



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

MARIANA GOMES TIZEY

**A DISTÂNCIA DE MORADIA ENTRE OS GENITORES – CIDADES OU PAÍSES
DIFERENTES – INVIABILIZA A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA?**

**JOÃO PESSOA
2023**

MARIANA GOMES TIZEY

**A DISTÂNCIA DE MORADIA ENTRE OS GENITORES – CIDADES OU PAÍSES
DIFERENTES – INVIABILIZA A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Raquel Moraes de Lima

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

T625d Tizey, Mariana Gomes.

A distância de moradia entre os genitores - cidades ou países diferentes - inviabiliza a fixação da guarda compartilhada? / Mariana Gomes Tizey. - João Pessoa, 2023.

56 f.

Orientação: Raquel Moraes de Lima.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Guarda compartilhada. 2. Distância de moradia. 3. Inviabilidade. I. Lima, Raquel Moraes de. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

MARIANA GOMES TIZEY

**A DISTÂNCIA DE MORADIA ENTRE OS GENITORES – CIDADES OU PAÍSES
DIFERENTES – INVIABILIZA A FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA?**

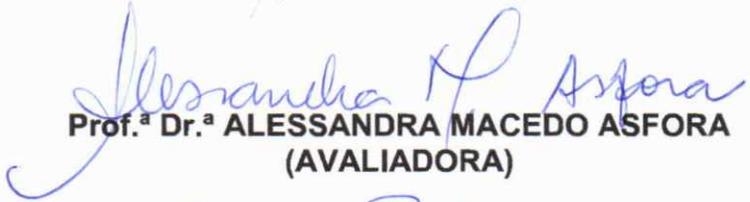
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Raquel Moraes de Lima

DATA DA APROVAÇÃO: 01 DE JUNHO DE 2023

BANCA EXAMINADORA:


**Prof.^a Dr.^a RAQUEL MORAES DE LIMA
(ORIENTADORA)**


**Prof.^a Dr.^a ALESSANDRA MACEDO ASFORA
(AVALIADORA)**


**Prof.^a Dr.^a DUINA MOTA DE FIGUEIREDO PORTO
(AVALIADORA)**

Dedico o resultado do esforço realizado ao longo deste trabalho à minha família que tanto admiro.

AGRADECIMENTOS

Chegar até aqui não foi uma tarefa fácil, mas se consegui, foi porque tive pessoas incríveis caminhando junto comigo. Primeiramente eu agradeço a Deus, por ter me colocado em um bom caminho, por nunca me deixar faltar nada, e por me mostrar que eu sempre posso passar por qualquer situação, por mais difícil que pareça. Ele que me mostrou que o melhor caminho nem sempre é aquele que eu quero, mas sim o que eu preciso. Obrigada, Deus, por me permitir viver coisas tão boas.

Também preciso agradecer aos meus pais, Marcos e Elisângela, que mesmo diante de tanta dificuldade nunca mediram esforços para me proporcionar a melhor educação, fizeram tudo o que foi possível pela criação dos filhos, nunca permitiram que nada faltasse, priorizaram os meus estudos acima de qualquer coisa, e por isso passaram o exemplo que eu carrego para a vida: estudar e trabalhar, esse é o caminho. Espero que um dia eu possa alcançar lugares que eu jamais imaginei, assim como vocês conseguiram. Obrigada, pai e mãe, por terem me proporcionado um lar de amor e carinho, obrigada por estarem ao meu lado em qualquer situação, obrigada por tudo o que vocês fizeram e continuam fazendo por mim. Obrigada ao meu irmão, Gabriel, que foi morar longe, deixando muitas saudades nas nossas vidas, você faz falta todos os dias.

Ao meu namorado, Guilherme, também tenho muito a agradecer. Ele que sempre acreditou em mim, até quando nem eu mesma acreditei, desde quando estudávamos para o ENEM, depois durante o curso, com a OAB, com o TCC, e tantas outras coisas. Me deu forças quando eu precisei, chorou o meu choro e sorriu o meu riso, comemorou todas as minhas conquistas, ouviu os meus lamentos, ouviu as minhas preocupações com o curso, com esse trabalho, foi o meu conforto. Obrigada por nunca desistir de mim, por me animar em dias tristes e me acalmar em dias de estresse, obrigada por me proporcionar bons momentos, e por todo o esforço para me fazer feliz.

Agradeço aos professores que me incentivaram durante o curso, em especial à minha orientadora, Raquel, que me ajudou durante todo o processo, me mostrou o caminho para começar, quando eu não sabia como escrever nem a primeira frase, e corrigiu atentamente todo o meu trabalho, sempre me mostrando como eu poderia melhorar. Foi um privilégio ter uma orientadora tão atenciosa.

Agradeço aos amigos que tive a oportunidade de conviver durante o curso, a minha turma foi a melhor que eu poderia pedir, obrigada por me acolherem tão bem quando cheguei de Santa Rita, mudar de turma ao longo do curso não foi fácil, mas vocês me fizeram sentir muito bem recebida, em especial a Araújo, Valdemir, Mari, Samuel, Pedro, Camila, Cheísa e Guilherme, vocês tornaram toda a caminhada mais leve e mais alegre.

O amor é paciente, o amor é bondoso. Não
inveja, não se vangloria, não se orgulha.
Não maltrata, não procura seus interesses, não
se ira facilmente, não guarda rancor.
O amor não se alegra com a injustiça, mas se
alegra com a verdade.
Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta.

RESUMO

O exercício do poder familiar, ou autoridade parental, envolve a responsabilidade dos genitores no sentido de promover assistência, criação e educação dos filhos, independentemente da situação conjugal. Entretanto, quando os pais não mantêm uma vida em comum, faz-se necessária a fixação de um regime de convivência com os filhos, através da regulamentação da guarda. Atualmente, a guarda compartilhada é o regime obrigatório definido pela legislação brasileira, sendo permitida a fixação da guarda unilateral quando um dos genitores declarar expressamente que não deseja a guarda dos filhos ou não exercer o poder familiar. Por conseguinte, seria possível fixar a guarda compartilhada quando os pais moram em países ou cidades diferentes, já que a distância compromete a custódia física? Os doutrinadores defendem que a guarda compartilhada deve ser exercida de forma equilibrada entre ambos os pais, e não necessariamente está atrelada a uma alternância igualitária de tempo de convivência. Em contraposição, decisões judiciais recentes têm fixado o regime de guarda compartilhada para genitores que vivem em locais diferentes e distantes, sob o argumento de que os avanços tecnológicos permitem o compartilhamento, à distância, das responsabilidades sobre a prole. Observa-se, ainda, determinações judiciais de guarda compartilhada em formato alternado, sistematizando uma divisão de tempo de convivência perfeitamente simétrica para cada genitor. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva discutir que os tribunais têm reduzido o exercício da guarda compartilhada a aspectos que já são garantidos pelo poder familiar, ou autoridade parental. O método utilizado para pesquisa foi o dedutivo, através de uma investigação teórica com o procedimento de pesquisa documental e bibliográfica, mediante a coleta de decisões judiciais realizada diretamente dos sites oficiais dos tribunais, para análise e verificação do objetivo proposto. Através deste procedimento se tornou evidente a confusão teórica que os magistrados ainda fazem em relação aos institutos da guarda compartilhada, guarda unilateral, guarda alternada, guarda física e poder familiar.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Distância de moradia. Inviabilidade.

ABSTRACT

The exercise of family power, or parental authority, involves the responsibility of the parents to promote assistance, raise and educate their children, regardless of marital status. However, when parents do not have a life together, it is necessary to establish a regime so they can coexist with their children, through custody regulation. At the moment, shared custody is the mandatory regime defined by Brazilian Law, being allowed the unilateral custody when a parent expressly states that do not want custody, or not exercise family power. Therefore, would it be possible to fix shared custody when parents live in different countries or cities? Indocinators argue that shared custody should be exercised in a balanced manner between both parents, and is not necessarily linked to an egalitarian alternation of time of coexistence. On the other hand, recent court decisions have fixed the shared custody regime for parents living in different and distant locations, arguing that technological advances allow the sharing, at a distance, of responsibilities over the offspring. It is also observed court decisions of shared custody in alternate format, systematizing a perfectly symmetrical division of cohabitation time for each parent. The present work aims to discuss that the courts have reduced the exercise of shared custody to aspects that are already guaranteed by family power, or parental authority. The method used for research was deductive, through a theoretical investigation with the procedure of documentary and bibliographical research, through the collection of judicial decisions carried out directly from the oficial websites of the courts, for analysis and verification of the proposed objective Through this procedure it became evident the theoretical confusion that the magistrates still make in relation to the institutes of shared custody, unilateral custody, alternate custody, physical custody and family power.

Key-words: Shared custody. Distance from housing. Unfeasibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AUTORIDADE PARENTAL	14
2.1 PÁTRIO PODER: UMA BREVE HISTORICIZAÇÃO	14
2.2 CONCEITUANDO O PODER FAMILIAR	15
2.3 PODER FAMILIAR À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	19
2.4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E GUARDA.....	24
3 GUARDA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	27
3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE GUARDA.....	27
3.2 GUARDA UNILATERAL	30
3.3 GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA E GUARDA FÍSICA	33
3.3.1 A cooperação entre os pais	36
4 A RELAÇÃO ENTRE GUARDA COMPARTILHADA, GUARDA FÍSICA E PODER FAMILIAR: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	39
4.1 A GUARDA FÍSICA QUANDO OS GENITORES RESIDEM EM CIDADES OU PAÍSES DIFERENTES.....	39
4.1.1 Decisões recentes proferidas pelo STJ: Recurso Especial nº 1.878.041/SP e Recurso Especial nº 2.038.760/RJ	40
4.1.2 Decisão recente proferida pelo TJDF: Acórdão nº 1322502/TJDF	44
4.1.2.1 Acórdão nº 802.750/TJDF	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada foi determinada como obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 13.058/2014, abordando a exceção apenas de quando um dos genitores declarar que não deseja a guarda, ou não exercer o poder familiar. Esta lei também determinou que os genitores possuem o dever de exercício do poder familiar independente da situação conjugal. Diante disso, surgiram diversas situações jurídicas, sendo uma delas a situação dos pais que moram em cidades diferentes e distantes.

Nesse caso, tem sido decidido pelos tribunais a necessidade de manutenção do instituto da guarda compartilhada, sob o argumento de que os avanços tecnológicos permitem o compartilhamento, à distância, das responsabilidades sobre a prole, sem a necessidade da guarda física. Entretanto, o dever de exercício do poder familiar engloba diversos aspectos decisórios na vida do filho, presentes no artigo 1.634 do Código Civil de 2002, se assemelhando a situação descrita pelos tribunais para a guarda compartilhada exercida à distância. Com isso, nota-se que a prescindibilidade da guarda física para o exercício da guarda compartilhada pode descaracterizar este instituto, visto que a guarda compartilhada tem como um dos requisitos, para o seu pleno funcionamento, a vivência da custódia física.

Assim sendo, o objetivo da presente pesquisa é demonstrar a confusão teórica que os magistrados estão cometendo ao não considerarem os conceitos e deveres legais previstos, sobretudo, pelo instituto do poder familiar, além da importância do compartilhamento da guarda física, atrelado ao exercício da guarda compartilhada.

Para alcançar este objetivo, foi analisado o instituto do poder familiar, atualmente denominado autoridade parental, sob aspectos conceituais e legais. Além disso, foi estudado cada instituto de guarda de crianças e adolescentes previsto pela legislação civil brasileira, com aspectos gerais e específicos. Por fim, foram examinadas decisões do Poder Judiciário relativas ao tema da pesquisa, a fim de verificar uma possível imprecisão entre a definição teórica dos institutos da guarda compartilhada, guarda unilateral, guarda alternada, guarda física e poder familiar ao fixar a guarda compartilhada quando os genitores vivem em cidades distantes e países diferentes.

Levando em consideração que a situação descrita trata diretamente da vida de pessoas vulneráveis, tais decisões, caso tomadas de forma equivocada, podem acarretar prejuízos irreparáveis, pois versam sobre determinações significativas no processo de desenvolvimento saudável e do melhor interesse das crianças e adolescentes.

A metodologia da pesquisa parte de um raciocínio dedutivo, a fim de analisar institutos relativos à guarda de crianças e adolescentes e ao poder familiar existentes no direito civil brasileiro, e a partir disto observar como estão sendo abordados pelo Poder Judiciário, ao fixarem regime de guarda para pais que moram em cidades diferentes e distantes.

