PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

Humberto Mendes Oliveira

**A RELAÇÃO JURÍDICA PARENTAL FUNCIONALIZADA:
poder familiar e progressiva autonomia da criança e do adolescente**

Belo Horizonte

2022

Humberto Mendes Oliveira

**A RELAÇÃO JURÍDICA PARENTAL FUNCIONALIZADA:
poder familiar e progressiva autonomia da criança e do adolescente**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na linha de pesquisa Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48r	<p>Oliveira, Humberto Mendes</p> <p>A relação jurídica parental funcionalizada: poder familiar e progressiva autonomia da criança e do adolescente / Humberto Mendes Oliveira. Belo Horizonte, 2022.</p> <p>134 f.</p> <p>Orientador: Leonardo Macedo Poli</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Brasil. Constituição (1988). 2. Brasil. Estatuto da criança e do adolescente (ECA) (1990). 3. Relações familiares - Brasil. 3. Poder familiar - Doutrinas e controvérsias. 4. Guarda dos filhos. 5. Pais e filhos (direito). 6. Autonomia. 7. Direitos fundamentais. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>CDU: 347.64</p>
------	--

Humberto Mendes Oliveira

**A RELAÇÃO JURÍDICA PARENTAL FUNCIONALIZADA:
poder familiar e progressiva autonomia da criança e do adolescente**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na linha de pesquisa Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Sérgio Augusto Pereira Lorentino - UFT (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 10 de junho de 2022.

RESUMO

Distanciar o poder familiar da dogmática do direito subjetivo significou reduzir seu caráter patrimonial e acender sua feição existencial, que consiste na promoção das potencialidades da criança e do adolescente com vistas à emancipação deles. Essa mudança de perspectiva, promovida pela Constituição de 1988 e consolidada pelo ECA em 1990, alçou os menores a uma posição de destaque, como pessoas em especial condição de desenvolvimento a inspirar proteção integral. Simultaneamente, na condição de sujeitos da relação paterno-filial, sua participação no próprio processo educacional deve ser admitida na medida de sua autonomia progressiva. O princípio do melhor interesse da criança ressignificou o exercício do poder familiar. Assim, a ordem jurídica reconhece aos genitores prerrogativas, mas também deveres e principalmente responsabilidades, cambiando-se de um modelo institucional, bipolarizado (poderes/deveres) e hierarquizado (sujeito ativo/sujeito passivo) para uma relação dialógica, complexa e horizontalizada. No contexto de pais separados, os deveres de criação e de educação devem ser harmonizados com os de guarda e os de convivência familiar, a fim de assegurar que a tutela dos interesses dos filhos esteja blindada de interferências decorrentes do fim da conjugalidade e não sofra reduções. Aos pais compete buscar equilíbrio entre a proteção e a promoção, garantindo primazia aos interesses dos filhos mesmo (ou especialmente) quando se vive um cenário de “anormalidade” decorrente de crise sanitária de proporções mundiais como a da Covid-19. Contemporaneamente, o poder familiar encontra fundamento no afeto, vínculo que deve ser sopesado com objetividade para determinar a existência da entidade familiar. Quanto à extensão do poder familiar, será a partir do respeito ao gradual processo de amadurecimento da criança e do adolescente que os pais encontrarão a medida de sua autoridade, sempre atentando para o dever de efetivação dos direitos fundamentais dos filhos com absoluta prioridade.

Palavras-chave: Poder familiar. Proteção integral. Relação paterno-filial. Autonomia progressiva. Guarda.

ABSTRACT

Distancing family power from subjective law dogma meant reducing its patrimonial character and enlightening its existential feature, which consists in promoting the potentialities of the child and adolescent so as to emancipation. This change of perspective brought by the Constitution of 1988 and consolidated by ECA in 1990, raised minors to an outstanding position. Due to their special condition of beings in development, they arise prominent position. Simultaneously, being parties in the paternal-filial relations, the participation of the child in the raising process should be admitted at the length of their progressive autonomy. The principle of the best interest of the child ressignified the exercise of family power. So, legal order endorses genitors' prerogatives, as well as duties and responsibilities, bending from an institutional, bipolarized model, (powers/duties) and hierarchical (active subject/passive subject) to a dialogic, complex and horizontalized relation. In a context of separated parents, raising duties ought to be harmonized with the ones of guardianship and acquaintanceship, so as to assure that custody of the child's interests should be protected from interference resulted from the end of conjugality, therefore doesn't suffer any reductions. Parents shall search for the balance between protection and promotion, assuring primacy to the child's interests even when, or especially when in a scenario of "abnormality" resulted from sanitary crisis of worldwide proportions such as Covid-19. Contemporaneously, family power finds its fundamentals in affection, a bond that should be weighed with objectivity to determine the existence of the family entity. As to extension of family power, parents will find the measure of their authority from the respect to the gradual maturing process of child and adolescent, always looking up to the duty of effectiveness of the child's fundamental rights with absolute priority.

Keywords: Family power. Full protection. Paternal-filial relations. Progressive autonomy. Guardianship.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PODER FAMILIAR	13
2.1 Primeiras considerações	13
2.2 Evolução da nomenclatura (e do conteúdo) do poder familiar	17
2.3 O filho alçado à posição de sujeito em uma relação dialógica	25
2.4 Critérios hermenêuticos para a determinação do melhor interesse	31
2.5 Autoridade e autonomia: o equilíbrio entre a proteção e a promoção da dignidade no âmbito do poder familiar.....	39
3 OS DEVERES DE GUARDA E DE EDUCAÇÃO DO FILHO	49
3.1 A guarda	49
3.2 Modalidades legais de guarda	54
3.3 A guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	58
3.4 O dever dos pais de dirigir a educação dos filhos.....	64
3.5 Questões atuais: educação domiciliar e novos desafios impostos pela Pandemia da Covid-19.....	74
4 O VÍNCULO PARENTAL JURIDICAMENTE REQUALIFICADO	91
4.1 A filiação como uma relação de afeto	91
4.2 O dever de guarda interpretado como amparo	99
4.3 A guarda como convívio, um aspecto do poder familiar.....	103
4.4 O compartilhamento da guarda como regra.....	107
4.5 Releitura da guarda unilateral a partir da corresponsabilidade pelo exercício do poder familiar	112
5 CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS	125

1 INTRODUÇÃO

A partilha de poder, quando compulsória, pode desencadear uma reação ou resistência por parte daquele que era (que supunha ser) o seu detentor exclusivo. E como a lógica da disputa de poder permeia cada vez mais a sociedade, quando essa influência se torna hiperbólica, ela é capaz de contaminar inadvertidamente as relações interpessoais, ofuscando a verdadeira essência das conexões estabelecidas entre os seres humanos.

Em situações jurídicas infanto-juvenis não é diferente. Na relação desencadeada pela filiação, por vezes, os agentes responsáveis pelo exercício da parentalidade se deixam corromper por essa lógica do embate, sobretudo quando separados. Sendo certo que o incremento da rivalidade entre os genitores é fator inebriante e que obstaculiza a proposição de soluções e estratégias que sejam as melhores e as mais adequadas para a tutela dos interesses do filho, demonstra-se pertinente o enfoque sobre relação parental a partir de uma perspectiva funcional.

O título atribuído à este trabalho busca transparecer que o objeto de estudo recaiu sobre o vínculo estabelecido entre a mãe e entre o pai e o seu filho. Vínculo que inspira modernamente uma abordagem relacional e funcional. Além disso, o que se propõem é que o exercício pleno do poder familiar por ambos os genitores, aliado à (e, até mesmo, orientado pela) autonomia progressiva da criança e do adolescente pode representar resposta adequada ao problema enfrentado.

Ao longo da pesquisa ficou evidente que a noção segundo a qual a paternidade constituiria o exercício de dominação de um sujeito sobre um objeto está juridicamente superada. Em seu lugar, propõe-se uma perspectiva horizontal para a parentalidade, enfatizando a natureza eminentemente existencial do vínculo que é estabelecido entre pessoas. Não há dominação; deve haver diálogo.

Nesse contexto, o poder soberano, secular e tradicionalmente investido ao pai, caracterizado que era o pátrio poder enquanto direito subjetivo titularizado originariamente pelo homem e que lhe garantia exigir de sua prole a sujeição, restou absolutamente desajustado diante do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. Os princípios fundamentais estampados na Constituição de 1988 impuseram aos agentes (estatais, sociais e familiares) uma apreciação ética das relações de filiação.

O abandono da expressão ultrapassada seria inevitável diante da nova diretriz estabelecida no âmbito interno pelo artigo 227 da Constituição e no âmbito internacional pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, cuja Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 foi internalizada no Brasil em 1990. O movimento foi definitivamente consolidado com a publicação, também no ano de 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas foi somente em 2002 que esse esforço de aperfeiçoamento semântico foi consumado, eis que o Código Civil de 2002 aposentou a expressão pátrio poder e adotou em seu lugar o poder familiar, repercutindo a mudança em toda a legislação interna. Porém, desde a sua origem a nova expressão foi criticada, visto que o conteúdo constitucional reconhecido à relação parental não mais se coaduna com o exercício de um poder.

As crianças e os adolescentes são seres em desenvolvimento cuja proteção e orientação é confiada àqueles que são legalmente por eles responsáveis. De fato, a responsabilidade é a característica mais marcante do ofício parental. Os menores têm autonomia limitada em razão da presunção de que o seu discernimento é incompleto, situação que faz com que eles dependam da intervenção dos sujeitos maiores para a prática dos atos da vida civil. Contudo, também esses sujeitos que se encontram no exercício do poder familiar não têm autonomia plena para agir e decidir em nome do destinatário. Nessa medida, os contornos dessa peculiar relação merecem ser bem definidos, seja mediante o estabelecimento de seus limites e do equilíbrio entre a proteção e a promoção, mas também a partir da investigação da correta natureza jurídica do poder familiar.

Os argumentos e proposições expostos nas páginas seguintes representam uma tentativa de contribuir com a evolução do tema de modo a consolidar cada vez mais a proteção da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Acredita-se que essa diretriz constitucional já tão difundida em outras frentes da tutela infanto-juvenil, no âmbito da relação parental está ainda a rogar por reflexões e aperfeiçoamentos que sejam capazes de desatar da tarefa de criação e educação do filho a referida lógica da disputa de poder.

2 O PODER FAMILIAR

2.1 Primeiras considerações

Crianças e adolescentes são pessoas em processo de desenvolvimento, característica fundamental capaz de lhes assegurar, com absoluta prioridade, o acesso a um amparo especial tanto por parte do Estado quanto da sociedade e, principalmente, da família. O âmbito familiar é de particular importância, porque composto pelas pessoas mais próximas, aquelas que mais intensamente concorrem para a construção da personalidade do sujeito. Diante da clara situação de vulnerabilidade, enquanto menores, os filhos estão sob a autoridade dos pais, ou seja, sob o poder familiar.

É uma relação que à primeira vista parece vertical e hierarquizada (feição que no passado esteve em vigor), mas que, na atual quadra constitucional, está longe de ser um poder propriamente dito. Não há domínio; há diálogo. O que se espera dos pais no exercício do poder familiar é uma atuação horizontal e dialógica, atenta às peculiaridades que se apresentarem durante o desenvolvimento dos filhos, dado que o seu melhor interesse é o fim a ser perseguido, sempre.

O poder familiar, na realidade, pouco tem de poder e muito tem de dever. Hoje, é melhor enquadrado juridicamente como um múnus, encargo que a lei atribui em razão da mera circunstância de ser alguém ou de estar em certa situação. Nesse contexto, o poder familiar decorre logicamente da relação estabelecida entre pais e filhos, ou seja, é uma consequência da parentalidade.

