada para a quantidade, enquanto deveria ser também a qualidade do tempo com o filho, restando evidenciado pela escuta das crianças que o fortalecimento dos vínculos afetivos positivos mais depende do critério qualitativo (BRAZIL, 2023, p.47).

Embora muitos julgadores possuam resistência em regulamentar a guarda alternada, em muitas situações a fixação desse arranjo constitui-se em mera formalização de uma realidade que já vem acontecendo no mundo fático, mostrando-se um total contrassenso que o Promotor de Justiça intimado a opinar sobre o caso ou o Magistrado julgador se manifeste em desacordo com um arranjo que já se mostra adequado para a família em questão, com o qual o infante já se

encontra acostumado, o que, corolário lógico, preserva, então, o princípio da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança/Adolescente.

Como exemplo, colaciona-se a jurisprudência abaixo, proveniente do Tribunal de Justiça do RS.

APELAÇÃO CÍVEL. ACORDO DE ALIMENTOS, GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ESTABELECIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA E ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIAS. HOMOLOGAÇÃO. POSSIBILIDADE, NO CASO. O relacionamento harmonioso havido entre os genitores autoriza a homologação do acordo no ponto em que estipula o compartilhamento da guarda dos filhos e a alternância de residências (15 dias com cada genitor), arranjo já estabelecido no plano fático e que pode ser revisto a qualquer tempo, em atenção ao melhor interesse dos infantes. APELAÇÃO PROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 70082617499, Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 17-10-2019).

Nesse sentido, não se pode negar que o estabelecimento de uma guarda alternada seria mais cabível quando requerido de forma consensual pelo ex-casal, ficando fortemente prejudicado quando postulado ao Juízo por somente uma das partes.

A questão da guarda alternada, porém, pode ser vista por diversos ângulos. Quando se analisa esta modalidade pela ótica da formação de um título executivo, por exemplo, o qual é o resultado jurídico de uma sentença que fixa ou homologa esse tipo de guarda, os seus efeitos podem gerar consequências que viriam a ser verdadeiros entraves jurídicos.

A título de exemplo, colaciona-se trecho de manifestação de um Promotor de Justiça intimado a opinar em determinado caso envolvendo a matéria em questão.

(...) Dessa forma, com o menino alternando-se nos lares materno e paterno semanalmente, a guarda será alternada, e não compartilhada como pretendem nominar, cada qual com atribuições plenas em seu período, ou ao menos aumentadas, sendo a divisão apenas de residência, situação que se mostra potencialmente prejudicial exclusivamente à criança, em razão da submissão à troca permanente de casa, passando cada semana em local diverso, sem a necessária referência de lar e residência, em prejuízo de sua rotina e estabilidade. Portanto, na formação do título executivo, nenhum direito potencial pode ser suprimido, sendo essa justamente a razão da intervenção como custos legis. A criança, Bernardo, com apenas 02 anos, não possui idade para decidir sobre seus direitos, tampouco para renunciar ao seu direito à fixação de residência, em alternância de lares. Assim, a presente posição tem alcance jurídico e obrigacional, não objetivando influenciar em decisões pessoais, principalmente em consenso, no núcleo

familiar ou no modelo que será adotado pelos pais na prática, podendo, inclusive, dispor livremente quanto à regulamentação do convívio, no seu trato diário, porém sem a chancela estatal quando pretendem supressão ou cláusula em prejuízo da parte vulnerável e tutelada por todo sistema legal e constitucional da proteção integral. O que se quer evitar é, justamente, dentro do dever de intervenção em prol da proteção integral da criança, a formação de título executivo judicial com potencial prejuízo ao direito da criança, notadamente de possuir domicílio, concedendo, em contrapartida, aos pais direitos além da previsão legal, quanto à alternância de lares. Isso, porque, em caso superveniência de conflito entre os genitores ou modificação do arranjo atual por qualquer motivo, algo bastante comum, tal direito eventualmente fixado em título judicial pode ser exigido em ação de cumprimento de sentença, inclusive com pedido de busca e apreensão, o que já se verificou, por exemplo, com potencial de transformar aquele que deveria ser titular de direitos, a criança, em objeto do direito dos pais, justamente porque reconhecido em título judicial, cuja execução não se projeta favorável, assim, ao direito que se pretende proteger. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação de Alimentos, Guarda e Convivência Nº 51178993720218210001. Autor B B C e J G B. Réu: E. S. Alexandre da Silva Loureiro, Promotor de Justiça. Porto Alegre, 23 de novembro de 2022.).