A técnica de pesquisa utilizada para alcançar esse objetivo foi a investigação teórica através do procedimento de pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista que foram analisados textos de diversas espécies, como livros e artigos científicos, além das jurisprudências dos tribunais brasileiros. O objetivo da técnica de pesquisa utilizado foi o exploratório, visto que o problema consistirá em análise de textos e documentos para ser explicitado.

As jurisprudências foram analisadas de acordo com a perspectiva da legislação brasileira, visando a compreender como os magistrados têm interpretado os institutos de guarda e poder familiar, e concluir se a interpretação se encontra condizente com as disposições legais, a fim de perceber se os conceitos estão sendo aplicados da forma correta, e se as decisões são compatíveis com o conceito de guarda compartilhada ou com o conceito de poder familiar.

No primeiro capítulo, foram abordadas questões relativas ao poder familiar, incluindo seu contexto histórico, conceito, aspectos relativos à terminologia e como esse instituto é tratado pela legislação civil, principalmente pelo Código Civil de 2002. Para isso, foi feita uma análise de como funcionava o chamado pátrio poder desde o direito romano, chegando ao direito brasileiro, e mostrando como passou por modificações até chegar no termo poder familiar.

Após isso, a pesquisa seguiu com a apreciação do conceito de poder familiar, o conteúdo em si, seguindo com o exame da legislação brasileira sobre o tema, apresentando como o poder familiar possui deveres que devem ser cumpridos pelos genitores, e o capítulo foi finalizado com um estudo acerca do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar no que diz respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

No segundo capítulo, foi estudado o conceito de guarda de crianças e adolescentes, iniciando com uma abordagem geral sobre o instituto, e considerando cada tipo de guarda particularmente, e como cada uma é aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, passando pela guarda unilateral e chegando na guarda compartilhada. Diante disso, a guarda compartilhada, por ser obrigatória na legislação e principal objeto desta pesquisa, recebeu um enfoque maior, de modo que foi relacionada com a guarda física, e analisada a necessidade deste requisito para que seja posta em prática.

Por fim, no terceiro capítulo, foram analisadas decisões judiciais relativas à definição da guarda compartilhada quando os genitores moram em cidades ou países diferentes, quais sejam as decisões que determinam a prescindibilidade da guarda física para exercício da guarda compartilhada, visto que tal requisito poderia ser substituído pelas tecnologias, permitindo assim a interação entre os genitores e os filhos. Considerando que essas decisões vão de encontro ao conceito de ser a guarda física um dos requisitos que representa a essência da guarda compartilhada, o objetivo é analisar se o Poder Judiciário está efetivamente tratando de guarda compartilhada, ou do exercício da autoridade parental, confundindo os institutos.

A coleta das decisões judiciais utilizadas no trabalho se deu em duas etapas. A primeira delas foi a consulta jurisprudencial nas bases do Superior Tribunal de Justiça (STJ), feita diretamente a partir do site oficial deste tribunal. O STJ foi escolhido por representar o maior grau das decisões. Entretanto, por ser uma situação ainda recente, as decisões encontradas no site do STJ não foram suficientes para a análise da pesquisa, motivo pelo qual se buscou por decisões de tribunais regionais.

Diante disso, ao analisar um caso recente de grande repercussão nacional acerca de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), se optou por uma pesquisa mais avançada neste tribunal, de onde foi possível coletar decisões a nível regional acerca da temática para estudo e pesquisa.

Todas as pesquisas foram realizadas utilizando as palavras-chaves “guarda compartilhada”, “custódia física”, “países diferentes” e “cidades diferentes”. Todavia, os resultados foram escassos, principalmente por representar uma situação recente, mas também por se tratar de casos que tramitam sob sigilo de justiça, o que limita significativamente os resultados da pesquisa.

A segunda etapa da coleta de decisões judiciais se deu através da leitura de cada resultado encontrado, a fim de separar quais decisões abordavam efetivamente a problemática proposta pelo tema e se relacionavam com a definição de guarda entre genitores que moram em cidades ou países diferentes, seguido de um estudo acerca da forma que o magistrado decidiu a respeito, analisando as particularidades de cada caso diante da fixação de um regime, e como este regime seria colocado em prática.

2 AUTORIDADE PARENTAL

2.1 PÁTRIO PODER: UMA BREVE HISTORICIZAÇÃO

A ideia de poder familiar remonta ao conceito de pátrio poder, referente ao Direito Romano, em que o *pater familias*, uma espécie de chefe da família, tinha um poder completo em relação aos seus descendentes e a outros membros da unidade de terra, sendo uma autoridade incontestável. O poder do *pater familias* traduzia-se em diversos aspectos, a exemplo da possibilidade de venda de um filho ou execução de um filho recém-nascido.

Neste aspecto, de acordo com a análise de Marky (1995, p. 167):

O caráter arcaico do poder que o pater familias tinha sobre seus descendentes era revelado pela total, completa e duradoura sujeição destes àquele, sujeição esta que tornava a situação dos descendentes semelhante à dos escravos, enquanto o pater familias vivesse.

Tal instituto do pátrio poder sofreu grandes alterações ao longo do tempo. Em uma perspectiva um pouco mais recente, mas ainda histórica, tem-se o Código Civil de 1916, que apresentava dispositivos baseados no caráter patriarcal que foram se tornando obsoletos, como o artigo 380, que determinava: “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família, e, na falta ou impedimento seu, a sua mulher”. Nota-se uma verdadeira semelhança com o conceito do *pater familias* supramencionado.

Apenas em 1962, a Lei nº 4.121 alterou este dispositivo, trazendo uma situação jurídica ainda completamente desatualizada para os dias de hoje, de modo que o artigo 380 passou a funcionar sob o texto:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.
Parágrafo Único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Diante da análise do dispositivo alterado em 1962, percebe-se que a mulher passou a ocupar um papel de maior importância em relação ao texto de 1916. Entretanto, ainda é possível observar a tratativa de superioridade do marido em

relação à esposa, o que se torna completamente insustentável para os modelos de família existentes atualmente, considerando que a subordinação da mulher ao homem não é mais juridicamente aplicável às famílias.

A Constituição Federal de 1988 apresentou uma evolução relevante neste sentido, quando, em seu artigo 226, equiparou o homem e a mulher para o exercício dos direitos e deveres da sociedade conjugal, extinguindo normativamente a superioridade do marido em relação à esposa. Apenas com o Código Civil de 2002 o pátrio poder deixou de receber esse nome, para ser chamado de poder familiar, termo utilizado em diversos dispositivos do Código Civil de 2002 e adotado pelos doutrinadores.

Vale ressaltar que após a vigência do Código Civil de 2002, o poder familiar foi abordado ainda pelas Lei nº 11.698/2008 e Lei nº 13.058/2014, que foram promulgadas com a finalidade de alterar o vigente Código Civil para dispor sobre aspectos da guarda compartilhada, discutindo também sobre parâmetros relativos ao poder familiar.

Anteriormente, com promulgação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) em 1990, algumas atualizações legislativas já tinham sido realizadas, visto que em seu artigo 21, indicou que o pátrio poder seria exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, assegurando a qualquer deles o direito de recorrer à autoridade judiciária competente em caso de discordância. Posteriormente, a expressão pátrio poder foi substituída no ECA pela expressão poder familiar, através da Lei nº 12.010/2009.

Nota-se que o ECA, ao ser sancionado em 1990, trouxe a igualdade de condições entre o pai e a mãe para o exercício da autoridade parental pela primeira vez, considerando que o Código Civil vigente à época, de 1916, ainda tratava da superioridade do pai neste aspecto. Tal evolução trazida pelo Estatuto já se apresentava em conformidade com a Constituição de 1988, que, como mencionado, passou a enfatizar a igualdade de condições no contexto matrimonial.

2.2 CONCEITUANDO O PODER FAMILIAR

De acordo com Tartuce (2023, p. 526), o poder familiar é “o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”. Dessa forma, o

poder familiar se traduz em deveres legais que os pais possuem com relação à criação dos filhos até que estes completem 18 anos.

Tal acepção evidencia que os filhos não mais são tratados com submissão, e sim com respeito e cuidado. Ademais destaca como o poder familiar deixou de ser tratado como incontestável, devendo ser exercido democraticamente, com vistas ao desenvolvimento da personalidade do filho, através de uma criação com ênfase na individualidade, na integridade, e no afeto.

Essa visão contemporânea da autoridade parental exige que os pais estejam presentes na vida do filho, através de experiências, convívio, atenção e carinho, aspectos importantes na formação e desenvolvimento da personalidade dos filhos. Ainda que os pais sejam separados, o poder familiar deve ser exercido por ambos, sendo dever apenas de um no caso de falta ou impedimento do outro.

A educação formal do filho deve ser garantida pelos pais. Além disso, os genitores também possuem o dever da transmissão de valores morais e éticos, tendo em vista que são responsáveis pela formação dos seus filhos, para que eles sejam educados para viver em sociedade, pois a personalidade dos filhos em grande parte é formada pelo esforço dos pais em educá-los.

Sendo assim, depreende-se que a presença dos pais na vida do filho é um aspecto imprescindível para o exercício da autoridade parental, tendo em consideração que não é possível o cumprimento dos deveres sem o contato, conforme leciona Ramos (2005, p. 103):

Nessa moderna concepção, a responsabilidade parental sem o concomitante contato entre pais e filhos estaria esvaziada da sua principal função de promoção do desenvolvimento da personalidade do filho com amor, carinho e participação, pois é pelo convívio que floresce o amor, que se trocam experiências, se fortalecem os vínculos parentais e se edifica a personalidade do filho (apud RAMOS, 2016, p. 18).

O convívio familiar é peça fundamental no desenvolvimento de uma criança ou adolescente, sobretudo pelo fato de que a formação de personalidade é fortemente influenciada pelos exemplos e experiências vividas em ambiente familiar. Ainda que a educação formal exerça o seu papel, os ensinamentos familiares são imprescindíveis e ocupam grande espaço nesse desenvolvimento.

O poder familiar surge da necessidade dos filhos de proteção e cuidados, pois são absolutamente dependentes a partir do seu nascimento. Ao longo do tempo essa

dependência diminui, sendo cessado o poder familiar com a maioridade civil, ou através de emancipação. O exercício do poder familiar também se relaciona com a autoridade patrimonial dos pais para conduzir os interesses prioritários dos filhos (MADALENO, 2018, p. 903).

Existe uma crítica doutrinária relativa ao termo poder, pois de acordo com Lôbo (2018), poder se relaciona com força legitimada e sujeição dos destinatários, enquanto autoridade é competência reconhecida, ausente de força e sujeição, exercida no interesse dos destinatários. Nesse caso, poder é um termo que apresenta verticalidade, emanando de cima para baixo, e autoridade é horizontal, apresentando direitos e deveres recíprocos. Por este motivo defende-se por parte da doutrina que autoridade parental seria o termo mais adequado em substituição a poder familiar.

Já na visão de Monteiro (2020, p. 50), o termo poder está relacionado a um direito-dever, pois é um dever enquanto possui encargo e responsabilidade, e um direito enquanto meio para realizar um desenvolvimento pleno, representando um equilíbrio entre responsabilidades e direitos a caminharem para a melhor formação da criança e do adolescente. Atualmente, ambos os termos, seja autoridade parental, seja poder familiar, são utilizados pela doutrina e jurisprudência.

A ideia do poder familiar como encargo e responsabilidade demonstra a quebra do poder incontestável que se tinha no Direito Romano, mormente o objetivo seja zelar pelo desenvolvimento saudável do filho, pautado em demonstrações de afeto e carinho. O exercício do poder familiar deve ser voltado para o melhor interesse do filho, de forma democrática entre ambos os pais, ainda que não possuam relação de conjugalidade.

Os deveres relacionados a autoridade parental se traduzem de diversas formas. Inicialmente, a maior essência do poder familiar está no dever de criar. Sendo os pais que dão vida ao filho, cabe a eles assegurar o bom crescimento e sua boa formação (COMEL, 2003, p. 98). No âmbito jurídico, o dever de criar também se relaciona com a garantia dos direitos inerentes à pessoa humana, previstos tanto na Constituição, quanto no ECA.

Há de se falar, também, no dever de sustento, que inclui não apenas o dever de alimentar em sentido estrito, mas o dever de prover no sentido técnico, que inclui tudo que é necessário ao sustento, como vestuário, habitação, saúde e educação (PONTES DE MIRANDA, 2000, p.253 *apud* COMEL, 2003, p. 99). Portanto, o conceito de alimentos inclui tudo que seja necessário à manutenção da pessoa.