Aos pais são confiadas certas prerrogativas, contudo, não de forma vazia. Trata-se de atuação que carece ser preenchida e funcionalizada pelo atendimento do melhor interesse, não dos titulares, mas dos destinatários. Quando os pais decidem em nome dos filhos, não o fazem autonomamente, mas investidos de um dever legal de cuidado (SÁ; SILLMANN, 2015).

Em síntese, a discricionariedade presente no poder familiar se faz acompanhar indissociavelmente de responsabilidades, cabendo aos genitores atuar dirigidos ao fim maior de facilitar, promover e garantir o sadio desenvolvimento de sua prole.

Esse novo paradigma inspirou o surgimento do princípio da parentalidade responsável (DADALTO, 2019). O poder familiar compele os pais ao estabelecimento de um ambiente familiar digno, que seja capaz de lhes garantir que assistam, criem e

eduquem o menor da melhor maneira possível durante toda a fase de seu desenvolvimento pessoal.

Trata-se de verdadeira mudança de perspectiva, eis que não mais é dado aos pais encararem os filhos como objeto de direito. As crianças e os adolescentes foram alçados, definitivamente, à condição de sujeitos de direito. O movimento consagrado pela Constituição de 1988, no campo interno, e pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas¹, internacionalmente, consumou-se com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - ECA), que implantou no Brasil a doutrina da proteção integral. O Código Civil de 2002 incorporou tal espírito, se bem que timidamente, o que se explica por ser anterior a toda à essa movimentação o anteprojeto que nele resultou.

Apesar de a referida guinada ter ocorrido há mais de trinta anos, a busca pela efetivação da proteção jurídica conferida às crianças e aos adolescentes perdura. Deve-se insistir na necessidade de se interpretarem as variadas situações jurídicas infanto-juvenis a partir da ótica dos sujeitos, de modo que a solução seja a melhor sob a perspectiva e no interesse deles. Para além de mera sugestão ética, a proteção integral significa uma diretriz cogente a ser seguida a todo momento na relação entre pais e filhos e a ser considerada em cada oportunidade de intervenção estatal, abstrata (no campo legislativo) ou concretamente (no âmbito dos tribunais).

Nessa toada, os filhos são os novos sujeitos de algo que agora cabe denominar de relação parental (ou relação paterno-filial). Sujeitos dignos de serem ouvidos e cuja opinião deve ser considerada, mas que carecem de proteção e têm sua autonomia restringida pela atuação atenta dos pais. No escólio de Ana Carolina Brochado Teixeira, esse papel de partícipe permanente na tomada de decisão é a própria razão de ser do poder familiar:

A criança e o adolescente não são, *a priori*, detentores de autonomia. Essa é a razão maior da autoridade parental: conduzir a criança e o adolescente por caminhos que eles ainda desconhecem. Por estarem construindo sua maturidade e discernimento, não podem usufruir completamente de seu direito fundamental à liberdade, pois ainda não têm condições de exercê-la. Para seu bem-estar, vivem uma fase de *liberdade vigiada*, cujo raio de amplitude de seu exercício aumenta à medida que cresce seu discernimento. (TEIXEIRA, 2008, p. 252, grifo da autora).

¹ O Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990, promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança, documento ratificado em 20 de novembro de 1989 por 196 países, dentre os quais o Brasil.

O poder familiar apresenta-se, nessa perspectiva, como uma limitação, porém justificada no cuidado e na proteção que crianças e adolescentes inspiram. A autonomia do filho não será completa, mas condicionada à participação dos pais. É interessante notar que também essa participação é limitada, eis que intentada exclusivamente a facilitar e a promover o desenvolvimento social e intelectual do filho.

Em outras palavras, um apoio para o amadurecimento de seu discernimento. Este (sic) instituto visa à promoção dos melhores interesses dos filhos ainda que estes possam ser opostos aos interesses dos pais. Assim, melhor interesse do menor, bem como seu amadurecimento, representam limites ao exercício da autoridade parental. Entendemos que a ação dos responsáveis é legítima quando importar em benefício para o menor. (SÁ; SILLMANN, 2015, p. 80).

Logo, ao mesmo tempo em que limita, o poder familiar é em si limitado. O filho se vê cingido em sua autonomia pela intervenção dos pais, porém os titulares do poder familiar só estarão agindo legitimamente se o fizerem dentro das fronteiras do melhor interesse do destinatário. Além disso, com o natural desenvolvimento do sujeito, a atuação dos progenitores vai diminuindo de intensidade. À medida em que aumenta o discernimento, vai diminuindo o poder de decisão investido aos pais, até que, sobrevinda a maioridade, o filho se torne autônomo, e o poder familiar cesse.

Maioridade, contudo, não se confunde com maturidade. Não necessariamente uma depende ou decorre da outra. Antes de se considerar a idade, para definir a intensidade do poder familiar, é relevante levar em conta o discernimento do filho.

A capacidade jurídica é o atributo conferido pelo ordenamento jurídico que garante aptidão genérica para titularizar direitos e deveres. Sob uma ótica estática, toda pessoa física é capaz desde o nascimento com vida até a morte. Essa é a capacidade de direito (ou de gozo). Por outro lado, a capacidade de fato traduz uma atuação dinâmica do sujeito, ou seja, a possibilidade de praticar atos com efeitos jurídicos, sendo certo que essa é variável, comporta gradações e nem todos a têm (AMARAL, 2006).

No que concerne às crianças e aos adolescentes, o critério etário determina objetivamente a incapacidade (relativa ou absoluta). Presume a Lei que o menor de dezesseis anos inspira cuidado mais intenso, havendo de ser representado por seus pais. Entre os dezesseis e dezoito anos, a Lei permite que a pessoa passe a agir coadjuvada pela assistência dos pais. Dessa forma, o poder familiar sujeita o agir dos filhos, de zero até os dezoito anos de idade, ao crivo dos genitores.

Posto isso, o processo de amadurecimento e desenvolvimento da personalidade é gradual, depende de um somatório de fatores e varia de acordo com as experiências e estímulos individuais. A maturidade é construída, não é algo inculcido no sujeito subitamente na noite de seu aniversário de dezoito anos.

No escólio de Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá, “não é absoluta a presunção de incapacidade das pessoas com idades inferiores a dezoito anos.” (LIMA; SÁ, 2019, p. 40). Na lição das referidas autoras, “o Direito é produto do fluxo comunicativo em que conceitos jurídicos não se tratam de realidades imutáveis, mas reconstruídas através de práticas argumentativas e constante processo de construção.” (LIMA; SÁ, 2019, p. 40). De fato, são as particularidades de cada situação concreta que evidenciarão o nível de maturidade e o senso de responsabilidade da pessoa. Portanto, a atenção constante ao processo de amadurecimento também faz parte dos deveres ínsitos ao poder familiar.

Nessa perspectiva de gradual construção de personalidade, é certo que os sujeitos menores de dezoito anos, a despeito de legalmente incapazes, merecem ter sua opinião considerada, seja como decisiva, seja como construtiva do processo decisório, mormente quando estão em jogo direitos de natureza existencial (OLIVEIRA; LOURENÇO, 2020). No campo das escolhas existenciais, o discernimento importa mais do que a capacidade.

Contudo, diferentemente da capacidade, que é pautada por critérios objetivos e gerais, o discernimento se baseia em características pessoais, merecendo uma avaliação subjetiva e individualizada. Nessa toada, o tratamento das situações existenciais requer do intérprete máxima atenção aos princípios constitucionais, à dignidade da pessoa humana, à solidariedade social e à igualdade substancial (TEPEDINO, 2004).

O poder familiar enfraquece-se paulatinamente à medida em que vai se apresentando fortalecido o discernimento dos filhos. É por isso que se afirma ser necessário recuperar uma apreciação ética das relações de filiação (TEPEDINO, 2004), de modo que o exercício do poder familiar na atualidade seja pautado pelo estabelecimento de um relacionamento horizontal e dialógico.

2.2 Evolução da nomenclatura (e do conteúdo) do poder familiar

No Brasil, a relação dos pais com seus filhos passou por importantes transformações, por vezes impelidas por textos normativos, as quais podem ser divididas em três momentos: um retrógrado, o atual e um de vanguarda.

Anterior ao movimento de codificação, vigoravam aqui as Ordenações Filipinas, legislação importada do Direito português da época, que, por sua vez, foi fortemente influenciado pelo Direito romano. Sobre a influência da arquitetura familiar romana na família e no Direito brasileiro, Ana Carolina Brochado Teixeira diz com precisão:

É claro que o pai não mais tinha direitos de vida e morte sobre o filho, nem poderia vendê-lo ou matá-lo se nascido com algum problema físico. Entretanto, o pátrio poder continuou sendo perpétuo por um longo período. Isso se deu em razão de as primeiras legislações do Brasil terem sido importadas de Portugal, cuja origem foi basicamente romana. (TEIXEIRA, 2005, p. 18).

A posição jurídica do filho na Antiguidade era de completa submissão ao pai. Na Roma antiga, o culto aos antepassados e a preservação da religião doméstica faziam com que a reprodução fosse a finalidade primeira do matrimônio, sendo certo que os frutos, os filhos, eram garantia de descendência e de sobrevivência do clã e de seu respectivo culto mesmo após a morte do *pater*.

Para os romanos, na *cidade antiga*, a família era uma comunidade instituída pelo casamento: solenidade religiosa pela qual, unidos homem e mulher, obtinha-se a descendência tão necessária à preservação do culto. Em consequência, a situação feminina resumia-se à função reprodutiva (sic) e os filhos restringiam-se a recurso para a continuidade da religião. Ao revés, na figura masculina concentrava-se toda a autoridade do grupo. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 5, grifo do autor).

Observe-se que, nesse primeiro recorte histórico, as regras decorriam fortemente dos costumes sociais e das crenças religiosas. Era no âmbito da família que as convenções eram estabelecidas, desenvolvidas e perpetuadas, para dali serem universalizadas e acabarem se tornando regras.

O antigo Direito não é obra do legislador; o Direito, pelo contrário, impôs-se ao legislador. Teve sua origem na família. Nasceu ali espontânea e inteiramente elaborado nos antigos princípios que a constituíram. Originou-se das crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva destes povos que exerciam domínio sobre as inteligências e sobre as vontades. (COULANGES, 1987, p. 89).

A família romana era indissociável do casamento. A mulher era entregue em casamento por seu pai e assim deixava de ter com ele vínculo familiar. Dali em diante, estava ligada à família do marido até o momento de sua morte, única forma de dissolução da sociedade conjugal naquele momento. Se bem que, se falhasse na tarefa de gerar prole, ela era considerada inútil, e o casamento anulável (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012). Considerada a finalidade de procriação para a perpetuação da família, não havia filiação fora do casamento. Os nascimentos que ocorressem à sua margem eram ilegítimos ou espúrios.

Assim como a mulher e os filhos, todas as pessoas que integravam o grupo familiar estavam subordinadas ao *pater familias* (como, por exemplo, os escravos). Toda a autoridade familiar era fundada na figura do homem, responsável por manter a unidade doméstica, política, religiosa e econômica. O seu poder era praticamente ilimitado. No que tange aos filhos, o pai possuía verdadeiro direito de propriedade, o que lhe facultava inclusive deles dispor como conviesse (TEIXEIRA, 2005).

