



# **PARECER**

---

## ENSAIO SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA GUARDA ALTERNADA

Caíque Tomaz Leite da Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

Inicialmente tecemos considerações de ordem terminológica sobre a guarda alternada, dissociando-a da guarda compartilhada, conceitos por vezes confundidos em sede doutrinária e jurisprudencial. Posteriormente, acompanhando a constitucionalização do direito privado, analisamos os reflexos, para a escolha do regime de guarda e visita, da simetria nas relações paterno-materno filiais. Paralelamente, atentos a constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional, analisamos a compatibilidade das disposições normativas de direito interno, especialmente a alteração normativa introduzida no ordenamento jurídico pela Lei 11.698/08, com a Convenção sobre os Direitos da Criança e Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Em sede de realização judicativa do direito tecemos considerações sobre a orientação metodológica que nos pareceu mais acertada para a adequação normativa da norma do caso decidendo, para concluir, após o itinerário percorrido, que a inadmissibilidade *prima facie* da guarda alternada não subsiste ao controle de convencionalidade, sujeitando-nos a responsabilidade internacional por descumprimento de tratado.

**Palavras-chave:** Guarda alternada. Supralegalidade. Convencionalidade. Caso concreto. Jurisprudência dos interesses.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público (fase de dissertação) e Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (POR). Banca Examinadora da American University (USA). Bolsista do Curso de Direito Internacional Humanitário (Ius Gentiun Coninbrigae, Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra). Investigador do Instituto de Direito Penal Econômico Europeu (IDPEE). Professor convidado do curso de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Membro do grupo de trabalho encarregado da versão luso-brasileira da obra "Understanding Human Rights", da Universidade de Coimbra e Editora Coimbra. Professor das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo (BRA). Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA). Advogado e Parecerista. Parecer protocolado na Vara de Família da Comarca de Nova Londrina em DEZ/2012. E-mail: caique.thomaz@hotmail.com.

**ABSTRACT**

Initially we weave considerations on alternate custody terminology, dissociating it from shared custody, sometimes mistaken concepts based on doctrine and jurisprudence. Later, following the constitutionalization of private law, we analyze the consequences for the choice of custody and visitation before symmetric relations paternal-maternal relationship. Meanwhile, watch the constitutionalization of international law and internationalization of constitutional law we analyze the compatibility of the regulatory provisions of law, especially the change in the legal rules introduced by Law 11.698/08, with the Convention on the Rights of Children and the Inter-American Convention on Human Rights. In place of holding judicial law we consider the methodological guidance that seemed more accurate to adapt normative standard in the specific concrete case to conclude, after the itinerary, which *prima facie* inadmissibility of the alternate custody does not subsist before control of conventionality, subjecting us to liability for breach of international treaty.

**Keywords:** Alternate custody. Supralegality. Conventionality. Concrete case. Jurisprudence of interests.

**1 CONCEITUALIZAÇÃO**

Há uma grande confusão doutrinária envolvendo os conceitos de guarda alternada, conjunta e compartilhada, em parte, em virtude da redação do artigo 1.583, §1º, do Código Civil, alterado pela Lei 11.698/08, que define guarda compartilhada como “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.” O texto do dispositivo em apreço utiliza a expressão “conjunta” para definir

guarda compartilhada, de modo que concede ampla margem para redução dos conceitos à mesma coisa.

A responsabilidade conjunta, ou divisão das atribuições atinentes ao poder familiar pode ocorrer de formas distintas. Uma delas é a guarda compartilhada. Nesta modalidade de guarda, os pais, que não convivem, são igualmente responsáveis por direcionar a formação do filho comum, sem, entretanto, que haja uma partilha de responsabilidade pela manutenção física da criança. Tal modelo, portanto, não supre a necessidade filial de afeto e carinho em relação ao pai ou mãe que não convive com o menor, apenas implementa uma obrigação que já existia na guarda unilateral que é a de fiscalização por parte do genitor não guardião.

Dizemos, portanto, que a guarda compartilhada é, em verdade, uma *ficção jurídica* através da qual o genitor não guardião (físico) torna-se igualmente responsável jurídico pela criança, de modo a haver guarda jurídica conjunta (no que toca às responsabilidades pelas decisões que envolvem o desenvolvimento do menor) e guarda física exclusiva, já que o instituto não tem o condão de inserir a presença física de um dos genitores na vida da criança.

Tal ficção jurídica, a nosso entender, coloca um enfoque exclusivamente na necessidade do genitor não guardião, excluído do convívio diário com a criança pela guarda unilateral ou exclusiva, ao conferir-lhe, em conjunto com o genitor que detém a criança, o dever legal de “assistência jurídica”, por assim dizer, sem voltar os olhos para a necessidade psicossocial da criança de *com-viver* com o genitor não guardião.

A guarda compartilhada, portanto, não incrementa em absolutamente nada o conviver da criança com o genitor não guardião. E embora contribua para a pacificação do espírito paternal/maternal do genitor não guardião, tornando-o mais presente nos assuntos pertinentes ao seu filho, transforma-o num assistente de palco do espetáculo do desenvolver da criança, um escondido atrás das cortinas, que tem somente uma posição privilegiada no assistir o espetáculo sem participar dele.

Veja-se, portanto, que sob a ótica da criança desprovida da presença física de um dos genitores, a guarda compartilhada não contribui em absolutamente nada para a atenuação da carência afetiva em relação ao genitor não guardião. Nesse sentido, a recente alteração legislativa não alterou absolutamente nada, e o genitor não guardião terá de contentar-se com o direito de visita. O genitor sente-se mais genitor porque atua nos bastidores, mas o filho não sente-se mais filho porque não recebe o genitor não guardião no seu conviver.

E se o ordenamento jurídico é norteado pelo interesse superior da criança, a alteração legislativa padece de um *vício de pressuposto, porque simplesmente a exclui do escopo da disposição legal*.

A guarda compartilhada não será, entretanto, objeto do nosso trabalho. E as considerações supratranscritas têm objetivos exclusivamente conceituais. Me ocuparei da guarda alternada, a outra modalidade de guarda conjunta.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 106-110. O autor distingue

A guarda alternada também é definida a partir da noção de exercício conjunto de atributos do poder familiar, ou seja, também arranca da noção de que ambos os pais devem contribuir para o regular desenvolvimento do filho comum, preservando-os dos maléficos efeitos psicossociais que a ausência “voluntária” de um dos genitores provoca na sua vida.

A guarda alternada, entretanto, não é uma ficção jurídica. Aqui o que se compartilha não é a responsabilidade jurídica e sim a presença física da criança. A criança convive alternadamente,

---

guarda alternada de guarda compartilhada; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 397: “Um lembrete: não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente **guarda alternada**, através da qual, mais no interesse dos pais do que no dos filhos, procede-se praticamente à divisão da criança. Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores.”; LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos. Os conflitos no Exercício do Poder Familiar*. Editora Atlas, 2008, pp. 53-60. A autora também distingue guarda compartilhada de guarda alternada, que não seriam, para ela, espécies de guarda comum. Esta seria somente a exercida por ambos os pais durante o relacionamento conjugal; RODRIGUES, Décio Luiz José. *Guarda Compartilhada. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008*. Imperium Editora e Distribuidora. O autor, juiz de direito e professor da Escola Paulista da Magistratura, realiza grande confusão conceitual, pois, comentando a lei que introduziu normativamente a guarda compartilhada, define-a como guarda alternada: “A consequência lógica da guarda compartilhada, o que a difere do simples direito de visita do genitor ou da genitora, é a possibilidade do filho morar, efetivamente, com ambos os pais, em casas separadas e durante certo tempo acordado ou estipulado judicialmente.” (p. 66); OLIVEIRA, J. F. Basílio de. *Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor*. 3ª Edição. Editora BH. Aduz, a pp. 415-416, que há duas modalidades de guarda compartilhada, com base no direito norte-americano: a “*joint legal custody*”, que é a guarda jurídica compartilhada, e a “*joint physical custody*”, que seria a guarda física ou material compartilhada. Esta última, na classificação que propomos, seria a guarda alternada; SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*. 2ª ed. Almedina, 1998, p. 98, utiliza a expressão “guarda conjunta física” em relação à guarda alternada; muito semelhante à nossa percepção: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso*. Editora Atlas. 2008, pp. 218-219; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais (Tentativa de Sistematização)*. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 80. Coimbra Editora, 2004, p. 209: aduz que a guarda pode ser simples (quando só um dos pais tem a “posse” da criança), alternada (quando ambos os pais tem a “posse” da criança em prazos sucessivos), e compartilhada (quando um tem a “posse” mas ambos tomam decisões relativamente à criança).

em frequência diária, semanal, mensal ou anual, com cada um dos genitores. Ao contrário da guarda compartilhada, a guarda jurídica acompanha cada um dos genitores, com exclusividade, nos períodos que tem o menor sob sua companhia e vigilância.

Veja-se que o que se tem por conjunto em cada uma das modalidades, não é a mesma coisa. Na guarda compartilhada tem-se por conjunto a *guarda jurídica contínua de ambos genitores, sem que seja compartilhada a guarda física, reconhecendo-se somente direito de visita ao genitor não guardião físico*, enquanto na guarda alternada tem-se por conjunto a *guarda física e jurídica alternada de ambos os genitores, ou seja, cada um deles, na sua vez, exerce com exclusividade a guarda física e jurídica, alternando-se no poder parental*.

