

O PÓS-DIVÓRCIO, A DUPLA RESIDÊNCIA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE: UM ESTUDO COMPARADO BRASIL-PORTUGAL

POST-DIVORCE, DUAL RESIDENCE AND THE PRINCIPLE OF BEST INTERESTS: A COMPARATIVE STUDY BRAZIL-PORTUGAL

Felipe Cesar José Matos Rebêlo¹

Resumo

O pós-divórcio implica uma situação geradora de uma nova realidade não somente para os progenitores, mas também para os filhos oriundos da relação. Diante desse fato, estabelece-se o estudo de como a guarda compartilhada, e principalmente o instituto da dupla residência podem ser designados para a prática das relações jurídicas no pós-divórcio, buscando-se atentar, essencialmente, para a satisfação do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. Ademais, desenvolve-se um estudo que contempla não somente a perspectiva do direito brasileiro, como também do direito português, de forma a se aferir as peculiaridades de cada sistema jurídico. Como conclusão a ser observada, tem-se a percepção de que a guarda compartilhada é um norte em ambos os ordenamentos jurídicos, sendo recepcionada com mais otimismo a dupla residência no Brasil, havendo em Portugal eventos legislativos e jurisprudenciais que redundam em prestigiar a residência alternada em complementação à residência única como fonte de apoio afetivo e material à prole. Adota-se o método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: pós-divórcio; dupla residência; princípio do melhor interesse.

Abstract

Post-divorce implies a situation that generates a new reality not only for the parents, but also for their children. In view of this fact, a study is established on how shared custody, and especially the institute of dual residence, can be designated for the practice of legal relations in the post-divorce period, seeking to pay attention, essentially, to the satisfaction of the principle of the best interest of the child or adolescent. Furthermore, a study is developed that contemplates not only Brazilian law perspective, but also of the Portuguese law, in order to assess the peculiarities of each legal system. As a conclusion to be observed, there is the perception that shared custody is a guide in both legal systems, with dual residence being received with more optimism in Brazil, with legislative and jurisprudential events in Portugal that result in honoring alternate residence in addition to the single residence as a source of emotional and material support for the offspring. The hypothetical-deductive method is adopted.

Keywords: post-divorce; dual residence; principle of best interests.

1. INTRODUÇÃO

O pós-divórcio pode ser encarado como um momento que traz dificuldades não somente para o antigo casal, como também para a eventual prole resultante desse relacionamento. Diante desse quadro, estabeleceu-se como objetivo primário do presente trabalho avaliar como o instituto jurídico da dupla residência pode contribuir, nesse cenário de pós-divórcio, não somente com a manutenção dos direitos e deveres dos progenitores, como também dos próprios filhos, os mais afetados por toda a situação.

A dupla residência é realçada sob o enfoque de instrumento apto a permitir uma aproximação mais apropriada de ambos os progenitores com seus filhos, após a concretização do divórcio, alcançando assim a caracterização de um instituto jurídico apto a atender de forma satisfatória o princípio do melhor interesse da criança, princípio este consagrado pela normatividade nacional.

Assim, o objetivo da abordagem que se pretende desenvolver passa pela compreensão conceitual do instituto da dupla residência, implantado no ordenamento jurídico brasileiro ao lado da guarda compartilhada, para, em um segundo momento, adentrar-se ao estudo comparativo envolvendo o direito brasileiro e o direito português no que concerne ao desenvolvimento desse

¹ Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Advogado e Professor nos cursos lato sensu em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo – SP. Membro do Corpo Editorial do Journal of Political Science and International Relations, onde é coordenador do subnúcleo “Law and New Technologies: Innovations in the Process” E-mail: felipe.rebello76@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4269-1968>

mesmo instituto no pós-divórcio. Como objetivo secundário, cabe o estudo do poder familiar e a feição que este mesmo poder passa a assumir na contemporaneidade, assim como seus desdobramentos diante do implemento da dupla residência.

Para o alcance dos objetivos delimitados, é definido o estudo conceitual do poder familiar e do sistema de guarda no ordenamento jurídico pátrio, passando-se, em um segundo momento, ao estudo específico da dupla residência no direito brasileiro, com destaque para a compreensão da letra da lei e a visão que a jurisprudência delimita perante a colocação da dupla residência inserida na guarda compartilhada. Por fim, antes de se adentrar à conclusão, é feita uma análise do direito português no que toca ao tema em discussão, buscando-se recuperar a construção doutrinária e jurisprudencial que erige a atual oponibilidade da dupla residência pelo jurista ou operador do direito lusitano.

O método de abordagem adotado é o método hipotético-dedutivo, enquanto o método de procedimento recai pelo levantamento bibliográfico, expresso pelo método dissertativo argumentativo. As doutrinas nacional e portuguesa serão consideradas na abordagem, bem como a jurisprudência de ambas as origens (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, de origem portuguesa, Tribunal da Relação de Lisboa, Tribunal da Relação de Coimbra e Tribunal da Relação de Évora), de forma a se proporcionar uma pesquisa que formule uma conclusão o mais precisa possível acerca do desenvolvimento da dupla residência no bojo da guarda parental pós-divórcio.

