

O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DAS MODALIDADES DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FAMILY LIVING FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS: AN ANALYSIS OF CUSTODY REGULATION METHODS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Larissa Lauda Burmann¹

Resumo: A Constituição Federal de 1988 reconheceu as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Ao introduzir a teoria da proteção integral, em seu artigo 227, estabeleceu como dever da família, sociedade e Estado, assegurar com prioridade absoluta diversos direitos fundamentais, incluindo o direito à convivência familiar e comunitária. No contexto jurídico brasileiro, há falta de consenso na interpretação e aplicação de conceitos relacionados à guarda e à divisão do tempo de convívio de crianças e adolescentes com seus pais, o que é objeto de investigação e análise dessa pesquisa, em atenção ao regime jurídico de proteção aos direitos fundamentais das pessoas. A metodologia utilizada inclui o método dedutivo, procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Parte-se da análise dos fundamentos do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes. Em seguida, são examinadas as terminologias das modalidades de guarda no sistema jurídico brasileiro, considerando os conceitos de residência alternada, guarda alternada e direito de convivência. Por fim, são realizadas comparações de decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul envolvendo a partilha equânime do tempo de convívio. Conclui-se que o direito fundamental de convivência, independentemente das definições e terminologias usadas, busca assegurar a proteção integral da criança e do adolescente, visando seu bem-estar e desenvolvimento saudável. O direito a convivência compartilhada passou a ser regra após a edição da Lei n. 13.058/2014, não significando que crianças e adolescentes, quando inseridos nessa espécie de convivência, tenham duas residências. Inclusive, em situações excepcionais, é possível ser estabelecida a convivência alternada, não estando excluída do sistema jurídico brasileiro, desde que atenda às necessidades específicas, priorizando o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Palavras-chave: convivência familiar; guarda alternada; guarda compartilhada; melhor interesse das crianças e adolescentes.

¹ Doutora em Gerontologia pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Bolsista PROSUC/CAPES; Integrante do projeto de pesquisa "Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos", financiado pelo CNPQ. Email: laraburmann@hotmail.com

Abstract: The 1988 Federal Constitution recognized children and adolescents as subjects of rights. By introducing the theory of full protection, in article 227, it established the duty of family, society and the State to ensure, with absolute priority, several fundamental rights, including the right to family and community coexistence. In the Brazilian legal context, there is a lack of consensus in the interpretation and application of concepts related to custody and the division of time between children and adolescents with their parents, which is the object of investigation and analysis of this research, in consideration of the legal regime of protection of people's fundamental rights. The methodology used includes the deductive method, monographic procedure and bibliographic and documentary research techniques. It starts with an analysis of the foundations of the fundamental right to family life for children and adolescents. Next, the terminologies of custody modalities in the Brazilian legal system are examined, considering the concepts of alternating residence, alternating custody and right to coexistence. Finally, comparisons are made of judicial decisions handed down by the Superior Court of Justice and the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul involving the equal sharing of time spent together. It is concluded that the fundamental right to coexistence, regardless of the definitions and terminologies used, seeks to ensure the full protection of children and adolescents, aiming for their well-being and healthy development. The right to shared coexistence became the rule after the enactment of Law no. 13.058/2014, which does not mean that children and adolescents, when inserted in this type of coexistence, have two residences. Even, in exceptional situations, it is possible to establish alternating cohabitation, not being excluded from the Brazilian legal system, as long as it meets specific needs, prioritizing the best interests of children and adolescents.

Keywords: Family living; alternating guard; shared custody; best interests of children and adolescents.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 marcou um momento significativo ao elevar crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos, reconhecendo a necessidade de uma proteção especial, promovendo uma mudança substancial na forma como seus interesses eram salvaguardados até então.

A teoria da proteção integral, já anteriormente reconhecida internacionalmente, restou inserida no texto constitucional, como pode ser observado no artigo 227, ao estabelecer como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com prioridade absoluta uma série de direitos fundamentais para crianças e adolescentes, incluindo o direito à convivência familiar e comunitária, reforçou esse compromisso.

Além disso, esse marco constitucional reflete a importância do afeto, fortalecido pela convivência, que desempenha um papel fundamental no desenvolvimento da criança, em seu bem-estar e em sua integração social.

Porém, considerando as nuances entre a divisão equilibrada de convívio, a

possibilidade dupla residência e o envolvimento contínuo de ambos os pais na vida cotidiana da criança e/ou adolescente, não se tem verificado no sistema jurídico brasileiro consenso na interpretação e aplicação de conceitos que envolvam guarda e partilha do tempo de convívio de crianças e adolescentes com seus familiares, o que é objeto de investigação dessa pesquisa, em atenção o regime jurídico de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Para tanto, foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Em primeiro momento serão estudados os fundamentos do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes. Em seguida, são analisadas as terminologias das modalidades de guarda no contexto do sistema jurídico brasileiro, considerando os conceitos de residência alternada, guarda alternada e direito de convivência. Por fim, tece-se comparativos de decisão judiciais proferidas pelos Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo a partilha equânime do tempo de convívio

2. Os fundamentos do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a importância de garantir uma proteção especial à infância e à juventude, elevando-os à condição de sujeitos de direitos. Isso representou uma transformação significativa na forma como seus interesses eram protegidos até então.