O dever de educar também se mostra imprescindível na medida em que os pais devem promover o desenvolvimento da personalidade dos seus filhos, para que possam viver em sociedade e ser preparados para a vida adulta. Conforme afirma Comel (2003, p. 102), a educação “é a influência que os pais exercem sobre o filho com o objetivo de dar forma à personalidade dele, entendida aqui em sentido amplo, preparando-o para a vida em sociedade”. Vale ressaltar que a educação não objetiva apenas proporcionar o desenvolvimento de forma generalizada, mas voltada para as particularidades do filho, para que suas condições pessoais sejam valorizadas.

Outro dever a ser considerado é o dever de corrigir, que é parte integrativa do dever de educar, pois ao passo em que se educa, surge a necessidade de correção. O dever de corrigir se relaciona com a resistência do filho diante da tentativa de educar e se relaciona com a disciplina pessoal e com as amizades. O dever de corrigir inclui também o castigo moderado, que se trata de uma repreensão prudente e razoável, tendo em vista que os excessos são inconcebíveis no ordenamento jurídico brasileiro por trazerem consequências negativas para o desenvolvimento dos filhos.

Ademais, tem-se o dever de companhia e guarda, que inclui assistir o filho, estando presente e acompanhando, além de incluir o dever de criação e educação, que apenas serão possíveis se os pais estiverem vivendo em companhia dos filhos. A companhia e guarda dos filhos não é apenas um direito, como é também um dever, tanto do pai quanto da mãe, e mesmo separados de fato, nenhum destes pode reclamar o exercício desse direito, invocando preferência (SILVA, 2012, p. 25)

O dever de guarda e companhia inclui, ainda, o dever de reclamar de detenção ilegal, uma vez que, diante do poder de ter o filho em sua companhia, surge o dever de reclamar de quem o detenha ilegalmente, contra sua vontade e sem justa causa, impondo-lhe a volta coercitiva à casa parental (COMEL, 2003, p. 112). Esta última situação inclui não apenas quando o filho é retido por um terceiro, como também quando o próprio filho foge de casa, situação em que os pais possuem o direito de exigir o seu retorno.

A autoridade parental também inclui o dever de representação e assistência, que se trata da incapacidade, absoluta ou relativa, do filho menor para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Nesse caso, a lei concede aos pais a capacidade de se manifestarem em relação à vontade do filho, através da representação, e a função de assisti-los, quando são maiores de 16 anos. Vale ressaltar que, apesar do

que foi mencionado, existem atos possíveis de serem praticados pelo maior de 16 anos sem a assistência dos pais, a exemplo do voto.

O dever de representação e assistência inclui, ainda, o dever de conceder ou negar consentimento para casamento, visto que a autorização dos pais é exigida para o casamento entre pessoas que ainda não alcançaram a maioridade civil, entretanto são maiores de 16 anos. Nesta linha, trata-se ainda da possibilidade dos pais de nomearem um tutor para os filhos, caso venham a falecer. De acordo com Comel (2003, p. 124): “A tutela, assim, é o instituto de proteção do menor substitutivo do poder familiar, visto ser uma função personalíssima”.

O dever de exigir obediência, respeito e colaboração também faz parte do poder familiar. Tal dever muitas vezes acaba entrando em conflito com o desejo de independência dos filhos e de cada vez mais tomar as decisões da sua própria vida. Entretanto, inclusive a fim de evitar decisões completamente prejudiciais dos filhos para com eles próprios, os pais devem intervir e exigir obediência, não permitindo que a independência dos filhos produza a impotência dos pais. “Trata-se aqui, evidentemente, de ordens lícitas e de acordo com o direito, de caráter educativo ou protetivo, e sempre no interesse do filho” (COMEL, 2003, p. 127). Diante disso, torna-se evidente a necessidade de imposição dos pais em relação aos filhos quando necessário, obedecendo aos limites impostos pela legislação.

Também integram o poder familiar os deveres de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais, que inclusive encontram-se presentes no ECA, enfatizando a obrigação dos pais. A expressão “fazer cumprir” tem uma grande importância, pois impõe o dever aos pais de fazer com que terceiros cumpram aquilo que foi decidido judicialmente, de acordo com o melhor interesse dos seus filhos.

2.3 PODER FAMILIAR À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme supramencionado, a expressão poder familiar se consolidou com o Código Civil de 2002. Em seu artigo 1.630, determina que os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, o que significa dizer que, ao alcançar a maioridade civil, o poder familiar dos pais em relação aos filhos é cessado. Por sua vez o artigo 1.631, *caput* e parágrafo único, determina que o poder familiar compete aos pais, e apenas na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade, ressalvado o direito de recorrer ao juiz quando estiverem em desacordo.

Vale ressaltar que o artigo 1.631 trata da situação enquanto ambos os pais são casados ou estão em união estável. No entanto, o artigo 1.632 determina que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram a relação entre pais e filhos, o que significa dizer que o poder familiar não cessa com o encerramento da vida conjugal, sendo ambos competentes para exercê-lo ainda que não estejam juntos em matrimônio ou união estável.

Especificamente, o artigo 1.634, que foi alterado pela Lei nº 13.058/2014, enumera em que consiste o poder familiar:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É fato que o conteúdo do poder familiar começa a ser abordado ainda antes, pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 229, que determina ser dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores. O artigo 22 do ECA também determina que compete a ambos os pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Entretanto, a descrição do poder familiar em seu conteúdo se tornou mais abrangente e direta com o artigo 1.634 do Código Civil, que enumerou os deveres legais de ambos os pais em relação aos filhos, como por exemplo o dever de conceder ou negar autorização para viagem ao exterior ou para casamento, além do consentimento para mudar de residência permanente para outro município.

Vale ressaltar que, até os 16 anos, os filhos são absolutamente incapazes, e entre os 16 e 18 anos, são relativamente capazes, conforme o artigo 3º e 4º do CC, sendo no primeiro caso exigida a representação, e no segundo caso a assistência para os atos da vida civil, sejam judiciais, sejam extrajudiciais. O papel de representar ou assistir deve ser feito pelos pais, sendo uma atribuição do poder familiar.

Quando se trata de exigir que os filhos lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, deve ser feita uma análise considerando os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção da criança e do adolescente, tendo em vista que é uma característica bastante subjetiva, conforme afirma Tartuce (2023, p. 529):

De início, porque a exigência de obediência não pode ser desmedida, sendo vedados maus-tratos e relação ditatorial. Havendo abusos nesse exercício, estará configurado o abuso de direito, o que pode repercutir, em casos de danos, na esfera da responsabilidade civil (arts. 187 e 927 do CC).

Neste sentido, o dever de obediência não deve conter excessos, inclusive pela entrada em vigor da Lei nº 13.010/2014 (Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo), que alterou o ECA a fim de proibir o uso de castigo físico ou tratamento cruciante pelos pais como forma de disciplina ou sob qualquer pretexto. Logo, o dever de obediência deve observar parâmetros plausíveis que possam exigir de forma ponderada da criança aquilo que ela é capaz de oferecer na sua idade e condição.

Além disso, o pai e a mãe, enquanto vigente o poder familiar, são usufrutuários dos bens do filho, conforme artigo 1.689 do Código Civil, pois a autoridade parental envolve a administração dos bens. Entretanto, esse usufruto deve proteger os interesses do filho. O artigo 1.691 determina, inclusive, que os atos do usufruto não podem ultrapassar a simples administração, salvo se for para o melhor interesse do filho. Em seu artigo 1.692, deixa claro que, em caso de desacordo entre os interesses do pai e do filho, o juiz nomeará um curador especial, possuindo legitimidade expressa para tal requerimento tanto o próprio filho, quanto o Ministério Público.

Diante do exposto, é relevante considerar que o poder familiar não é absoluto, ele pode ser extinto, suspenso ou perdido, de acordo com hipóteses específicas previstas em lei. Contudo, a autoridade parental também não é facultativa, não sendo possível a renúncia voluntária por parte dos pais. O artigo 1.635 do Código Civil traz cinco hipóteses de extinção do poder familiar: pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único; pela maioridade; pela adoção; ou por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A extinção do poder familiar “é a interrupção definitiva do poder familiar” (LÔBO, 2006), “é a cessação definitiva do poder, ditada por fenômenos naturais ou jurídicos, elencados pela lei” (BITTAR, 2006, p. 226). A extinção da autoridade

parental não é uma punição, apenas engloba fatores previstos em lei que determinam o fim do poder familiar. Diferente da suspensão e perda, a extinção do poder familiar é uma consequência automática, e independe de decisão judicial, logo, não há nenhum procedimento a ser seguido. A extinção do poder familiar acarreta o término definitivo da função dos pais, de modo em que o filho passará a ser absolutamente independente¹, ou receberá uma proteção equivalente².

A suspensão do poder familiar é a situação de restrição completa da autoridade parental, e fala-se ainda em modificação do poder dos pais com os filhos, que ocorre quando há uma restrição parcial da função paterna (COMEL, 2003, p. 262). A suspensão implica em privação do poder familiar por tempo determinado, podendo ocorrer apenas com um dos pais, ou com os dois, sendo personalíssima, recaindo apenas sobre o pai faltoso. As hipóteses de modificação ou suspensão do poder familiar implicam apenas o seu exercício, não interferindo na titularidade deste poder.

A suspensão está prevista pelo artigo 1.637 do CC, caput e parágrafo único, cabendo ao juiz determinar quando o pai ou a mãe abusa de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerente ou arruinando os bens do filho, podendo ser requerido por algum parente ou pelo Ministério Público, ou quando o pai ou a mãe forem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. De acordo com o artigo 24 do ECA, a suspensão será decretada judicialmente, e será aplicável, ainda, em casos de inobservância do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Já as hipóteses de perda do poder familiar estão elencadas no artigo 1.638 do CC, e ocorrem quando o pai ou a mãe: castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (que prevê a suspensão); entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção; praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra o próprio filho ou outro descendente, homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

A perda do poder familiar é uma medida mais crítica tomada em relação aos pais que contrariam de modo tão considerado os deveres com os filhos, pois destitui

¹ Para os casos previstos nos incisos II e III do art. 1.635, CC/02 – emancipação e maioridade.

² Para os casos previstos nos incisos I e IV do art. 1.635, CC/02 – tendo em vista a substituição em caso de falecimento dos pais, e a adoção, que será regulada pelas regras gerais do poder familiar.

de toda e qualquer prerrogativa com relação ao filho (COMEL, 2003, p. 283). Do próprio texto da lei é possível deduzir que a perda da autoridade parental é personalíssima, atingindo apenas o pai faltoso. Vale ressaltar que tal hipótese é sempre de acordo com o melhor interesse do filho. Diante da perda do poder familiar, o que se perde é a efetiva titularidade desse poder, ficando o pai ausente de qualquer autoridade em relação ao filho, nenhum elemento do poder familiar resta ao pai que foi destituído. Tal situação apenas ocorre mediante decisão judicial, assim como a suspensão.

Reitera-se que o objetivo da autoridade parental é zelar pelo desenvolvimento saudável do filho, para que este cresça hábil a viver em sociedade, recebendo da família educação e exemplos de moral e bons costumes. Logo, quando se trata de práticas que violam essa finalidade, o poder familiar perde o sentido, prejudicando o filho que não mais se encontrará em um ambiente adequado para o seu crescimento.

A autoridade parental não é perdida quando o pai e mãe se separam da vida matrimonial ou da união estável, assim como também não se perde o poder familiar quanto aos filhos do relacionamento anterior quando o pai ou a mãe contrai novas núpcias ou estabelece união estável, que deve ser exercido sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro, conforme preceitua o artigo 1.636 do Código Civil.

Quando se trata do exercício do poder familiar por pais que não convivem em união, a circunstância se torna um pouco mais delicada, uma vez que a relação entre os pais, caso não seja ideal, pode afetar diretamente na criação dos filhos. Do mesmo modo que a Constituição determina a igualdade dos filhos perante a lei, sendo todos merecedores do poder familiar, não há que se falar em distinção desse poder entre os pais, visto que ambos poderão exercer de forma igualitária.

O Código Civil afirma, em seu artigo 1.579, que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, e destaca, no artigo 1.632, que o divórcio, a separação judicial³ e a dissolução da união estável não alteram a relação

³ Instituto em desuso após a Emenda Constitucional nº 66/2010, que modificou o artigo 226, § 6º da CF/88 determinando que o casamento civil pudesse ser dissolvido pelo divórcio. EC nº 66/2010, Art. 1º. O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 226. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

entre pais e filhos, senão quanto ao direito que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. Sendo assim, a autoridade parental não deve ser reduzida ou deixada de lado por nenhum dos pais em caso de separação, de modo que ambos deverão continuar exercendo seus direitos e deveres para com os filhos.