2. O PODER FAMILIAR E O SISTEMA DE GUARDA

O poder familiar encontra um espectro diferenciado de abrangência com o Código Civil de 2002, modificando conceitualmente um instituto que o aspecto realístico já havia modificado com certa celeridade. O art. 1.631 do diploma civilista é claro ao enunciar que esse poder reside nos pais e não somente em um deles, tal qual a expressão “pátrio poder” fazia denotar na sistemática do Código Civil de 1916. O art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente também caminha pela mesma trilha.

Com efeito, a mudança social contribuiu para a alteração legislativa. A figura paterna presidindo um agrupamento familiar passou a ser reconhecida como um conceito de abrangência limitada, ganhando cada vez mais espaço a mãe como legítima expoente da condução da vida familiar, em termos não somente de orientação e educação dos filhos, como também de manutenção das necessidades materiais da família. O reconhecimento da força conjunta dos pais nessa tarefa, em apoio ao sedimento constitucional que iguala homens e mulheres em direitos e obrigações e na construção da sociedade conjugal (arts. 5º, inciso I e 226, parágrafo 5º da Constituição Federal de 1988), oportuniza externalizar a definição do poder familiar como aquele mais talhado à formação e criação da prole, já que engloba em si mesmo a natureza mutante do conceito realístico, ao mesmo tempo que contribui para o cuidado necessário que ambos os progenitores devem nutrir para com seus filhos, de forma que estes tenham não somente o apoio material suficiente, como também o resguardo afetivo para o enfrentamento dos desafios da maioridade. Essa relação se refere não somente ao matrimônio, como também à união estável e à família monoparental, que também recebem tutela constitucional no art. 226 do documento constitucional de 1988.

Fala-se, a partir desse momento, acerca da autoridade parental, mencionada na Lei de Alienação Parental (Lei 12.318/2010), e que se vincula como poder-função de ambos os progenitores pela educação dos filhos, condicionados que estão pelos interesses prioritários desses mesmos filhos, a quem também se reserva a autonomia de participar da construção do conteúdo desses interesses – uma transição proporcionada pela retificação de aplicação dos institutos jurídicos de “dentro para fora” (da criança para o seio familiar e comunidade social) (YABIKU;

RIBEIRO, 2022, p. 163). Neste caso, ganha esplendor o princípio do melhor interesse, expresso no art. 227, *caput* da Constituição Federal de 1988, quando estipula que é obrigação da família assegurar à criança e ao jovem os direitos básicos para o seu desenvolvimento. Os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil também tratam do assunto, quando delimitam o sistema de guarda e definem o interesse superior da criança o principal motivo a delinear a decisão escolhida.

Como se observa, esse poder assume a natureza de um poder-dever. Assume-se como um conjunto de deveres e direitos que os pais, em colaboração e igualdade, devem cumprir em prol das pessoas e dos bens dos filhos menores não emancipados. O respectivo exercício, outrossim, representa um imprescindível atendimento às pessoas em formação – crianças e adolescentes como sujeitos de direito, que necessitam de guarda, criação, educação, amparo, defesa, cuidado, ou seja, comandos para a vida e administração de seus bens (MANFRÉ; MOTTA, 2015, p. 245). Com base nesse caráter conceitual, destacam-se como as principais características do poder familiar:

- a) Indisponibilidade: não pode ser transferido por iniciativa dos titulares para terceiros. Em caso de decisão judicial, presente o instituto da guarda, alguns dos direitos e deveres do poder familiar podem ser atribuídos ao guardião;
- b) Indivisibilidade: não se refere ao seu exercício;
- c) Imprescritibilidade: mesmo que não possa ser exercido pelos titulares, não se extingue pelo seu desuso. Somente a extinção do poder familiar, dentre as hipóteses previstas em lei, pode terminá-lo. Cabe a observação do art. 1.635 do Código Civil (VENOSA, 2008, p. 300-301).

De outra monta, o poder familiar interage com a questão da guarda, que interessa às crianças principalmente no pós-divórcio, que é o foco do presente trabalho. Os supracitados arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil tratam dessa questão, delimitando a guarda unilateral e a guarda compartilhada as espécies de guarda no sistema jurídico pátrio.

Pela guarda unilateral, há a divisão da guarda dos filhos entre o genitor guardião e o genitor não-guardião. Trata-se, em verdade, da responsabilização individual e o exercício dos direitos e deveres do poder familiar por um dos genitores, o guardião, cabendo ao outro o direito de visitas e de ter o contato com sua prole através de acordos específicos com o genitor guardião. Cabe enfatizar que o genitor que não for o guardião pode fiscalizar a educação e manutenção de seus filhos e, se não for possível o acerto de vontades entre os cônjuges quanto aos limites dessa guarda, pode o juiz ser chamado de forma a fixar regras básicas procedimentais aptas a permitir o convívio.