A teoria da proteção integral², já reconhecida internacionalmente, estabeleceu-se como um dever compartilhado de tutela, reforçando o compromisso e a obrigação de garantir a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Assim, o texto constitucional, em seu artigo 227 estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao

² [...] Além disso, deve-se aplicar o princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente, previsto no art. 227 da CF/1988, em cujo rol se encontra o direito à convivência familiar, o que justifica, no presente caso, uma solução que privilegie a permanência da genitora em território brasileiro, em consonância com a doutrina da proteção integral insculpida no art. 1.º do ECA. Precedentes. 6. Habeas Corpus deferido para invalidar a portaria de expulsão” (HC 452.975/DF, 1.ª Seção, rel. Og Fernandes, 12.02.2020, v.u.); “1. Não se viabiliza a expulsão de estrangeiro visitante ou migrante do território nacional quando comprovado tratar-se de pai de criança brasileira, que se encontre sob sua dependência socioafetiva (art. 55, II, a, da Lei nº 13.445/2017). 2. O princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos e interesses da criança e do adolescente, em cujo rol se inscreve o direito à convivência familiar (art. 227 da CF), direciona, in casu, para solução que privilegie a permanência do genitor em território brasileiro, em harmonia, também, com a doutrina da proteção integral (art. 1.º do ECA). 3. Habeas corpus concedido, com a consequente revogação da portaria de expulsão” (HC 420.022/SP, 1.ª Seção, rel. Sérgio Kukina, 20.06.2018, v.u.).

adolescente, com absoluta prioridade, uma série de direitos fundamentais, incluindo o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, que é assegurada como prioridade absoluta. De forma complementar, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que é obrigação da família, da sociedade e do Estado garantir com absoluta prioridade os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Adicionalmente, o parágrafo único mesmo artigo especifica o que se entende por essa garantia de prioridade absoluta.

A teoria da proteção integral é a base interpretativa do Direito da Criança e do Adolescente. O princípio da proteção integral refere-se à proteção da integralidade do desenvolvimento de crianças e adolescentes. Custódio (2008) dispõe que o princípio da proteção integral, utilizado como um guia para a interpretação de conflitos³, igualmente pode ser considerado como instrumento de orientação para a concretização dos direitos fundamentais, pois estabelece que as políticas sociais públicas devem ser priorizadas e que recursos essenciais devem ser alocados de forma privilegiada para garantir a sua efetivação.

Isso confere a eles uma proteção em relação a qualquer ação que possa prejudicar seu desenvolvimento saudável, promovendo uma abordagem integral de proteção destinada a prevenir negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Esse reconhecimento dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes introduziu o princípio da universalização, que estabelece que todos os direitos listados podem ser demandados e garantidos para todas as crianças e adolescentes (Custódio, 2008).

Além disso, esse marco constitucional representa uma manifestação concreta da importância do afeto, um valor amplamente reconhecido no sistema jurídico brasileiro, fortalecido pela convivência, que desempenha um papel fundamental no desenvolvimento da criança, em seu bem-estar e em sua inserção social. É preciso reconhecer que os filhos possuem um direito intrínseco de conviver com ambos os pais, uma vez que o afeto de ambos é essencial para o seu desenvolvimento psíquico. Mais do que mera proximidade física, a presença afetiva

³ [...] A proteção integral está intimamente ligada ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pelo qual, no caso concreto, devem os aplicadores do direito buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para o menor. Trata-se de princípio constitucional estabelecido pelo art. 227 da CF, com previsão nos arts. 4º e 100, parágrafo único, II, da Lei n. 8.069/1990, no qual se determina a hermenêutica que deve guiar a interpretação do exegeta (REsp 1.533.206/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe de 1º/2/2016).

dos pais é crucial para seu bem-estar. É no convívio familiar, bem como nas interações sociais, que as crianças e adolescentes internalizam valores, desenvolvem hábitos, aprendem a enfrentar desafios e moldam seu caráter (Rosa, 2022)

O direito de convivência familiar, não está restringido apenas aos pais, podendo ser efetivado em todo o âmbito familiar, em seus diversos nichos (Pereira, 2023). Quando o direito de convivência é deferido, por exemplo, ao pai ou mãe não custodiante, servirá como instrumento capaz de promover o cumprimento dos deveres pertinentes ao processo de formação e ensino da prole (Madaleno, 2023).