Vale ressaltar que também deve ser apreciada a situação da separação de fato, pois não é mencionada em nenhum dispositivo legal. Entretanto, não há razões para diferenciação deste instituto, de modo que diante da separação de fato, os cônjuges devem continuar exercendo o poder familiar igualmente. Além disso, muito se confunde acerca da guarda com o poder familiar. É fato que quando se atribui a guarda do filho a um dos pais, o outro pode se sentir excluído da relação, entretanto o pai que não convive diretamente com a guarda do filho exerce o poder familiar da mesma forma que o pai guardião, mantendo-se vinculado na mesma intensidade (COMEL, 2003, p. 255).

Isto ocorre porque o principal objetivo é alcançar o melhor interesse do filho, e seria bastante prejudicial excluir a autoridade parental do pai que não ficou com a guarda, somente pela não convivência ou diminuição desta. Portanto, ambos os pais são detentores de todos os direitos e deveres do poder familiar, seja qual for o modelo de guarda determinado após a separação, possuindo todos os deveres supramencionados relativos ao exercício do poder familiar, e sendo detentores de todos os direitos determinados na lei.

2.4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E GUARDA

Determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 19, que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família, sendo assegurada a sua convivência familiar e comunitária em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Além disso, o artigo 229 da Constituição Federal reitera que é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores.

Nos termos de Teixeira e Vieira (2015, p. 15): “as crianças e os adolescentes têm o direito de desenvolverem sua personalidade em um ambiente familiar sadio, preferencialmente com seus pais ou subsidiariamente com terceiros aptos a lhes garantir seus direitos”. Ressalta-se aqui a importância de que a convivência familiar seja na companhia dos pais, e apenas subsidiariamente na companhia de terceiros.

A convivência familiar é imprescindível para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, pois os vínculos construídos a esse momento são de extrema relevância na formação da personalidade. Dessa forma, considerando que a convivência com a família é sempre a mais frequente e duradoura, esta exerce papel essencial na preparação das crianças e adolescentes para a vida em sociedade.

Conforme afirmam Teixeira e Vieira (2015, p. 10) a convivência familiar é caracterizada pela participação ativa de todos os membros da família, devendo as pessoas em desenvolvimento serem estimuladas a participar do dia a dia da família, incluindo as decisões familiares, de modo que seja trabalhada a autonomia individual. Logo, a participação dos genitores na vida dos filhos é de extrema importância para uma boa convivência familiar, visto que esta necessita da participação de todos os membros do grupo.

De acordo com Lemos, Santos e Pontes (2009, p. 3), os adolescentes que são incentivados a participar do grupo familiar apresentam um sentimento de satisfação e pertencimento ao grupo, favorecendo a autoestima. Em relação às crianças, embora não expressem de forma clara, estas apresentam a intuição de que é na família que se dá a primeira definição de seu lugar e de sua individualidade, ou seja, de pertencimento e, portanto, da sua identidade (CARVALHO, MOREIRA E RABINOVICH, 2010).

Apesar disso, não significa que não possam surgir conflitos em razão da convivência familiar, ainda que esta seja a mais harmoniosa possível. A maior relevância nesse contexto, é o modo como a família lida com os conflitos, pois é de imensa importância na formação da criança.

Diante de tamanha importância da convivência familiar para a vida da criança, torna-se inegável que a sua falta poderá causar imensos prejuízos ao seu desenvolvimento. Dessa forma, quando os genitores se separam, por exemplo, estes devem contribuir para que a convivência familiar continue ocorrendo da melhor forma possível, a fim de garantir aos filhos um desenvolvimento saudável em convívio com a família, independentemente de terem decidido por não mais viverem juntos.

Portanto, mesmo que os pais passem a viver em cidades ou países diferentes, devem contribuir para que as perdas no convívio familiar sejam minimizadas ao ponto de garantir um crescimento positivo para as crianças. Novamente de acordo com Teixeira e Vieira (2015, p. 22):

Decisões que determinam a separação de uma criança ou adolescente dos pais, ainda que de forma temporária, são as mais espinhosas que um juiz pode ser instado a tomar, devendo ele fundamentar de forma clara e embasada a necessidade da medida.

É fato que o convívio familiar quando os pais não vivem juntos deve sempre ocorrer de forma a atender o melhor interesse da criança e do adolescente, que é um princípio basilar. Por conseguinte, pode-se afirmar que a convivência familiar não é apenas um direito assegurado aos filhos, mas também um dever dos pais para com os filhos, conforme determinado pela Constituição Federal em seu artigo 227.

Além disso, a convivência familiar encontra-se diretamente relacionada à guarda, que deverá ser exercida de modo mais compatível ao melhor interesse da criança ou adolescente. À vista disso, nenhum regime de guarda pode ser razão impeditiva para a convivência, estando assegurados todos os direitos e deveres relativos ao exercício do poder familiar.

3 GUARDA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE GUARDA

É fato que a família passou por diversas modificações ao longo do tempo, inclusive no que diz respeito à sua dissolução. A relação entre os componentes familiares tem se transformado constantemente. Quando se trata do fim de um relacionamento conjugal, várias questões surgem para serem definidas, como é o caso da divisão dos bens, pensão alimentícia e guarda. Ramos (2016, p. 9) traz a seguinte análise acerca dos filhos do casal que estão vivenciando esse processo: “No meio desse turbilhão de problemas a serem resolvidos, estão seres humanos em desenvolvimento, vulneráveis, carentes de amor e de carinho de seus pais”.

Uma das hipóteses para a não convivência dos pais é quando se rompe a sociedade conjugal, que pode ocorrer através do divórcio, da nulidade ou anulação do casamento. Nesse caso, cabe a um dos pais receber a guarda dos filhos, através de um acordo entre eles, ou, se for o caso de não conseguirem chegar a um acordo, mediante uma determinação judicial. De qualquer modo, é no instituto da guarda que se concretiza a proteção do filho, de acordo com Comel (2003, p. 245). Desse modo, ao fim da sociedade conjugal, passará o filho a conviver com um dos pais, de regra, ao qual receberá a guarda por via judicial.

Existem outras situações, além do rompimento da sociedade conjugal, em que os pais não convivem, como é o caso da dissolução de união estável, separação de fato, além dos casos em que a convivência pode nunca ter existido. Nesses casos pode-se afirmar que a legislação brasileira é omissa, existe apenas uma breve previsão acerca da dissolução da união estável no artigo 1.632 do Código Civil de 2002, quando afirma: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Quando se analisa o contexto trazido pela Constituição Federal de 1988, principalmente na medida em que não admite qualquer discriminação com relação aos filhos, nota-se que esta não faz diferenciação acerca da convivência conjunta ou não dos pais. Portanto, a interpretação que se dá aos casos de dissolução de união estável, separação de fato, e aos pais que nunca conviveram, se tornam semelhantes por analogia aos casos de rompimento da sociedade conjugal.

Sob a perspectiva do divórcio, este atinge diretamente os filhos, visto que não poderão mais viver com seus pais em conjunto. Contudo, vale destacar que o divórcio separa os cônjuges, mas jamais anula os laços que vinculam os pais a seus filhos, conforme afirma Leite (2003, p. 194). Com isso, a ruptura do casal jamais significa a ruptura dos laços de filiação, que devem permanecer independente do ocorrido.

A perspectiva que se tinha em tempos anteriores ao Código Civil de 2002, era trazida pela Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que em seu artigo 10 afirmava:

Art 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa adv prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Ocorre que esta concepção de que os filhos ficariam com o cônjuge que não houver dado causa a separação tornou-se obsoleta. Há também a previsão trazida no parágrafo primeiro, que determina ser a guarda um dever da mãe quando ambos os cônjuges forem responsáveis pela separação, também uma compreensão superada. Diante da vigência do Código Civil de 2002, com a atualização trazida pela Lei nº 11.698/2008, o atual artigo 1.584, em seus incisos I e II, determina que a guarda poderá ser requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, ou decretada pelo juiz, atendendo necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. Perante o exposto, o interesse dos filhos deve ser prioridade para que o juiz decida qual dos pais ficará com a guarda:

Prevalece o princípio dos melhores interesses da criança (the child's best interests and its own preference), ao considerar como critério importante para definição da guarda apurar a felicidade dos filhos, e não os de se voltar para os interesses particulares dos pais, ou para compensar algum desarranjo conjugal dos genitores e lhes outorgar a guarda como um troféu entregue ao ascendente menos culpado pela separação, em notória censura àquele consorte que, aos olhos da decisão judicial, pareceu ser o mais responsável, ou quiçá o último culpado pela queda nupcial, cuja abjeta pesquisa causal restou igualmente afastada do processo judicial brasileiro de dissolução do vínculo conjugal (MADALENO, 2018, p. 562).

Logo, para a definição da guarda vários fatores podem ser considerados, como a vontade do pai ou mãe de deter a sua guarda, a relação do filho com cada

genitor, a vontade da criança, entre outros, mas todos esses fatores devem obedecer ao princípio de melhor interesse da criança, principalmente porque a guarda da criança envolve assumir a responsabilidade de zelar pelos interesses do filho. O termo “interesse” utilizado engloba ainda uma gama variada, absorvendo os interesses materiais, morais, emocionais e espirituais do filho menor (SILVA, 2012, p. 47), ainda que cada caso seja analisado diante de suas particularidades.

“A guarda é um atributo do poder familiar, embora não seja de sua essência, pois existem guardiões sem o poder parental” (MADALENO, 2018, p. 564). Também sobre esse conceito, define Strenger (1998, p. 32), que a guarda é “o poder-dever submetido a um regime jurídico legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício e amparo daquele que a lei considerar nessa condição” (*apud* CEZAR-FERREIRA e MACEDO, 2016, p.86).

O instituto da guarda é definido por Silva (2012, p. 39), como o ato ou efeito de guardar e resguardar o filho enquanto menor, de manter vigilância no exercício de sua custódia e de representá-lo quando impúbere, ou de assisti-lo, se púbere, agindo conjuntamente com ele em situações ocorrentes. A guarda se traduz em um dever de proteção, vigilância e segurança, tratando-se de um direito-dever que ambos os pais, ou apenas um deles, estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos, conforme afirma Chagas (2013).

De acordo com a visão de Carbonera (1999), a guarda é um instituto jurídico através do qual se atribui ao guardião um complexo de direitos e deveres, que ao serem exercidos visam a proteger e a prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa que dele necessite. Por isso, o principal objetivo da guarda é oferecer proteção integral para crianças e adolescentes em condição de incapazes, proporcionando o necessário para um desenvolvimento saudável.

Mesmo diante da posição que considera a guarda um atributo do poder familiar, pode-se afirmar que este é inerente àquela, uma vez que quem perde a guarda, não perde o poder familiar, pois os pais têm o dever de velar por seus filhos, sendo então o poder familiar antecedente à presença da guarda (CHAGAS, 2013). A guarda apenas determina quem terá o direito de ter o filho em sua companhia, ou se os dois exercerão esse direito de forma conjunta, diante da separação dos pais ou inexistência de união, ainda que aquele não detentor da guarda possa exercer autoridade em relação aos seus filhos mediante exercício do poder familiar.

3.2 GUARDA UNILATERAL

A Lei nº 11.698/2008 modificou o artigo 1.583 do Código Civil, e passou a determinar que a guarda será unilateral ou compartilhada, compreendendo por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua⁴. A guarda unilateral ou exclusiva é aquela atribuída pelo juiz quando não há acordo entre os pais, e for inviável a guarda compartilhada, visto que esta é a preferencial (LÔBO, 2008).

O mesmo artigo, em seu parágrafo segundo, determina que a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e educação. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos⁵.

Com a modificação do Código Civil para dar preferência à guarda compartilhada, pode-se afirmar que a guarda unilateral passou a apresentar caráter subsidiário. Entretanto, diante da necessidade de ser fixada a guarda unilateral, esta deve ser em favor do genitor que revelar melhores condições para exercê-la, não mais cabendo o antigo instituto da Lei do Divórcio que determinava a guarda para o genitor que não teve culpa pela separação, de modo que a relação entre a guarda e a culpa pela separação deixou de existir.

Quando se trata do genitor que possui melhores condições para exercer a guarda, não concerne exatamente ao genitor que possui melhores condições financeiras, mas sim ao genitor “cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dadas as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas de cada um” (LÔBO, 2008). Estes fatores devem ser considerados pelo juiz em sua decisão.