A guarda compartilhada, por seu turno, envolve uma realidade em que ambos os pais terão a guarda da prole em comum, sendo enfocada a responsabilização conjunta e o exercício também conjunto dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar a ser exercido sobre seus filhos. Esse tipo de guarda busca o exercício equilibrado das responsabilidades parentais (ROCHA; MACEDO, 2020, p. 11). A guarda compartilhada ainda evoca a estipulação obrigatória pelo juiz, quando não se verificar um acordo entre os pais no que toca à guarda a ser conferida aos seus filhos. Ou seja, nos termos do art. 1.584, parágrafo 2º do Código Civil, passou a ser a regra do sistema.

Cabe enfatizar que essa delimitação como regra percorre um caminho legislativo específico. A Lei 11.698/2008 incluiu o citado parágrafo 2º ao art. 1.584, e a Lei 13.058/2014 alterou a redação do art. 1.584, parágrafo 2º, estabelecendo a fixação de guarda compartilhada pelo juiz quando não houver o dito acordo entre os pais, assim como quando ambos os genitores estiverem aptos ao exercício do poder familiar². É excluída a sua aplicação quando um dos pais

² O Superior Tribunal de Justiça estabelece jurisprudência que fixa a desnecessidade de consenso entre os progenitores para a implementação da guarda compartilhada. Caso não fosse esse o entendimento, haveria a constatação de

declarar judicialmente que não deseja a guarda do menor. A partir do quadro legislativo elucidado, nota-se que é dada importância a um equilíbrio do tempo de convívio entre os genitores com seus filhos, reforçando-se os conceitos de guarda compartilhada física e jurídica como desejáveis para o exercício do poder familiar.

A guarda jurídica compartilhada envolve um plano de guarda em que ambos os progenitores compartilham a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos, de forma conjunta e igualitária. Por outro lado, a guarda física compartilhada se exprime pela observação de um equilíbrio no tempo de convivência dos filhos com seus pais e mães, prestando-se atenção às condições fáticas e interesses dos menores (GRISARD FILHO, 2016, p. 97). Aliás, cabe aqui mencionar que a guarda física compartilhada difere da guarda alternada, uma questão conceitual que por inúmeras vezes gera controvérsias interpretativas:

[...] é possível afirmar que a única semelhança existente entre os institutos da guarda física compartilhada e da guarda alternada seria a alternância de residências do menor. E só. A guarda alternada, diferentemente da guarda compartilhada, pressupõe o exercício exclusivo do poder familiar por um genitor durante determinado período, findo o qual haverá a alternância de residências do filho, quando então o exercício do poder familiar passará a ser exclusivo do outro progenitor. Alterna-se a residência e, de modo exclusivo, o poder familiar. Como dito anteriormente, tal espécie de guarda não tem guarida no ordenamento jurídico brasileiro, eis que o artigo 1634 do Código Civil garante a ambos os pais, independente do estado conjugal, o exercício do poder familiar. Não obstante, é aceita pela jurisprudência pátria, havendo casos, embora raros, em que houve sua aplicação, sendo estipulada normalmente por convenção das partes (FERREIRA, 2020, p. 120-121).

A jurisprudência brasileira, de uma forma geral, apresenta certas ponderações específicas quanto a guarda compartilhada e a fixação de residência única ou dupla residência, que serão tratadas no item subsequente da exposição. No entanto, cumpre aqui trazer a notícia que algumas críticas são apostas à guarda unilateral, o que justifica a sua colocação distante da regra do sistema jurídico. Fala-se, de forma destacada, que o estabelecimento de uma guarda com exclusividade proporciona o enfraquecimento do exercício do poder familiar daquele que foi afastado da exclusividade (FERREIRA, 2020, p. 105). O próprio Superior Tribunal de Justiça expressa posição similar em um de seus acórdãos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. [...] Nessa circunstância, o genitor que não detém a guarda – usualmente o pai – tende a não exercer os demais atributos do Poder Familiar, distanciando-se de sua prole e privando-a de importante referencial para a sua formação. Com a custódia física concentrada nas mãos de apenas um dos pais e a convivência do outro com a prole, apenas quinzenalmente, ou mesmo semanalmente, o ex-cônjuge que não detém a guarda, quando muito, limita-se a um exercício de fiscalização frouxo e, de regra, inócuo. Os filhos da separação e do divórcio forma, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo (a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio – visita – demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.251.000 – MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 23.08.2011).

rebaixamento do princípio do melhor interesse da criança, como se auferia da pela interpretação legislativo-constitucional. Nesse sentido, cf. STJ, 3ª turma, REsp n. 1.251.000 – MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 23.08.2011.

Sob essa moldura, comenta-se o ponto positivo que representa para o desenvolvimento da criança a convivência e o acompanhamento contínuo por ambos os pais, sendo mais factível a adaptabilidade no pós-divórcio quando os contatos com os progenitores são frequentes, aumentando-se, assim, a identificação parental e a sensação de ser amado(a). A guarda compartilhada apresenta o condão de preencher esse espaço necessário de aproximação parental, pois os pais gozam de iguais oportunidades para exercerem em plenitude o poder familiar, alternando-se a convivência em períodos de tempo que não precisam ser, necessariamente, iguais, mas equilibrados. O enunciado 603 do Conselho da Justiça Federal³ reforça esse ponto.