Assim, à medida que a convivência familiar se torna um elemento básico e intrínseco da dignidade humana⁴, não deve ser negligenciada por ninguém. Esse direito é oponível até mesmo aos pais, que não possuem o direito de se opor ao exercício de um direito fundamental, mesmo que o indivíduo seja absolutamente incapaz (Pereira, 2023).

Esse enfoque está em conformidade com Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas (Decreto n. 99.710, de novembro de 1990) e artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) que consolidou a teoria da proteção integral. Em seu artigo 3º, estabeleceu que aqueles fazem jus a todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, sendo-lhes garantidas todas as oportunidades e recursos necessários, visando a possibilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em um ambiente de liberdade e dignidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao recepcionar a proteção integral, resultou em uma reestruturação significativa nos âmbitos jurídico, político e institucional, abrangendo todos os planos, programas, projetos, ações e atitudes do Estado, em colaboração estreita com a sociedade civil. Essas mudanças têm efeitos profundos no contexto sócio-histórico brasileiro (Custódio, 2008). Em seu capítulo III, sob o título do “Direito à Convivência Familiar e Comunitária”, enfatizou a vida em família como um ambiente natural e cultural para o

⁴ A proteção integral é princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos. Essa maximização da proteção precisa ser eficaz, vale dizer, consolidada na realidade da vida – e não somente prevista em dispositivos abstratos. Assim não sendo, deixa-se de visualizar a proteção integral para se constatar uma proteção parcial, como outra qualquer, desrespeitando-se o princípio ora comentado e, acima de tudo, a Constituição e a lei ordinária (Nucci, 2023, p.25).



desenvolvimento daqueles que ainda não alcançaram a idade adulta⁵, o que eleva a convivência familiar ao *status* de direito fundamental. (Santos; Leite, 2020; Madaleno 2023).

Essa proteção integral se manifesta por meio do princípio do melhor ou maior interesse da criança, também conhecido como "*best interest of the child*", conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que se dedica à salvaguarda dos interesses infantis (Tartuce, 2021)

É importante observar que o Código Civil e Código de Processo Civil (artigos 693 e 731, III) ainda dispõem da expressão “visita”, em vez de “convivência familiar”, como adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e frequentemente utilizado como sinônimo na doutrina. Embora tenham significados semelhantes, trazem consigo diferenças. A convivência vai além do mero ato de estar junto; implica em participação ativa, influência, estabelecimento de limites e, em última análise, educação (Pereira, 2023).

De acordo como Madaleno (2023) o direito de convivência reúne um conjunto de relações que podem incluir desde contatos esporádicos de algumas horas formas de comunicação mais intensas. O direito de convivência, não se restringe à visita a criança, impondo um dever e direito de uma fluída comunicação. O principal foco sempre deve ser o melhor interesse da criança e adolescente, que deve ter a garantia de convivência com pais e seus demais familiares. No entanto, cada situação é única, devendo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente orientar todas as ações e decisões nesta área, prevalecendo sobre qualquer norma legal ou processual. Isso assegura a continuidade da convivência familiar, um direito fundamental das crianças e um dever fundamental dos pais.

É neste sentido e por esta razão que a prática jurídica e judicial deveria adotar a expressão “convivência”, já que “visita” traz um sentido de frieza, oposto ao que deve ser a convivência familiar (Pereira, 2023).

Portanto, a convivência familiar não se limita à mera visita, mas representa uma interação ativa em prol do bem-estar e, conseqüentemente, ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes. Motivo pelo qual adoção da expressão "convivência", que abrange todo ambiente familiar, em substituição a expressão “visita” coaduna ao sentido do direito

⁵ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)



fundamental de proteção integral de crianças e adolescentes, como um dever compartilhado de tutela, mas abrangendo todo o ambiente familiar.

3. As modalidades de guarda no contexto do sistema jurídico brasileiro, considerando os conceitos de residência alternada, guarda alternada e direito de convivência.

O termo guarda se refere à capacidade que os pais, em tese, têm de manter seus filhos sob sua autoridade, abrangendo o direito de estabelecer uma comunicação adequada e supervisionar a educação da prole. Trata-se de uma faculdade concedida pela lei aos pais para manter seus filhos próximos, possibilitando-lhes o direito de determinar o local de residência, tendo a responsabilidade direta e a autoridade parental sobre os filhos. É um aspecto inerente ao poder familiar, embora não faça parte de sua natureza intrínseca, existindo situação em que é atribuída a indivíduos que não detêm o poder, como por exemplo, em casos de famílias reconstituídas (Madaleno, 2023).

Ou seja, a "posse do filho" não resulta simplesmente da presença física na residência de um dos pais e, conseqüentemente, na perda da guarda pelo outro pai ou mãe. Ela relaciona-se aos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Já a residência, refere-se ao local de moradia e a convivência no período em que os filhos se fazem presentes com seus familiares (Bernardo, Dias, Sato; 2022).