## **2 DA SIMETRIA NAS RELAÇÕES PATERNO E MATERNO-FILIAIS**

Como é cediço, ambos os pais são igualmente titulares de direitos e deveres nas relações paterno e materno-filiais. Como consequência, o poder familiar deve ser exercido conjuntamente pelos pais. Quando os pais não convivem, o direito à guarda alternada emerge naturalmente da igualdade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, porque “allo scopo perseguito di assicurare il compimento di doveri nei riguardi della prole si accompagna l’altro aspetto umano, di assicurare al genitore la soddisfazione di un suo interesse affettivo, naturale, da rispettare, chi si colloca accanto al riguardo degli obblighi da

adempire verso i propri nati.”<sup>3</sup>

O direito de guarda com visita enfraquece o poder parental do genitor não-guardador, que fica impedido do amplo exercício de seu direito com a mesma intensidade que o guardador, sendo certo de que o processo formativo da criança requer o convívio com ambos os genitores, por isso os artigos 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente aduzem que incumbe aos pais o exercício do poder familiar em igualdade de condições, bem como o dever de guarda, e o artigo 229 da Constituição Federal dispõe que os pais têm o dever de criar os filhos menores. Do mesmo modo, o artigo 226, § 5º, também se aplica a guarda de filhos.<sup>4</sup>

Tal dever adquire hoje tamanha magnitude que discute-se a responsabilidade civil por abandono afetivo, entendendo a doutrina e a jurisprudência crescente que o dever objetivo de cuidado, que vincula os pais, não é composto apenas pelo dever de assistência material, mas inclui, igualmente e em mesma medida, o dever de assistência moral ou psicológica. A responsabilidade tem por fundamento o dano que a ausência do genitor pode causar ao menor, a despeito da contribuição regular

<sup>3</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Il diritto di famiglia. Istituzioni di diritto civile*. 37 ed. CEDAM, 1997, p. 742.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. *O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o Enfoque dos novos Paradigmas do Direito de Família*. Ed. Lumen Juris, 2005, p. 56: “As visitas quinzenais típicas dos arranjos jurídicos relativos à guarda única têm efeito pernicioso sobre o relacionamento pais-filhos, uma vez que propicia um afastamento, tanto físico como emocional, devido a angústia frente aos encontros e separações, levando a um desinteresse defensivo do genitor não-guardião de estabelecer contato com os filhos.”; FOLBERG, Jay, GRAHAM, Marva. *Joint Custody Following Divorce*. U.C.D. Law Review, 1979, p. 556. Criticam os “*Disney-Land Daddy*” e “*Week-end father*”, pois a falta de relações proporcionadas pelo convívio diário com a criança transforma a relação do genitor não guardião com o filho numa relação formal, irrealista, pobre e limitada. Também essa é a posição de GRIMALDI, Maria Rosa. *Affidamento Congiunto e Alternato della Prole tra Psicologia e Diritto*. DFP, Vol. XVIII, 1989, p. 321.

às necessidades materiais.<sup>5</sup>

Ressalta-se que não existe nenhuma norma proibitiva da concessão da guarda alternada no ordenamento jurídico pátrio. Pelo contrário, a Convenção sobre os Direitos da Criança expressamente a autoriza, nos termos do aduzido abaixo. Ademais, tal pretensão merece ser deduzida de outros diplomas normativos de origem nacional, haja vista que o bem-estar do menor e a igualdade dos genitores constituem parecer favorável ao pedido formulado.

Veja-se, inclusive, que a doutrina se posiciona favoravelmente à duplicidade de domicílio, haja vista que o Código Civil expressamente o autoriza (art. 71), de modo que “fica o filho livre para transitar de uma residência para outra a seu bel-prazer.”<sup>6</sup>

A simetria já foi absorvida por ordenamentos jurídicos de inúmeros países juridicamente e economicamente desenvolvidos. Lei Norueguesa de 1981 já previa o exercício conjunto do poder parental, se houvesse acordo entre os pais; Lei Sueca de 1983 já consagrava o exercício conjunto do poder parental como regra.

---

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 382: “A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a atual orientação jurisprudencial que reconhece a responsabilidade civil do genitor por **abandono afetivo** (...). Em defesa da guarda compartilhada, aduz ainda a autora, a p. 395: “A convivência física e imediata dos filhos com os genitores, mesmo quando cessada a convivência de ambos, garante, de forma efetiva, a **co-responsabilidade parental**, assegurando a permanência de vínculos mais estritos e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço.” Aduz, ainda, que a guarda unilateral afasta o laço de paternidade da criança com o genitor não guardião.

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 396.

Na Espanha, desde 1981 o Código Civil prevê a possibilidade de distribuição entre os pais das funções inerentes ao poder parental (arts. 92, nº 4 e 156, nº 5). Na França, alteração legislativa de 1993 transformou o exercício conjunto do poder parental em princípio geral. Na Itália, há uma lei de 6 de março de 1987 que autoriza a guarda conjunta e a guarda alternada.<sup>7</sup> No âmbito da União Europeia, há ainda Recomendação do Conselho da Europa (Princípio 6) que privilegia o exercício conjunto do poder parental.<sup>8</sup>

Desse modo, a dissolução do vínculo, duradouro ou não, entre os pais, não altera, ou alterará o mínimo possível, a relação de qualquer deles com o filho. O que se dissolve é a relação entre os pais, não destes com o filho fruto da união, de qualquer modalidade que seja ela. E não o fazemos em prol do interesse dos pais, que podem enxergar na criança, como bem adverte a psicologia<sup>9</sup>, a tábua de salvação de um relacionamento naufragado, mas em razão do interesse do filho, *que tem o direito de que sua relação com ambos os pais não naufrague por arrastamento*. A criança não deve ser submetida a um sistema de "winner take all"<sup>10</sup> ou "Alles oder nichts"<sup>11</sup>, em razão da perversidade desse jogo para a formação de suas relações intersubjetivas.

7 SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*. 2ª ed. Almedina, 1998, p. 13, nota de rodapé 1.

8 Idem, p. 14, nota de rodapé 3.

9 CASTRO, Lídia Rosalina Folgueira. *Disputa de guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?* Casa do Psicólogo. 2003, p. 97. Aduz sobre a móvel dos pais, quando lutam por seus filhos, ser orientado contra o outro cônjuge, e não a favor do filho. Seja para espezinhá-lo, seja como uma forma doentia de continuarem juntos brigando.

10 FOLBERG, Jay, GRAHAM, Marva. *Joint Custody Following Divorce*. U.C.D. Law Review, 1979, p. 536.

11 STRATZ. *Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochenen Familie*. FamRZ, 1975, p. 544.

Acriança manteria, com a guarda alternada, dois genitores psicológicos, cujos estilos de vida e valores contribuiriam para uma formação diversificada de sua personalidade. Desse modo, não só quantitativamente estará incrementada a relação da criança com o genitor não guardião, porque o contato seria mais constante e regular além de aproximar o genitor não guardião, cria uma naturalidade nas relações deste com a criança. Essa continuidade também compreende os parentes do genitor não guardião, que compensam possíveis ausências momentâneas dos pais na vida da criança.<sup>12</sup>O que determina o interesse superior da criança é que está seja amada, que funcione como uma força centrípeta de afeto “perché l’esigenza più alta che sente anche l’educando è di sentirsi amato!”<sup>13</sup>.

### 3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

#### 3.1 Convenção sobre os Direitos da Criança

O Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança. Tal documento, quase simultaneamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, ingressou no ordenamento jurídico

<sup>12</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*. 2ª ed. Almedina, 1998, pp. 98- 99. A autora aduz ainda, na nota de rodapé nº 209, que é discutível e ainda indemonstrável empiricamente que a guarda compartilhada aumenta o interesse dos pais em conviver mais com o filho por participar o genitor que não detém a guarda física de decisões atinentes a educação do filho.

<sup>13</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Il diritto di famiglia. Istituzioni di diritto civile*. 37 ed. CEDAM, 1997, p. 745.

pátrio aprovado pelo Decreto Legislativo 28/90, e promulgado pelo Decreto 99.710/90.

Tal tratado internacional ingressou no ordenamento jurídico brasileiro antes da emenda constitucional nº 45, que exige que os tratados de direitos humanos sejam aprovados segundo procedimento de emenda constitucional para que sejam equivalentes às normas constitucionais.

Desse modo, a Convenção, aprovada segundo procedimento de lei ordinária, adquire *status* de norma supralegal, ou seja, situa-se acima da legislação infraconstitucional e abaixo das normas constitucionais, sendo esta a posição do Supremo Tribunal Federal em relação a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).<sup>14</sup>

Pois bem. Ao contrário do que dispõe a doutrina<sup>15</sup> e jurisprudência pátria, a Convenção sobre os Direitos da Criança, instrumento normativo internalizado por decreto legislativo, superior hierarquicamente ao ECA e ao Código Civil<sup>16</sup>, dispõe,

---

14 RE 466.343-SP e HC 87.585-8-TO, STF. Ambas decisões reconheceram que os tratados de direitos humanos anteriores a emenda constitucional nº 45 são normas supralegais mas infraconstitucionais.

15 FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 106-108. Discorre sobre a impossibilidade jurídica da guarda alternada.