3. A DUPLA RESIDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO: UM PROCESSO DE DESCONFIANÇA SISTEMÁTICA

A concessão ou estabelecimento da guarda compartilhada como regra do sistema jurídico brasileiro vem acompanhada de uma peculiaridade específica em sua execução. Como é possível se observar na análise jurisprudencial realizada como base de pesquisa, destaca-se o entendimento de que a aplicação dessa forma de guarda não coincide com a dupla residência, priorizando-se uma residência habitual ou única, geralmente, ao cargo da mãe.

Nesse sentido, perceptível a visão de que os operadores do direito envolvidos, mormente juízes, apresentam certa restrição quanto à aplicabilidade da comunhão envolvendo guarda compartilhada e dupla residência, o que denota, portanto, uma desconfiança sistemática do corpo jurídico, e não da norma jurídica, pela faculdade da dupla residência estabelecer benefícios aos menores, atentando-se ao conteúdo fundamental do princípio do melhor interesse. O seguinte excerto jurisprudencial demonstra a visão relatada:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. CONVIVÊNCIA ALTERNADA. A estipulação da guarda alternada entre os genitores mostra-se inconveniente, podendo-lhe acarretar instabilidade emocional, pois a criança fica submetida a cada semana a local diverso de residência. Assim, adequada a guarda compartilhada, com fixação da residência da criança na companhia materna e definição da convivência paterna. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação n. 70076887587, Rel. Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 28.03.2018)⁴

Dessa forma, salienta-se que a jurisprudência brasileira contribui para a instrumentalização mais aguda da guarda compartilhada jurídica, em detrimento da física, resgatando-se conceitos apresentados no item anterior. A intenção legal, pela leitura do art. 1.583 do Código Civil, recai pela preferência da dupla residência, questão que não pode ser desprezada, uma vez presente o fator benéfico às crianças que usufruem desse sistema de guarda, em termos de compartilhamento de tempo de convívio com os pais de forma equilibrada e ampla participação dos progenitores na formação e educação de seus filhos. A intenção do legislador como retratada está de acordo com as determinações constantes da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, documento

³ “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 parágrafo 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais”.

⁴ O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em sentido contrário, como se observa pela manifestação da Ministra Nancy Andrighi, em acórdão já mencionado no presente trabalho: “A ausência de compartilhamento da custódia física esvazia o processo, dando à criança visão unilateral da vida, dos valores aplicáveis, das regras de conduta e todas as demais facetas do aprendizado social. Dessa forma, a custódia física não é um elemento importante na guarda compartilhada, mas a própria essência do comando legal, que deverá ser implementada nos limites possíveis permitidos pelas circunstâncias fáticas”.

este que apresenta espectro garantista dos direitos da pessoa na infância, e que força os ordenamentos jurídicos nacionais aderentes à sistematização e interpretação em sentido de propor ações consoantes aos seus princípios basilares (TEIXEIRA; PARDI, 2015, p. 22). A questão de preservação psicológica dos filhos também perpassa a discussão:

Entende-se que tal divisão equilibrada constitui-se fundamental para preservar os laços de efetividade com vistas a minorar os efeitos que a separação acarreta nos filhos, oportunizando aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. Pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, tais relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venham a ocorrer (FERREIRA, 2020, p. 127).

O art. 1.583, em seu parágrafo 3º, informa uma hipótese em que não é possível o convívio da guarda compartilhada com a dupla residência, ao tratar de pais que moram em cidades diferentes, em que a guarda irá firmar sua centralização na cidade considerada base de moradia dos filhos, observado o princípio do melhor interesse. No entanto, mesmo presente a distância física, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente julgado (espelho da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça), reconheceu a viabilidade fundamental da guarda compartilhada, mesmo com restrições nítidas em virtude da idade tenra da criança, o que não inibiria a aproximação do pai pela criação do filho. Nesse sentido,

(...) o compartilhamento da guarda não se relaciona, necessariamente, à divisão de tempo com a menor, mas, na sua forma mais relevante, natural e benéfica, consistente no compartilhamento das decisões inerentes ao exercício do poder familiar, portanto, das questões relacionadas à sua educação, saúde, segurança, bem estar e demais necessárias ao seu desenvolvimento sadio, o que não é, de plano, inviabilizado pela distância física de cerca de 35 km entre as cidades, ainda que em Estados diferentes, tampouco pelo fato de o agravado trabalhar e estudar, ou mesmo por entender a mãe que exerce a guarda unilateral com "maestria", não havendo nos autos, ademais, notícia de que a menor, atualmente com 1 ano e 1 mês de idade (fls. 13 dos autos de origem), alimente-se exclusivamente através do leite materno, limitando-se a agravante a suscitar "a tenra idade e a amamentação/alimentação da Infante" (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI n. 22048903220218260000, Rel. Des. Alcides Leopoldo, j. 16.09.2021).