A palavra "guarda" acaba por colocar a criança e/ou adolescente mais na posição de objeto do que de sujeito de direitos. A carga semântica da palavra "guarda" revela ambigüidade, induzindo um sentido de vigilância, que seria mais adequado a uma perspectiva de propriedade, o que contraria uma abordagem de cunho assistencialista e de cuidado, motivo pelo qual tem sido substituída doutrinariamente pela expressão convivência familiar (Rizzardo, 2019; Dias, 2021; Pereira 2023)

A decisão sobre a guarda não está estritamente limitada à família natural, que se refere à comunidade formada pelos pais ou por um deles e seus descendentes, conforme previsto artigo 25 do mencionado estatuto. Ela poderá ser concedida a outra pessoa, dada preferência a um membro da família extensa, que engloba parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Portanto, a guarda pode ser concedida a alguém que demonstre compatibilidade com a natureza da medida.

No Estatuto da Criança e do Adolescente o instituo está regulado entre os artigos 33 e 35, não havendo uma definição legal para a “guarda de filhos”, apenas definições sobre as

atribuições conferidas ao guardião (Pereira, 2023). Sob o enfoque civilista, o Código Civil disciplina guarda em oportunidades distintas. Nos artigos 1.611 e 1.612 trata do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Já nos artigos 1.583 a 1.590, que disciplina sobre a proteção dos filhos dispõe sobre duas espécies de guarda: unilateral e compartilhada⁶, instituída pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Esses dispositivos endossam a teoria da proteção integral, reconhecida pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança e anteriormente disposto pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças (Tartuce, 2021).

A lei define guarda unilateral como aquela a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Ela decorre do consenso de ambos ou quando um deles declarar que não deseja a guarda compartilhada. De acordo com Dias (2021) a guarda unilateral tende a distanciar o vínculo entre a criança e o não-guardião, uma vez que este último tem dias de visita pré-determinados, nem sempre sendo o melhor para criança e/ou adolescente. Ou seja, acaba por privar, muitas vezes, a criança e /ou adolescente da convivência contínua de um dos pais (Tartuce, 2021).

Nesse contexto, a Lei n. 13.058/2014 estabeleceu a guarda compartilhada como a regra predominante, superando a guarda unilateral, não dependendo de acordos feitos pelos pais, podendo ser determinada pelo juiz, mesmo sem o consentimento daqueles.

Assim, poderá ser estabelecida por meio de acordo mútuo entre os pais ou por decisão judicial, com base na referida. No caso, a determinação judicial deve promover uma divisão equilibrada do tempo de convivência com os filhos quando ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar. Não havendo consenso entre os pais, a recomendação contida no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil deverá ser considerada, exceto se um dos pais manifestar ao juiz que não deseja a guarda, em atenção aos interesses superiores dos filhos, uma vez que o bem-estar é a principal prioridade a ser levada em conta.

Ela objetiva, dentre outros, manter a continuidade das responsabilidades essenciais dos pais na formação, criação, educação e sustento de seus filhos, mesmo após a separação ou

⁶ Art. 1.583, CC/02. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

divórcio. Importa no desempenho da melhor maneira possível das funções parentais, seguindo o modelo dual da custódia relacionadas aos filhos.

Dias (2021) define a guarda compartilhada como a responsabilização e o exercício conjuntos dos direitos e deveres relacionados ao poder familiar sobre os filhos, devendo o tempo de convívio com cada um daqueles ser dividido de maneira equilibrada. Para a autora, independentemente do período de convívio com cada um, o filho mantém duas residências, o que significa que ele possui dois lugares de moradia.

Já Tartuce (2021) afirma que essa espécie de guarda apresenta a vantagem de o filho ter apenas um lar, onde convive regularmente com seus pais. Essa forma de guarda é geralmente a mais recomendada. Entretanto, para o autor a nova legislação trouxe dois problemas. O primeiro refere-se à menção de custódia física dividida, que parece tratar de guarda alternada e não de guarda compartilhada. Adicionalmente, os critérios que foram retirados da lei representaram um retrocesso. Passou-se a estabelecer que nessa espécie de guarda, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos, gerando confusão entre guarda compartilhada e alternada, ao reconhecer a viabilidade de o filho residir em lares e cidades distintas, considerando uma cidade como base da moradia. Assim, propõe a reflexão se a mencionada lei estaria referindo-se a guarda compartilhada obrigatória ou uma lei que torna a guarda alternada obrigatória.

Porém, Delgado (2018) já havia esclarecido que "guarda alternada" e "residência alternada" são conceitos distintos, embora a aquela envolva a alternância de residências. A expressão "residência alternada" é usada para descrever um regime no qual o tempo de convívio dos filhos com os pais é distribuído igualmente, podendo ocorrer, por exemplo, com um modelo de "mês com o pai" e "mês com a mãe", desde que garantido a estabilidade nos períodos de convivência, conforme preceitua o artigo 1.583, parágrafo 2º do Código Civil, o que não se vincula à modalidade de guarda.