16 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais (Tentativa de Sistematização)*. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 80. Coimbra Editora, 2004, p. 106, nota de rodapé 230: "é interessante notar que o legislativo brasileiro só autorizou a ratificação da convenção em setembro de 1990 e que a mesma foi promulgada internamente em 21 de novembro de 1990, com força de lei ordinária, apta, portanto, a revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, naquilo em que eventualmente conflitassem." A publicação da tese de mestrado defendida pelo autor na Universidade de Coimbra deu-se no mês de setembro, anterior, portanto, a Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, em 8 de dezembro de 2004. Desse modo, ainda que a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao Pacto de San José da Costa Rica não

em seu artigo 9º, §3º: que os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, salvo se contrário ao interesse superior da criança.

O dispositivo em apreço, ao aduzir que a criança tem o direito a manter regularmente relações pessoais e contato direto com os pais, traz um preceito autorizador da guarda alternada. Isso porque a expressão contato direto implica em guarda física, e não meramente jurídica, como estabelecido em sede de guarda compartilhada e, por outro lado, não é possível falar em regularidade de relações pessoais ou contato direto se o pai convive com o filho dois fins de semanas mensais, especialmente se considerarmos o período de deslocamento e o período em que a criança de tenra idade dorme.<sup>17</sup>

Desse modo, a concessão a um dos genitores de mero

---

alcance a Convenção sobre Direitos das Crianças, no sentido de admitir-se sua suprallegalidade, ainda assim a Convenção derroga o ECA naquilo que lhe for incompatível, haja vista que quando as normas têm a mesma posição hierárquica as posteriores derrogam as anteriores. Por outro lado, a Convenção não pode ser derrogada pelo artigo 1.583, §1º, do Código Civil (também lei ordinária), alterado pela Lei 11.698/08, posterior à Convenção, haja vista que esta é norma especial em relação ao Código Civil, o que não ocorreria, por exemplo, com a aprovação do Estatuto da Família, projeto legislativo nº 2.285/07.

17 BIANCA, Massimo. *Art. 6º. Commentario al diritto italiano della famiglia*. CEDAM, 1993, tomo sexto, pp. 385-386: “L’affidamento congiunto comporta che entrambi i genitori sono tenuti all’assistenza diretta della prole e, di regola hanno l’eguale esercizio della potestà. (...) Questo riconoscimento esprime una sicura, diffusa tendenza evolutiva, volta a superare l’idea che il minore debba essere affidato ad uno solo dei genitori. (...) L’affidamento esclusivo mortifica questa esigenza del minore in quanto si tratta di una formula che emargina uno dei genitori (di solito il padre) penalizzando la sua presenza e riducendo il suo ufficio ad un ruolo secondario ed esterno di vigilanza.”; PASTOR, Milagros García. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*. McGraw-Hill, 1997, p. 99: “la presencia del niño en los dos núcleos familiares hace imposible su instrumentalización y la denigración del progenitor ausente”. Além disso, os filhos podem continuar “disfrutando del clima pedagógico paterno y materno, y continuar identificándose con lo que de positivo tiene cada uno de los progenitores.”

direito de visita é contrária a obrigação firmada pelo Brasil enquanto Estado-parte da Convenção, a menos que houvesse uma razão ponderosa a indicar a incapacidade ou impossibilidade do genitor de exercer, em conjunto com o outro genitor, a guarda física.

Se o menor, por exemplo, com um ano de idade, não constrói, ainda, relações intersubjetivas além do seio da família onde está inserido, não haverá nenhum prejuízo a seu desenvolvimento se ele estiver, alternadamente, inserido no seio da família materna e no seio da família paterna. Diferente, por óbvio, seria a hipótese de frequência a instituição educacional regular, aos 6 (seis) anos de idade.<sup>18</sup>

Portanto, e, nos termos da Convenção, a regra é que a criança disponha da presença física do pai e da mãe, a menos que isso seja contrário a seu interesse. Desse modo, a guarda alternada é a regra estabelecida pela Convenção.

No mesmo sentido, o artigo 18, §1º da Convenção em apreço, dispõe que os Estados-partes devem diligenciar para assegurar o princípio de que ambos os pais tenham uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. Tal dispositivo assegura a simetria dos pais em relação a criança, não podendo o legislador ou o poder judiciário estabelecerem distinções de condições de “acesso” ao menor

---

18 FULCHIRON, Hughes. *Autorité Parentale et Parents Désunis*. CNRS Paris, 1985, p. 20. O autor discorre sobre a necessidade de maior presença do pai na vida das crianças de tenra idade; FEHMEL, Hans-Werner. *Is das Verbot des Gemeinsamen Elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs.IV S.1 B.G.B.) Verfassungswidrig?* FamRZ, 1980, p. 760. O autor apoia-se na psicanálise para aduzir que a presença de ambos os pais é necessária para que o desenvolvimento da criança seja equilibrado.

sem que haja uma razão ponderosa que exclua o direito de guarda física de algum deles, mormente porque a criança, em tenra idade, encontra-se em fase de constituição de uma figura primária de referência durante o processo formativo de sua personalidade.

O Estado não pode intervir quando ambos os pais são capazes e estão dispostos a atuar, de forma conjunta, segundo o dever objetivo de cuidado (assistência material e assistência moral), quando não existe um interesse jurídico (ou vontade do menor) a direcionar a atribuição da guarda física a um só dos pais. Portanto, a guarda física deve ser atribuída, em regra, a ambos os pais, conjuntamente.<sup>19</sup>

É desprovida de afirmação psicossocial a assertiva comum de que a guarda alternada é inconveniente porque dificulta a consolidação de hábitos, valores ou ideias na mente do menor. Isso porque os hábitos da criança, absolutamente dependente dos pais, são construídos pelos pais, ao passo que muitas das necessidades fisiológicas da criança é que condicionam o comportamento dos pais, e não o inverso (*v.g.* a mudança de

---

19 DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. J. Zahar, 1996, p. 46. Aduz que a situação triangular (relação contínua entre pai, mãe e filho) é sempre preferível à criança; LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. *Revista dos Tribunais*, 1997, pp. 281-282: "a importância para o menor de uma relação contínua com cada um dos genitores (e não, prioritariamente com a mãe, como sempre se afirmara). São Wallerstein e Kelly que afirmam, pela primeira vez, que 2/3 (dois terços) das crianças entrevistadas, oriundas de famílias monoparentais, lamentavam a ausência do genitor não-guardião (pai, no caso); que existe uma correlação entre o estado depressivo da criança e a ausência de contato com o pai não-guardião; que a segurança, a confiança e a estabilidade da criança estão diretamente vinculadas à manutenção das relações pais-filhos." Embora o autor não pontua a referência devida, tenho impressão de que se refere ao seguinte trabalho, ao qual não tive acesso: WALLERSTEIN, Judith, KELLY, Joan. *Effects of Divorce on the Visiting Father-Child Relationship*. *American Journal Psychiatry*. 1980, p. 1534.

lar não altera o horário de comer ou o que comer, o horário de dormir ou tomar medicamento). No mesmo sentido, conforme já salientado, as relações intersubjetivas construídas pela criança de tenra idade restringem-se, no mais das vezes, ao círculo social da família “monoparental”, de modo que a convivência igualitária com cada um dos pais promove a inclusão da criança no “novo” grupo familiar de cada um dos seus pais: novos avós, novos primos, novos tios, sem que haja uma família periférica.

Assim e, ainda sob a enfoque exclusivo do superior interesse da criança, a guarda alternada dificulta a alienação parental e aumenta a intensidade da relação jurídica de direito material (parentesco) triangular entre pai-filho-mãe, de modo que a criança não se afligirá com o problema da “lealdade” em face de um dos pais.

“A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas **sequelas psicológicas** e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. (...) a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida (...)”<sup>20</sup>

20 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 407; SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*. 2ª ed. Almedina, 1998, p. 77. Aduz que o viver em lar monoparental sem a presença do pai pode ocasionar à criança consequências devastadoras, como deficiência cognitiva e de aprendizagem, perturbação de comportamento e problemas de identificação sexual.

A família é a célula social primária. Os pais amam seus filhos como a si próprios, porque nasceram deles. A amizade baseada em laços familiares é multiforme, mas derivada da amizade parental. A nossa família vem em primeiro lugar e de um modo mais vincutivo que o Estado.<sup>21</sup> A guarda exclusiva aliena a criança do direito a comungar da intimidade e ligação potencial com a família do genitor não guardião.

Como pode, portanto, o interesse superior da criança apontar em direção à exclusividade da guarda/família materna? Como construir novos laços de amizade parental pode ser inconveniente ou prejudicial ao desenvolvimento da criança? (*v.g.* se o menor tem irmãos unilaterais por parte do genitor não guardião será absolutamente privada de uma ligação afetiva potencial com eles).<sup>22</sup>

Em sede conclusiva, ressalta-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança também se fundamenta no interesse

21 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro III, § 12.