Trata-se, acima de tudo, de ponderar onde a criança mantém o desenvolvimento principal de convívio social, valendo a mesma observação para o desenvolvimento de suas atividades escolares ou atividades extracurriculares.

O diploma civil estabelece, por via oblíqua, uma exceção à regra firmada, o que passa desautorizado no âmago da jurisprudência estudada. A resistência dos operadores do direito passa pela ideia de que há a necessidade de se firmar um lar de referência para a criança, questão que leva a uma certa confusão com a guarda alternada, cujo conteúdo conceitual já foi tratado no presente trabalho. Quer-se, por esse prospecto, porventura dizer que o atendimento do princípio do melhor interesse significa colocar a criança em contato acentuado com um dos genitores em detrimento do outro, a despeito do compartilhamento funcional do poder familiar? Talvez a pesquisa científica auxilie na elucidação dessa questão.

Análises científicas caminham em um sentido contrário, desde pesquisas científicas mais antigas, até as mais recentes. Entre os anos de 1984 e 1988, nos Estados Unidos da América, foi conduzido um estudo por Linda Nielsen no seio do *Stanford Custody Project*, em que a coleta de dados em mais de 1.000 famílias demonstrou que, após 4 anos de separação, as crianças e adolescentes

que viviam sob o regime da dupla residência apresentavam melhores resultados acadêmicos, sem ignorar que seus traços psicológicos demonstravam maior estabilidade caso se fizesse a comparação com crianças e adolescentes sujeitos à “residência de referência” ou única (NIELSEN, 2011, p. 597).

Recentemente, pesquisa conduzida por Camila Kostulski e Dorian Arpini demonstra a plausibilidade dos resultados obtidos por Linda Nielsen⁵. Uma adolescente acompanhada naquela pesquisa de origem brasileira, relata que a possibilidade de frequentar a casa de ambos os pais é um elemento muito positivo na sua vida. Segundo a adolescente, nominada como “Nina”, há o gosto pela frequência a ambas as casas, não havendo problema nenhum a guarda compartilhada a qual ela está exposta não contemplar uma residência única. Segundo as pesquisadoras retratadas:

[...] ter duas residências pode ser considerado um fator positivo, pois mostraria aos filhos que a separação dos pais não tem relação com aqueles, e que essa é uma experiência que pode ser incorporada na vida da prole. Brito (2003) argumenta que da mesma forma que os filhos conseguem entender, gradualmente, a rotina da escola, da creche, da casa dos avós, por exemplo, eles também usariam dessa capacidade para se adaptar a casa do pai e da mãe, desde que esses ambientes representem um espaço de cuidado e afeto (KOSTULSKI; ARPINI, 2018, p. 704).

Diante dos argumentos levantados, pode-se dizer que não há empecilho para a inserção das crianças em um cenário de pós-divórcio em uma guarda compartilhada que se instrumentaliza pela dupla residência, ainda mais quando é palatável que ambos os pais apresentam totais condições para o exercício do poder familiar, não havendo a restrição da situação à exceção geográfica mencionada ou aos casos em que o próprio Código Civil mitiga a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada. O princípio do melhor interesse encontra concreção quando ambos os pais estão com seu filho compartilhando os principais momentos de sua evolução e crescimento, e não em momentos de afastamento judicialmente deliberado como presunção de bem-estar filial, ainda mais quando o exercício do poder familiar não encontra objeções ao exercício parental concreto e de ambos os progenitores.

A inaplicabilidade da guarda compartilhada, e, por conseguinte, da dupla residência, fechando-se a ideia proposta no parágrafo anterior, encontra precisão técnica nos termos dos arts. 1.583, 1.584 e 1.586 do Código Civil. Pela leitura legal, depreende-se que não se aplica a guarda compartilhada quando: as condições fáticas assim não o indicarem, quando não for atendido o superior interesse do menor, quando um dos genitores declarar que não deseja a guarda do menor ou quando o juiz verificar que a criança não deva permanecer sob a guarda dos pais.

As situações anteriormente retratadas pela inaplicabilidade da guarda compartilhada recaem em situações em que se observam famílias disfuncionais no bojo da avaliação. Estas são caracterizadas, nas palavras de Rolf e Rafael Madaleno (2018, p. 132), como as famílias que não possuem objetivos estabelecidos, e são formadas por pais confusos em relação aos valores que desejam transmitir aos filhos. Dessa forma, esses filhos crescem em meio à insegurança, sofrendo com a dificuldade de dar e receber afeto em virtude das relações familiares em que estão imersos.

Em situações coma as últimas mencionadas, os acompanhamentos pericial e psicossocial são pertinentes, como está assentado, inclusive, na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo⁶, uma vez que a disfunção parental nos termos estritos ou largos preconizados pela

⁵ No mesmo sentido dessas pesquisas, cf. artigo de autoria de Gadoni-Costa, Frizzo e Lopes, que trata da guarda compartilhada em seus delineamentos práticos.