Ao abordar a guarda unilateral, surge a figura do pai guardião e do pai não guardião. Dessa forma, o pai guardião é aquele que exerce diretamente a guarda física da criança, que se encontra na posse do menor, e que exerce de forma imediata o poder de escolha para tomada de decisões na vida do filho, enquanto o pai não

⁴ Art. 1.583, § 1º, CC/2002.

⁵ Art. 1.583, § 3º, CC/2002.

guardião apenas cumpre com funções relacionadas ao dever de visita e de fiscalização, mas que por sua vez não perde o poder familiar.

Entretanto, o que ocorre na prática é que diante da separação dos pais, e quando apenas um deles fica com a guarda, aquele que a detém continua exercendo a parentalidade de forma mais próxima e direta, enquanto aquele que fica apenas com o direito de visita, acaba exercendo a parentalidade de forma indireta e distante. Este contexto acaba por modificar o vínculo que existia enquanto ainda perdurava o casamento ou a união.

Acerca do direito de visita, este é um direito conferido ao pai não guardião, e que também se configura no dever de manter relações com o filho e estar presente em sua vida regularmente. Pode-se afirmar que a visita tem um objetivo de compensação, para reduzir os danos causados pela ruptura dos laços afetivos entre os pais e os filhos. Diante disso, os períodos de visita são definidos pelo juiz quando da definição da guarda. Apesar disso, a visita pode ser suprimida ou recusada sempre que a conduta do genitor se revelar contrária ao interesse do menor (LEITE, 2003, p. 221).

O dever de visita do genitor é também um direito do filho de manter os laços e a proximidade com o genitor que não ficou com a sua guarda, tanto que esse direito se configura não apenas com os genitores, mas com qualquer pessoa que tiver grande significado na sua vida, incluindo, em muitos casos, os avós. Tal dever de visita possui o objetivo de atender aos interesses da criança e do adolescente conforme presentes no artigo 227 da Constituição Federal⁶.

O poder de fiscalização, por sua vez, inclui verificar se os cuidados do pai guardião com o filho são adequados, além de ser possível verificar, também, acerca da utilização da pensão que está sendo destinada ao filho. Por esta razão é permitido ao pai não guardião exigir prestação de contas do guardião.

Ademais, há o dever de alimentos, que encontra respaldo no artigo 229 da Constituição Federal, quando determina ser dever dos pais a assistência, criação e educação dos filhos menores. Pode-se dizer que o dever de alimentos decorre do próprio poder familiar, pois o dever de prestar alimentos integra o dever de sustento.

⁶ Art. 227, CF/88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Ressalte-se que o dever de alimentos deve ser considerado em sentido amplo, conforme afirma Rizzardo (2018, p. 699):

Não se pode limitar seu dever a prestar alimentos, ou a sustentar os filhos. Incube-lhes dar todo o amparo, envolvendo a esfera material, corporal, espiritual, moral, afetiva e profissional, numa constante presença em suas vidas, de acompanhamento e orientação, de modo a encaminhá-los a saberem e terem condições de enfrentar a vida sozinhos.

Dessa forma, a necessidade alimentar é presumida, e o genitor não se exime da responsabilidade ainda que o filho possua bens. Todavia, existe a possibilidade de venda dos bens do filho apenas caso seja necessário para o sustento do pai e do filho menor. Também não se exime o pai da responsabilidade de prestar alimentos sob o argumento da falta de condições, pois diante da incapacidade da criança de prover seus próprios alimentos, cabe a responsabilidade aos pais (RIZZARDO, 2018, p. 700). Vale ressaltar que no âmbito da guarda unilateral, também deve ser preservado o melhor interesse do filho:

Não obstante, há de se ressaltar que, no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, se utilize dos seus próprios filhos como "arma", instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte (ALVES, 2009, p. 1).

Ocorre que muitas vezes os pais acabam por transmitir aos filhos as frustrações advindas do fim do relacionamento, sendo bastante prejudicial para os filhos menores, que podem criar falsas memórias ou construir imagens distorcidas acerca do genitor, fenômeno denominado de Alienação Parental. A Alienação Parental é definida pelo artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, que preceitua:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A referida legislação dispõe acerca da alienação parental, e diante desse contexto, fica evidente que essa prática acarreta diversas repercussões negativas no desenvolvimento da criança. Nessas condições, um dos genitores se utiliza da maldade para implantar falsas memórias na criança, de modo que esta passará a formar falsos conceitos acerca do outro genitor, a fim de dificultar o contato.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA E GUARDA FÍSICA

No passado, a guarda em quase todos os casos era atribuída à mãe, visto que esta não costumava trabalhar, e por isso teria mais tempo de cuidar dos filhos. Com o passar do tempo, as mulheres foram ocupando maior espaço no mercado de trabalho, enquanto o homem passou a se inserir nos afazeres domésticos (GAMA, 2017, P. 165). Diante disso, surgiu a necessidade de inovações legislativas, e foi nesse sentido que as Leis nº 11.698/2002 e 13.058/2014 foram promulgadas, a fim de estabelecer o regime da guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

A guarda compartilhada é aquela em que os pais que não vivem juntos, exercem de forma conjunta a responsabilidade sobre os filhos, da forma mais semelhante possível a como fariam caso vivessem juntos. Diante do divórcio ou da separação de fato, o poder familiar permanece intacto, porém surge a necessidade de determinação da guarda física dos filhos, enquanto a Lei nº 13.058/2014 determina que a guarda física também deve ser compartilhada.

A guarda compartilhada é uma divisão equilibrada do tempo de convívio dos pais com os seus filhos, sempre atendendo ao melhor interesse da criança, pois o compartilhamento do poder familiar não possui o mesmo significado que compartilhar o tempo de permanência da posse do filho. Logo, a guarda compartilhada pode ser dividida em duas vertentes, a guarda compartilhada legal ou jurídica, trazida pela Lei nº 11.698/2008, e a guarda física, que representa a pura posse física, criada pela Lei nº 13.058/2014 (MADALENO, 2018, p. 563).

Os pais, na guarda compartilhada, devem exercer de forma conjunta todas as responsabilidades que caberiam apenas ao pai guardião na guarda unilateral. A divisão do tempo que o filho passa com cada um dos pais poderá ser acordado entre eles, ou determinado pelo juiz. No caso da guarda compartilhada, o tempo é dividido de acordo com as necessidades da criança, mesmo que para isso seja necessário um tempo maior com um genitor do que com o outro, tal situação não necessariamente envolve o filho dormir na casa de cada um dos pais em dias estabelecidos.

Quando se trata do compartilhamento da guarda, em muitos casos os filhos podem morar apenas com um dos genitores, enquanto a participação do outro poderá ocorrer através de passeios no final de semana, viagens autorizadas pelo outro

genitor, presença em datas comemorativas, entre outras formas. Entretanto, a guarda compartilhada não pode ser confundida com a livre visitação, vale evidenciar o Enunciado nº 603 da VII Jornada de Direito Civil, que afirma:

A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2 do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais (CJF, 2015).

Tal enunciado reitera aquilo que já vem sendo defendido, que a guarda física na guarda compartilhada deve atender ao melhor interesse do filho, independentemente de implicar um tempo de convivência maior com um genitor do que com o outro. O importante é que exista um equilíbrio de cuidados e responsabilidades, com uma participação ativa nas tomadas de decisão e exercício da autoridade parental.

Destaca-se o trecho do Enunciado supramencionado no que se refere a divisão de forma equilibrada não representar tempo matematicamente igualitário entre os pais. Ocorre que a divisão de tempo de forma simétrica representa um outro sistema de guarda no direito brasileiro, a guarda alternada, definida como:

A permanência dos pais ao lado de seus filhos é estabelecida de forma alternada, podendo ser produzidas alternâncias periódicas de três dias com um genitor e quatro dias com o outro (alternando na semana seguinte), ou uma semana com cada um, um mês ou períodos maiores, mas que, fundamentalmente, tenham que ser de repartição equilibrada do tempo, em períodos iguais (MADALENO, 2022, p. 527).

Portanto, quando se trata de compartilhamento de responsabilidades e funções parentais, não pressupõe que os períodos de posse física do filho sejam completamente igualitários, havendo apenas a necessidade de uma repartição equilibrada, pois o objetivo é que a igualdade entre os pais se verifique nos cuidados, e não na divisão do tempo. À vista disso, a guarda compartilhada em nada se confunde com a guarda alternada.

Todavia, a ausência de uma determinação perfeitamente simétrica acerca do tempo de convívio não exclui a necessidade de que seja fixado um regime de convívio com dias e horários. Verifica-se que ao determinar dias e horários fixos para cada genitor, se torna possível averiguar se os pais estão cumprindo com seus deveres e atendendo à necessidade de convívio com a criança, facilitando uma melhor

organização da rotina do filho. Neste sentido preceitua o seguinte trecho da justificativa para o Enunciado nº 605 da VII Jornada de Direito Civil, enquanto determina que a guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência:

A nova determinação legal não diminui a importância da fixação do regime de visitas ou convivência para o atendimento do melhor interesse dos menores, principalmente os de pouca idade. Isso porque a determinação do período de convivência com cada um dos genitores permite a organização da rotina da criança, assim como a criação e o cumprimento das expectativas do menor. Respeitado o equilíbrio determinado pela lei, deve ser estabelecido, sempre que possível, um regime de convívio com dias e horários. Inclusive, tal definição poderá permitir a averiguação do cumprimento ou não do dever de visitas, tanto por parte do que partilha a residência com a menor, quanto daquele que tem outro endereço (CJF, 2015).

Consequentemente, se torna evidente a necessidade de fixação, seja por comum acordo entre os pais, seja pelo juiz, de um regime de convivência, a fim de que o filho possa organizar sua rotina, sabendo quais momentos poderá dispor da presença de um genitor ou outro. Dessa forma, resulta inquestionável a preocupação em atender ao melhor interesse da criança.

Ocorre que diante de um regime de guarda compartilhada, ambos os pais possuem as mesmas responsabilidades, e com relação ao compartilhamento da guarda física, deve ocorrer em formato que melhor corresponda ao interesse do filho. Assim sendo, em concordância com o supramencionado, não é cabível a guarda alternada, com a divisão de tempo perfeitamente simétrica entre os pais.

Por conseguinte, não é conveniente que não ocorra a prestação de alimentos, uma vez que o regime de convivência atribuído para a guarda física pode fazer com que um dos pais, que geralmente é a mãe, dedique mais tempo e esforço na criação do filho, mesmo que os dois desempenhem atividade laboral. Destarte, os alimentos buscam garantir que os filhos possam receber a mesma atenção para as suas necessidades que recebiam enquanto os pais ainda eram casados, de modo que quando os pais possuem condições financeiras diversa, os filhos têm direito de viver no mesmo padrão socioeconômico do genitor que ganha mais.

Diante da ruptura dos cônjuges, ocorre também uma ruptura no sistema socioeconômico que regulava a relação familiar, até porque a pensão alimentícia, mesmo que seja elevada, jamais terá a mesma representação dos recursos que ambos os pais canalizavam para a sociedade familiar enquanto ainda viviam em matrimônio (MADALENO, 2018, p. 592). Por estes motivos apresentados que a

guarda física compartilhada jamais poderá servir como motivo para que seja suprimida a obrigação de pagar alimentos.

Considerando que a Lei nº 13.058/2014 foi omissa quanto à fixação de alimentos cuja guarda física é exercida de forma compartilhada, cabe ao juiz definir parâmetros para que as necessidades da criança sejam atendidas da forma mais adequada e compatível com a situação socioeconômica dos pais. Para isso, se faz necessário que seja sempre respeitado o melhor interesse do filho.

3.3.1 A cooperação entre os pais

Conforme afirma Bruno (2010, p. 223): “Não restam dúvidas, sob o ponto de vista do bem-estar da criança, das vantagens do compartilhamento das responsabilidades parentais”. Por consequência, imprescindível se faz a cooperação entre os pais para que a guarda seja exercida da melhor maneira possível, alcançando o principal objetivo de desenvolvimento saudável da criança de acordo com seus melhores interesses.

Diante do regime da guarda compartilhada, faz-se extremamente necessário que os pais atuem em um regime cooperativo, a fim de favorecer ao máximo o desenvolvimento saudável do filho. Isto posto, os genitores precisam evitar comportamentos que apresentem qualquer natureza competitiva. “Atitudes com viés competitivo são todas aquelas posturas explícitas ou implícitas do adulto que buscam demonstrar ao filho que sua orientação, seu amor, sua dedicação e sua capacidade de cuidado, são superiores ao do outro” (BRUNO, 2010, p. 226). O viés competitivo, quando ocorrido ao extremo, pode levar ao fenômeno da alienação parental supramencionado.