22 A título de ilustração, diversos ordenamentos jurídicos consideram que a manutenção dos irmãos em conjunto constitui um critério ponderoso a ser tomado em consideração quando o poder judiciário precisa se imiscuir na relação material triangular de filiação. O Código Civil Português, em seu artigo 1887-A, aduz que os pais não podem injustificadamente privar os filhos de convívio com os irmãos. Os códigos civis espanhol (artigo 92, nº 4) e alemão (§ 1671, 2 S. 2) aduzem que a convivência entre irmãos é critério para a atribuição da guarda dos filhos. No mesmo sentido o francês: «L'enfant ne doit pas étre séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs.» (art. 371-5). A doutrina também aponta que este critério deve ser preservado pelos tribunais porque proporciona maior estabilidade aos filhos: LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda de Filhos. Os conflitos no Exercício do Poder Familiar*. Editora Atlas, 2008, p. 110; SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*. 2ª ed. Almedina, 1998, p. 21, nota de rodapé 17. Na mesma página, a autora aduz, ainda, que a relação entre irmãos "promove o desenvolvimento moral das crianças, especialmente o seu sentido de justiça e de reciprocidade e o seu enriquecimento interior e social através da participação em experiências comuns e da partilha de sentimentos de amizade."

superior da criança, de modo que, se simultaneamente o diploma internacional faz da guarda alternada regra e se rege pelo interesse superior da criança, faz presumir, *in abstracto*, que não existe nenhuma incompatibilidade entre tal direito da criança e seu interesse superior. (art. 3.1: Todas as decisões relativas a crianças (...) terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.)<sup>23</sup>

### **3.2 Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)<sup>24</sup>**

Dos dispositivos legais que inauguram a Convenção Interamericana podemos extrair as seguintes normas jurídicas, que constituem obrigações decorrentes da ratificação do tratado: a) os estados devem respeitar e garantir os direitos de toda pessoa sujeita à sua jurisdição, ou seja, tanto se exige que o estado se abstenha de realizar condutas atentatórias aos direitos fundamentais dos jurisdicionados, como que ele atue positivamente, através de medidas legislativas ou de outra natureza, para assegurar o gozo desses direitos, limitando conduta de terceiros; b) adaptar a legislação interna ao estabelecido no tratado, suprimindo normas que exprimam violações aos direitos previstos na Convenção; c) assegurar recursos jurídicos

---

<sup>23</sup> FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 176: “O risco de fluidez ambiental, que provocaria confusão na mente do menor, cede ao argumento de que a alternância é uma experiência enriquecedora para ele, porque o expõe à diversidade e o prepara melhor na lida com a vida no futuro.”

<sup>24</sup> Internalizada através do Decreto 678/92.

efetivos para corrigir a violação, como instrumento processual conducentes à efetiva observância das garantias.

A conformação entre direito internacional e direito interno rompe definitivamente com o princípio da soberania absoluta, e mais, ao reconhecer a competência jurisdicional da Corte Interamericana, submetendo-se a suas decisões, que constituem último e definitivo pronunciamento sobre direitos humanos, firma-se a supremacia da ordem internacional sobre o regime interno, exigindo-se absoluta observância da Convenção, conferindo-se a máxima proteção possível aos direitos fundamentais.

Noutra perspectiva, há de se ressaltar que a supremacia do direito internacional não se encontra, restritiva e exclusivamente, fundamentada na dimensão axiológica e inexorável dos direitos humanos, numa apriorística força intrínseca de certos direitos. Dois instrumentos normativos internacionais embasam essa perspectiva de restrição do estado à proteção da pessoa, a saber, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados,<sup>25</sup> e a Convenção de Havana sobre Direito dos Tratados.

A primeira, nos seus artigos 26 e 27, prescreve que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé” e que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. No mesmo sentido o artigo 11 da Convenção de Havana: “os

---

25 O Brasil ratificou (com ressalvas para os artigos 25 e 66) a Convenção em 25 de setembro de 2009, através do Decreto Legislativo 496/09, e promulgou-a pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes”.

A jurisprudência internacional tem acompanhado esse movimento, conforme se depreende de parecer da Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1930: “é princípio geralmente reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de tratado, as disposições de lei interna não podem prevalecer sobre o tratado”.

Também nesse sentido, a Opinião Consultiva OC-13/1993 reconheceu que a comissão era competente para qualificar uma norma de direito interno de um Estado-parte como atentatória às obrigações por este assumidas ao ratificar a Convenção.

*In verbis*: “o fato de que se trata de ‘leis internas’ e de que estas hajam sido ‘adotadas de acordo com o dispositivo pela Constituição’ nada significa se ela viola qualquer dos direitos e liberdades protegidos. As atribuições da Comissão nesse sentido não estão de maneira alguma restringidas pela forma como a Convenção é violada. (...) No âmbito internacional, o que interessa determinar é se uma lei viola os compromissos assumidos internacionalmente por um Estado em virtude de um tratado”.

Posteriormente, na Opinião Consultiva OC-14/1994 a Corte reconheceu que a expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações do Estado-parte na Convenção constituía uma violação desta e, em caso de que tal violação afete os direitos consagrados na Convenção, em relação a determinados indivíduos, gera a responsabilidade internacional do estado em

questão.

Já no exercício da competência contenciosa, a Corte Interamericana sustentou que as disposições de direito interno do Peru eram incompatíveis com a Convenção, sujeitando o país a devida reparação à vítima imediata da violação. (caso *Loayza Tamayo Vs. Peru*, 1997). Noutro caso, a Corte determinou que o estado adequasse suas normas constitucionais e legais aos valores consagrados na Convenção Interamericana. (*Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*)

Parte da sentença expõe: “Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que: Adecúe sus normas constitucionales y legales a los estándares (...) consagrados en la Convención Americana”. (...) Por tanto, LA CORTE, por unanimidad, (...) 4. decide que *el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable(...)*.

Segundo Cançado Trindade “o princípio da legalidade requer o fiel cumprimento dos preceitos convencionais e a adequação das leis nacionais aos mesmos<sup>26</sup>”, ou seja, afigura-se como condição axiológica (princípios gerais de direito internacional, não positivados, e costume internacional) e normativa (instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos) de validade da norma questionada, sua extensão aos fatos posteriores a sua edição.

Da violação à honra e dignidade, proteção à família e à criança (Arts. 1, 11, 17 e 19 da Convenção Americana de Direitos

---

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Genie Lacayo*, solicitud de revisión de la sentencia de 29 de enero de 1997.

Humanos): A família é elemento fundamental da sociedade, devendo, por isso, ser tutelada pelo estado, daí porque os direitos humanos põem os indivíduos a salvo de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida pessoal e familiar como condição de dignidade humana.

A possibilidade de intromissão na esfera individual condiciona-se à previsão legal proporcional, que não ignore a liberdade individual. A ingerência pública ou privada na intimidade alheia deve compatibilizar-se com os instrumentos internacionais de proteção.

Nesse sentido, impõe-se ao estado o dever de consideração pelos interesses dos componentes dessa instituição, consagrando os princípios da reunificação familiar e proteção integral da criança e do adolescente, ponderando sua atuação com vistas a proporcionar os interesses e conveniência dos menores através do maior âmbito de proteção possível que sua condição de hipossuficiência física e intelectual exige.

Os menores são desprovidos de auto-suficiência, por isso que as medidas adotadas pelo estado devem considerar sua condição, é por isso que se assegura à criança o direito à vida em família, somente se admitindo tal privação por determinação da autoridade judiciária competente e sempre no interesse do menor, nunca dos pais ou do estado.

O menor, que sempre viveu com a mãe, e esporadicamente é visitado pelo pai, é compelido a permanecer sob a guarda da mãe. O direito de visita concedido ao pai, no mais das vezes, torna inviável a manutenção de relacionamento afetivo entre

genitor e prole.

A vedação da guarda alternada viola literalmente os artigos 1º (que veda qualquer discriminação por motivo de sexo); 11 (por constituir intromissão indevida na intimidade, vida privada e familiar, da relação bilateral entre o pai e criança); 17.2 (aduz que o homem e a mulher têm o direito de constituir família, sempre norteados pelo princípio da não-discriminação.); 17.4 (por deduzir que tal modelo de guarda é incompatível com o interesse da criança) e 19 (que aduz que a criança tem direito às medidas de proteção que sua condição requer, inclusive por parte do estado).

Segundo Jayme “os interesses e direitos da criança são prioritários e superiores dentro do ordenamento jurídico, com vistas a proporcionar-lhe dignidade humana e uma formação moral, espiritual e intelectual que lhe permita desenvolver-se como cidadã”.<sup>27</sup>

#### **4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Controle de convencionalidade é a análise de compatibilidade entre um instrumento normativo de direito interno, ou seja, qualquer instrumento normativo produzido pelos estados, e um compromisso internacional<sup>28</sup> assumido

---

<sup>27</sup> JAYME, Fernando G. *Direito humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 156.

<sup>28</sup> Utilizo a expressão genérica compromisso internacional porque, em sede de classificação de tratados, independentemente da denominação conferida aos acordos internacionais, todos são igualmente vinculantes, e por isso é absolutamente despiendo forçar um exercício hermenêutico com o escopo de distingui-los. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados não faz qualquer distinção entre categorias de compromissos internacionais, logo,

por este perante outros sujeitos da comunidade internacional. Desse modo, o instrumento normativo paradigma do controle é o compromisso internacional em face do qual se analisa a compatibilidade da norma de direito interno ou o poder de produzir normas, em sede de controle preventivo de convencionalidade realizado através de consultas prévias aos órgãos oficiais de interpretação do compromisso internacional<sup>29</sup>.