⁶ Cf. TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, AI n. 21075976220218260000, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. 20.09.2021.

sistemática civil podem invalidar a regra legal, que consagra a guarda compartilhada e, conseqüentemente, a adoção da dupla residência.

4. O PÓS-DIVÓRCIO E A RESIDÊNCIA ALTERNADA COMO PRÁTICA CONSTANTE NO DIREITO PORTUGUÊS

O sistema jurídico português apresenta suas peculiaridades desde a inauguração do modelo constitucional vigente. A Constituição portuguesa de 1976, no art. 36, n. 3, estabeleceu a igualdade de gênero envolvendo homem e mulher como cônjuges, afirmando que ambos apresentam os mesmos direitos e deveres no que se refere à capacidade civil, à capacidade política e, por fim, no que tange à manutenção e educação dos filhos. Essa determinante constitucional irá regular e orientar toda a questão da guarda dos filhos no pós-divórcio.

Ganha esplendor na legislação portuguesa a Lei 64/2008, que alterou o Código Civil português. A expressão “poder paternal” antes consagrada, cedeu lugar à expressão “responsabilidades parentais”, no bojo do art. 1.906 do diploma civilista português.

Deve ser feita uma diferenciação com antecedência. De um lado, existem as questões de particular importância para a vida do filho e, do outro, existem os atos da vida cotidiana dos filhos. Aqueles podem ser entendidos como os eventos que fogem à vida normal de uma criança e que, devido ao seu impacto na própria realidade do menor, devem contar com a presença e acompanhamento dos progenitores. A título exemplificativo, podem ser citados: intervenções cirúrgicas que apresentem riscos à saúde dos menores, a matrícula em um colégio privado diferente, a prática de esportes radicais, dentre outros. Por seu turno, os atos da vida cotidiana estão inseridos no andamento regular da rotina das crianças, não se demandando a atenção exclusiva de ambos os progenitores. Entre estes, cita-se, a título exemplificativo, as consultas médicas de rotina, os trabalhos escolares, às saídas ao cinema com os amigos, dentre outros.

Diante dessa delimitação conceitual, o art. 1.906, n. 1, definiu que as responsabilidades parentais concernentes às questões de particular importância para a vida dos filhos devem ser exercidas por ambos os progenitores, estabelecendo-se a primazia do interesse do filho (similarmente ao princípio do melhor interesse no direito brasileiro). Os atos da vida cotidiana, por seu lado, cabem exclusivamente ao progenitor com quem o filho se encontra, como é possível visualizar na Exposição de Motivos do Projeto n. 509/X, que antecede a Lei 61/2008:

Impõe-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais, salvo quando o tribunal entender que este regime é contrário aos interesses do filho. O exercício conjunto, porém, refere-se apenas aos “actos de particular importância”; a responsabilidade pelos “actos da vida quotidiana” cabe exclusivamente ao progenitor com quem o filho se encontra. Dá-se por assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho; afirma-se que está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais; reduz-se o âmbito do exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de “particular importância”. Caberá à jurisprudência e à doutrina definir este âmbito; espera-se que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças. Pretende-se que o regime seja praticável – como é em vários países europeus – e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores. Assim se poderá superar o argumento tradicional de que os pais divorciados não conseguem exercer em conjunto as responsabilidades parentais (PORTUGAL, 2022).

O modelo de residência habitual já era visto como a regra do sistema português antes do advento da mencionada lei de 2008, com a previsão do direito de visita no pós-divórcio. A Lei 84/1995 e a Lei 59/1999 alteraram o antigo regime de poder paternal no Código Civil português, preconizando, inicialmente, a possibilidade dos pais optarem pelo exercício conjunto do poder paternal e, com a lei de 1999, elevou-se o exercício comum como regime regra, desde que presente o acordo entre os progenitores. O progenitor residente restou como uma figura cuidada pela sedimentada jurisprudência portuguesa, geralmente a mãe, e que existia antes das reformas legislativas mencionadas, e que ainda se destaca após esse momento como traço característico da prática jurisprudencial. A inovação da chamada residência alternada, não obstante, ganhou fôlego na prática judiciária, em que a criança reside com cada um dos progenitores, que partilham o tempo de convivência com seus filhos, com o fito de construção de um cotidiano comum. Neste último caso, a indicação de um progenitor residente denota-se supérflua, em virtude da própria natureza jurídica da guarda que se instrumentaliza na prática.

Em que pese a prática e opção judiciária pela fixação do progenitor residente, observa-se que o regime da alternância de residências encontra certa difusão, podendo, inclusive, ser imposto pelos tribunais independentemente de acordo dos pais, sempre que o superior interessa da criança assim o indicar.