Fustel de Coulanges esclarece, contudo, que a autoridade principal não competia propriamente ao pai, “porque existe em todas as casas algo de superior ao próprio pai: a religião doméstica.” (COULANGES, 1987, p. 89). Mas, como o pai era a figura central do lar, o responsável pela tomada de decisões de toda sorte, incumbido da função mais elevada em todos os atos religiosos, verdadeiro representante da cadeia de descendentes, o exercício do poder lhe recaía como algo natural, verdadeira investidura divina. Nessa linha, o mencionado autor aponta que:

A palavra *pater* tinha ainda outro sentido. Em linguagem religiosa, aplicava-se esta (sic) expressão a todos os deuses; no vernáculo do foro, a todo homem que não dependesse de outro e tendo autoridade sobre uma família e sobre um domínio, *pater familias*. (COULANGES, 1987, p. 93).

Além disso, Coulanges arremata indicando que o *pater* “encerrava em si não o conceito de paternidade, mas aquele outro de poder, de autoridade, de dignidade majestosa.” (COULANGES, 1987, p. 93). Portanto, muito antes de ser aquele que gerou os filhos, *pater* significava centro de poder, que era exercido por aquela figura proeminente, sempre masculina, sobre todos os demais integrantes da família. Com base nesse poder, o filho se via submetido ao julgo de seu pai enquanto vivo este fosse. Na verdade, isso só se aplicava ao sexo masculino, pois a filha jamais em sua vida deixaria de estar subjugada, ora ao poder do pai, ora ao poder do marido.

A autoridade investida ao *pater familias* era de fato quase ilimitada, mas isso não significava que ele estava livre para atuar como bem entendesse. Observa Fustel de Coulanges que a autoridade do pai nunca era arbitrária, não sendo propriamente originada do direito do mais forte. Era a religião que conferia amplos direitos, mas também era ela que impunha ao *pater* rígidas obrigações (COULANGES, 1987). Essas mesmas crenças arraigadas, que na sociedade romana foram bastantes para disciplinar a família por completo, perpetuaram-se hereditariamente pelos séculos e até pouco tempo ainda influenciavam o Direito Privado moderno.

De acordo com o pensamento que ainda vigorou durante boa parte do século passado, a unificação de poder na figura paterna não era em si um mal. Argumenta, por exemplo, J. V. Castelo Branco Rocha, que a perpetuidade e a exclusividade do pátrio poder romano objetivavam manter a família forte e coesa.

Tais poderes conferidos ao pai não significavam, quando bem analisados, a glorificação do egoísmo paterno. Por trás da aparente brutalidade que encerram, descobre-se o propósito de proteger e resguardar a família, como um organismo compacto, verdadeiro reduto de valores religiosos, econômicos e morais.

Assim como lhe competia preservar o culto doméstico, manter o fogo sagrado e venerar os deuses-lares, cumpria-lhe também manter a disciplina da família, punir a mulher adúltera ou o filho transviado. (ROCHA, 1978, p. 20).

Apesar de guardarem coerência com os valores ostentados pela sociedade brasileira da época, ainda fortemente patrimonialista, por certo que tais objetivos não se coadunavam com a direção tomada pelos ordenamentos jurídicos ocidentais na segunda metade do século XX. Para além de aparente, a brutalidade da noção defendida por Rocha é manifesta, consideradas as garantias fundamentais e os direitos individuais, já sensíveis naquele momento histórico.

O poder punitivo há muito é monopolizado pelo Estado e, mesmo a este, não é dado se imiscuir em assuntos de natureza íntima. Da forma como eram apresentados, o pátrio poder e o poder marital naturalizavam a preeminência do homem sobre os filhos e a mulher. A palavra masculina, carregada de valores morais e religiosos, valia como lei dentro de casa, não raramente normalizando toda sorte de agressões. Isso era um mal em si mesmo, na medida em que representava tratamento indigno aos

demais membros da família, em flagrante ofensa à Declaração Universal dos Direitos Humanos².

Ocorre que o movimento de codificação foi marcado pela influência do Direito romano, e o Código Civil de 1916 representou a continuidade da repercussão dos costumes vigentes sobre a legislação. Para retratar e regular a relação dos filhos com seus pais, manteve-se a terminologia presa ao passado: o pátrio poder ainda perduraria. Conservado o marido na posição de chefe da sociedade conjugal (artigo 233), era apenas na sua falta que a mulher passaria a exercer o poder de direção da família (artigo 380). Esse exercício excepcional do pátrio poder pela mulher, contudo, cessava no momento em que ela decidia contrair novas núpcias (artigo 393 do Código Civil de 1916, em redação originária). Era um sistema que não prestigiava o diálogo e a soma de opiniões dos genitores sobre a educação dos filhos, até porque não havia preocupação com o melhor interesse destes. Havia um abade, e sua palavra era final.

Somente em 1962 o poder marital começou a ser verdadeiramente mitigado no Brasil com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/1962). À mulher foi assegurado o exercício do pátrio poder, se bem que ainda em colaboração com o marido, resquício de desigualdade que garantia a este o poder de decisão em caso de divergência quanto à criação dos filhos (artigo 380, p. único, do Código Civil de 1916, incluído pela Lei n.º 4.121/1962). Apesar da sobrevida dada à nomenclatura, o conteúdo proposicional do pátrio poder começava a ser ressignificado. Não haveria mais apenas uma voz isolada. Mãe e pai deveriam dialogar para dirigir em conjunto a educação dos filhos. A maior participação certamente contribuiria para uma melhor proteção.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o conteúdo proposicional do poder familiar espelhava as vicissitudes da família no Mundo Ocidental. Segundo afirma, “quanto maiores a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos entre membros da família, tanto maior foram o pátrio poder e o poder marital.” (LÔBO, 2005, p. 149). Vale dizer, tais poderes, que já foram quase supremos (*pater familias* dos romanos), subsistiram ao longo dos séculos com pontuais reduções e até recentemente gozavam de pleno vigor mesmo entre as sociedades ocidentais modernas. Com base neles, discriminações e tratamentos indignos permaneciam no campo da licitude, pois

² “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (Artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948).

os filhos e a mulher eram relegados à condição de seres humanos de segunda categoria.

À medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser *alieni júri* e à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua origem, houve redução do *quantum* despótico, restringindo esses (sic) poderes domésticos. No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital. (LÔBO, 2005, p. 149).

A Constituição de 1988, portanto, inaugurou o momento atual, pois dilatou o conceito de família e garantiu a proteção do Estado também aos outros relacionamentos diversos do matrimônio. Casamento e família dissociaram-se definitivamente: as pessoas que se casam constituem uma família, mas para constituir uma família as pessoas não precisam mais se casar. Segundo a doutrina, a tutela constitucional da família formada à margem do casamento significou o reconhecimento de que as diversas entidades familiares apresentam “condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessárias ao desempenho das funções reconhecidamente familiares.” (DIAS, 2021, p. 52). A abertura constitucional foi tamanha que atualmente nem mesmo a conjugação de duas pessoas é requisito necessário, considerada a comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º do artigo 226 da Constituição).

Esse novo ambiente foi importante para consagrar o entendimento de que a relação paterno-filial caminha paralelamente à relação conjugal, uma não se confundindo com a outra. Sendo o casamento um, dentre múltiplos tipos de família, a procriação deixa de ser um fim para se tornar uma faculdade, ou seja, a existência de uma família independe de se ter filhos ou não. Essa decisão passa pelo exercício da autonomia privada no campo do planejamento familiar. De toda sorte, havendo filhos, o bem-estar e o desenvolvimento sadio deles passam a ser o paradigma para a atuação dos pais, independentemente da relação que estes mantenham entre si.

Em matéria de filiação, inaugura-se uma disciplina jurídica densa, elástica, profunda e ampla. Este foi um dos capítulos do parentesco mais afetados pela Constituição de 1988, que fez desaparecer a ligação entre casamento e legitimidade e assim também as antigas categorias de filhos. (FACHIN, 2003, p. 225).

Luiz Edson Fachin destaca como consequência desse movimento a desnaturalização das designações discriminatórias relativas à filiação, considerada a proibição expressa contida no § 6º do artigo 227 da Constituição. Posto isso, outro importante impacto se deu no âmbito do poder familiar, a começar pela própria expressão pátrio poder, contraditória com a igualdade entre homens e mulheres, enfaticamente enunciada pela Constituição (artigo 5º, inciso I, e artigo 226, § 5º). Além de representar discriminação baseada no gênero, semanticamente o pátrio poder do Código Civil de 1916 carregava o rastro da família patriarcal autoritária, hierarquizada e patrimonialista. Era necessário redefinir o conteúdo proposicional e estabelecer uma nomenclatura constitucionalmente adequada, posto que a antiga se tornara inconstitucional.

Nesse sentido, a guinada promovida pela Constituição foi acompanhada pelo Código Civil de 2002, que pouco inovou, mas teve como mérito inaugurar o emprego da expressão *poder familiar*. O pioneirismo do Código repercutiu em toda a legislação civil, relegando o *pátrio poder* à mera referência histórica. A nova terminologia, porém, não ficou imune a críticas. Para a doutrina, a magnitude da transformação pedia ao legislador civil maior capricho no momento de renomear a relação paterno-filial.

A denominação ainda não é a mais adequada porque mantém a ênfase no poder. Todavia é melhor que a resistente expressão *pátrio poder*. Com a implosão social e jurídica da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação. (LÔBO, 2005, p. 147).

De fato, a busca pela precisão terminológica é relevante, pois é representativa de uma guinada na direção certa, não deixando transparecer dúvidas sobre o verdadeiro conteúdo proposicional do instituto renomeado. Sem dúvida, o poder familiar significou um aperfeiçoamento no sentido de igualar homens e mulheres na tomada de decisão sobre os filhos. Porém, a absoluta prioridade, determinada pela Constituição de 1988 e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, convocava por um avanço maior. Ao legislador civil de 2002 competia rechaçar a palavra *poder*, porque, ante o fundamento da dignidade da pessoa humana, o exercício de poder de uma pessoa sobre outra restou injustificável. A relação parental,

apesar da incapacidade de um dos sujeitos, não mais se compatibiliza com domínio e sujeição, traços de verticalidade confinados ao campo dos objetos.

Em síntese, diversamente do poder marital, que foi enterrado por completo e em definitivo, o pátrio poder deixou resquícios quando renomeado simplesmente de poder familiar. Sendo assim, competiu à doutrina asseverar a feição constitucionalmente almejada do instituto, a despeito da nomenclatura imprecisa:

A evolução gradativa deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é a atual natureza. (LÔBO, 2005, p. 149).

Assinalado o momento retrógrado (pátrio poder) e o atual (poder familiar), resta fazer menção à nomenclatura e à semântica de vanguarda. Ocorre que a doutrina especializada critica a terminologia empregada pelo Código Civil de 2002 ao argumento de que teria avançado pouco, não refletindo o verdadeiro conteúdo constitucional do instituto. Esse é o motivo pelo qual, apesar da dicção legal estar em vigor, tem sido cada vez mais frequente o emprego da expressão *autoridade parental* nos estudos e textos publicados no Brasil sobre o tema relação paterno-filial.

Paulo Luiz Netto Lôbo ressalta que as legislações estrangeiras mais recentes optaram pela expressão vanguardista (LÔBO, 2005). O autor exemplifica apontando a legislação francesa de 1970 (com alterações promovidas pela Lei de 4 de março de 2002) e afirmando que o Direito de Família norte-americano tende a preferir a terminologia autoridade parental (LÔBO, 2005).