Mas o controle de convencionalidade não deve ser feito apenas pelos órgãos oficiais de interpretação do tratado, sejam eles jurisdicionais ou não. Isso porque, com o ingresso do compromisso internacional na ordem jurídica interna, ele compõe o rol de instrumentos normativos internos, vinculando, portanto, todos os poderes ao seu cumprimento. Sendo assim, o poder judiciário deverá sempre ater-se aos compromissos internacionais assinados pela República, haja vista que seu incumprimento nos sujeitará à responsabilidade internacional, nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (artigo 27) e “Treaty on State Responsibility”<sup>30</sup>.

---

não cabe ao intérprete fazê-lo. A única ressalva que fazemos aqui é de que o instrumento precisa ser vinculante, de modo que não inserimos aqui as declarações, exortações, cartas de intenção e bons ofícios. Feita essa ressalva, pouco importa se a obrigação internacional recebe o nome de carta, pacto, protocolo, convenção ou tratado.

<sup>29</sup> Veja-se, por exemplo, que na Opinião Consultiva OC-5/1985, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, respondendo a consulta do estado peruano, com participação do Brasil, declarou que as normas previstas na Convenção Interamericana não poderiam ser ignoradas pelo direito interno dos estados-membros, mesmo que através de atuação do poder constituinte, ou seja, nem por emenda à constituição se poderia ignorar o direito internacional dos direitos humanos, circunstância que sujeitaria o país à responsabilidade internacional por violação do compromisso internacional. Teve-se, portanto, um controle concentrado prévio de convencionalidade.

<sup>30</sup> Artigos 3 e 32 dos Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Annex of United Nations Doc A/Res/56/83, de 28 de janeiro de 2002): A caracterização de um ato de um Estado como internacionalmente ilícito é regida pelo direito internacional, e não é afectada pela caracterização do mesmo acto como legal pelo direito interno. Além disso,

Assim, o órgão jurisdicional interno deve ater-se a posição hierárquica ocupada pelo compromisso internacional no ordenamento jurídico interno e desaplicar as disposições normativas inferiores hierarquicamente e que sejam incompatíveis com o compromisso internacional, assumindo uma *co-responsabilidade* pelo cumprimento do tratado enquanto poder ou função do estado soberano. Surge, portanto, a possibilidade que se fazer um controle de convencionalidade interno, onde o juiz nacional atua como instância de guarda do compromisso internacional internalizado em face de outros instrumentos normativos.

A não internalização das externalidades jurisdicionais e normativas configuraria: a) “erro” dos tribunais nacionais no processo de desenvolvimento dos compromissos internacionais nas quais outras nações tomam parte; b) precedente de violação do direito internacional que poderia ser assimilado por outro Estado através do transjudicialismo;<sup>31</sup> c) não cumprimento, no âmbito do exercício da atividade jurisdicional, que levaria ao simétrico descumprimento por outras partes contratantes com base no princípio da reciprocidade, normalmente consagrado como cláusula de salvaguarda em relação aos acordos internacionais, a nível constitucional, ou no corpo do acordo celebrado, com fundamento no artigo 60 da CVDT.

---

o Estado não pode invocar disposições de direito interno para justificar o não cumprimento de suas obrigações. Princípio também consagrado no artigo 35 dos Draft Articles of the ILC on the Responsibility of International Organizations, United Nations Doc A/CN.4/L.270, de 2007.

<sup>31</sup> ALEINIKOFF, T. Alexander. *Transnational Spaces: Norms and Legitimacy*. The Yale Journal of International Law. Vol. 33, nº 2, 2008, p. 488.

A internalização, por outro lado, fomentaria o processo de integração e aumentaria a legitimidade das normas: a resposta sobre a legitimidade das normas internacionais não deve ser procurada na constituição ou em regras de competência, deve tomar uma direcção “*epistemic*”. “Legitimacy is a political and cultural concept, less the result of logical deduction and more the product of practice and narrative – that is, it is reflection upon experience.” Narrativa que poderia fundamentar-se na a) utilidade das normas transnacionais; b) frequência da interacção; c) participação do país no processo de desenvolvimento da norma;<sup>32</sup> d) confiança nas partes do compromisso internacional, que trabalham para o sucesso comum.

Desse modo, com base na premissa supramencionada de que a Convenção sobre os Direitos da Criança compõe o rol dos instrumentos normativos de direito interno em nível supralegal, por tratar-se de tratado de direito humano que ingressou no ordenamento jurídico interno antes da emenda constitucional nº 45, deve ele derrogar as normas do Estatuto da Criança e Adolescente e do Código Civil que seja-lhe incompatível.

---

32 BENVENISTI, Eyal. *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*. Tel Aviv University Law Faculty Papers, Paper 59, 2008; BENVENISTI, Eyal e DOWNS, George W. *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20, nº 1, 2009, p. 68: Aduzem que o envolvimento dos tribunais nacionais com o direito internacional pode fortalecer a soberania nacional e funcionar como um contra-peso às instituições internacionais. “The serious application of international law on the part of national courts has also signalled to international courts that they regard themselves as equal partners in the transnational law-making process and will no longer passively accept the decisions of international tribunals. (...) In this sense, assertive national courts invoking international law can effectively limit the autonomy of the international tribunals and initiate an informal bargaining process in which they, their legislatures, and their respective civil societies are relatively equal partners.”

Assim, o artigo 1.583, §1º, do Código Civil, alterado pela Lei 11.698/08, deve ser derogado pelo artigo 9º, §3º da Convenção, haja vista que esta autoriza a guarda alternada<sup>33</sup>, ao contrário da primeira, que exige guarda unilateral ou compartilhada.

No mesmo sentido, nota-se ainda incompatibilidade com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), haja vista que os artigos 1.1 e 17.2 vedam qualquer discriminação por motivo de sexo, o artigo 11.2, que aduz que “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrarias ou abusivas em sua vida privada, em sua família (...)”, os artigos 19, e 17.4, que aduz que “em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que asseguram a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos”<sup>34</sup>.

33 BASSET, Lidia N. Makianich de. *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*. Hammurabi, 1997, pp. 53-54: “el hijo también es titular del derecho a mantener una adecuada comunicación y trato con ambos padres, ya que la consolidación de los sentimientos paterno o materno-filiales, el contacto con sus progenitores, la cohesión efectiva e eficaz de los vínculos familiares de esta índole, propenden, normalmente, a una estructuración más sólida y equilibrada del psiquismo del menor.”, p. 114: “la optimización de la comunicación mutua entre padres e hijos, que constituye un imperativo natural que propende a lograr una vida más normal y saludable, particularmente desde la óptica del hijo, quien tiene derecho a que se custodie su crecimiento sano, equilibrado y armónico en lo psíquico, físico e social. El menor es un ser en formación, que en razón de una relación paterno o materno-filial deficiente o perniciosa, puede sufrir daños irreversibles en su psiquismo (...)”, p. 115: “**las convivencias transitorias parecieran reflejar un grado más satisfactorio y completo de comunicación, en relación con el contenido de las otras variantes reseñadas, con las cuales, incluso, pueden alternarse.**”; GROSMAN, Cecilia P. *El proceso de divorcio. Derecho y realidad*. Abaco. 1985, p. 197: aduz que é necessário uma profunda interação com ambos os pais para um regular amadurecimento emocional e psíquico; No mesmo sentido: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso*. Editora Atlas. 2008, pp. 219-220.

34 Desenvolvendo as disposições normativas em apreço, na Opinião Consultiva OC-17/02, §71, aduziu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que “El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño (...). Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de

## 6 INTERESSENJURISPRUDENZ

A metodologia do direito é disciplina jurídica que se ocupa da realização judicativa do direito. Assim, não se ocupa da realização do direito *lato sensu*, mas do caminho racionalmente percorrido pelo órgão jurisdicional para a construção da norma do caso. Sua dogmática se constitui, portanto, com base na análise da missão judicativa (que também é normativa) voltando-se especialmente para a atividade dos órgãos jurisdicionais, não a atividade digamos, em prestígio aos nossos amigos processualistas, processual (relação jurídica entre os sujeitos do processo), mas *procedimental*, por disciplinar os caminhos que podem ser percorridos para a resolução dos conflitos de interesses submetidos à apreciação do órgão jurisdicional.

Há uma grande profusão de escritos no mundo acadêmico brasileiro em que encontramos como referência ao momento metodológico atual, a expressão "*pós-positivismo*". Tal expressão é empregada e difundida num misto de hipocrisia e mediocridade. Hipocrisia porque o caminho ao qual se refere, ou a realidade da vida de que se ocupa não abandona o referente da normativa-positivada norma jurídica, mesmo que o sentido da normatividade

---

su familia". A Corte Interamericana ainda faz referência ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que considera que "una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia."; §82: "Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor"; §77: "En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal."

transpasse a normativa-positiva norma jurídica, mesmo que também tenha a pretensão de iluminar as entrelinhas dos interpretandos textuais normativos, ou alcançando uma axiológica intencionalidade jurídica-normativa, a *praxis* não abandona a centralidade normativa-positiva. Todos os dias nós acadêmicos nos deparamos com a pergunta: “Posso usar o código?” Se respondemos sim, somos um simulacro de “pós-positivista”, e daí temos de realizar um malabarismo hermenêutico para justificar como é que somos pós-positivistas e andamos com o código debaixo do braço. Melhor seria se dissemos: “é aconselhável, mas veja que o sentido da constituenda normatividade não se exaure nestes textos que você tem a pretensão de memorizar, porque a intencionalidade normativa-positiva é sempre incapaz de se estender sobre a realidade social ou estar sempre adequada às respostas necessárias à solução dos sempre constituídos problemas jurídicos”. Mediocridade porque empregamos a expressão positivismo como se só houvesse um. Melhor seria se utilizássemos a expressão positivismo (s). Sim porque podemos inserir nesse rol tanto orientações metodológicas aparentemente idênticas, como *L'école de l'exégèse* (*escola da exegese*), na sua perspectiva lógico-formal de realização do direito, e a *Begriffsjurisprudenz* (*jurisprudência dos conceitos*), com seu conceitualismo sistemático de autorreferência do significado do normativo, e orientações metodológicas aparentemente opostas, como a *Interessenjurisprudenz* (*jurisprudência dos interesses*).