Mesmo em casos de guarda unilateral, o autor afirma ser possível, em determinados casos, que os pais concordem com a alternância de residências ou que um juiz determine uma divisão mais equitativa do tempo de convivência. Portanto, na guarda compartilhada, seria possível manter uma residência exclusiva ou duas residências alternadas, dividindo igualmente o tempo de convivência.

De acordo com Madaleno (2023), a introdução da Lei nº 13.058/2014 trouxe à tona duas modalidades distintas de guarda compartilhada. Uma delas é a guarda compartilhada

física, que engloba o compartilhamento das responsabilidades parentais. Ambos os pais desempenham um papel ativo na vida da criança. A outra é a guarda compartilhada legal ou jurídica, estabelecida pela Lei nº 11.698/2008, que se relaciona com a divisão equilibrada dos períodos de convivência dos pais com seus filhos.

Antes da Lei n. 13.058/2014, a guarda compartilhada geralmente significava que ambos tinham direitos iguais de tomar decisões importantes na vida de seus filhos, residindo a criança e/ou adolescente frequentemente como um daqueles, enquanto o outro tinha direito a visitas regulares. Isso era conhecido como guarda unilateral com visitas. No entanto, com a introdução dessa lei, a guarda compartilhada implica na divisão de tempo de convivência de forma mais equilibrada. Esse fenômeno acabou por transmutar a guarda alternada, ou seja, essa passou a ser considerada parte de implementação da guarda compartilhada, em vez de ser apenas uma opção alternativa (Madaleno, 2023).

Pereira (2023, p.414) conceitua a guarda compartilhada como “guarda compartilhada com residência alternada ou dupla residência” Em seu entendimento, crianças/adolescentes não perdem referência ao terem duas casas. O fato de terem dois lares pode ajudá-los a compreender que o rompimento do vínculo conjugal, por exemplo, não é culpa deles. As crianças e adolescentes são adaptáveis. Uma boa criação e educação envolvem os pais compartilhando o cotidiano dos filhos e mostrando que ter dois lares é benéfico. Na verdade, objeções à verdadeira guarda compartilhada e a uma convivência igualitária dos filhos com ambos os pais, que implica ter duas casas, são oriundas de questões antigas referentes à estabilidade emocional desses indivíduos, traduzidos na suposta sensação de não pertencimento a um ambiente familiar e físico. Porém, não haverá falta de rotina para eles, pois essa será ter duas casas. Quando esse entendimento estiver implementado, ter-se-á uma cultura de guarda compartilhada.

O autor ainda dispõe que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada. Nessa, pai ou mãe tem a guarda exclusiva do filho durante o período em que ele está com ele. Na guarda compartilhada é compartilhado o cotidiano e a rotina da criança, em períodos não pré-determinados. Uma das argumentações a favor da guarda alternada é poder haver melhor adaptação à nova rotina de alternância sem enfrentar transtornos significativos. Para o autor o lugar das crianças e adolescentes está ao lado de suas figuras parentais principais.

Como evidenciado, não existe um consenso doutrinário quanto às definições de residência alternada, guarda alternada e direito de convivência. Independentemente do entendimento seguido, a guarda, como parte da responsabilidade parental, objetiva, dentre

outros, a promoção da proteção integral da criança e do adolescente. Essa prioridade não está necessariamente ligada ao fato de os filhos possuírem uma ou duas residências. Se uma criança, por exemplo, tiver apenas uma residência como ponto de referência, não significa que seu melhor interesse esteja garantido. O direito de convivência, por sua vez, é um direito fundamental e deve ser assegurado independentemente do tipo de guarda estabelecido.

4. Guarda compartilhada: perspectivas do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na divisão do tempo de convívio.

Embora não haja consenso doutrinário sobre as questões conceituais dispostas no capítulo anterior, no que se refere aos julgados nacionais, o Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão proferida no REsp n. 2.038.760/RJ, sobre a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 6/12/2022, tem seguido o entendimento de que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, tampouco com o regime de visitas ou de convivência.

Para esse Tribunal, na guarda alternada, deverá haver fixação de dupla residência na qual a prole residirá com cada um dos pais em determinado período, enquanto que na guarda compartilhada é possível e desejável que seja definida uma residência principal para os filhos, garantindo-lhes uma referência de lar para suas relações da vida.

Já a guarda compartilhada dispõe sobre o compartilhamento de responsabilidades, não podendo ser confundida com a custódia física conjunta de filhos ou com a divisão igualitária de tempo de convivência. Nela o que se verifica é uma flexibilidade adaptada às circunstâncias específicas de cada caso, ou seja, os pais podem optar pela divisão igualitária do tempo de convívio ou criar arranjos em que um deles terá mais tempo de convívio do que o outro, por exemplo. O que deve prevalecer é uma decisão que considere o melhor interesse da criança e as circunstâncias particulares de cada família. Ou seja, a guarda compartilhada é um instituto jurídico flexível que prioriza a participação igualitária dos pais na vida de seus filhos, não impondo modelo específico de custódia física ou tempo de convívio, permitindo que esses aspectos sejam adaptados de acordo com as necessidades individuais de cada família.