A proteção integral, compreendida como verdadeiro princípio, e a prioridade absoluta, um vetor interpretativo, elevaram o interesse da criança e do adolescente à máxima potência, de maneira que toda e qualquer decisão relativa a esses sujeitos deve estar atenta a tais paradigmas; do contrário, será uma decisão ilegítima, o que faz com que o interesse familiar fique em segundo plano. Por certo que a vontade de cada integrante da família é relevante, mas, quando se trata de conduzir a criação e a educação dos menores, o interesse dos pais está condicionado ao interesse dos filhos. Semanticamente, a expressão *autoridade parental* melhor reflete tal conteúdo, como explica Ana Carolina Brochado Teixeira:

O vocábulo autoridade é muito mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a ideia de função e ignorar a noção de poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade. (TEIXEIRA, 2005, p. 6).

Conforme já destacado, os pais exercem um múnus de Direito Privado, uma função ou ofício cuja investidura decorre do simples fato de estarem nessa posição em relação aos filhos. O dever social de proteção das crianças e dos adolescentes, presente no artigo 227 da Constituição, dita que a condição de pessoas em desenvolvimento será considerada pelo Estado, pela sociedade e pela família para a proteção e a promoção da personalidade dos menores mediante o exercício dos direitos fundamentais (TEIXEIRA; PENALVA, 2008).

Observa-se que o preenchimento do instituto como feito pela doutrina é bastante rico e complexo, o que tem justificado a preferência pela autoridade parental em detrimento do poder familiar. Contudo, é possível ainda avançar e propor um refinamento: a substituição da palavra *autoridade* por *responsabilidade*.

De fato, levando em consideração toda a caminhada histórica descrita ao longo deste tópico, verifica-se que a hierarquização e o autoritarismo devem ser superados na apreciação da relação entre pais e filhos. A característica do diálogo horizontalizado e democrático, sem jamais se descuidar do dever de proteção, acha enquadramento ainda mais preciso no termo *responsabilidade*. Essa nobre função atribuída pela lei aos pais, antes de invocar o exercício de um comando ou direção, está alicerçada no encargo, traço inerente ao complexo processo de criação dos filhos. O Código Civil italiano já avançou em tal sentido e abraçou a expressão *responsabilità genitoriale* (artigo 316, com redação dada pelo Decreto Legislativo n.º 154, de 28 de dezembro de 2013, com efeito a partir de 7 de fevereiro de 2014).

O dispositivo legal estrangeiro é paradigmático, trazendo inclusive previsão expressa de que a responsabilidade parental, a ser exercida de comum acordo por ambos os pais, deve ter em conta as capacidades, as inclinações naturais e as aspirações do filho. Além disso, estabelece que, em caso de divergência entre os genitores, antes de decidir, o juiz poderá ouvir o filho menor que tenha completado doze anos e até mesmo o de idade inferior se for capaz de discernimento.

Certamente é louvável o esforço protetivo do legislador civil italiano, preocupado em garantir o melhor interesse da criança e do adolescente em todos os seus aspectos, inclusive naquele que concerne ao reconhecimento de progressiva

autonomia aos sujeitos. Contudo, no Brasil esse também é o conteúdo constitucional atribuído pela doutrina ao poder familiar, como será melhor desenvolvido a seguir.

Este trabalho seguirá prestigiando a expressão legal (poder familiar) sem olvidar de que *autoridade parental* e, principalmente, *responsabilidade parental* anunciam com maior exatidão a relação aqui estudada.

2.3 O filho alçado à posição de sujeito em uma relação dialógica

A mudança de perspectiva promovida pela Constituição de 1988 e consolidada pelo ECA em 1990 alçou as crianças e os adolescentes a uma posição de destaque, verdadeiros agentes da relação paterno-filial. Devido à especial condição de seres em desenvolvimento, acreditava-se anteriormente que os menores apenas despertariam proteção. A nova ordem civil-constitucional não contesta totalmente essa premissa, tanto que reafirma a proteção integral como princípio. Porém, muito mais do que meros objetos de proteção, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos da relação educacional.

Por certo que os filhos têm muito a receber dos pais ao longo de toda a infância e a juventude. Mas também é certo que os próprios guardiões, os pais, do mesmo modo absorverão muito a partir da relação estabelecida com seus pupilos. O poder exercido pelos pais sobre os filhos está, assim, cada vez menos evidente, dando lugar à autoridade e à responsabilidade, ligações mais alinhadas com a pretensão dialógica estabelecida constitucionalmente. Nessa linha, Pietro Perlingieri sintetiza:

O esquema do pátrio poder, visto como poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro. (PERLINGIERI, 2002, p. 258).

O poder familiar, de fato, mudou radicalmente. É uma correlação de pessoas agindo comunicativamente com vistas a atingir da melhor maneira possível o desenvolvimento da personalidade e o amadurecimento dos filhos. Enquanto miram nesse que é o principal móvel da relação, os pais também estarão indiretamente se desincumbindo do dever de proteção e cuidado que lhes é imposto pelo ordenamento.

O amparo é acompanhado de outros fatores e outras variáveis que indicarão a melhor direção a ser trilhada. É nessa medida que se torna fundamental aos pais considerar os interesses externados pelos próprios filhos, em uma abertura constante ao diálogo. Certamente, em razão da maturidade incompleta desses sujeitos, as aspirações por eles manifestadas nem sempre estarão em sintonia com seu próprio processo educacional. Ainda assim, tais manifestações não podem ser ignoradas, competindo aos guardiões considerá-las, mesmo que para rechaçá-las. A atenção é a característica legitimadora do exercício do poder familiar. Para Ana Carolina Brochado Teixeira, a coparticipação é solo fértil sobre o qual “brota a comunhão de vida no núcleo familiar e, por conseguinte, os sentimentos de colaboração, reciprocidade e solidariedade.” (TEIXEIRA, 2005, p. 102). A realização dos interesses dos filhos, segundo Fachin, reposicionou-os no cenário da relação paterno-filial:

Os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não sujeitos passivos, e sim no sentido de serem destinatários do exercício deste direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização de interesses do filho e dos pais. (FACHIN, 2003, p. 244).

Pode parecer excessivo enunciar um protagonismo do filho na relação estabelecida com os pais, mas esse novo papel guarda coerência com o palco constitucional de personalização do Direito Civil, segundo o qual a pessoa humana assumiu o centro do sistema jurídico como novo eixo hermenêutico (TEIXEIRA, 2010).

Ocorre que as antigas noções devem ser reformuladas ao passarem pelo filtro da dignidade da pessoa humana, de maneira que “os velhos institutos ganham novo conteúdo, mais aplicável às relações intersubjetivas da contemporaneidade.” (TEIXEIRA, 2010, p. 205). Considerar o filho na posição de ator principal da correlação que estabelece com seus genitores, longe de ser um exagero, é providência que efetiva seu reconhecimento enquanto sujeito e evidencia ser o diálogo o melhor caminho para o preenchimento das decisões de acordo com o melhor interesse, não a imposição de ordens vazias de conteúdo. Ana Carolina Brochado Teixeira assim argumenta a favor do protagonismo:

Antes preponderantemente hierárquica e patriarcal, a relação paterno/materno-filial transmuda-se para uma perspectiva dialógica, ou seja, é perpassada pela compreensão mútua e pelo diálogo, pois a criança e o adolescente – valorizados que foram como protagonistas da família, também se tornaram sujeitos ativos no âmbito da própria educação. (TEIXEIRA, 2010, p. 205).

Seria insuficiente realizar apenas o movimento mais óbvio de retirada das crianças e dos adolescentes da posição de objeto para alçá-los à condição de sujeitos de direitos. Como se infere dos excertos doutrinários acima colacionados, um processo educacional que se afirma atento à dignidade da pessoa humana não pode se contentar com a passividade de um dos sujeitos. Então, cabe indagar se seria apropriado reconhecer ao filho posição de sujeito ativo. Ana Carolina Brochado Teixeira vai além e pergunta: “numa relação parental, quem seria o titular do poder e o titular do dever?” (TEIXEIRA, 2005, p. 93).

Antes de responder a essas indagações, cabe considerar que o poder familiar mudou de natureza jurídica e tem novo enquadramento na ordem civil-constitucional.

Ao longo do tempo em que vigorou sob a expressão *pátrio poder*, o poder do pai era dirigido aos filhos como manifestação de sua superioridade hierárquica. Nesse sentido, o entendimento vigente àquela época, fruto da perspectiva patriarcal e patrimonialista que inspirou o Código Civil 1916, era de que o titular do pátrio poder estava investido pela lei de um direito subjetivo sobre o filho.

Vislumbrada tipicamente nas relações obrigacionais e reais, a estrutura bilateral do direito subjetivo coloca em extremos opostos o titular de uma pretensão e aquele que se sujeita à essa pretensão. Em uma relação de crédito, independentemente da natureza da prestação (de pagar, dar, fazer ou de não fazer), o devedor permanece em um estado de sujeição diante do poder de ação do credor. O arranjo é semelhante em uma relação de direito real, diferencando apenas quanto à indeterminação do devedor; o direito real confere ao seu titular o poder de sujeição em face de toda a coletividade. Nessas situações de cunho eminentemente patrimonial, vislumbra-se com clareza quem ocupa a posição de sujeito ativo e quem se posiciona como sujeito passivo; no primeiro predomina a pretensão e no segundo o dever. Em suma, o direito subjetivo é “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.” (AMARAL, 2008, p. 224).

Tradicionalmente foi essa a lógica utilizada para delimitar o pátrio poder – ainda que atipicamente, pois há muito já não se vislumbra vínculo obrigacional (crédito) ou real (propriedade) entre pais e filhos. De toda forma, a natureza jurídica de direito subjetivo dava ao pai verdadeiro direito de ação em face do seu filho, a quem restava apenas se sujeitar. Era intuitivo, portanto, posicionar o pai como titular (sujeito ativo)

do pátrio poder. Essa condição lhe dava liberdade de atuação. O pai agia (e exigia) guiado por seus próprios interesses individuais.

Em certa medida, “o direito subjetivo situa-se no âmbito da autonomia privada, poder que os particulares têm de estabelecer a disciplina legal de suas próprias relações.” (AMARAL, 2008, p. 225). Como “instrumento de realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo” (AMARAL, 2008, p. 225), essa natureza jurídica guardava coerência com o contexto da época, fundamentando a sobrevivência no Código Civil de 1916 de verdadeiro poder arbitrário dos pais sobre seus filhos enquanto menores.

A Lei preocupava-se mais em conferir aos pais o poder de representação e de administração patrimonial, disciplina que relegava ao filho mera posição de ouvinte e receptor de ordens, ainda que supostamente orientadas pela necessidade de proteção. Claramente havia um poder de sujeição, cujo relevo estava concentrado aos seus aspectos patrimoniais (TEIXEIRA, 2005).

Foi só recentemente que a função de desenvolvimento da personalidade do filho, mediante promoção de suas potencialidades criativas, começou a ser também realçada. Em outras palavras, o poder familiar ganhou colorido existencial. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, sobressai a natureza existencial, pois “na autoridade parental é mais relevante sua função educativa do que a de administração patrimonial.” (TEIXEIRA, 2010, p. 206). Nessa perspectiva, a bipolaridade de antes, aos poucos, foi cedendo lugar para o desenvolvimento de um relacionamento interpessoal complexo, que envolve direitos, deveres e responsabilidades.

O esquema poder-sujeição foi superado (PERLINGIERI, 2002) e substituído por uma situação complexa, não mais bipolarizada em poderes e deveres (TEIXEIRA, 2010), tanto que agora o intérprete encontrará dificuldade se pretender identificar quem é o sujeito ativo e quem é o sujeito passivo da relação. Para a correta compreensão do poder familiar, é necessário superar o raciocínio do direito subjetivo.