Tomarei, somente para ensaiar a possibilidade jurídica da guarda alternada, e especialmente por três razões, o

procedimento judicativo da *Interessenjurisprudenz*: a) guarda afinção conceitual com a expressão “interesse superior da criança”, auxiliar da realização judicativa nesta seara (não o faço exclusivamente porque a palavra é a mesma, o que nos reduziria a um conceitualismo sem mais, em similitude à *Begriffsjurisprudenz*); b) porque não enxergo na metodologia atual do sistema jurídico no qual estou inserido a sustentação judicativa de uma posição realmente pós-positivista; c) porque não é necessário, para a resolução do específico caso jurídico decidendo ao qual auxiliamos, o recurso a uma intencionalidade axiológica que abre a normatividade aos constituídos problemas práticos que emergem da celeridade das interações entre os sujeitos do mundo contemporâneo sem uma correspondente normatividade positiva<sup>35</sup>.

Segundo a *Interessenjurisprudenz*, os interesses é que seriam os elementos sobre os quais se constituiria o direito positivo e em referência aos quais ele deveria ser compreendido e realizado, assumindo, assim, uma relação de referência à realidade das coisas da vida em relação às quais o direito seria chamado a regulamentar, de modo que o primado da lógica fosse superado pelo primado da praxis. Desse modo, constitui-se em flagrante contraposição ao formalismo conceitualista de uma disciplina até então vista como de razão teórica, preocupado mais com a estética de um sistema que não poderia sustentar-se

---

<sup>35</sup> Não ignoro, absolutamente, as críticas à jurisprudência dos interesses lançadas pelo *caput scholae* da minha escola: NEVES, A. Castanheira. *Jurisprudência dos Interesses. In: Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra Editora, 2010, pp. 236-240.

com elementos contraditórios que com a procura de uma solução adequada a ser aplicada ao caso concreto.<sup>36</sup>

A normatividade do jurídico não se fecha nos conceitos das disposições normativas. A escola da exegese e a jurisprudência dos conceitos sobrevalorizavam a atividade legislativa ao vislumbrar o direito como um sistema normativo definido e acabado *a priori*, fechado numa racionalidade matemática, fazendo da normatividade positiva um transcendental em si, criado e aplicado fora (ou independentemente) do espaço e do tempo, filologicamente completo, esteticamente perfeito, e que ignorava completamente a relevância dos constituídos problemas da vida prática para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema jurídico tido por já constituído.

O grande mérito da *Interessenjurisprudenz* que implicou em rompimento das orientações metodológicas anteriores foi conferir ao caso ou a decisão concreta, relevo metodológico, de modo que “o caso concreto vem ao primeiro plano na sua problemática especificidade, e deixando de ser assim reduzido por uma abstracção generalizante à fungibilidade das categorias conceituais que lhe anulariam o relevo das suas circunstâncias concretas, (o seu conteúdo específico como «caso da vida»), (...) e exige uma problemático-constitutiva realização normativa em concreto.”<sup>37</sup>

36 HECK, Philipp. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tubinga, 1932, p. 4.

37 NEVES, A. Castanheira. *Jurisprudência dos Interesses*. In: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra Editora, 2010, pp. 220-221; Reproduzo, *ipsis litteris*, nota de rodapé nº 30 de outro trabalho nosso: *Espaço “longo” tempo “breve”. Itinerários da metanarrativa constitucional: o constitucionalismo sincrético*. Revista Justiça do Direito. Paço Fundo, v. 25, nº 1, 2011, p. 42; NEVES, A.

Tal enfoque metodológico nos parece apropriado especialmente quando nos referimos a conflitos de interesses que tenham por objeto o direito de família. Nesses casos, todo o esforço depositado nas normas jurídicas pré-constituídas, e mesmo naquelas que são constituídas pela doutrina e jurisprudência mais recente em relação aos discutidos casos práticos pode se mostrar insuficiente para solucionar da melhor forma o caso que acaba de ser submetido à apreciação jurisdicional. Não pode haver nesses casos práticos a pré-concebida (baseada no mais das vezes já num *pré-conceito*) de que a solução anterior, que tinha por fundamento a mesma causa de pedir, torna-se, peremptoriamente, a mais acertada para a desenvoltura do novo caso.

---

Castanheira. *A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito*. In: *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra Editora, v. 1, 1995, p. 510-511: "Só transcendendo os factos, mas para os factos o direito é normativamente direito [...] é momento metodológico essencial da própria afirmação e compreensão normativa do jurídico, da sua normativa juridicidade [...] o direito não pode prescindir do facto e que o facto não pode prescindir do direito"; *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra Editora, 2003, p. 187-188: "O *prius* metodológico não é a norma-prescrição fechada na sua significação e subsistente na sua idealidade, mas pelo contrário, o caso concreto decidendo, na sua autónoma e específica problematidade jurídica." Também neste sentido: FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, IV, p. 202, "O ponto de partida é o caso particular decidendo"; R. GRÖSCHNER, *Dialogik und Jurisprudenz*, p. 91; "não é o texto da lei, mas o caso é o A e O dos juristas"; BRONZE, Fernando José. *Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico*. BFD – Volume Comemorativo. Coimbra, 2002, p. 22: "O século XX conheceu orientações lógico-semântico-normativas, intuitivo-casuístico-normativas, sociológico-pragmático-normativas, estratégico-político-normativas e axiológico-prático-normativas – não, decerto, como tipos puros [...] havendo, porém, sinais [...] de que a reflexão metodológica [...] tende a centrar-se, cada vez mais nitidamente, no decidendo 'problema jurídico concreto' (na especificamente intencionada controvérsia intersubjectiva que a suscita) e no juízo (na 'ponderação prudencial de realização concreta orientada por uma fundamentação' normativo-juridicamente adequada), que permitirá a assimilação daquele problema (depois de concludentemente solucionado) pelo constituendo *corpus iuris* vigente." *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 651: "O ponto de partida do discurso jurídico é o caso decidendo."

Tal nos parece, acertadamente, em razão da natureza do que se tem por objeto de tutela. Falamos já da específica aporia a qual ensaiamos resposta. As ações que versam sobre direito das crianças devem, assumidamente, ser orientadas no sentido de que o interesse da criança tem *status de normatividade primacial*. O que é paradoxal é que tal postulado tem densidade normativa próxima de zero, haja vista que assume a posição de *dirimente de conflito de interesses, sem que ele constitua propriamente um interesse em si*: qual o conteúdo normativo que dele pode ser extraído? O que ele garante, materialmente, à criança que é sujeito de uma prestação jurisdicional? Absolutamente nada. Isso porque interesse é uma posição subjetiva abstratamente desprovida de um conteúdo qualquer, de modo que a tutela de um interesse será sempre, e, portanto, uma tutela procedimental, haja vista que o interesse escapa a qualquer juízo de valoração eventualmente tecido pelo seu intérprete jurisdicional.<sup>38</sup>

38 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 28ª ed. Editora Forense, 2009, pp. 760-761: “E o *interesse*, genericamente, se manifesta pela vantagem ou pela utilidade que se possa tirar das coisas, sejam direitos, fatos ou ações, vantagem ou utilidade esta que nem sempre traz o sentido de *lucro* ou de *dinheiro*, pois se pode mostrar em feição iminentemente *imaterial* ou *moral*. (...) Mas, na técnica do Direito, o interesse é revelado, como se anotou, por toda e qualquer manifestação de *utilidade* ou *vantagem*, em virtude do que se satisfaz uma necessidade, seja moral, intelectual ou material. Está, nesta razão, o *interesse* fundado sempre no *direito* de alguém, seja atual ou futuro, adquirido ou por adquirir, contanto que desse mesmo direito possa decorrer a *faculdade de seu exercício* e o *poder de defendê-lo*, conforme a regra legalmente prescrita, por ação judicial. Por este motivo é que o *interesse, juridicamente considerado*, também se toma como o *poder* ou *autoridade* da pessoa para *perseguir* outrem e obrigá-lo a cumprir o que é de seu dever. O *interesse*, aí, não se objetiva, pois, no *lucro* nem em *mera vantagem*. Apresenta-se como o *meio* de que se utiliza a pessoa para tornar efetivo o *direito de ação*. (italico original). Não é possível, portanto, cravar um significado normativo próprio à expressão *interesse*, que parece mais uma posição – jurídica é verdade – em face de um bem ou utilidade da vida (material, moral ou intelectual). Nesse sentido, é verdade, a criança tem interesse, e por essa razão pode ser mesmo contrário à sua vontade manifestada. Mas o que nos perturba é a possibilidade do órgão jurisdicional fazer tal juízo e não os pais; NEVES,

E os paradoxos não chagam. Temos, portanto, um critério hermenêutico<sup>39</sup> que auxilia os senhores magistrados na solução de um conflito de interesses – e é disso que parece verdadeiramente se tratar o “interesse superior da criança”<sup>40</sup> – se houver conflito entre interesse de criança e interesse de quem

A. Castanheira. *Jurisprudência dos Interesses. In: Dígesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra Editora, 2010, p. 225: aduz que interesse é um “«conceito neutro» exigido metodológico-cientificamente para referir, no fundo, todas as pretensões socialmente relevantes”.