Assim, será possível a fixação da guarda compartilhada em casos, por exemplo, em que os pais residem em países diferentes, pois com o avanço tecnológico, é possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos. Isso não importa em dupla residência, tendo ele apenas uma como referência.

Quanto à residência, posição contrária pode ser verificada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Em decisão proferida em 28 de setembro de 2023, no recurso de apelação cível número 50020279520218210090, interposto pelo pai contra decisão proferida pelo juízo a quo, nos autos que concedeu para a mãe da infante, dentre outros, a guarda definitiva, regulamentando a convivência paterna de forma livre e permitindo também o contato regular do pai com a filha pelos meios de comunicação disponíveis, foi mantida a guarda unilateral materna, estando de acordo com o melhor interesse da filha em comum.

No caso em questão, pelo fato do pai estar morando em Belém do Pará e a mãe, com a criança, no Rio Grande do Sul, aquele buscou, através das razões apresentadas, a alternância da residência de forma anual, denominada guarda alternada, instituto que, conforme entendimento dos desembargadores, não atenderia ao melhor interesse da criança. Porém, foi decidido pela inviabilidade do acolhimento do pedido de guarda compartilhada, tendo em vista que as partes residem em cidades diferentes, Ananindeua/Pará e Paraí/RS, o que impossibilita a guarda nesse formato.

Dessa forma, embora a solução para casos que envolvam crianças e adolescentes deva priorizar o princípio do seu melhor interesse, em conformidade com a doutrina da proteção integral e normativas como o artigo 227 da Constituição Federal e a Convenção sobre os Direitos da Criança, situações excepcionais, a regra da guarda compartilhada pode ceder espaço às particularidades do caso, motivo pelo qual foi mantida a guarda unilateral materna, situação fática que já vinha sendo configurada.

Sobre a consideração do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes e consideração das especificidades de questões que envolvam o instituto da guarda, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem seguido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Esse, em recente decisão proferida em 19/6/2023, no AgInt no AREsp. dispôs que embora após a edição da Lei n. 13.058/2014, a guarda compartilhada seja regra, mesmo havendo discordância entre os pais em relação à guarda do filho, em situações excepcionais, há a possibilidade de afastar essa espécie de guarda, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que restou evidenciado e decidido no contexto específico do caso em análise.

Em sentido semelhante, tem se manifestado o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme recente decisão. Veja-se:

Ementa: AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA ALTERNADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. TUTELA PROVISÓRIA. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DO REFERENCIAL DE MORADIA NA CASA MATERNA. 1. NÃO É A CONVENIÊNCIA DOS PAIS QUE DEVE ORIENTAR A DEFINIÇÃO DA GUARDA, MAS O INTERESSE DO FILHO. 2. A GUARDA COMPARTILHADA, QUE NÃO SE CONFUNDE COM A GUARDA ALTERNADA, NÃO CONSISTE EM TRANSFORMAR O FILHO EM OBJETO, QUE FICA À DISPOSIÇÃO DE CADA GENITOR POR UM DETERMINADO PERÍODO, MAS UMA FORMA HARMÔNICA AJUSTADA PELOS GENITORES, QUE PERMITA À CRIANÇA DESFRUTAR TANTO DA COMPANHIA PATERNA COMO DA MATERNA, NUM REGIME DE VISITAÇÃO BASTANTE AMPLO E FLEXÍVEL, MAS SEM QUE ELA PERCA SEUS REFERENCIAIS DE MORADIA. 3. TENDO EM MIRA QUE A GUARDA ALTERNADA, EM REGRA, NÃO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL, E QUE, SEGUNDO NOTICIADO NA INICIAL, ELA VINHA OCASIONANDO UMA SÉRIE DE TRANSTORNOS AO INFANTE, DEVE-SE AGUARDAR QUE MAIORES ELEMENTOS APORTEM AOS AUTOS, PARA AVALIAR SE É POSSÍVEL ESTABELECEER A GUARDA COMPARTILHADA DA CRIANÇA, BEM COMO SE HÁ NECESSIDADE DE AJUSTE NO REGIME DE CONVIVÊNCIA COM O GENITOR. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento, Nº 50663636820238217000, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 27-09-2023)

No caso específico, o pai pugnou pelo deferimento da guarda alternada, irrisignado com a decisão do juízo *a quo* que deferiu a guarda unilateral para mãe. *A priori*, os julgadores disciplinaram pela não confusão entre a guarda compartilhada e guarda alternada. Não se tratando de uma situação em que o filho se torna uma espécie de objeto, transferido de um genitor para outro em períodos determinados. Afirmam que guarda compartilhada deve ser entendida como um instituto capaz de proporcionar à criança e adolescente uma oportunidade de desfrutar tanto da companhia do pai quanto da mãe, com uma espécie de regime de visitação aberto e flexível, sem que isso altere sua residência principal.