O seguinte excerto jurisprudencial elucida a posição que negligencia um acordo entre os pais para a concessão da guarda compartilhada com residências alternadas:

1. A guarda partilhada do filho, com residências alternadas, é a solução que melhor permite a manutenção de uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades. 2. A lei não exige o acordo de ambos os pais na fixação da residência alternada do filho, devendo a solução ser encontrada de acordo com o seu interesse e ponderando todas as circunstâncias relevantes. 3. A tal não obsta a circunstância da criança ter dois anos de idade, não apenas porque a partir desta idade é importante iniciar o processo de desmame, como estímulo à sua independência e promoção da sua inteligência e estruturação emocional, como os estudos realizados sobre esta matéria indicam que crianças que, desde cedo, vivem em regime de residência alternada possuem melhores indicadores de bem-estar emocional do que as que crescem em modelo de residência única (Tribunal da Relação de Évora, 2ª Secção Cível, Processo n. 546/19.7T8PTM.E1, Rel. Mario Coelho, j. 14.07.2020)⁷.

Por via oblíqua, é possível a compreensão de que a jurisprudência portuguesa tem ofertado cada vez mais espaço para a guarda compartilhada, com previsão de residências alternadas, muito embora presentes diversas decisões que preveem a necessidade de acordo para a sedimentação desse tipo específico de guarda, presentes peculiaridades específicas da criança ou da própria família⁸. O superior interesse da criança, além de aspectos específicos da família, como idade da criança, conflituosidade entre os genitores, e o próprio aspecto psíquico-emocional destes aparecem no caminho da justificação pontual jurisprudencial para a concessão ou não daquela específica guarda compartilhada (FERREIRA, 2020, p. 195).

Por derradeiro, cabe elucidar que a jurisprudência portuguesa, em geral, aponta alguns pontos para a não fixação da guarda compartilhada com residência alternada. Cita-se, a título de amostra, o crescimento de um sentimento de ansiedade na criança, que aumenta exponencialmente com a visão de pai e mãe em diferentes realidades, sem o estabelecimento de um ponto comum

⁷ Nesse mesmo sentido, cf. Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n. 2973/18.8T8BRR.L1-2, Rel. Jorge Leal, j. 18.06.2020; Tribunal da Relação de Coimbra, Juízo de Família e Menores, Processo n. 273/13.9TBCTB-A.C1, Rel. Alberto Ruço, j. 24.10.2017.

⁸ Nesse sentido, cf. Tribunal da Relação de Coimbra, Juízo de Família e Menores, Processo n. 1032/17.5T8CBR.C1, Rel. Fonte Ramos, j. 11.12.2018.

para reflexão, descanso e desenvolvimento de suas atividades essenciais, questão que é rebatida por outras fontes, que enxergam a residência fixa como um instrumental hábil a enfraquecer a responsabilidade parental, assim como a vinculação aos dois progenitores, fator essencial para o desenvolvimento saudável das crianças (SILVA, 2016, p. 187).

Em virtude do último relatado, inclusive, é que se pensa, dentro dos projetos de lei a serem efetivados em Portugal, acerca do estabelecimento da residência alternada no pós-divórcio, no bojo da guarda compartilhada, como regra de preferência de aplicação, por presumir que se adequa de forma mais factual ao melhor interesse da criança, crescendo e evoluindo com o acompanhamento mais próximo de ambos os progenitores.

Existem vozes na doutrina portuguesa que não se colocam por esse caminho, enxergando que o exercício conjunto da responsabilidade parental não abrange a fixação da dupla residência, prevendo a sua compatibilidade com a guarda única, fixando-se postumamente o direito de visita em fins de semana alternados (SOTTOMAYOR, 2016, p. 71). Neste último ponto, a estabilidade emocional das crianças e o manejo de um referencial de lar para o fortalecimento da criança como sujeito de direitos estão no centro da argumentação.

Conveniente, por oportuno, avaliar e acompanhar a evolução da jurisprudência portuguesa, hoje caminhando por uma trilha mais favorável à guarda compartilhada como residência alternada, consolidando uma visão da criança como sujeito de direitos nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, e que foi ratificada por Portugal.

5. CONCLUSÃO

A análise efetivada no presente trabalho permite constatar que Brasil e Portugal apresentam semelhanças no enfrentamento que é dado à questão da guarda no pós-divórcio. Prestigiada a guarda compartilhada em ambos os ordenamentos jurídicos, as suas especificações encontram certas diferenças, mas a busca pelo melhor interesse da criança se destaca como o norte de ambas as abordagens.

Estabelecida como regra no sistema jurídico brasileiro, a guarda compartilhada vem ganhando cada vez mais respaldo na prática jurisprudencial, valendo o mesmo para a acolhida instrumental da dupla residência, pois enxerga-se o poder familiar como uma determinante que não pode ser desmembrada, devendo ambos os genitores participarem e acompanharem a evolução e crescimento dos seus filhos no pós-divórcio, sendo que as próprias pesquisas específicas tem demonstrado os fatores benéficos dessa proximidade, aumentada pela dupla residência, para o estabelecimento de relações filiais pós-divórcio menos traumáticas e mais saudáveis.