39 COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, nº 123, 1994, pp. 264-265: aduz o autor que esse “princípio” é já parte do bloco de constitucionalidade. SILVA, Caíque Thomaz Leite da. *Espaço “longo” tempo “breve”. Itinerários da metanarrativa constitucional: o constitucionalismo sincrético*. Revista Justiça do Direito. Paço Fundo, v. 25, nº 1, 2011, p 7: Blocos já ordenados e sistematizados através do constitucionalismo sincrético: “o constitucionalismo sincrético é a internormatividade não hierárquica entre os *bloc de constitutionnalité* nacional, comunitário e internacional, ou, simplesmente, interconstitucionalidade. Não hierárquico porque não há centralização da vinculatividade do jurídico-constitucional, mas uma estrutura atomizada de poder que flui de todas as direções e que não é enfeixado por nenhuma delas.” Seria mais simples o caminho racionalmente percorrido pela norma do caso no sistema que propomos, haja vista que seria desnecessário discutir posição hierárquica de instrumentos normativos, bastando para tanto que tivéssemos o caso decidendo como ponto de partida e procurássemos, em qualquer instrumento, a norma que melhor se ajustasse aos interesses em conflito, sem qualquer hierarquia *prima facie*.

40 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais (Tentativa de Sistematização)*. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 80. Coimbra Editora, 2004, pp. 142-143: O autor foi extremamente feliz em observar, em consonância com DOLINGER, Jacob. *A criança no direito internacional. Tratado de Direito Internacional Privado*. Tomo II, 2003, pp. 89 e ss., que houve uma tradução equivocada do artigo 3.1 da Convenção sobre Direitos das Crianças, tanto na versão brasileira como na versão portuguesa, porque a versão inglesa prescreve que “the best interests of the child shall be a primary consideration”, e por isso não será o princípio primordial, e sim um dos. Assim, a nosso sentir, reforça o caráter mais hermenêutico que material do “princípio”. O próprio autor parece caminhar nessa direção quando afirma ser uma “prescrição que se dirige ao Estado-juiz, que em sua atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas deve dar-lhe uma aplicação consentânea com as necessidades reais das crianças.”, bem como na nota de rodapé 323, quando afirma que “deve o juiz interpretar essas condições segundo o melhor interesse da criança (...)”; BASSET, Lidia N. Makianich de. *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*. Hammurabi, 1997, p. 47: aduz que o interesse do menor não é excludente nem único, e a harmonização de todos os interesses dos envolvidos no direito de visita deve ser o objetivo primário. A perspectiva excludente do interesse do menor é uma consideração utilitária que traz uma simplificação distorcida da jurisprudência dos interesses.

não é criança deve prevalecer o interesse da primeira e, além disso, a satisfação de seu interesse deve ser prioritária. E aqui continuam os problemas. Se o interesse é uma posição subjetiva em relação ao mundo da vida será que a posição subjetiva da criança toma em consideração todas as variáveis possíveis em relação às consequências que esta lhe trará? Será que a lente da criança, em relação ao mundo da vida, tem mais grau que a lente dos adultos?

E poder-se-á dizer aqui que o órgão jurisdicional é o intérprete do interesse superior da criança, ou que oferece musculatura àquela posição subjetiva muitas vezes revelada nas entrelinhas do comportamento das crianças, mormente quando não tenham ainda condições de se expressarem através da palavra falada. E quando o órgão jurisdicional diz que o interesse da criança é contrário à vontade por ela manifestada? Porque que é que poderia o órgão jurisdicional fazê-lo e não os pais? Tal posição estaria em paradoxal afronta à condição da criança como sujeito de direito e não mero objeto de tutela, inaugurada pela Convenção dos Direitos da Criança e internalizada através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mas me parece adequada a jurisprudência dos interesses exatamente em razão dos paradoxos aqui suscitados. A posição do estado-juiz nas demandas familiares deve ser, tanto quanto possível, a de um espectador. O estado deve intervir quando as relações intersubjetivas entre os familiares de qualquer tipo ultrapassam a barreira da ordem pública, devendo oferecer, portanto e em regra, apenas uma dimensão anatômica, não

uma dimensão fisiológica do jurídico. E propositadamente não emprego a expressão “moral pública”: a um porque a moral será sempre individual de modo que a clássica expressão deve ser embargada por um equívoco conceitual; a dois porque quando se trata de intimidade e vida privada o estado deve se orientar para balizar os interesses, e não para conferir um conteúdo público a uma posição subjetiva (interesse particular). Desse modo, a realização judicativa não poderá, em hipótese alguma, fechar a normatividade aos interesses que as partes acabam de submeter ao órgão jurisdicional, não sendo metodologicamente adequado falar em posições subjetivas (interesses) já consolidados antes que os interesses dos litigantes sejam especialmente analisados.

Dizia HECK que as leis eram incompletas e incapazes de acompanhar a variabilidade do mundo da vida, de modo que o órgão jurisdicional não deveria obedecer literalmente à lei, mas prosseguir de acordo com os interesses em causa para dar proteção a totalidade dos interesses que o legislador julgou dignos de proteção, numa dimensão colaborante e amplificadora da intensão legislativa, ainda que criando normas para situações concretas de interesse não regulados, ainda que através de uma ponderação pessoal de interesses, de modo que, apesar de dever obediência às normas jurídicas, não se trataria de uma obediência subsuntiva, mas de uma obediência pensante segundo os interesses tutelados pelo legislador.<sup>41</sup>

---

41 HECK, Philipp. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tubinga, 1932, pp. 106 e ss; NEVES, A. Castanheira. *Jurisprudência dos Interesses*. In: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 2. Coimbra Editora, 2010, p. 230: “sendo a lei interpretanda uma impositiva decisão valoradora de um conflito

Desse modo, do fato do legislador pátrio não ter expressamente consagrado a possibilidade jurídica da guarda alternada, não decorre necessariamente sua impossibilidade, pois os interesses normativos pressupostos ao instrumento normativo (interesse da criança em ter incrementada a participação do genitor não guardião na sua vida; interesse do genitor não guardião em contribuir psicologicamente para a formação da prole) guardam absoluta conformidade, senão identidade, com a guarda alternada.

---

de interesses, o primeiro passo a dar seria averiguar, mediante uma investigação histórica, o conteúdo intencional desse imperativo e ainda, para além desse conteúdo e decisivamente, os interesses que lhe teriam sido determinantes (*os interesses causais*). O decisivo, com efeito, estaria nestes últimos. (...) À letra da lei só se reconheceria «valor indiciário e não normativo», pois que, concorrendo embora como elemento de determinação do conteúdo expresso do imperativo, não poderia impedir que a imagem final normativa fosse constituída em função decisiva da ponderação dos interesses.” (interesses esses pressupostos e ensejadores da elaboração do dispositivo legal, vontade, portanto, normativa, diametralmente oposta a escola do direito livre). Desse modo seria possível uma “*interpretação correctiva*”, formalmente “*contra legem*” para respeitar a vontade normativa material, sempre que o caso submetido a apreciação do órgão jurisdicional trouxesse os mesmos interesses ponderados pelo legislador quando da edição legal, mas com circunstâncias fáticas não previstas por ele. (p. 233) (itálico original). Especificamente em relação à guarda alternada: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família. Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso*. Editora Atlas. 2008, pp. 251-252: “Ainda que o regime contemporâneo de guarda da criança e do adolescente seja dual, não há como, em determinados contextos, se excluir a possibilidade de alguns arranjos que possam atender a determinadas realidades, tão complexas que o legislador não tem condições de prever. Desse modo, mesmo com a redação do art. 1.583, *caput*, e §1º, do Código (na redação dada pela Lei nº 11.698/08), não se pode, com base na equidade, excluir outro regime de guarda, ainda que as outras áreas do conhecimento humano (tais como a Psicologia, a Psicanálise) não recomendem a utilização de outro regime, como, por exemplo, o da guarda alternada. Logo, ainda que, em tese, o regime da guarda alternada não seja recomendável, há situações em que a melhor solução pode ser exatamente o estabelecimento de tal regime, o que deve merecer avaliação casuística, baseada nos trabalhos e estudos psicossociais que necessariamente subsidiarão o magistrado na possibilidade da instituição do referido regime”. Aduz ainda, que a enumeração do artigo 1.583 do Código Civil deve ser tida como exemplificativa, e que a guarda alternada deve ser admitida excepcionalmente; SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*. 2ª ed. Almedina, 1998, p. 37: aduz que “vários factores podem ser valorados e interpretados de forma diferente pelos juizes, não havendo uniformidade na jurisprudência quanto ao peso relativo a atribuir a cada um deles. Na verdade, estes critérios não são fixos nem imutáveis, mas antes fluidos e sujeitos a uma livre apreciação por parte do juiz.” Por fatores e critérios, entenda-se interesses.