Na concepção contemporânea, a autoridade parental não pode ser reduzida, portanto, nem a uma pretensão juridicamente exigível, em favor dos seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição (dos filhos à vontade dos pais). Há de se buscar o conceito da autoridade parental na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos, informados pela função emancipatória da educação. (TEPEDINO, 2004, p. 40).

O poder jurídico outorgado pelo Direito aos pais é funcionalizado e só será legitimamente exercido se atento ao interesse dos filhos. Trata-se de reconhecer o poder familiar enquanto “situação jurídica subjetiva existencial, caracterizada pela atribuição aos pais do poder de interferência na esfera jurídica dos filhos menores, no interesse destes últimos e não dos titulares do chamado poder jurídico.” (TEPEDINO, 2004, p. 39). O que se observa, portanto, é que perdeu sentido a identificação dos sujeitos ativo e passivo da relação, pois o fundamental será realçar e garantir o papel de protagonista para as crianças e os adolescentes. Assim, ainda que externamente se continue a visualizar uma atuação dos pais em nome dos filhos, cabe reconhecer que aqueles não o fazem com liberdade, mas investidos de uma autoridade fundada na perseguição dos interesses destes. Ana Carolina Brochado Teixeira arremata: “por essa razão, perdeu completamente sua feição de direito subjetivo para assumir o perfil de poder jurídico.” (TEIXEIRA, 2010, p. 206).

Gustavo Tepedino adverte que “a utilização dogmática de uma estrutura caracterizada pelo binômio direito-dever, típica de situações patrimoniais, apresenta-se incompatível com a função promocional do poder conferido aos pais.” (TEPEDINO, 2004, p. 41). Ampliado, o poder familiar adquiriu uma compreensão democrática, uma abertura para o diálogo, sendo compreendido como um “ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos.” (PERLINGIERI, 2002, p. 258).

O poder familiar, portanto, possui natureza jurídica de poder jurídico.

O poder jurídico é a espécie de situação jurídica subjetiva na qual “os deveres impostos ao seu titular desempenham papel tão relevante ou talvez ainda mais proeminente em relação às prerrogativas que lhe são reconhecidas.” (BODIN DE MORAES; SOUZA, 2019, p. 97).

O enquadramento correto, atento à dignidade da pessoa humana e coerente com a personalização da ordem civil-constitucional, delinea o poder familiar como uma correlação horizontal de pessoas, sem traços de dominação entre elas. Os pais, pelo simples fato de ostentarem essa condição, recebem da ordem jurídica uma atribuição de competências, um conjunto de prerrogativas, deveres e, principalmente, de responsabilidades, que será desempenhado em benefício dos filhos, considerando os interesses deles.

Diferentemente do que ocorre com as demais espécies de situações jurídicas subjetivas de Direito Privado, “no poder jurídico o exercício deve estar voltado necessariamente, do ponto de vista funcional, ao interesse exclusivo de uma outra

pessoa, diversa do seu titular.” (BODIN DE MORAES; SOUZA, 2019, p. 98). Essa particularidade faz com que o poder jurídico, apesar de sua natureza de instituto de Direito Privado, apresente traço de Direito Público e seja reconhecido por muitos como um *múnus*, denominação afeta à Administração Pública.

O paralelo é inevitável, ainda mais quando se considera o seu exemplo mais frequente, o poder familiar. À semelhança do que se verifica na relação dos agentes públicos com os cidadãos, a atuação dos pais é sempre voltada a perseguir os interesses dos filhos, jamais seus desígnios pessoais. Ao servidor público, o atendimento ao interesse público e a obediência à legalidade são os fatores que conferem legitimidade à sua atuação. Lógica semelhante orienta os pais, como já amplamente frisado, visto que a intervenção autorizada pelo ordenamento jurídico sobre a esfera privada da criança e do adolescente só se justifica enquanto atenda ao melhor interesse dos destinatários.

A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais – muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos – só merece tutela se exercida como um *múnus* privado, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência. (TEPEDINO, 2004, p. 41).

Portanto, o novo realce conferido pela Constituição de 1988 à relação parental provocou verdadeira releitura do poder familiar. Antes estudado como direito subjetivo, agora se atribui ao instituto a natureza jurídica de poder jurídico. O enquadramento se mostra coerente com a concretização da prioridade absoluta estabelecida em favor das crianças e dos adolescentes, que assumem definitivamente posição de sujeitos de direito na relação estabelecida com seus pais. Descolar o poder familiar da dogmática do direito subjetivo significou diminuir seu caráter patrimonial e acender sua feição existencial, consistente na promoção das potencialidades do sujeito. Nessa linha, a ordem jurídica reconhece aos genitores prerrogativas, mas também deveres e principalmente responsabilidades, cambiando-se de uma relação bipolarizada (poderes/deveres) e hierarquizada (sujeito ativo/sujeito passivo) para um processo educacional complexo e dialógico. Trata-se de ofício ou função de Direito Privado (*múnus*) a ser exercido com foco constante no interesse do destinatário, razão do protagonismo dado aos filhos no âmbito do poder familiar.

2.4 Critérios hermenêuticos para a determinação do melhor interesse

O princípio do melhor interesse da criança é posicionado pela doutrina ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, como vértice interpretativo do ordenamento jurídico sobre esse tema (TEIXEIRA, 2005). Foi o comando constitucional de proteção com *absoluta prioridade* (artigo 227, *caput*, da Constituição) que norteou a adoção da *doutrina da proteção integral* pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (superada a doutrina do menor em situação irregular, presente no revogado Código de Menores – Lei n.º 6.697/1979).

Além de gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, crianças e adolescentes fazem jus à proteção integral que lhes faculte o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (artigo 3º do ECA). Isso significa que, em razão de sua peculiar situação de pessoas em desenvolvimento (artigo 6º do ECA), os menores foram promovidos pela ordem constitucional a patamar protetivo superior, constringendo os demais agentes a perseguir o melhor interesse da criança. Para Ana Carolina Brochado Teixeira, “seu diferencial reside em serem alvo de especial tratamento das entidades intermediárias [família, sociedade e Estado], passando a ser os protagonistas da família.” (TEIXEIRA, 2005, p. 75). Portanto, dado que tal protagonismo se baseia num conceito jurídico indeterminado, cabe aqui pesquisar o que é e como definir o melhor interesse.

O princípio do melhor interesse da criança foi assim enunciado pela primeira vez em 1959, quando a Assembleia Geral da ONU proclamou a Declaração dos Direitos da Criança reconhecendo que “os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta (sic) responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais” (princípio 7º). Desde o início, portanto, foi fixado o seu status de princípio.

Nessa toada, anos mais tarde, o melhor interesse foi reafirmado de maneira ainda mais incisiva em outro documento internacional exarado pela Assembleia Geral da ONU. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, diz que “todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança” (artigo 3, item 1).

No Brasil, o Texto Constitucional de 1988 impõe tanto ao Poder Público quanto à sociedade, à comunidade e (principalmente) à família um dever: assegurar a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. O fato de esse dever vir enunciado no artigo 227, *caput*, da Constituição não apenas com prioridade, mas com prioridade absoluta é grifado pela doutrina especializada como indicativo de que ao princípio do melhor interesse foi dada estatura fundamental, assim como àqueles listados nos incisos do artigo 5º da Constituição, a ponto de Tânia Pereira da Silva e Carolina de Campos Melo afirmarem que o disposto constitucional é a “Declaração de Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil” (PEREIRA; MELO, 2003, p. 258).

Bebendo dessa fonte, Ana Carolina Brochado Teixeira concorda que “o berço, por natureza, dos direitos fundamentais do menor é o art. 227 da Constituição” (TEIXEIRA, 2005, p. 81), mas acrescenta: “não há dúvidas de que os arts. 3º, 4º, 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente também traduzem normas de direitos fundamentais.” (TEIXEIRA, 2005, p. 80). O melhor interesse, nesse sentido, surge da confluência entre a diretriz de prioridade absoluta e a doutrina da proteção integral.

Preferindo realçar o disposto no artigo 229 da Constituição, Luciana Fernandes Berlimi e Lara Antunes de Souza revelam que:

A reviravolta paradigmática instaurada pela Constituição da República de 1988, ao alocar no centro do ordenamento jurídico a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), de forma que toda interpretação jurídica deve ser no sentido de proteger e fomentar a dita dignidade, efetiva-se, no Direito das Famílias, em alguns dispositivos constitucionais, como no art. 229: “cabe aos pais criar, educar e assistir seus filhos enquanto menores de idade”. No caso, o princípio que rege as relações entre os pais e os filhos será o do melhor interesse da criança e do adolescente. (BERLINI; SOUZA, 2019, p. 127).

Categóricos, Luciana Dadalto e Willian Pimentel (2019, p. 219) afirmam que “o texto constitucional ratificou e explicitou o princípio do melhor interesse do menor”. Para os autores, “a partir de 1988, esse princípio passa às relações familiares, sendo basilar a todo o ordenamento jurídico brasileiro e imperioso na atividade interpretativa das normas jurídicas.” (DADALTO; PIMENTEL, 2019, p. 279). Com base nisso, os autores ressaltam a possibilidade de intervenção estatal na tomada de decisão ao verificar que os pais negligenciaram concretamente o melhor interesse dos filhos.

O que se observa, portanto, é que o discurso doutrinário evoca constantemente o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como fundamento para decidir nas situações jurídicas infanto-juvenis. A sua importância é inegável, pois foi

sob a premissa do *best interest*³ que inúmeros avanços em matéria de proteção das crianças e dos adolescentes foram (e ainda são) conquistados. Apesar disso, o emprego do princípio não pode ser vulgarizado, sendo imprescindível ao intérprete se desincumbir de ônus argumentativo exteriorizando a adequação da solução que afirma estar baseada no melhor interesse.

De fato, o dever de proteção imposto genericamente a toda a coletividade e em específico aos pais pelo artigo 227 da Constituição determina que as crianças e os adolescentes devem ser colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Com outras palavras, isso equivale a dizer que merecem tratamento digno. Sendo assim, o princípio do melhor interesse pode ser entendido como a tradução da dignidade da pessoa humana no campo da tutela da infância e da adolescência.

A repercussão da dignidade no âmbito do Direito Civil provocou o realinhamento do eixo interpretativo de maneira que a centralidade da pessoa humana passou, a partir de 1988, a ser critério hermenêutico incidente sobre todas as relações privadas. Posto isso, o que se verifica em relação aos menores é que a preocupação foi ainda maior, não se contentando o legislador constituinte com a proteção genérica conferida pelo artigo 1º, inciso III, repetindo com outras palavras a exigência de tratamento digno em relação às crianças no artigo 227 da Constituição. Essa preocupação redundante fica evidente quando se analisa a redação dada ao artigo 3º do ECA:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

³ Conforme explicam Tânia da Silva Pereira e Carolina de Campos Melo (2003, p. 267), a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, na versão original em língua inglesa enfatiza o caráter qualitativo do interesse da criança: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”. Por outro lado, ao ser internalizada e traduzida para o português, a Convenção retratou critério quantitativo – o *interesse maior da criança* (Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990). Posto isso, toda a doutrina nacional tem prestigiado o *best interest* (*melhor interesse*).

Como sujeitos de direitos, dotados de capacidade de direito e de personalidade jurídica desde o nascimento com vida, obviamente que as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a qualquer pessoa. A dignidade, que vincula todos os seres humanos, por certo também norteia a tutela dos menores. Nada obstante, por vezes o óbvio precisa ser dito. É nesse sentido que o princípio do melhor interesse é colocado ao lado do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, como sua reiteração e especificação. A repetição é mesmo importante para deixar marcada a especial proteção que crianças e adolescentes inspiram. Sem embargo do tratamento digno que deve ser dispensado a todas as pessoas, em relação aos menores, esse dever ético é potencializado mediante proteção integral e prioridade absoluta.