Conforme exposto pelo representante do Ministério Público, um eventual conflito posterior entre os pais poderá ensejar que um destes, ou ambos, utilizem o título executivo para fins de dar cumprimento à guarda alternada, podendo culminar até mesmo em um pedido de busca e apreensão da criança para que, acompanhada por Oficial de Justiça, seja retirada da casa de um e levada à casa do outro genitor, o que se mostra altamente prejudicial ao bem-estar da criança/adolescente, constituindo-se em uma óbvia afronta aos princípios norteadores referidos nos tópicos iniciais deste trabalho.

Embora haja controvérsia acerca deste tema, no âmbito do Direito Comparado, conforme PEREIRA (2018) pode se destacar que na Argentina já vigora legislação que comporta o gênero da guarda alternada, com períodos do infante na casa de cada um dos pais, segundo organização de cada família, e, em Portugal, o cenário é similar, com entendimentos dos Tribunais de que a guarda alternada se mostra como um saudável encaminhamento para a questão da criação dos filhos.

5 CONCLUSÃO

Da análise deste trabalho, conclui-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido pelo Judiciário brasileiro. Um caminho que seja pautado pela aceitação de uma nova realidade existente em muitas famílias hoje: pais e mães desejam ter o

mesmo tempo de convívio com os filhos e, conseqüentemente, participar mais ativamente do dia a dia desses, mesmo após o fim do vínculo conjugal. Vivenciar as perdas, as vitórias, os desafios e o crescimento enquanto indivíduos de seus filhos.

Porém, para que possamos atingir esse objetivo, é importante que haja uma ampla reflexão entre as famílias focada sempre no melhor interesse da criança e de seus direitos. Ao final, de que vale que seja imposta uma rotina com a prole em comum, após a separação, nos moldes os quais o pai e a mãe definirem como ideal, se esta não for a mais saudável para o próprio infante? Quando os genitores usam o filho como moeda de troca e impõem seus próprios interesses a parte mais fraca da relação é quem sai perdendo: o filho, confuso entre como se portar para satisfazer as necessidades de ambos os genitores.

Entretanto, com o uso de ferramentas mais atuais para solução de conflitos, como a mediação, conciliação, oficinas de parentalidade, entre outras, abre-se um importante leque de possibilidades para que a extinção do vínculo do casal não signifique uma guerra. Nesse contexto e diante do exposto ao longo deste trabalho é importante ter um olhar atento à essa grande mudança que vivemos como sociedade: em muitos casos, apesar da mudança de lar, nenhum dos genitores quer um afastamento desse filho em comum, cabendo, assim, que seja adequada uma rotina que privilegie o bem-estar da criança. Em alguns casos, isto pode significar uma residência fixa com um dos pais; em outros, em situações mais delicadas, até mesmo o estabelecimento de uma guarda unilateral com apenas um desses. Mas por que não pensar em uma rotina dividida entre dois lares, com pais que cuidam com igual carinho, atenção e dedicação? Se este for o melhor arranjo para a vida desta criança que assim seja feito. E, mais do que nunca, o Poder Judiciário deve, então, validar esta possibilidade.

A ideia de que a alternância entre duas casas geraria uma instabilidade muito grande aos filhos já não possui espaço majoritário no sistema jurídico de outros países e fica cada vez mais evidente que a decisão sobre a guarda dos filhos deve ser pautada pelos princípios do Melhor Interesse da Criança/Adolescente e da Proteção Integral, nunca se olvidando que devem sempre prevalecer os interesses do filho, especialmente no que toca à convivência mais igualitária com ambos os genitores, se assim se demonstrar possível e adequado para cada família, buscando-se uma relação menos beligerante entre o ex-casal.

Em suma, no centro da questão deverá estar o infante enquanto ser único, suas vontades, necessidades, interesses e direitos, cabendo aos pais, ainda que separados, ao Direito, através das leis e seus julgadores, e a toda sociedade que essa premissa seja respeitada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13058, de 22 de dezembro de 2014**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL, **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República,. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. ano 1990, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 25 ago.2024.

BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. **Psicologia Jurídica: A criança e o adolescente e o caminho do cuidado na justiça** - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

DANTAS, Thaís Nascimento. **Impactos do Marco Legal da Primeira Infância no Direito à convivência familiar e na proteção de famílias em situação de vulnerabilidade**. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnell (Org.). Temas do dia a dia no Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2017.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental** - 5. ed rev e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MADALENO, Rolf. **Direito de família/Rolf Madaleno** – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

MADALENO, Rolf . **Direito de Família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias / Rodrigo da Cunha Pereira;**

prefácio ministro Edson Fachin. – 4. ed. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações.** Belo Horizonte, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da Guarda Compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015.

Anexo – Entrevista com julgadores

1. Qualificação do Julgador:

Eduardo Augusto Dias Bainy, Desembargador do TJRS, atuante na 1ª Câmara Especial Cível, especializada em Direito de Família.

- Há quanto tempo atua na área de Direito de Família?

Atuo há 23 anos.

- Qual a sua visão acerca da chamada guarda alternada, especialmente se é possível compactuar acerca dela quando há consenso entre os genitores.

Na minha visão, a guarda alternada somente é possível quando há relacionamento harmonioso entre os pais, sobretudo quando ambos têm a mesma linha para a educação, orientação e formação da personalidade dos filhos, pois, do contrário, a alternância de lares somente servirá para estabelecer um estado de confusão permanente para os filhos, comprometendo, sobretudo, sua estabilidade emocional. Basta imaginar, por exemplo, como seria se, em uma casa os filhos podem fazer determinadas coisas e em outra não. Isso comprometeria, sem dúvida, a formação da personalidade dos filhos. É como vejo.

2. Qualificação do Julgador:

Gustavo Borsa Antonello, Juiz de Direito, atualmente atuando em substituição na 5ª Vara de Família e 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre.

Anteriormente Magistrado junto à 2ª Vara de Família da Comarca de Novo Hamburgo.

- Há quanto tempo atua na área de Direito de Família?

Em varas judiciais com todas as competências, atuei 9 anos (Salto do Jacuí e General Câmara). Em Vara com competência exclusiva de Família e Sucessões, atuei 7 anos e 11 meses na 2ª Vara de Família e Sucessões de Novo Hamburgo.

- Qual a sua visão acerca da chamada guarda alternada, especialmente se é possível compactuar acerca dela quando há consenso entre os genitores.

Entendo que, embora não seja a modalidade de guarda recomendada pelos especialistas da área da saúde e da educação, sobretudo psicólogos e pedagogos,

não há óbice ao deferimento de guarda alternada ou da guarda compartilhada com residência alternada, desde que haja consenso entre os genitores. Os primeiros e principais responsáveis pelo dever de criar e educar os filhos são os pais. Estima-se que a imposição Estado-Juiz de modelagem de guarda diversa daquela livremente eleita pelos pais têm maior potencial de atrito e mal-estar às crianças e aos adolescentes.

Ademais, a qualquer tempo ambos os genitores, ou um deles, pode buscar a revisão desse formato, caso não atenda aos superiores interesses dos filhos menores. Em decisão que lancei em Novo Hamburgo, citei a obra da psicóloga Glicia Barbosa de Mattos que bem explica o ponto: (Psicologia Jurídica: a criança, o adolescente e o caminho do cuidado na justiça. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022 (p. 56):

Ter duas casas não gera problema.

Muitos argumentos clichês são utilizados para a não adoção de casas alternadas - a rotina das crianças, a referência da criança, o jeito de cuidar do guardião ao qual a criança se apegua. (...) Em tempo, a doutrina critica o estereótipo no meio jurídico a respeito da fixação de duas residências. De acordo com o mestre Mario Delgado:

Finalmente registro minha incompreensão em relação às duras críticas que tal modelo de convivência tem recebido na doutrina e na jurisprudência. Costuma-se repetir, sem qualquer embasamento empírico, que esse regime é prejudicial ao desenvolvimento da criança. Trata-se de um estereótipo bastante sedimentado entre nós e que faz com que se pouquíssimas residências simultâneas sejam fixadas pelo Judiciário brasileiro. E pior do que isso, o que assume exponencial gravidade é a existência de decisões judiciais que se negam a homologar acordos consensuais em que os pais acordam a divisão de residências. Outrossim, não são poucos os representantes do Ministério Público que interferem de forma contrária à homologação desses acordos, com base em um clichê, repito, jamais comprovado.

3. Qualificação do Julgador:

Tatiana Gischkow Golbert, Juíza de Direito titular da 4ª Vara de Família do Foro Central de Porto Alegre.