No mesmo sentido, os interesses pensados pelo legislador (do menor e do genitor não guardião), não se inserem na situação típica provocadora da atividade jurisdicional, porque *não há conflito de interesses*. Os interesses legalmente tutelados são convergentes, e não divergentes, e por isso *a guarda alternada não opõe, prima facie, interesse da criança com interesse do genitor não guardião físico*.

Tal posição encontra sustentação em inúmeros especialistas no tema. É corriqueira a singela assertiva de que em direito de família “cada caso é um caso”<sup>42</sup>. A simplicidade da expressão conduz, entretanto, à complexidade de uma orientação metodológica que coloca o caso decidendo como ponto de partida do caminho racionalmente percorrido pela norma, fazendo desta, especificamente, a *norma do e para o caso decidendo* depois que o órgão jurisdicional confronta a constituinta normatividade pressuposta com o constituído problema prático ao qual é chamado a solucionar.

## 6 CONCLUSÕES

§1º - Não há impossibilidade jurídica do pedido de guarda alternada, haja vista que a Convenção sobre os Direitos da Criança expressamente a autoriza, ao aduzir que o infante tem direito a

---

42 ATTKINSON, Jeff. *Criteria for Deciding Child Custody in the Trial and Appellate Courts*. FamLQ, vol. XVIII, 1984, pp. 32 e 42; FOSTER, Henry; BASSET, Lidia N. Makianich de. *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*. Hammurabi, 1997, p. 114; FREED, Doris Jonas. *Life With Father*. FamLQ, vol. XI, nº 4, 1978, pp. 28-29; ESTER, John W. *Maryland Custody Law – Fully Committed to the Child’s Best Interest?* Maryland Law Review, 1982, vol. XLI, nº 2, p. 273.

contato direto e periódico com ambos os pais e, simultaneamente, se orienta de acordo – já em termos hermenêuticos – com o interesse primacial do infante;

§2º - Esse preceito normativo autorizador ingressou no ordenamento jurídico pátrio obedecendo a procedimento de lei ordinária. Contudo, o seu especial objeto de regulamentação normativa insere-o na categoria de tratados de direitos humanos. Sendo aprovado anteriormente à emenda constitucional nº 45 ocupa posição hierárquica de norma supralegal, de modo que as normas simplesmente infraconstitucionais (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente) devem retirar fundamento de validade da norma imediatamente superior, que será, *in casu*, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e qualquer oposição implicará em inconvenção, mesmo que a norma não seja inconstitucional, que deverá ser declarada pelos órgãos de jurisdição interna para que o estado não seja externamente responsabilizado por violação das respectivas convenções.

§3º - Já consignada, portanto, a possibilidade jurídica da guarda alternada, restará a análise dos regimes de guarda cabíveis à luz do postulado normativo do “interesse superior da criança”. Nesse sentido, percebe-se que é inconcludente a afirmação psicossocial de que tal modelo de guarda é prejudicial ao menor. Percebe-se, ao contrário, que os ordenamentos jurídicos mais desenvolvidos caminham em direção à intensificação da relação jurídica de direito material pertinente (filiação). É flagrante a intensão normativa, doutrinária e jurisprudencial em fortalecer

os vínculos entre pai-filho-mãe, e a guarda alternada é o regime de guarda que melhor contribui para o fortalecimento dessa interação intersubjetiva;

§4º - No último ponto do itinerário até aqui percorrido chegamos a fase da realização judicativa do direito. E aqui seguimos a orientação metodológica da jurisprudência dos interesses. Quando investigamos os interesses que orientaram a recente alteração legislativa que inseriu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico pátrio, ou melhor, que a regulamentou, encontramos como interesses subjacentes a densificação da participação do genitor não guardião na vida do filho, tanto para suprir a necessidade deste em sentir-se amado, como para suprir a necessidade daquele em contribuir, para além do material, para o *desenvolvimento integral* da sua prole. Desse modo, seria possível uma "*interpretação corretiva*" do código civil, para respeitar a vontade normativa material, sempre que o caso submetido a apreciação do órgão jurisdicional trouxesse os mesmos interesses ponderados pelo legislador quando da edição legal, mas com circunstâncias fáticas não previstas por ele e indicativas de que a guarda alternada melhor realiza os interesses pressupostos à edição do texto.

§5º - Por fim, a jurisprudência dos interesses transfere o enfoque metodológico dos conceitos normativos para os problemas decididos, exigindo do órgão jurisdicional uma análise circunstancial que considere mais os interesses eventualmente em conflito que os conceitos normativos, como a jurisprudência dos conceitos e a escola da exegese. Assim, a norma será construída

para o caso e terá um código cromossômico irreproduzível porque as circunstâncias fáticas nunca serão iguais. O recurso aos interesses constituídos da vontade normativa impede um direcionamento jurisdicional absolutamente livre, o que nos manterá, ainda, positivistas, mas pelo menos muito longe do positivismo metafísico de outrora ignorante em relação às circunstâncias espaço-temporais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEINIKOFF, T. Alexander. **Transnational Spaces: Norms and Legitimacy.** The Yale Journal of International Law. Vol. 33, nº 2, 2008;

ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco;**

ATTKINSON, Jeff. **Criteria for Deciding Child Custody in the Trial and Appellate Courts.** FamLQ, vol. XVIII, 1984;

BASSET, Lidia N. Makianich de. **Derecho de visitas.** Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos. Hammurabi, 1997;

BENVENISTI, Eyal e DOWNS, George W. **National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law.** The European Journal of International Law. Vol. 20, nº 1, 2009;

BENVENISTI, Eyal. **Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts.** Tel Aviv University Law Faculty Papers, Paper 59, 2008;

BIANCA, Massimo. *Art. 6º. Commentario al diritto italiano della famiglia.* CEDAM, 1993;

BRONZE, Fernando José. **Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico.** BFD – Volume Comemorativo. Coimbra, 2002;

\_\_\_\_\_. **Lições de introdução ao direito.** 2. ed. reimp. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010;

CASTRO, Lidia Rosalina Folgueira. **Disputa de guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?** Casa do Psicólogo. 2003;

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança.** Revista de Informação Legislativa, nº 123, 1994;

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico.** 28ª ed. Editora Forense, 2009;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007;

DOLINGER, Jacob. **A criança no direito internacional.** Tratado de Direito Internacional Privado. Tomo II, 2003;

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam.** J. Zahar, 1996;

ESTER, John W. **Maryland Custody Law – Fully Committed to the Child’s Best Interest?** Maryland Law Review, 1982, vol. XLI, nº 2, p. 273;

FEHMEL, Hans-Werner. **Is das Verbot des Gemeinsamen Elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs.IV S.1 B.G.B.) Verfassungswidrig?** FamRZ, 1980;

FIKENTSCHER, **Methoden des Rechts, IV;**

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. Editora Revista dos Tribunais, 2000;

FOLBERG, Jay, GRAHAM, Marva. **Joint Custody Following Divorce.** U.C.D. Law Review, 1979;

FOSTER, Henry; BASSET, Lidia N. Makianich de. **Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos.** Hammurabi, 1997;

FREED, Doris Jonas. **Life With Father**. FamLQ, vol. XI, nº 4, 1978;

FULCHIRON, Hughes. **Autorité Parentale et Parents Désunis**. CNRS Paris, 1985;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. Guarda Compartilhada à Luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso. Editora Atlas. 2008;

GRIMALDI, Maria Rosa. **Affidamento Congiunto e Alternato della Prole tra Psicologia e Diritto**. DFP, Vol. XVIII, 1989;

GROSMAN, Cecília P. **El proceso de divorcio**. Derecho y realidad. Abaco. 1985;

HECK, Philipp. **Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz**. Tubinga, 1932;

JAYME, Fernando G. **Direito humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de Filhos**. Os conflitos no Exercício do Poder Familiar. Editora Atlas, 2008;

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais (Tentativa de Sistematização)**. Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 80. Coimbra Editora, 2004;

NEVES, A. Castanheira. Jurisprudência dos Interesses. *In: Digesta*. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Vol. 2. Coimbra Editora, 2010;

\_\_\_\_\_. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. *In: Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra Editora, v. 1, 1995;

\_\_\_\_\_. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra Editora, 2003;

OLIVEIRA, J. F. Basílio de. **Guarda, Visitação, Busca e Apreensão de Menor**. 3ª Edição. Editora BH;

OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada sob o Enfoque dos novos Paradigmas do Direito de Família**. Ed. Lumen Juris, 2005;

PASTOR, Milagros García. **La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales**. McGraw-Hill,

1997;

R. GRÖSCHNER, **Dialogik und Jurisprudenz**;

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Guarda Compartilhada**. Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Imperium Editora e Distribuidora;

SILVA, Caíque Thomaz Leite da. **Espaço “longo” tempo “breve”**. Itinerários da metanarrativa constitucional: o constitucionalismo sincrético. Revista Justiça do Direito. Paço Fundo, v. 25, nº 1, 2011;

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. 2. ed. Almedina, 1998;

STRATZ. **Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochenen Familie**. FamRZ, 1975;

TRABUCCHI, Alberto. **Il diritto di famiglia**. Istituzioni di diritto civile. 37 ed. CEDAM, 1997;

WALLERSTEIN, Judith, KELLY, Joan. **Effects of Divorce on the Visiting Father-Child Relationship**. American Journal Psychiatry. 1980.