É impossível negar, contudo, a abertura dessas expressões. Considerada a dignidade, de maneira geral, ou especificamente o melhor interesse, tamanha vagueza abre margem para um perigoso emprego indiscriminado como justificativa para decidir num ou noutro sentido. Permitir a banalização dos princípios fundamentais, sacados sem critério como fundamentos pressupostos, gera como efeito colateral o esvaziamento por completo daqueles mesmos princípios. É com pesar que João Baptista Villela reconhece que a expressão *dignidade da pessoa humana* foi banalizada e acabou por ganhar a propriedade de servir a tudo ao ser convocada tanto nas oportunidades em que cabe com acerto pleno como naquelas em que convém com adequação discutível e nas em que definitivamente não é o seu lugar (VILLELA, 2009). Em suma, ao servir a tudo, o princípio acaba por servir a nada.

Mas, para além do risco de esvaziamento do princípio, o perigo maior gerado por essa utilização trivializada é descambar em uma inversão. O caráter protetivo do princípio enquanto garantia fundamental é enfraquecido e dá lugar à sua utilização enquanto elemento de justificação para satisfazer determinado fim. Ou seja, ao invés de refletir o direito vigente, a decisão que se valer, por exemplo, da dignidade da pessoa humana (ou mesmo do melhor interesse da criança) como um valor superior estará, na realidade, refletindo uma aplicação do princípio pautada na subjetividade do aplicador, que elege aprioristicamente uma gradação dentro do sistema axiológico (SÁ; NAVES, 2021). Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves resumem essa preocupação argumentando que “o problema do procedimento axiológico de interpretação e aplicação do Direito está na subjetividade e imprevisibilidade de sua utilização.” (SÁ; NAVES, 2021, p. 23).

A melhor interpretação, assim, passa pela desconsideração dos juízos de valor, ou seja, pelo reconhecimento de que não cabe abertura axiológica dentro do processo hermenêutico das normas de Direito de Família, mormente quando em jogo questões de natureza existencial. Isso porque, dado que o tecido social é extremamente complexo, heterogêneo e mutante, insistir na pretensão de enunciar valores que seriam supostamente comuns a todas as pessoas significa adotar posicionamento autoritário e excludente. Na verdade, é na consideração e no respeito às diferenças que se atingirá a almejada interpretação adequada e democrática. Nessa toada, as particularidades de cada episódio concreto serão indispensáveis para a construção de uma conclusão que seja a melhor resposta para cada caso em particular.

Essa foi a conclusão de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior. Após pontuarem os avanços e retrocessos desencadeados pelo Positivismo e também os problemas decorrentes da inserção dos valores pelo Pós-Positivismo, os autores estabeleceram o seguinte pressuposto como ponto de partida para a interpretação adequada das situações jurídicas subjetivas de Direito de Família:

Decerto, não se podem impor valores ao se utilizar a norma, avaliando-se, preferencialmente, alguns comportamentos em desmerecimento de outros. Não se pode assim proceder, principalmente, quando se tratar de questões atinentes às pessoas em si consideradas, dentre as quais se destacam as de natureza familiar. Tal proposta axiológica é avessa à contemporânea sociedade pluralista e à pretensa consecução de um Estado Democrático de Direito, não se apresentando razoável. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 37).

Para Maria de Fátima Freire de Sá e Lucas Costa de Oliveira, há que se estabelecer uma proposta mais adequada da dignidade da pessoa humana no paradigma do Estado Democrático de Direito (SÁ; OLIVEIRA, 2018). Com esse intuito, os autores ratificam as conclusões acima apontadas:

Entende-se que em uma sociedade cada vez mais plural e complexa a caracterização desse conceito não pode caminhar rumo a algo absoluto, apriorístico ou metafísico. Não cabe ao Estado impor um único substrato axiológico a esse conceito, que deve, necessariamente, permanecer em aberto, sendo passível de construção e reconstrução em cada caso concreto. (SÁ; OLIVEIRA, 2018, p. 250).

Tais alertas, dirigidos à dignidade da pessoa humana, também se fazem necessários quando se trabalha com o melhor interesse. Princípios irmãos, compartilham a mesma qualidade, que pode tanto reforçar sua envergadura

fundamental como torná-los banais e inúteis. São cláusulas abertas, altamente abstratas e cujo conteúdo é propositalmente indeterminado, o que permite que eles possam ser constantemente reformulados e permeados por compreensões inovadoras a partir de situações concretas antes não imaginadas. Quanto ao melhor interesse, importa reconhecer que “a identificação das condutas devidas a cada criança somente poderá ser determinada caso a caso, de maneira a efetivar o seu bem-estar na situação fática.” (SÁ; OLIVEIRA, 2018, p. 251).

Mantida a abertura, há que se estabelecer um conteúdo básico, um piso sobre o qual se edificará o melhor interesse considerando as premissas do caso concreto. Na tentativa de delimitar uma estrutura mínima para a aplicação desse princípio, Sá e Oliveira argumentam que “a garantia dos direitos fundamentais da criança deve ser o norte metodológico na aplicação do princípio do melhor interesse da criança.” (SÁ; OLIVEIRA, 2018, p. 251). Para os autores, o substrato mínimo do princípio será garantido mediante efetivação dos direitos a uma vida digna, à saúde, à integridade corporal, intimidade, privacidade etc. Aliás, o dever de efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, vinculante para todos os agentes intermediários, está expresso no artigo 4º do ECA, é extraído do artigo 227 da Constituição e também emana da Convenção sobre os Direitos da Criança. Diga-se de passagem, o caráter universal da Convenção, ratificada por 196 países, testemunha a existência de um núcleo de direitos comuns a todas as crianças e adolescentes do mundo.

Nessa perspectiva, para Marcelo de Mello Vieira, “todo princípio jurídico tem pelo menos um conteúdo mínimo, o que lhe dá consistência sem que ele perca sua maleabilidade.” (VIEIRA, 2016, p. 67). O referido autor indica na seguinte direção: “sempre que se fundamenta uma decisão no princípio do melhor interesse, deverão ser expostos todos os elementos do caso concreto que levaram o julgador a acreditar que aquela opção é a que realmente privilegia o melhor interesse da criança.” (VIEIRA, 2016, p. 69).

Há, portanto, um ônus argumentativo que impõe ao aplicador a exposição da fundamentação completa com base nas peculiaridades do caso que o levaram a visualizar dada decisão como a resposta mais adequada face ao paradigma do melhor interesse.

Para melhor fundamentar o raciocínio, cabe fazer referência ao trabalho de Ronald Dworkin, buscando breves noções da sua Teoria do Direito como Integridade.

Em seu ataque às teorias semânticas, Dworkin estabelece que a assunção de uma atitude interpretativa para com o Direito é o caminho para romper com o processo de aplicação mecânica das regras. O autor busca superar aquilo que denomina de *agulhão semântico*, ou seja, compreensões do Direito como um mero conjunto de regras. Ele afirma o Direito como um conceito interpretativo, mas que parte de um consenso inicial estabelecido pela comunidade em torno das práticas sociais consideradas jurídicas. Para Dworkin, o Direito é um “sistema de direitos e responsabilidades que respondem a complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado” (DWORKIN, 1999, p.116).

A tese da única resposta correta, desenvolvida por Ronald Dworkin, reconhece o Direito como um produto coletivo de determinada sociedade em permanente (re)construção (PEDRON; OMMATI, 2020). Por força da exigência de integridade, para encontrar a melhor resposta, o intérprete deverá, ao mesmo tempo, voltar seus olhos para o futuro e manter coerência com as decisões do passado. Assim, o resultado da interpretação deverá atender a uma primeira exigência de tratar os membros da comunidade com igual respeito e consideração (ou seja, uma abertura para o futuro), mas simultaneamente terá que se ajustar ao conjunto das decisões proferidas no passado e que foram estabelecidas por aquela comunidade. De fato, Dworkin reconhece que toda a comunidade está ligada em uma coerência de princípios, uma comunidade de princípios em que todas as pessoas são respeitadas.

Se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. (DWORKIN, 1999, p. 229).

Trazendo essas noções para o tema aqui analisado, conclui-se que a definição do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser feita a partir de um exercício de interpretação construtiva (DWORKIN, 1999). Os pais, assim como os demais membros da comunidade (incluindo o Poder Público), têm o dever de assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos da criança e do adolescente (artigo 4º do ECA). Esses agentes intermediários, portanto, estão todos ligados por um esquema coerente de princípios e, ao serem convocados a responder nas situações jurídicas

infanto-juvenis, deverão o fazer considerando como pressuposto as decisões anteriormente tomadas em situações similares pela própria comunidade e, simultaneamente, respeitando as características inerentes ao caso concreto, de modo a formular aquela que será a única resposta correta.

Para Tânia da Silva Pereira e Carolina de Campos Melo:

Não há receita mágica para a identificação do melhor interesse da criança. Podemos apontar aqui como indicativo para tal identificação a opção menos prejudicial ou a que cause menos dano à criança ou ao adolescente. Cabe lembrar que as regras, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, constituem apenas o primeiro grau de adensamento dos princípios constitucionais. Cabe notadamente ao Poder Judiciário, por meio de sua atividade jurisdicional, consolidar em sua prática diária a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. (PEREIRA; MELO, 2003, p. 270).

Também nesse sentido, Heloisa Helena Barboza, Marilena C. Dias Villela Corrêa e Vitor de Azevedo Almeida Júnior arrematam: “o melhor interesse de crianças e adolescentes, portanto, é a medida e o limite de atuação dos pais e é atendido pela observância dos direitos que lhes foram constitucionalmente assegurados.” (BARBOZA; CORRÊA; ALMEIDA JÚNIOR, 2018, p. 155). O poder familiar passou por filtragem constitucional, e o seu conteúdo normativo “tem sido reconstruído à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que consiste no exercício exclusivamente em favor do filho.” (BARBOZA; CORRÊA; ALMEIDA JÚNIOR, 2018, p. 155). Assim, como a função educativa é atribuída pela ordem jurídica aos pais, com foco na efetivação dos direitos do filho, “a noção de direitos e deveres fundamentais encaixa-se perfeitamente à autoridade parental.” (TEIXEIRA, 2005, p. 83).

Em síntese, o que se observa é que os direitos e as garantias fundamentais constituem o fio condutor, um patamar mínimo a partir do qual serão construídas as respostas às mais diversas indagações surgidas no contexto da tutela da criança e do adolescente. Os pais, no exercício do poder familiar, encontrarão a medida do melhor interesse ao agirem pautados pelo dever que lhes é constitucionalmente imposto de efetivação dos direitos e das garantias fundamentais dos filhos.

Considerar os elementos do episódio concreto na construção de uma resposta adequada, sem lançar mão de supostos axiomas ou valores que se imagine serem comuns, significa privilegiar a concreção em detrimento da abstração. Em outras palavras, o processo hermenêutico será adequado e verdadeiramente democrático quando se valer dos princípios enquanto elementos dinâmicos para a fundamentação

das decisões. As características do fato que estiver posto sob análise não podem ser consideradas a partir de valores estáticos, abstratamente definidos, cenário em que os princípios se prestariam a incidir como meros argumentos de autoridade para a opressão de uma maioria eventual sobre o restante. É no respeito à coerência de princípios, pressupondo as decisões do passado, mas considerando os elementos concretos para projetar uma resposta correta para o futuro, que se garante o processo interpretativo adequado de extração do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.5 Autoridade e autonomia: o equilíbrio entre a proteção e a promoção da dignidade no âmbito do poder familiar

Andrew Solomon, no capítulo 1 de sua obra *“Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade”*, traz importantes reflexões acerca das dificuldades e dos dilemas enfrentados na relação paterno-filial, especialmente quando a criança apresenta algum tipo de vulnerabilidade.