Entretanto, mesmo com a vigência da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, deve ser analisado as especificidades de cada caso, a fim de verificar a viabilidade da guarda compartilhada, mesmo sendo a forma preferencial, estando o resguardado do melhor interesse está acima da conveniência dos pais. E, foi por esse fundamento, que os julgadores entenderam pelo não provimento do recurso, mantendo-se a guarda unilateral, mesmo não sendo a regra.

No que concerne à deliberação sobre a guarda alternada, é importante destacar que este Tribunal não a exclui completamente, reconhecendo sua aplicabilidade em casos específicos. No entanto, em sua maioria, as decisões tendem a ser contrárias à guarda alternada, pois nem sempre ela garante o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Em decisão proferida em 29 de setembro de 2023, no recurso de apelação cível apresentada por um dos pais, em resposta a uma sentença que homologou parcialmente um

acordo em relação à convivência duas crianças, foi constatado que as partes estipularam implicitamente um regime de guarda alternada, no qual as crianças alternariam entre as residências dos pais ao longo das semanas. Veja-se:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CONSENSUAL REVISIONAL DE ALIMENTOS E DE CONVIVÊNCIA. PLEITO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. DESCABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. CONTEXTO EM QUE, CONQUANTO O REGIME PRETENDIDO ESTEJA DESCRITO COMO GUARDA COMPARTILHADA, TRATA-SE, EM VERDADE, DE TENTATIVA DE SE ENTABULAR ACORDO DE GUARDA ALTERNADA. A ESTIPULAÇÃO PRETENDIDA ENTRE OS GENITORES MOSTRA-SE INCONVENIENTE, PODENDO ACARRETAR INSTABILIDADE EMOCIONAL, POIS A CRIANÇA FICA SUBMETIDA A CADA SEMANA A LOCAL DIVERSO DE RESIDÊNCIA. APELO DESPROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível, Nº 51680896720228210001, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em: 29-09-2023)

Com base no princípio que visa preservar o melhor interesse das crianças, os desembargadores esclarecerem que a guarda alternada não é a opção mais recomendável para garantir o pleno desenvolvimento daquelas. Posição que tem sido respaldada por profissionais da área de psicologia, especialistas em Direito e jurisprudência consolidada sobre o assunto.

Para os desembargadores, ao contrário do que a mãe alega, a alternância desejada acabaria por descaracterizar a guarda compartilhada. E, a rotação de residências poderia representar um risco potencial para as crianças, devido à falta de um lar de referência. Dessa forma, a aceitação da solicitação apresentada pelo apelante resultaria na efetiva implementação da guarda alternada, o que não é compatível com a legislação atual em vigor.

Já considerando a possibilidade do instituto da guarda alternada, menciona-se o agravo de instrumento, que foi julgado em 08 de dezembro de 2022. Neste caso, as crianças, representadas por sua mãe, interpuseram este recurso em reação à decisão do juízo a quo que negou a homologação de um acordo firmado entre as partes em um processo de revisão de alimentos.

Embora a disputa central não tenha sido a custódia compartilhada, o juiz de primeira instância considerou que o acordo estava viciado, pois isentava a mãe de pagar alimentos quando as crianças estivessem sob a guarda do pai, o que foi acordado entre os pais, entendendo que a alternância anual da guarda das crianças promoveriam seu convívio e desenvolvimento emocional.

Assim,

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS (MAJORAÇÃO). PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO REALIZADO EM AUDIÊNCIA. CABIMENTO. DECISÃO REFORMADA. NO CASO, EM AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO AS PARTES REALIZARAM ACORDO ENTRE SI, OPORTUNIDADE EM QUE RESTOU ESTABELECIDO A GUARDA ALTERNADA (UM ANO PARA CADA GENITOR), E FIXADA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. OCORRE QUE, QUANTO AOS ALIMENTOS, RESTOU ESTABELECIDO QUE, NO ANO EM QUE O GENITOR ESTIVER COM A GUARDA DOS DOIS FILHOS, A GENITORA FICARIA DISPENSADA DO ENCARGO ALIMENTAR, O QUE SE MOSTRA CABÍVEL, NO CASO. ISSO PORQUE EXISTE CONSENSO ENTRE OS PAIS, QUE COMPACTUARAM COM A DISPENSA DA VERBA ALIMENTAR POR PARTE DA GENITORA, DIANTE DOS PARCOS RENDIMENTOS PERCEBIDOS POR ESTA, SENDO, PORTANTO, CABÍVEL A HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO. SALIENTA-SE, TODAVIA, QUE DEVE SER CONSIGNADO QUE A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR MATERNA FICA SUSPensa NO PERÍODO EM QUE A GUARDA DA PROLE FOR PATERNA, O QUE, PRESERVA OS INTERESSES DOS INFANTES. DESTACA-SE QUE O JUDICIÁRIO TEM O DEVER ESTIMULAR A SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS, GARANTINDO-SE, ASSIM, MAIOR CELERIDADE E EFETIVIDADE NA RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS, BEM COMO DEVE ADEQUAR-SE À REALIDADE INDIVIDUAL DE CADA SITUAÇÃO, QUE POSSUI SUAS PARTICULARIDADES, E NECESSITA DE TRATAMENTO EQUÂNIME, COMO É O CASO DOS AUTOS. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 52407717220228217000, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 08-12-2022)