É imprescindível que os pais se mantenham em postura de cooperação, através da confiança mútua acerca da criação e na capacidade de fazer concessões. O respeito e confiança mútuos decorrem da crença de que ambos serão capazes de educar o filho conforme faziam enquanto ainda viviam juntos, acreditando que o outro sempre irá zelar pelo filho da melhor forma possível. Para isso, é essencial que os pais superem qualquer mágoa que possuam diante do fim do relacionamento, ainda que seja necessária a intervenção de um terapeuta.

É fato que cada um dos pais exerce a atividade parental da forma como entende ser mais adequada, e muitas vezes essa forma não vai ser igual entre os

dois, o que pode ser causa para certos desentendimentos. Logo, principalmente nesses casos, se faz necessário que exista a confiança de que o outro genitor buscará fazer o que pensa ser melhor, ainda que de forma diferente. Ademais, as diferenças entre os pais durante a criação dos filhos são fundamentais para que uma criança desenvolva sua personalidade para se tornar uma pessoa autônoma (BRUNO, 2010, p. 227).

Ainda que existam conflitos diante da separação dos pais, é imprescindível que estes jamais percam a capacidade de conversarem entre si, dado que as necessidades do filho precisam ser discutidas, existindo a necessidade de que os pais conversem acerca de informações do cotidiano da criança. À vista disso, deve ser demonstrada uma certa benevolência entre os genitores.

Para que esta benevolência seja posta em prática, também é necessário que os pais saibam realizar concessões entre si, para que o filho possa conviver com ambas as famílias, em sentido amplo, e possa participar de todas as atividades que forem relevantes ao seu desenvolvimento pessoal e formação de caráter. Por isso muitas vezes é pertinente que os pais estabeleçam certas diretrizes, a fim de que cada um tenha suas responsabilidades definidas, e para que saibam proceder quando discordarem.

Um outro aspecto relevante da guarda compartilhada é quando os genitores não estão de acordo diante da fixação desse regime, visto que é imprescindível a plena vontade dos pais de cooperarem para que a custódia compartilhada funcione. Acontece que quando os pais ainda possuem questões mal resolvidas, e não estão de acordo com o regime da guarda compartilhada, a criação dividida do filho poderá servir de base para a intensificação desses problemas.

O parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil, inserido pela Lei 13.058/2014 determina que:

Art. 1.584, § 2º: Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Diante do referido dispositivo, apenas será possível a fixação de um outro regime no caso de declaração expressa de um dos genitores pela ausência de interesse na guarda do filho. Assim, a guarda compartilhada se tornou uma regra,

ainda que exista dissenso entre os pais. Conforme afirma Leal (2017, p. 82), quando existem casos em que os conflitos entre os genitores são muito intensos, o compartilhamento da guarda sem um acompanhamento adequado pode representar uma violação maior ao melhor interesse da criança.

Portanto, a fixação de um regime de guarda compartilhada diante de uma situação inadequada para tal, pode ferir ao princípio do melhor interesse do menor, já que pode trazer prejuízos irreparáveis ao seu desenvolvimento. Perante essa situação, um caminho a ser considerado é a mediação, como forma de conscientizar os genitores sobre a importância do convívio dos filhos com ambos os pais, buscando incentivar o diálogo (LEAL, 2017, p. 82), válido para que seja possível a aplicabilidade do regime da guarda compartilhada em uma organização adequada para que os danos advindos da separação dos pais sejam os menores possíveis para os filhos.

4 A RELAÇÃO ENTRE GUARDA COMPARTILHADA, GUARDA FÍSICA E PODER FAMILIAR: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

4.1 A GUARDA FÍSICA QUANDO OS GENITORES RESIDEM EM CIDADES OU PAÍSES DIFERENTES

Conforme afirma Silva (2017, p. 273), “não é incomum que, desfeitos os laços conjugais e fixada a guarda de um dos genitores, de maneira exclusiva ou unilateral, assim como reguladas as visitas do outro genitor, o guardião resolva mudar seu domicílio”. Quando se trata de guarda unilateral, um dos genitores é responsável por toda a criação do filho, enquanto ao outro genitor cabe o dever de visita, fiscalização e alimentos, além do pleno exercício da autoridade parental.

Ao tratar de pais que moram em cidades diferentes e distantes na guarda unilateral, nota-se que as funções podem ser exercidas à distância pelo pai não guardião, considerando principalmente os diversos meios tecnológicos de que se dispõe atualmente. Portanto, a criança fica sob os cuidados diretos do genitor guardião, enquanto o pai não guardião poderá realizar as visitas presenciais e contatos por meios eletrônicos, podendo também exercer seu direito de fiscalização à distância, além de não haver prejuízo em relação ao pagamento de pensão alimentícia.

No contexto da guarda compartilhada, a situação dos pais que moram em cidades diferentes e distantes se torna um pouco mais delicada. Ocorre que na guarda compartilhada, os pais exercem as mesmas funções na criação dos filhos, inclusive no que diz respeito à guarda física, pois ainda que não seja necessária a divisão igualitária do tempo, é necessário que neste regime de guarda ambos estejam presentes fisicamente na vida dos filhos.

Em razão disso, o exercício da guarda física como requisito da guarda compartilhada fica profundamente comprometido quando os pais passam a viver em cidades ou países diferentes e distantes, comprometendo também o desempenho do próprio instituto da guarda compartilhada, pois quem guarda tem o dever de cuidar, e esse dever envolve o empenho que cada um dos genitores deve fazer no sentido de manter a convivência do filho com o outro genitor, a menos que haja uma necessidade comprovada de mudança do domicílio (SILVA, 2017, p. 274).

É inegável que a globalização e o avanço da tecnologia permitiram que distâncias fossem abreviadas, não mais havendo necessidade de espera para se obter qualquer resposta de alguém que está distante, atualmente a resposta é instantânea (ROSA, 2021, p. 546). Ante o exposto, fica evidente que não há óbices ao compartilhamento da tomada de decisões, de modo que mesmo diante da distância geográfica, ambos os genitores podem participar ativamente da vida do filho.

Todavia, a mera participação de ambos os pais na tomada de decisões é um requisito do poder familiar, que como supramencionado, independe da convivência dos pais, inobstante o regime de guarda. Logo, o que caracteriza o regime de guarda compartilhada é exatamente a presença física frequente, não propriamente igual, dos genitores na vida do filho, o que se torna impossível quando os pais moram em cidades ou países diferentes e distantes.

O Enunciado nº 606 da VII Jornada de Direito Civil ressalta o entendimento de proporcionalidade quando se trata de um tempo de convívio equilibrado do filho com cada um dos pais na guarda compartilhada, e justifica que essa proporcionalidade é pontualmente para a guarda física, uma vez que os pais se encontram separados. Isto posto, não há como haver proporcionalidade para a guarda física quando os pais moram em locais distantes.

Contudo, várias decisões judiciais têm surgido no sentido de compreender ser a guarda física substituível através do uso das tecnologias, de modo que a guarda compartilhada poderia ser exercida plenamente por pais que moram em cidades ou países diferentes e distantes. Para isso, o genitor que ficou distante poderia se utilizar de plataformas virtuais para entrar em contato com o filho e para auxiliar na tomada de decisões acerca de questões relacionadas à vida da criança ou adolescente.

4.1.1 Decisões recentes proferidas pelo STJ: Recurso Especial nº 1.878.041/SP e Recurso Especial nº 2.038.760/RJ

Em 2021, ao julgar o Recurso Especial nº 1.878.041/SP, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu a possibilidade de exercício da guarda compartilhada por pais que moram em cidades distintas, conforme ementa da decisão:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GUARDA

ALTERNADA. DISTINÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA DOS GENITORES EM CIDADES DIVERSAS. POSSIBILIDADE.

1- Recurso especial interposto em 22/7/2019 e concluso ao gabinete em 14/3/2021.

2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) a fixação da guarda compartilhada é obrigatória no sistema jurídico brasileiro; b) o fato de os genitores possuírem domicílio em cidades distintas representa óbice à fixação da guarda compartilhada; e c) a guarda compartilhada deve ser fixada mesmo quando inexistente acordo entre os genitores.

3- O termo "será" contido no § 2º do art. 1.584 não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

4- Apenas duas condições podem impedir a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a saber: a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; e b) a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar.

5- Os únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada são a suspensão ou a perda do poder familiar, situações que evidenciam a absoluta inaptidão para o exercício da guarda e que exigem, pela relevância da posição jurídica atingida, prévia decretação judicial.

6- A guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada e **não demanda custódia física conjunta**, tampouco tempo de convívio igualitário dos filhos com os pais, sendo certo, ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre as partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada.

7- É admissível a fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, **é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos.**

8- Recurso especial provido. (BRASIL, 2021) – Grifo nosso.

Ao analisar essa decisão, é possível inferir que o STJ não considerou a custódia física conjunta um requisito para a guarda compartilhada, de modo que este regime foi reduzido ao compartilhamento de responsabilidades e participação ativa nas decisões acerca da vida dos filhos. Ocorre que, como mencionado, mesmo que a guarda compartilhada não se confunda com a divisão igualitária do tempo entre os genitores, não significa que este regime não exija algum tempo de custódia física.

O artigo 1.630 do Código Civil afirma que os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores, e o artigo 1.634 determina ser competência de ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar. Tais dispositivos reiteram a permanência do poder familiar independentemente da situação conjugal, que permanece mesmo diante de qualquer regime de guarda fixado. O artigo 1.583, parágrafo primeiro, corrobora com esta linha ao definir a guarda compartilhada como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da

mãe que não vivam sob o mesmo teto, evidenciando que isto é concernente ao poder familiar dos filhos comuns.

Logo, a custódia física é imprescindível para o pleno exercício da guarda compartilhada, pois ao reduzir este regime ao compartilhamento de responsabilidades à distância e participação nas decisões, tem-se uma confusão teórica entre dois institutos: poder familiar e guarda compartilhada. Neste sentido, afirma Simão (2015): “A questão da guarda compartilhada se resume a um único e relevantíssimo aspecto. A companhia física de criança, ou seja, o convívio entre pais e filhos”.

Ocorre que o dever de cuidar dos filhos e decidir questões do dia a dia na vida deles já decorre do exercício do poder familiar, que envolve garantir ao filho um desenvolvimento saudável. Por esta razão, decorre do poder familiar o dever de criar, educar, corrigir e participar ativamente nas decisões relativas à vida do filho, além do direito e dever de estar presente na vida do filho, oferecendo a ele um convívio familiar.

À vista disso, quando se reduz a guarda compartilhada ao dever de participar nas decisões, esse tipo de guarda se transforma em mero exercício do poder familiar, pois, sem a disposição da custódia física equilibrada, os dois institutos praticamente não se diferenciam. Sendo assim, a divisão minimamente equilibrada da guarda física configura-se como requisito indispensável à fixação do regime de guarda compartilhada. Ressalta-se que a guarda física no regime da guarda compartilhada em nenhum momento exige que a custódia física seja dividida em proporções iguais, mas que exista o contato físico frequente com ambos os genitores.

Exige-se um tempo de convívio equilibrado e proporcional por parte de ambos os pais com o filho, de modo que essa proporcionalidade deve ocorrer de acordo com o melhor interesse da criança e do adolescente, conforme preceitua o artigo 1.583 do Código Civil, em seu parágrafo 2º alterado pela Lei nº 13.058/2014, que determina a necessidade de convívio equilibrado do filho com os pais na guarda compartilhada. Entretanto, o convívio equilibrado se torna demasiadamente comprometido a partir do momento em que o contato ocorre apenas por videochamadas ou outros meios de comunicação, visto que estes meios não substituem o contato físico com a criança.

Em situação mais recente, no ano de 2022, o STJ decidiu outra vez no mesmo sentido, no REsp 2.038.760/RJ, determinando a possibilidade de que a criança fosse morar com a mãe em outro país, no caso a Holanda, ficando o pai no Brasil exercendo a guarda compartilhada através do contato por meios de comunicação e participando na tomada de decisões. Mais uma vez, o STJ proferiu que “a guarda compartilhada

não demanda custódia física conjunta” e que “é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos” (BRASIL, 2022).

Além disso, a decisão determina que a guarda compartilhada não implica em tempo de convívio igualitário. Cita, também, que a mudança de país ocorre pelo melhor interesse da criança, visto que esta poderá se desenvolver com incrementos sob perspectiva pessoal, social, cultural, valorativa, educacional e de qualidade em um país que ocupa alta posição no ranking de Índice de Desenvolvimento Humano da ONU.