- Há quanto tempo atua na área de Direito de Família?

Atuo há 4 anos.

- Qual a sua visão acerca da chamada guarda alternada, especialmente se é possível compactuar acerca dela quando há consenso entre os genitores.

Acredito que as questões de Direito de família sempre têm que ter um viés de proteção ao menor. Sob essa ótica, considero adequada a existência de uma residência base, como, aliás, todos gostam de ter.

Com efeito, como regra, não homologo acordos de guarda alternada. Aliás, essa prática, na maioria das vezes, observa, apenas, o interesse dos maiores.

A experiência mostra o retorno das partes ao Judiciário para rediscutir o tema, porque o menor não ficou confortável, desenvolvendo ansiedade, angústia, etc.

Não fosse isso, a guarda alternada também é utilizada para não criar o encargo alimentar. Outro equívoco.

Todavia, muitas vezes a situação da guarda alternada chega ao judiciário consolidada e, nessas hipóteses, homologo.

Parece o melhor caminho a guarda compartilhada com a fixação da residência base e uma ampla convivência ao outro genitor.

4. Qualificação do Julgador:

Carmen Lúcia Santos da Fontoura.

- Há quanto tempo atua na área de Direito de Família?

Atuo há três anos.

- Qual a sua visão acerca da chamada guarda alternada, especialmente se é possível compactuar acerca dela quando há consenso entre os genitores.

Não se estimula muito a questão da guarda alternada. Isso porque já há um entendimento de alguns profissionais na área da psicologia de que a guarda alternada poderia gerar na criança uma situação de insegurança, não sendo muito positivo para a criança se estipular a questão da guarda alternada. Eu também já tive a situação concreta de que os pais estavam... eles estabeleceram consensualmente entre eles uma guarda alternada. A criança dormia um dia em uma casa e outro dia na outra. Foi feita uma avaliação psicológica e o psicólogo constatou que a criança estava cansada. Então, em razão dessas questões, sempre é importante se ter muito cuidado na situação concreta para se verificar se isso que está sendo estabelecido entre os genitores está sendo em prol (da criança) e vem

causando, vem sendo positivo para a criança. Então, por isso que é sempre importante analisar o contexto. Não é a questão de se concordar ou não, mas de se analisar a questão no caso concreto. Quando os genitores têm... há o consenso entre os genitores, mas se observa no caso em apreço de que isso vem em prol das crianças, eu não vislumbro problema algum de se homologar. Então também tive uma situação assim, que os pais estavam alternando, no sentido de que os filhos ficavam uma semana com um genitor e uma semana com a genitora e se homologou, mas nós estávamos diante de dois adolescentes. Então, era mais fácil, eles circulavam com facilidade nas residências, tanto do pai como da mãe. Mas quando a gente está com criança muito pequena, o que eu observo em alguns processos é que tem pais que eles querem muito ficar, não querem se afastar do filho, então eles acabam estabelecendo uma guarda alternada, um dia na casa de um, um dia na casa de outro, um dia na casa de um. Mas aí eles estão olhando não para a criança, mas sim para o interesse deles e às vezes isso pode prejudicar a criança. O Juiz tem que ter muito cuidado em estabelecer essa questão da guarda alternada para verificar se isso está ou não prejudicando a criança. E alertar os pais porque às vezes mesmo que haja um consenso, os pais não têm essa consciência de que o estabelecimento dessa guarda poderá vir em prejuízo da criança.

Tive agora recentemente também uma outra situação que a criança tinha em torno de três anos e os próprios pais verificaram que a criança estava ficando irritada. Então eles mesmos resolveram alterar para fixar em dias maiores, para que a criança não fique cansada de estar a toda hora, a todo instante, trocando de residência. Então, em resumo, para te dizer, não é o caso de ser contra ou a favor, mas de ter a sensibilidade de se observar, na situação concreta se o que está sendo estabelecido entre os genitores, mesmo que em consenso, se isso vem em benefício ou não da criança. Já tive situações em que homologuei acordo quando os genitores estavam estabelecendo essa guarda alternada, mas quando isso se observava que vinha em prol dos filhos e também já tive situação de não homologar com o entendimento de que a forma estabelecida, mesmo que em consenso, vinha em prejuízo da criança. É isso, é ter a sensibilidade para se analisar a questão no caso concreto.