Em decisão, o Tribunal deu provimento ao recurso, considerando o acordo firmado, ressaltou que o Judiciário deve promover a resolução consensual de conflitos para garantir maior rapidez e eficácia na solução das disputas, levando em consideração as circunstâncias individuais de cada caso, como ocorre aqui. Decisão semelhante também pode ser observada na Apelação Cível, nº 70085017549, sob a relatoria de Sérgio Fernando de Vasconcellos, julgado em 25 de agosto de 2021.

Do exposto, depreende-se que questões relacionadas à guarda e ao convívio de crianças e adolescentes são complexas e requerem uma análise abrangente visando ao melhor interesse daqueles. Muito embora a guarda compartilhada e a alternada não se confundam, sendo a primeira a regra, não significa tratar o filho como um objeto, disponível para cada genitor em períodos determinados, mas sim uma abordagem harmônica que permite à criança desfrutar da companhia de ambos os pais, preservando seus referenciais de moradia. Situações excepcionais devem ser analisadas e a guarda alternada não pode ser descartada, em especial, em acordos judiciais, posto que não há motivo para interferir nesse arranjo, inclusive quando não identificadas evidências de prejuízo para a criança.

Conclusão:

A Constituição Federal de 1988 ao elevar crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos, introduzindo a teoria da proteção integral em seu texto, como pode ser verificado em seu artigo 227, estabelecendo como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, incluindo o direito à convivência familiar e comunitária. O mesmo foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e demais normas infraconstitucionais.

O direito fundamental da convivência familiar, quando interpretado com o instituto da guarda, não se limita à mera visita, mas representa uma interação ativa em prol do bem-estar e desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes. Portanto, a adoção da expressão "convivência" em vez de "visita" é mais adequada, englobando todo o ambiente familiar.

Essa questão terminológica acaba por interferir diretamente na interpretação e aplicação das normas relacionadas ao instituído da guarda que também tem sido objeto de reflexões por colocar a criança e/ou adolescente em posição de objeto, contrariando o caráter assistencialista e de cuidado do instituto, motivo pelo qual tende a ser substituída pela expressão convivência.

Essa convivência, quando compartilhada, poderá ser física, envolvendo o partilhamento das responsabilidades parentais, e legal, relacionada à divisão equilibrada do tempo de convivência dos pais com seus filhos, não podendo ser confundida com a guarda alternada, ou convivência alternada, pois esta última envolve períodos de convivência exclusiva de cada genitor.

Outrossim, a convivência compartilhada não implica necessariamente em residência alternada ou dupla residência, posto que essa questão, sequer é pacífica nos julgados nacionais.

Independentemente das definições e terminologias utilizadas, o objetivo da guarda ou do direito de convivência é a promoção da proteção integral da criança e do adolescente, garantindo seu bem-estar e desenvolvimento saudável. Situações excepcionais devem ser analisadas, não sendo excluídas do sistema jurídico brasileiro a convivência/guarda alternada e a possibilidade da criança e do adolescente possuírem duas residências em casos que envolvam a convivência/guarda compartilhada, embora não seja a regra.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Clarissa Campos, SOUZA DIAS, Camila Werneck de; SATO, Hannetie Kiyono Koyama. (2022). **Regime de convivência alternado e o §2º do artigo 1.583 do Código Civil**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jul-25/pensando-lapis-regime-convivencia-alternado-artigo-1583-codigo-civil>. Acesso em 21 de out de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/novo/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente**. Revista do Direito Unisc, 29, 22-43, 2008. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/issue/archive>. Acesso em 17 de out de 2023.

DELGADO, Mário Luis. **Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias>. Acesso em 17 de out de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PEREIRA, Rodrigo. da C. **Direito das famílias**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família contemporâneo** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022

SANTOS, Lucineia Rosa dos; LEITE, Rita de Cássia Curvo. **A Convivência familiar como direito fundamental da criança no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Internacional Consinter de Direito, 6(10), 81–98. 2020 DOI: 10.19135/revista.consinter.00010.03. Disponível em <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/136>. Acesso em 18 de outubro de 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de família**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Método, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. (2003). Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: Mezzaroba, O. (Org.). Humanismo Latino e Estado no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, p. 439.