Eu era popular em casa, mas estava sujeito a correções. Quando eu tinha sete anos, minha mãe, meu irmão e eu estávamos na Indian Walk Shoes e, na saída, o vendedor perguntou de que cor queríamos os balões. Meu irmão quis um balão vermelho. Eu quis um cor-de-rosa. Minha mãe contrapôs que eu não queria um balão cor-de-rosa e me lembrou (sic) que minha cor favorita era azul. Eu disse que realmente queria o rosa, mas diante de seu olhar peguei o azul. Que minha cor favorita ainda seja o azul mas mesmo assim que eu ainda seja gay são provas tanto da influência de minha mãe como de seus limites. Ela disse certa vez: “Quando você era pequeno, não gostava de fazer o que as outras crianças gostavam de fazer, e eu o encorajei a ser você mesmo”. E acrescentou, com certa ironia: “Às vezes acho que deixo as coisas irem longe demais”. Algumas vezes pensei que ela não as deixou ir longe o suficiente. Mas seu incentivo à minha individualidade, embora ambivalente, moldou minha vida. (SOLOMON, 2013, p. 19).

Minha mãe não queria que eu fosse gay porque achava que não seria o caminho mais feliz para mim, mas também porque não gostava da imagem de ser mãe de um filho gay. O problema não era que ela quisesse controlar a *minha* vida – embora ela acreditasse, como a maioria dos pais, que sua maneira de ser feliz era a melhor maneira de ser feliz. O problema era que ela queria controlar a vida *dela*, e era a vida como mãe de um homossexual que ela desejava alterar. Infelizmente, não havia maneira de ela resolver seu problema sem me envolver. (SOLOMON, 2013, p. 21, grifos do autor).

O autor se vale da própria história, de como ele foi confrontado desde a infância com situações de constrangimento, resultantes dos traços de homossexualidade que externava, e assim escancara como é difícil a missão dos pais de perceber nos filhos

características que eles não portam e decidir se caberá confrontá-las, em nome do processo educacional, ou se hão de respeitá-las, em atenção à autonomia futura do filho, transitando sempre em uma linha tênue entre a proteção e a promoção.

Ao descrever situações de crianças surdas, anãs, portadoras de síndrome de Down, autismo, esquizofrenia ou múltiplas deficiências graves, dentre outros, Solomon opta por se valer do termo *identidade*. Ele explica que o adjetivo *defeituoso* há tempos é considerado, pelo discurso liberal, muito carregado, mas argumenta que mesmo os termos médicos que o substituíram – “*doença*”, “*síndrome*”, “*condição*” – podem ser quase tão pejorativos à sua maneira discreta (SOLOMON, 2013).

O termo sugerido é utilizado como ponto de partida para apartar as *identidades verticais*, ou seja, “atributos e valores [que] são transmitidos de pai para filho através das gerações, não somente através de cadeias de DNA, mas também de normas culturais compartilhadas” (SOLOMON, 2013, p. 12), das *identidades horizontais*, que “podem refletir genes recessivos, mutações aleatórias, influências pré-natais, ou valores e preferências que uma criança não compartilha com seus genitores” (SOLOMON, 2013, p. 12).

Assim como meus pais entenderam mal quem eu era, outros pais devem estar constantemente entendendo mal seus filhos. Muitos pais sentem a identidade horizontal de seu filho como uma afronta. A diferença marcante de uma criança em relação ao resto da família exige conhecimento, competência e ações que uma mãe ou um pai típicos estão desqualificados para oferecer, ao menos de início. (SOLOMON, 2013, p. 14).

(...)

As famílias tendem a reforçar as identidades verticais desde a primeira infância, mas muitas se opõem às horizontais. As identidades verticais em geral são respeitadas como identidade; as horizontais são muitas vezes tratadas como defeitos. (SOLOMON, 2013, p. 15).

O diagnóstico proporciona reflexões interessantes para o tema deste trabalho. Essa tendência natural dos pais, de buscar nos filhos o reflexo da própria imagem, faz com que por vezes as decisões tomadas ao longo da infância e da juventude não sejam as melhores, na medida em que desatentas ao interesse do menor. Mais propensos a valorizar características suas herdadas pelos filhos (*identidade vertical*), os genitores tendem a amenizar, ou até mesmo tentam suprimir, características que não são familiares (*identidade horizontal*). Apesar de ser algo quase sempre involuntário e até de difícil percepção, essa atitude nem sempre condiz com o exercício do poder familiar, pois essas características não familiares podem se mostrar fundamentais ao processo de desenvolvimento da personalidade. A sua

consideração e promoção, ainda que isso não seja intuitivo, podem ser decisivas para um desenvolvimento com dignidade.

O que Andrew Solomon não considera, mas que em uma análise jurídica não se pode abrir mão, é que o conteúdo do poder familiar, principalmente no contexto regido pela Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 e pela Constituição de 1988, é bastante amplo e também abrange a prerrogativa/dever de disciplina e orientação. Sem embargos do realce dado à dignidade da criança e do adolescente, repositados como verdadeiros sujeitos de direitos, protagonistas da relação e cujos interesses devem ser respeitados, e os direitos efetivados com prioridade absoluta, o dever de proteção segue inabalável no cerne do exercício do poder familiar. O artigo 1.634 do Código Civil elenca as competências atribuídas a ambos os pais (independentemente da situação conjugal), dentre as quais se destacam: *dirigir a educação e criação* dos filhos e exigir que eles lhe prestem *obediência e respeito* (incisos I e IX, grifo nosso). Ao discorrer sobre o assunto, Luciana Fernandes Berlim e Lara Antunes de Souza afirmam que:

Educação, obediência e respeito estão contidos no conteúdo da autoridade parental, afinal educar é promover no filho o desenvolvimento de sua personalidade e sua autonomia responsável, para que ele obtenha o discernimento necessário para a consecução de suas escolhas, entretanto, sob supervisão e coordenação dos pais, que merecem respeito. (BERLINI; SOUZA, 2019, p. 129).

Assim, a permanência do dispositivo legal reconhecendo a obediência dos filhos aos pais como um fator importante no exercício do poder familiar explica-se não como um resquício da já superada hierarquização, mas traduz a “necessidade da construção dialógica da obediência por meio do próprio respeito.” (BERLINI; SOUZA, 2019, p. 129). O novo conteúdo civil-constitucional do poder familiar abrange o respeito e a promoção de traços característicos da personalidade manifestados ainda na infância, mas isso não apaga a relevância do dever de proteção. Equilibrando orientação e obediência, diálogo e firmeza, compete aos pais exercer de maneira ponderada o seu papel de conselheiros dos filhos, conduzindo-os pelos melhores caminhos até que, atingido seu completo amadurecimento, estejam eles preparados e tenham plenas condições de decidir como trilhá-los.

O que se verifica, portanto, não é um conflito entre a autoridade dos pais e a autonomia (ainda que futura) do filho. Na verdade, há que se buscar o equilíbrio entre

proteção e promoção da dignidade; ao invés de extremá-las, compatibilizá-las. Assim, faz-se necessário estabelecer um critério distintivo que possibilite apontar em quais circunstâncias os pais atuam legitimamente e em quais excedem e desrespeitam as individualidades dos filhos, abusando, portanto, do poder familiar. Numa palavra, definir os *limites* do poder familiar.

João Baptista Villela menciona o assunto (ainda que de passagem) quando compara as situações do pai que decide entre dar ou não seu consentimento para a realização de intervenção cirúrgica em si próprio ou em seu filho. Enquanto no primeiro caso há manifestação de vontade com conteúdo negocial, na segunda hipótese, embora não se possa negar que haja autonomia, o que se vislumbra é a prática de um ato jurídico *stricto sensu*. A liberdade do pai, que age investido de um dever, restringe-se a dar ao ato o conteúdo que melhor promova os interesses da criança.

O consentir em intervenção cirúrgica, por exemplo, só não tem natureza negocial para o agente que se encontre sob o dever de praticá-lo, como é o caso do representante do paciente incapaz. Mas é negócio jurídico próprio e verdadeiro quando o paciente é também o autor da declaração, ressalvada a hipótese de um suposto dever jurídico para consigo próprio. (VILLELA, 1982, p. 265).

Ocorre que o autor busca oferecer critério distintivo que permita vislumbrar com clareza quando um ato possui (e quando não) conteúdo negocial⁴. Para se desincumbir da empreitada, apartando de um lado os negócios e, de outro, os atos jurídicos *stricto sensu*, ele enfatiza as diferenças de intensidade da autonomia dentro do gênero ato jurídico *latu sensu*, que abrange aquelas duas espécies.

Relativamente ao negócio, o agente pode, em primeiro lugar, praticá-lo ou abster-se de fazê-lo. E depois, se optar por praticá-lo, dar-lhe o conteúdo específico e a forma que livremente eleger. Já nos atos a liberdade não existe nem para a prática, nem para o conteúdo. Frequentemente tampouco para a forma, aberta em princípio, quando se trata de negócios. É verdade que, ainda nos atos, reconhece-se ao agente uma relativa autonomia: precisamente aquela necessária para o mais adequado cumprimento de um dever. (VILLELA, 1982, p. 264).

⁴ João Baptista Villela enuncia assim a questão: “no interior da categoria atos jurídicos, a doutrina mais autorizada distingue entre os negócios e os atos ‘stricto sensu’. Onde, porém, terminam os limites conceituais do negócio jurídico e começa o conteúdo residual dos atos ‘stricto sensu’, ou vice-versa, é matéria a cujo respeito o consenso teórico parece longe de verificar-se.” (VILLELA, 1982, p. 263). Em seguida, o autor apresenta sua proposta de critério distintivo: “o que se quer aqui propor é, pois, uma solução que também incorpore a qualidade da autonomia. Assim, serão negócios os atos que não têm outros limites que os pressupostos de legalidade. Em regra: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa (CC, art. 82). Nos atos há sempre, para além dos pressupostos de legalidade, uma vinculação da conduta. Portanto, um condicionamento da autonomia” (VILLELA, 1982, p. 264).

Nas situações em que o ordenamento jurídico impõe ao agente um dever de praticar o ato em atenção ao interesse de outra pessoa, afirma Villela que sua discricionariedade será condicionada aos fins sociais do ato, cabendo perguntar não se isso lhe agrada (*quod placet*⁵), mas se sua ação é apropriada (*quod oportet*).

Nota-se que o critério é de grande valia para o objetivo proposto neste tópico.

Com base na premissa acima, a conclusão que se extrai é de que, apesar de agirem com certa liberdade, quando falam em nome dos filhos, os pais não o fazem investidos da mesma autonomia que lhes garantiria tomar as decisões em nome próprio. As manifestações de vontade emitidas no exercício do poder familiar não possuem roupagem negocial, porque aos pais não é dado agir movidos por mera conveniência, mas baseados em autoridade e responsabilidade. O conteúdo da decisão deverá refletir o melhor interesse do filho, vale dizer, o ato dos pais consiste em traduzir e dizer aquilo que por incompleta capacidade o próprio filho não pode exprimir.