De fato, a guarda compartilhada não se confunde com guarda alternada, pois não é cabível a divisão igualitária do tempo de convivência da criança com cada genitor, mas isto não significa a prescindibilidade completa da custódia física na guarda compartilhada, pois são institutos em que a guarda física se revela em formatos distintos. Quando se trata da guarda física na guarda compartilhada, tem-se a concepção de presença física de ambos os pais na proporção do melhor interesse da criança.

No caso em questão, a criança está se mudando com a mãe para outro país e ficou condicionada a encontrar pessoalmente o pai apenas em momentos de férias escolares ou quando for viável ao pai viajar para a Holanda. Enquanto não for possível nenhuma dessas situações, a criança apenas poderá ter contato com o pai através do meio virtual. Contudo, é inegável que esse formato jamais irá suprir o contato físico frequente da criança com o pai, caracterizando mais uma guarda unilateral com visitação do que uma guarda compartilhada.

Além disso, é inegável que existem vantagens para a criança morar e estudar em um país desenvolvido como a Holanda. Entretanto, faz-se necessária a reflexão acerca da significância dessas vantagens ao ponto de justificar que a criança passe a viver em outra cultura. Através dos encontros virtuais não é possível que a criança viva experiências e colecionem memórias de momentos de socialização com o pai.

Perante o exposto, o pai que fica no Brasil exercendo a guarda compartilhada cumprirá seu papel apenas participando na tomada de decisões, condicionado ao que for informado pela mãe, e partilhando responsabilidades no que for possível, com o direito de contato virtual com a criança. Dessa forma, seus direitos e deveres em nada se diferenciam daqueles determinados para o exercício do poder familiar, obrigatórios independentemente do regime de guarda. Enquanto isso, a mãe passará a viver na

Holanda exercendo seu papel de genitora de forma direta, sendo a única entre os genitores que estará presente fisicamente para todas as necessidades que a criança venha a apresentar.

4.1.2 Decisão recente proferida pelo TJDF: Acórdão nº 1322502/TJDF

Ainda considerando a temática controversa acerca do conceito da guarda compartilhada, foi proferida a seguinte decisão pela 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT):

DIREITO CIVIL E DE FAMÍLIA. AGRAVO INTERNO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. PEDIDO PREJUDICADO. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. MUDANÇA DO LAR MATERNO PARA O EXTERIOR. MENORES EM DESENVOLVIMENTO PESSOAL, INTELECTUAL E AFETIVO. MANUTENÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. ALTERNÂNCIA BIENAL DO LAR DE REFERÊNCIA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PREPONDERÂNCIA. ADEQUAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. [...] 2. Tratando-se de guarda de menores, deve ser observado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de extensão legal - arts. 3º, 4º e 5º do ECA - e constitucional - art. 227 da CF. O bem-estar da criança e adolescente se sobreleva às prerrogativas puramente formais do poder parental, devendo ser averiguada a melhor forma de convivência e integração socioafetiva para o fim de resguardar o pleno desenvolvimento. 3. Pessoas em desenvolvimento, onze e nove anos de idade, maturidade ainda insuficiente para decidir questões relevantes que envolvam suas vidas, esperada a manifestação de maior apego ao lugar em que sempre residiram e desenvolveram suas atividades (Brasília/DF), onde criaram suas raízes afetivas; absolutamente normal a possibilidade de a ideia de mudança para outro país gerar angústia, medo de perder contato com as pessoas que fazem parte de suas rotinas de dificuldade de adaptação a país ainda desconhecido. 3.1. Embora importante o contato das crianças com amigos e familiares residentes no Brasil, assim como com o pai, igualmente importante a convivência com a mãe, indispensável para o desenvolvimento psicológico e emocional dos filhos e para a preservação e fortalecimento do vínculo afetivo materno. 4. Argumento de que as crianças estabilizaram suas vidas em Brasília não deve ser preponderante ao direito de ambas ao convívio com a mãe, com a qual mantém laços fortes e indispensáveis ao seu desenvolvimento. [...] 4.1. **E no período em que as crianças estiverem residindo com um dos genitores, o outro poderá visitá-las livremente e com elas passar as férias escolares integralmente, além do direito ao contato diário com os filhos por meios de comunicação tecnológicos como Facetime, Whatsapp, plataforma Zoom, dentre outros, o que ajuda a reduzir o também normal sofrimento resultante da distância física.** 5. **A alternância bienal do lar referencial, ainda que em países diferentes, garantirá equidade na convivência das crianças com os genitores, possibilitará o fortalecimento do vínculo e a manutenção de ambos como referências de afeto, solução que melhor atende aos princípios do superior interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar, da igualdade entre pai e mãe e da paternidade responsável.** Ademais, caso ocorra alteração no contexto fático, regime de guarda que sempre poderá ser

revisto. 6. Agravo interno prejudicado. Apelação conhecida e desprovida. (BRASIL, 2021) – Grifo nosso.

No presente caso, os pais exerciam a guarda compartilhada enquanto ambos residiam em Brasília/DF. Entretanto, a mãe se mudou com o cônjuge para a África do Sul, lugar onde estabeleceu residência. Dessa forma, o magistrado optou pela guarda compartilhada com alternância bienal, situação em que as crianças, uma de nove e outra de onze anos de idade, conforme informado no acórdão, deverão passar dois anos morando na África do Sul na companhia da mãe e dois anos morando em Brasília na companhia do pai, enquanto permanece o regime da guarda compartilhada a ser exercido pelos genitores.

A alternância bienal decidida pelo magistrado evidencia uma divisão perfeitamente simétrica do tempo em que cada genitor passa com os filhos, ou seja, 50% de determinada fração de tempo para cada genitor, no total de quatro anos. Como já mencionado, a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, que não está prevista em lei. Embora a guarda compartilhada possa ser exercida de forma alternada, faz-se necessário verificar o melhor interesse da criança e do adolescente. Logo, resta mais uma vez desvirtuada a aplicação do instituto da guarda compartilhada pelos tribunais brasileiros, agora em confusão com a guarda alternada.

O magistrado argumenta que a decisão de alternância bienal se coaduna com o princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Porém, é preciso ressaltar a necessidade de que o melhor interesse seja analisado de acordo com as particularidades de cada caso. A divisão do tempo da guarda física deve ocorrer de forma a prejudicar minimamente o desenvolvimento da criança, sendo preferível que esta possua uma residência fixa, mesmo que implique um tempo de convivência maior com um genitor do que com o outro. Em relação ao tema, elucida Tartuce (2015, p. 951 e 952):

Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interrompidos. Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna.

Com relação a isso, a Lei nº 13.058/2014 ao alterar o artigo 1.583, § 3º do Código Civil, determinou que no regime da guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses deste. Dessa forma, a lei determina que os filhos devem ter uma cidade fixa de moradia em conformidade com o que representa o melhor interesse, tornando inviável a aplicação de guarda alternada, visto que esta implica o filho morar com ambos os genitores, cada um ao seu tempo, como é o caso da decisão analisada.

Além disso, enquanto a criança estiver no período de convivência com qualquer dos genitores, seja em Brasília, seja na África do Sul, o outro genitor não poderá dispor da guarda física. Por este motivo, acredita-se ser ineficiente a aplicabilidade da guarda compartilhada considerando a ausência de custódia física por um dos genitores a cada dois anos, já que apenas um deles, em cada período, exercerá diretamente a função de genitor, enquanto o outro exercerá direitos e deveres relativos ao poder familiar.

4.1.2.1 Acórdão nº 802.750/TJDFT

Não obstante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tenha proferido decisão determinando a guarda compartilhada com alternância bienal entre pais que moram em países diferentes, houve casos anteriormente em que este não era o entendimento prevalecente no tribunal, a exemplo da decisão no Acórdão nº 802.750 proferida pela 4ª Turma Cível:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CIVIL. MODIFICAÇÃO DE GUARDA C/C MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS. PRELIMINARES. NULIDADE DO ACÓRDÃO PROFERIDO NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INÉPCIA DA PETIÇÃO DE RECURSO DISSOCIADA DA DECISÃO RECORRIDA. ACORDO DE ALIMENTOS HOMOLOGADO POR SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. MÉRITO. GENITORES QUE RESIDEM EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE. GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA GENITORA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGIME DE VISITAÇÃO LIVRE NÃO ACORDADA PELAS PARTES. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DA VERBA ALIMENTÍCIA. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE.

[...]

4. A peculiaridade do caso reside em que, embora o douto magistrado singular tenha indeferido o pedido de guarda unilateral formulado por ambas as partes (na inicial e reconvenção, respectivamente), mantendo a guarda compartilhada originalmente acordada, fixou o regime de visitação livre em

favor do genitor, diversamente daquele estabelecido no acordo realizado pelas partes, sem que tenha havido pedido expresso nesse sentido.

5. Mostra-se inviável a manutenção da guarda compartilhada, quando, além da animosidade entre os genitores do menor, ocorreu relevante modificação na situação fática existente por ocasião do acordo anteriormente firmado pelas partes, de modo que, **o só fato de os pais da criança residirem atualmente em cidades localizadas em Estados diversos da federação (Brasília e Curitiba), inviabiliza o exercício eficaz da guarda compartilhada.**

6. Se a criança sempre residiu com a genitora e, tendo sido ressaltado no Parecer Técnico elaborado pelo Serviço Psicossocial, o tempo de convivência da criança já estabelecido com a mãe, com a consolidação de uma rotina de cuidados, bem como o fato de a criança já ter iniciado noutra cidade um processo de adaptação, a conclusão a que se chega é a de que a guarda unilateral em favor daquela é a que atende o melhor interesse da criança, no presente momento.

7. Verificando, da simples literalidade da cláusula relativa ao direito de visitas constante do acordo homologado anteriormente, que não houve qualquer interesse dos genitores em fixar o regime de visitação na forma livre, tal como estabelecido na sentença resistida, e inexistindo requerimento das partes neste sentido, merece reparo a sentença vergastada neste ponto, **sendo razoável que se mantenha as visitas do genitor ao filho na forma estabelecida no acordo anteriormente homologado, exceto, por óbvio, quanto ao item que possibilita à criança estar em companhia do genitor, durante a semana, sempre que esta manifeste interesse em fazê-lo, em razão da mudança do infante para outro Estado da federação, sob pena de causar sérios prejuízos à sua rotina e gerar despesas exorbitantes com passagens aéreas.** (BRASIL, 2014) – Grifo nosso.

No presente caso, os genitores tinham um acordo que previa a aplicação do regime da guarda compartilhada. Ocorre que os pais passaram a morar em locais diversos, um em Brasília/DF e outro em Curitiba/PR, além do fato de que entre eles existia uma certa animosidade. Portanto, em virtude dessas mudanças, ambos resolveram pleitear o direito à guarda unilateral.

Diante disso, o magistrado afirma que a guarda compartilhada tornou-se inviável, e não apenas pela animosidade entre os genitores, mas pela situação da distância geográfica entre os pais, que por si só já torna impraticável o exercício eficaz deste regime. Por este motivo, decidiu pela guarda unilateral em favor da mãe, com quem a criança residia e já possuía uma rotina de cuidados.

A presente decisão evidencia a impossibilidade de uma aplicabilidade eficiente da guarda compartilhada em razão da ausência da guarda física por parte de um dos genitores, de modo que, como a criança se mudou para morar com a mãe, não é mais possível ao pai vê-la com a mesma frequência de quando ambos os genitores residiam na mesma cidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, pode-se notar que o exercício do poder familiar é um direito e dever conferido aos pais para que estes possam participar ativamente na criação dos seus filhos, exercendo a sua autoridade sempre que se mostrar necessário, na mesma medida em que é importante para o desenvolvimento social, emocional e cognitivo das crianças e adolescentes. Neste sentido, o poder familiar não se apresenta em um poder incontestável, mas sim no exercício de direitos e deveres dos pais visando ao desenvolvimento saudável dos filhos.

Considerando que grande parte da formação das crianças é fruto do empenho dos pais, é imprescindível que estes busquem oferecer uma educação pautada em princípios éticos e morais, a fim de que os seus filhos se desenvolvam com os melhores exemplos possíveis. Assim, é evidente a necessidade do convívio, da presença dos pais na vida dos filhos, pois diante da ausência de contato, torna-se impossibilitada a transmissão valores, e a promoção de carinho e amor.

Sendo o exercício da autoridade parental um conjunto de direitos e deveres que independem da convivência entre os pais, é prescindível a coabitação para que este instituto seja posto em prática. Portanto, o exercício do poder familiar deve permanecer sobre qualquer óbice ao relacionamento dos genitores, pois a criança ou adolescente não pode ser prejudicada por quaisquer problemas que os genitores possuam entre si.