Outrossim, Portugal ainda cultiva sua tradição no tocante a uma responsabilidade parental que recai na residência única, com preponderância do aspecto materno, no entanto, tem sido arejada por modificações legislativas e atividades jurisprudenciais que enxergam cada vez mais a necessidade dos progenitores estarem com seus filhos como forma de propiciar um crescimento emocionalmente mais saudável, apresentando a residência alternada portuguesa o condão de propiciar uma facilitação para tanto. Obviamente, ressalvas são feitas, como vozes da doutrina elucidam, ainda presas a questão da guarda única e estabelecimento de um lar referencial com o fito de evitar a confusão de direcionamento na cabeça da criança, no entanto, o reconhecimento prático de que o acordo parental é desnecessário para a conclusão da concessão do regime demonstra o caminhar dos operadores do direito pelo atendimento do superior interesse da criança.

O princípio do melhor interesse ou a supremacia do interesse da criança, dependendo da origem do direito mencionado, não inibem avaliar que os ordenamentos jurídicos pesquisados caminharam bem no sentido de proteção das crianças e adolescentes ao se prestigiar a guarda compartilhada com a dupla residência. Embora ainda se verifique certa resistência, pelos

operadores do direito brasileiro, no sentido de verem com melhor acolhimento a dupla residência para a proteção dos filhos de uma relação conjugal que terminou, estudos específicos mostram que a instrumentalização da guarda compartilhada por esse viés pode ainda ganhar mais campo, pois está de acordo não somente com o que preconiza a legislação civil e especial (Estatuto da Criança e do Adolescente), como também com as diretrizes da Constituição Federal e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que exprimem a necessidade de participação efetiva dos progenitores na vida da criança para que a mesma tenha o desenvolvimento adequado e o mais saudável possível.

Por fim, é de bom alvitre enfatizar que os apontamentos jurisprudenciais acerca do acompanhamento técnico e psicológico para crianças no pós-divórcio são pertinentes para a definição das especificidades da guarda compartilhada. A perícia psicossocial pode trazer elementos informativos fundamentais para o juiz não somente sobre a interioridade da criança, como também sobre os traços psicológicos dos próprios pais para a aferição e concessão de uma guarda que exige dedicação maciça dos genitores para com seus filhos. Por isso, compreensíveis certas decisões judiciais que enxergam por bem não conceder a guarda compartilhada como dupla residência, em virtude de fatores negativos envolvendo a família que se encontra sob análise.

De qualquer modo, aferiu-se que o instituto da guarda compartilhada ganha novas feições tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como no ordenamento jurídico português, de forma a se obter a estratificação de um entendimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial mais de acordo com as normas internacionais respectivas, assim como a observação da supremacia do interesse da criança no deslinde de questões pós-divórcio, corolário que assume tessituras diferenciadas e peculiares em cada um dos ordenamentos estudados.

6. REFERÊNCIAS

FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça. **A Dupla Residência da Criança Pós-Divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro**. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

GADONI-COSTA, Lila Maria; FRIZZO, Giana Bitencourt; LOPES, Rita de Cássia Sobreira. A Guarda Compartilhada na prática: estudo de casos múltiplos. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 23, n. 4, p. 901-912, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KOSTULSKI, Camila Almeida; ARPINI, Dorian Mônica. Guarda Compartilhada: as vivências de filhas adolescentes. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 38, n. 4, p. 696-710, out./dez. 2018.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada: física e jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MANFRÉ, José Antonio Encinas; MOTTA, Carlos Dias. Poder Familiar: aspectos atuais de direito material e processual à luz das recentes alterações legislativas. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michele Asato (orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos**. São Paulo: LTr, 2015.

NIELSEN, Linda. Shared Parenting after Divorce: a Review of Shared Residential Parenting Research. **Journal of Divorce & Remarriage**, Londres, v. 52, p. 586-609, 2011.

PORTUGAL. Assembleia da República (Câmara de Deputados). **Projeto de Lei 509/X**. Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo1> . Acesso em: 28.09.2022.

ROCHA, Maria Vital da; MACEDO, Larissa de Alencar Pinheiro. O plano de parentalidade como instrumento de salvaguarda da integridade psíquica da criança e do adolescente. **Revista Duc in Altum – Cadernos de Direito**, Recife, v. 12, n. 28, p. 7-29, set./dez. 2020.

SILVA, Joaquim Manuel da. **A Família das Crianças na Separação dos Pais**: a guarda compartilhada. Lisboa: Petrony Editora, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

TEIXEIRA, Carla Noura; PARDI, Elaine Cristina. Direitos da Criança – Diálogo normativo do Sistema Internacional e a Ordem Jurídica Brasileira. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michele Asato (orgas.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos. São Paulo: LTr, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. VI.

YABIKU, Rafaella; RIBEIRO, Iara Pereira. Acolhimento institucional no Brasil: do Código de Menores ao apadrinhamento afetivo. **Revista Duc in Altum – Cadernos de Direito**, Recife, v. 14, n. 32, p. 162-181, 2022.