A prática da autoridade parental exige que os pais ofereçam aos filhos uma criação adequada como meio para alcançar o pleno desenvolvimento, bem como os filhos possuem o direito de receber cuidados de ambos os genitores. Quando os pais decidem por não viverem juntos, ainda que a autoridade parental seja exercida da forma adequada, faz-se necessária a fixação do regime de guarda para que a criança possa conviver de forma equilibrada com ambos os genitores, sendo definida habitualmente a guarda compartilhada por ser a regra prevista na legislação brasileira. Entretanto, como mencionado, existe também a possibilidade da guarda unilateral para os casos em que um dos pais declarar que não deseja a guarda ou poder familiar.

A guarda unilateral determina ao genitor guardião a custódia direta do filho, enquanto o genitor não guardião possui reservado todos os direitos e deveres do poder familiar, além do direito de visitas. Na guarda compartilhada, os pais também

exercem todas as responsabilidades sobre os filhos. Sendo assim, em que o exercício da guarda compartilhada se diferencia da autoridade parental?

O principal objetivo da guarda compartilhada é que os pais atuem para exercer seus compromissos com os filhos de maneira mais próxima a como fariam caso vivessem juntos. Para que isto ocorra, faz-se necessária a vivência da guarda física, o relacionamento físico, de aspecto presencial, entre os pais e os filhos. Por este motivo a guarda compartilhada implica uma divisão equilibrada do tempo de convívio dos pais com os filhos.

A divisão equilibrada do tempo de convívio não significa uma divisão igualitária, pois, conforme estudado, a divisão perfeitamente simétrica do tempo que o filho passa com cada um dos genitores é característica da guarda alternada, que não é imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro. A ideia de uma divisão equilibrada diz respeito a alcançar o melhor interesse da criança ou adolescente, que é um princípio base em que se deve pautar todas as decisões relativas ao tema, respeitando a sua rotina, ainda que o tempo de convivência seja maior com um genitor do que com o outro.

Logo, é razoável inferir que a guarda compartilhada se traduz no compartilhamento de responsabilidades entre os pais através de um convívio equilibrado da criança ou adolescente com cada um dos genitores, tendo em vista que o compartilhamento de responsabilidades por si só já é garantido pelo exercício da autoridade parental.

Ao considerar o exercício da guarda física quando os pais residem em cidades ou países diferentes, de modo que envolve diretamente a aplicabilidade da guarda compartilhada, nota-se que este instituto está sendo desvirtuado, visto que pressupõe divisão equilibrada do convívio entre cada um dos genitores com o filho.

Atualmente, os meios da tecnologia permitem um encurtamento de distâncias, mas é inegável que o contato virtual não substitui por completo o contato físico. Logo, ausente o compartilhamento da guarda física, cabe aos pais apenas compartilharem responsabilidades na tomada de decisões dos filhos, o que transforma a guarda compartilhada em mero exercício da autoridade parental, que se traduz no compartilhamento de responsabilidades diante do dever de criar os filhos.

Logo, a análise de decisões judiciais recentes que determinaram a aplicabilidade da guarda compartilhada para genitores que residem em cidades ou países diferentes, evidencia uma interpretação errônea por parte do Poder Judiciário,

uma vez que o genitor que não exerce diretamente a guarda física, e apenas participa da criação através do exercício do poder familiar, com visitas esporádicas e contato virtual, está executando meramente a sua autoridade parental em um regime de guarda semelhante à guarda unilateral, e não a guarda compartilhada, que prevê a divisão equilibrada de convivência, conforme afirma o artigo 1.583, §2º, do Código Civil.

Ao analisar o Recurso Especial nº 1.878.041/SP, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça desvirtuou o instituto da guarda compartilhada ao afirmar que esta não demanda custódia física conjunta, comparando o cenário da custódia física com a guarda alternada. Ocorre que a guarda física se relaciona tanto com a guarda compartilhada, quanto com a guarda alternada. A diferença encontra-se no fato de que a guarda alternada exige uma divisão de tempo perfeitamente simétrica para a guarda física, o que nem sempre será benéfico para o melhor interesse dos filhos.

Já a guarda compartilhada também possui a guarda física como requisito indispensável, contudo de forma diferente da guarda alternada, pois exige uma divisão de tempo equilibrada para a disposição física da criança em relação ao genitor. Ao afirmar que a guarda compartilhada não demanda custódia física conjunta, o instituto se reduz ao compartilhamento de responsabilidades, e passa a ser semelhante ao exercício do poder familiar, também presente em contexto de guarda unilateral.

Percebe-se que a grande diferença entre a guarda compartilhada e o exercício da autoridade parental encontra-se no tempo de disposição presencial da criança em relação aos seus genitores. Ausente este requisito, não há mais diferenças entre os institutos. Deste modo, torna-se inequívoca a descaracterização do conceito da guarda compartilhada feita pelo Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, é possível concluir sobre o Recurso Especial nº 2.038.760/RJ, quando o Superior Tribunal de Justiça decidiu, sob os mesmos argumentos da decisão supramencionada, permitindo a genitora morar na Holanda com a criança, enquanto o pai permaneceria no Brasil, podendo exercer a guarda compartilhada participando da tomada de decisões à distância, e entrando em contato pelos meios de comunicação.

Acontece que, ao morar em outro país com a criança, a mãe passa a exercer a guarda de forma mais direta, enquanto a participação do pai se torna cada vez mais distante, uma vez que fica condicionado a obter informações que forem repassadas pela mãe. Logo, a presença física do pai na vida da criança será mínima, dificultando,

inclusive, sua fiscalização e sua participação em situações de relevância na vida da criança.

Portanto, é viável deduzir que, neste caso, a mãe está exercendo uma guarda unilateral, restando ao pai apenas as visitas características deste regime e o exercício do poder familiar. Diante dessa situação, não há um compartilhamento de responsabilidades mais diretas, como buscar o filho na escola, levar em atividades extracurriculares, participar de aniversários.

Ao analisar o Acórdão nº 1322502/TJDFT, o contexto foi diferente, uma vez que nesta decisão o magistrado relacionou de forma equivocada a guarda compartilhada com a guarda alternada. A decisão determinou uma alternância bial entre a genitora que se mudou para a África do Sul, e o genitor que permaneceu no Brasil. Nesse contexto, ao considerar que as duas crianças devem passar dois anos morando com a mãe na África do Sul, e dois anos morando com o pai no Brasil, configura-se uma divisão perfeitamente simétrica do tempo que passam com cada um dos genitores, configurando a guarda alternada.

Nesta situação, a custódia física foi dividida de maneira exata, atendendo ao requisito para se caracterizar a guarda alternada. Conforme já dito, a custódia física na guarda compartilhada implica uma divisão equilibrada do tempo para cada genitor, ainda que para isto seja necessário mais tempo com um genitor do que com o outro. Entretanto, ao determinar a manutenção da guarda compartilhada sob uma hipótese característica de guarda alternada, que por sua vez não é prevista na legislação brasileira, torna-se inequívoca a confusão entre os institutos.

Ademais, percebe-se que a guarda física não será exercida por um dos genitores durante o período de dois anos, distorcendo mais uma vez a guarda compartilhada pela ausência da custódia física, visto que durante este período um dos genitores participará de forma remota da criação dos filhos.

Quando se menciona na decisão que a alternância bial do lar garantirá equidade na convivência das crianças com os genitores, se torna forçoso reiterar que a equidade da custódia física não é um requisito para a guarda compartilhada, mas sim o equilíbrio, visto que a equidade existente na guarda alternada não é recomendável por não corresponder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Tal situação é prejudicial considerando o fato de que as crianças receberão diferentes exemplos e criações enquanto na convivência com cada genitor, o que pode se tornar demasiadamente difícil o processo de desenvolvimento de uma

criança que a cada período é criada de forma diferente, em contextos culturais distintos.

Ao se tratar do Acórdão nº 802.750/TJDFT, percebe-se que o magistrado atentou para a inviabilidade da manutenção da guarda compartilhada, considerando pais que moram em cidades localizadas em estados diversos, Brasília e Curitiba. Logo, para este caso, o magistrado optou pela definição da guarda unilateral. Ocorre que a legislação civil brasileira é específica quando afirma que a guarda será unilateral apenas nos casos em que um dos genitores declarar que não deseja a guarda, o que não aconteceu. Contudo, pesou o fato de que a guarda unilateral foi pleiteada por ambos os genitores, de modo que o magistrado fixou em favor da mãe, com quem a criança já residia e já possuía uma rotina.

Diante do exposto, é legítimo concluir que o Poder Judiciário brasileiro, através das decisões analisadas, tem realizado uma grande confusão teórica entre os conceitos de guarda compartilhada, guarda unilateral, guarda alternada, guarda física e poder familiar, de modo que cada instituto possui requisitos e particularidades que não se confundem, evidenciando erros de interpretação em situações de fixação de guarda compartilhada.

Por fim, depreende-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é basilar na tomada de todas as decisões referentes à guarda e ao tempo de convivência dos genitores com os filhos, motivo pelo qual se faz imprescindível a análise pormenorizada de cada caso, almejando sempre alcançar o que representa ser a melhor configuração para os filhos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/12592>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 11.698**, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 12.010**, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília.

BRASIL. **Lei nº 13.058**, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.878.041/SP**. Recorrente: E U. Recorrido: V A de M. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 25 de maio de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000212089&dt_publicacao=31/05/2021. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.038.760/RJ**. Recorrente: A M V D M. Recorrido: M L M S. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 06 de junho de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202120323&dt_publicacao=09/12/2022. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (4. Turma Cível). **Acórdão 802.750**. Apelantes: W. A. A. e outros. Apelado: A. B. S. Relator: Desembargador Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2014. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (5. Turma Cível). **Acórdão 1.322.502**. Relator: Juíza Maria Ivatônia. Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2021. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRUNO, Denise Duarte. **A guarda compartilhada na prática e as responsabilidades dos pais**. In: Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. 1. ed. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

CARBONERA, Silvana Maria. **GUARDA DE FILHOS**: o sentido da relação entre seus sujeitos e os critérios de estabelecimento na família constitucionalizada. 1999. 254 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1999. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19599/Dissertacao?sequence=1>. Acesso em: 15 mar. 2023.

CARVALHO, Ana Maria Almeida; MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira. Olhares de crianças sobre a família: um enfoque quantitativo. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 26, n. 3, p. 417-426, set. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ptp/a/jhpK46w5Dwgdcfxyyn7p4NL/?lang=pt>. Acesso em: 06 abr. 2023.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da M.; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda Compartilhada**. Porto Alegre: Grupo A, 2016. E-book. ISBN 9788582713334. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582713334/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

CHAGAS, Isabela Pessanha. Breves reflexões sobre o instituto da guarda. **Família do Século XXI**: Aspectos jurídicos e psicanalíticos, Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiaodoseculoXXI.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

CJF, **VII Jornada de Direito Civil**, [28-29 de setembro de 2015, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios->

1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf. Acesso em: 16 mar. 2023.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Guarda compartilhada**: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz das leis nº 11.698/2008 e 13.058/2014. In: *Guarda Compartilhada*, 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788530977306. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977306/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

LEAL, Livia Teixeira. As controvérsias em torno da guarda compartilhada. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 68-94, maio/agosto 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEMOS, Rosana Maria Freitas de; SANTOS, Lorena Ribeiro dos; PONTES, Fernando Augusto Ramos. Percepções de adolescentes acerca de seus encontros familiares. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 39-43, mar. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ptp/a/tPVDM5KzxffhmkKCTFFJH9H/?lang=pt>. Acesso em: 06 abr. 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 mai. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8371>. Acesso em: 28 fev. 2023.

LÔBO, Paulo. Guarda e convivência dos filhos após a lei nº 11.698/2008. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**, p. 23-35, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644872/>. Acesso em: 14 fev. 2023.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTEIRO, Izabelle P. R. W. **Guarda Compartilhada nos casos de violência doméstica do pai contra a mãe**: melhor interesse da criança e do adolescente. 162 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. t. 9. Campinas: Bookseller, 2000.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira C. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502637290. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637290/>. Acesso em: 14 fev. 2023.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **A moderna visão da autoridade parental**, in *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530983062. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. **Guarda de filhos não é posse ou propriedade**. In: *Guarda Compartilhada*, 3. ed. Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788530977306. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977306/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

SIMÃO, José Fernando. **Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>. Acesso em: 14 dez. 2022.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647132. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647132/>. Acesso em: 14 fev. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. *Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <https://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 06 abr. 2023.