Villela arremata seu raciocínio apresentando valiosa distinção: enquanto nos negócios a característica é de *autonomia autofundada* (que não exige razões exteriores ou legitimação), nos atos o que se verifica é *autonomia heterofundada*, ou seja, são agentes a quem se defere a prerrogativa para preenchimento de um dever (VILLELA, 1982). No caso dos pais, a função que lhes investe a ordem jurídica encontra justificação apenas enquanto for tendente à realização do objetivo maior de emancipação do filho como pessoa; do contrário perde a razão, torna-se ilegítima.

Nessa ordem de ideias, o exemplo da intervenção cirúrgica em crianças ou adolescentes é ilustrativo e tem sido bastante explorado pela doutrina como demonstrativo dos limites do poder familiar. A verdade é que as situações são de difícil solução, sendo importante sempre manter o devido distanciamento para evitar cair em tentação e emitir julgamentos axiológicos. Nada obstante, há que se reconhecer que os casos concretos envolvendo decisões médicas proporcionam um pano de fundo ímpar, sobre o qual é possível explorar os vários aspectos do debate em torno do equilíbrio entre autonomia e autoridade.

Ocorre que as crianças e os adolescentes são considerados pela ordem jurídica como (absoluta ou relativamente) incapazes de praticar autonomamente os atos da

⁵ “Nos negócios pergunta-se pelo ‘*quod placet*’. Nos atos, pelo ‘*quod oportet*’. Resumindo, dir-se-á que o negócio se distingue do ato em que aquele é uma ação *livre*, este uma ação *necessária*.” (VILLELA, 1982, p. 265).

vida civil. Fazendo-se representar ou assistir (em regra) pelos pais, os menores têm sua autonomia limitada em nome da proteção que eles inspiram, ante sua peculiar situação de pessoas em desenvolvimento. Contudo, já foi acima marcado que essa justificativa vai se esvaziando ao longo do tempo a medida em que concretamente se avalia que a pessoa adquire maturidade. Ou seja, ainda que juridicamente a criança seja considerada incapaz, em atenção à sua dignidade, faz-se necessário ponderar que a autonomia é limitada na exata medida da sua falta de discernimento. Em outras palavras, deve-se reconhecer uma autonomia progressiva.

Na linha de promoção dos direitos dos infantes, o Estatuto reconhece a autonomia da criança e do adolescente, apesar de serem pessoas em desenvolvimento (art. 6º), como decorrência do direito à liberdade e ao respeito que lhes é assegurado. Uma autonomia que se revela progressiva, na medida em que (sic) o desenvolvimento e as habilidades são gradualmente conquistados pelos menores. (BARBOZA; CORRÊA; ALMEIDA JÚNIOR, 2018, p. 154).

Nesse cenário, em que a criança vai paulatinamente ganhando compreensão sobre o mundo à sua volta, interagindo com outras pessoas além do núcleo familiar, e começa a formar o substrato daquilo que no futuro será sua personalidade, começam a eclodir também as diferenças de perspectiva em relação aos seus genitores, aquilo que Andrew Solomon chama de *identidades horizontais*. Sob esse enfoque, Luciana Dadalto e Willian Pimentel chamam a atenção para possíveis diferenças de crenças e valores que podem inebriar o julgamento dos pais sobre o que seja o melhor interesse de seus filhos. Ponderam os autores que:

Podem decorrer dilemas de conflito de interesse entre a vontade do menor e o desejo do representante, pois nem sempre este indivíduo legalmente autorizado a tomar decisão no lugar do menor estará apto a representar o melhor interesse da criança ou adolescente em uma específica situação, podendo ofender os seus direitos pela diferença de crenças e valores ou pela possível ausência de uma decisão autônoma. (DADALTO; PIMENTEL, 2019, p. 278).

Retomando o tema das decisões médicas, o cerne da controvérsia se localiza na competência para manifestar o consentimento informado em nome de paciente incapaz. Ressaltam Dadalto e Pimentel (2019, p. 280) que “a mitigação do critério étário para decisões sobre interesse do menor já é uma realidade na doutrina brasileira”. A partir desse pressuposto, eles concluem:

Por todo o exposto, entende-se que (sic) se verificado que o menor possui condições para manifestar de forma livre e esclarecida sua vontade e se essa estiver em consonância com a indicação clínica – ou seja, inexistirem dúvidas médicas sobre o que deve ser feito – há possibilidade de afastar a opinião dos pais, quiçá a possibilidade desta sequer ser discutida.

Todavia, nos casos em que inexiste capacidade do menor para decidir ou quando esta (sic) é duvidosa, a vontade dos pais deve ser levada em consideração, mas ponderada com a indicação clínica, não podendo ser presumida como absoluta, sob pena de transmitir aos pais o direito à saúde do filho, o que configuraria verdadeiro absurdo jurídico. (DADALTO; PIMENTEL, 2019, p. 280).

Heloisa Helena Barboza, Marilena C. Dias Villela Corrêa e Vitor de Azevedo Almeida Júnior também apontam nessa direção ao analisarem o conhecido caso Charles Guard e a morte digna na Inglaterra:

O caso Charles Guard descortina que nem sempre as decisões dos pais quanto aos procedimentos médicos a serem adotados em seus filhos são as melhores e respeitam sua dignidade, sendo legítima a intervenção da autoridade judiciária para resguardar, sobretudo, os interesses do filho que não pode exprimir sua vontade. Tal decisão da Corte Europeia, que manteve o entendimento dos tribunais internos, revela que o primordial melhor interesse do filho deve ser sempre analisado a partir da perspectiva do filho, seja com base na sua vontade presumida ou com auxílio dos princípios bioéticos, mas nunca na direção dos interesses ainda que justificáveis dos pais, mas cujo atendimento cause dano ou sofrimento inútil e evitável à criança. (BARBOZA; CORRÊA; ALMEIDA JÚNIOR, 2018, p. 155).

Por fim, também se colhe o mesmo entendimento a partir do texto de Luciana Fernandes Berlim e Gustavo Pereira Leite Ribeiro:

Em todas as situações envolvendo os interesses de uma criança, deve-se salvaguardar a possibilidade de a criança em questão, em primeiro lugar, formar uma opinião, e, em segundo lugar, expressar os seus pontos de vista. Exige-se, ainda, que as considerações da criança sejam levadas em conta na tomada de decisão, assumindo peso decisivo de maneira proporcional à competência por ela demonstrada. (BERLINI; RIBEIRO, 2017, p. 188).

O entendimento é coerente com o objetivo constitucional de tratamento digno às crianças e aos adolescentes, devendo-se prestigiar seu processo de amadurecimento em detrimento do apego ao critério etário puro e simples. Assim, havendo discernimento, o menor deverá participar do processo decisório, podendo até mesmo ser admitido a opinar decisivamente, a depender do grau de entendimento verificado em concreto. De outro lado, ainda naquelas situações em que há pouca ou nenhuma capacidade de compreensão, em atenção à dignidade e à autonomia futura,

a resposta correta ao caso passará pelo cotejamento da vontade dos pais em face do melhor interesse do filho.

É precisamente aqui que surge a legitimidade do Poder Público para intervir na esfera de decisão dos pais e controlá-la. “Sempre que houver a possibilidade de uma escolha violar o melhor interesse da criança, o poder público tem o dever de intervir para buscar uma melhor solução.” (SÁ; OLIVEIRA, 2018, p. 252).

O elemento legitimador da ingerência estatal na esfera privada do poder familiar, para Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá, é “a garantia da autonomia futura do menor.” (2019, p. 41). As autoras também chamam a atenção para a tensão entre autoridade parental e autonomia da criança e do adolescente que emerge em casos de negativa dos pais de tratamento médico ao filho sob fundamento religioso. Ponderam, contudo, que não é sempre que estará aberta a possibilidade de intervenção por parte do Poder Público; por vezes, isso não passará de interferência ilegítima na esfera privada.

E se pais e filhos estão acordes na não realização da transfusão de sangue? A presunção, aqui, é a de que o filho tem discernimento, tanto para construir a religiosidade, como para entender as consequências dessa opção religiosa na preservação da saúde. Uma atuação do Estado para impor o procedimento seria um grande desrespeito, porquanto a construção valorativa do indivíduo seria subjugada pela axiologia do Estado-Juiz. (LIMA; SÁ, 2019, p. 41).

O dever de efetivação dos direitos da criança e do adolescente, atribuído no artigo 4º do ECA a toda a sociedade, à comunidade e ao Poder Público, garante que esses agentes terão legitimidade para intervir diante de escolhas equivocadas feitas pelos genitores. Porém, tal intervenção na esfera privada é marcada pela excepcionalidade, eis que, em regra, são os pais os titulares do poder familiar. Há, portanto, uma legitimação extraordinária e subsidiária, que se justifica no melhor interesse da criança. Assim, quando se suspeita que os pais tomaram decisões amparadas não no interesse do filho, mas contaminadas por interesses próprios, a interferência de outros agentes externos é cabível no sentido de avaliar a correção de tais decisões. Em outras palavras, como a função desempenhada pelos pais é condicionada ao preenchimento de um dever (*autonomia heterofundada*), diante de atuação que apresente indícios de ter sido conduzida por mera conveniência, estará posta em dúvida a legitimidade dos pais e autorizada a sindicância pelo Poder Público.

Como se observa, a intervenção tem lugar em um momento posterior e em concreto; jamais pode ser admitida previamente e em abstrato. Vale dizer, nem a comunidade, a sociedade e muito menos o Poder Público têm o poder de ditar aprioristicamente padrões de conduta que supostamente sejam mais adequados e pretensamente aplicáveis a todas as crianças e adolescentes. A complexidade e a heterogeneidade das famílias fazem com que seja tarefa impossível dizer de antemão qual modelo de criação efetiva mais adequadamente os direitos dos filhos, sendo também impossível a comparação entre famílias, que são estruturadas por dinâmicas diversas que as particularizam. A título de exemplo, considera-se inadequada a insistência na fixação do domicílio da criança mesmo quando estabelecida a guarda compartilhada entre ambos os pais separados. Sob viés abertamente valorativo, não raramente se argumenta que a criança tenderia a ter um desenvolvimento mais sadio se tivesse moradia fixa com o pai ou com a mãe. Independentemente de essa ser ou não uma afirmação correta, não cabe ao Poder Público se imiscuir na intimidade dos pais para lhes impor padrões de conduta previamente estabelecidos sob o pretexto de possuir as respostas mais corretas para a tutela da criança. Essas respostas só podem ser extraídas caso a caso, sendo imperioso que se afastem, definitivamente, as interferências axiológicas indevidas no processo educacional.

Portanto, não se trata de julgar aprioristicamente que esta ou aquela decisão tomada pelos pais em nome dos filhos é correta ou equivocada. No tópico anterior deste trabalho, estabeleceu-se que o intérprete deve evitar conduzir juízos de valor, eis que um processo hermenêutico adequado considera os elementos concretos para apontar, caso a caso, qual a decisão acertada. Assim, partindo da premissa de que é impossível estabelecer abstratamente uma resposta padrão, que possa ser aplicada a todo caso envolvendo tensão entre a autoridade dos pais e a autonomia da criança, o que se conclui é que o agir dos pais é sempre controlável, na medida em que, assim como eles, também todas as pessoas da comunidade (incluindo o Poder Público – artigo 4º do ECA) têm o dever de efetivação dos direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Nessa ordem de ideias, como sua atuação só é legítima se amparada no melhor interesse do filho, abre-se a toda a comunidade a possibilidade (vale dizer, o dever) de sindicarem as decisões tomadas pelos pais no exercício do poder familiar. Tal dinâmica explica a legitimidade subsidiária do Poder Público para intervir a fim de avaliar e, se for o caso, restabelecer o melhor interesse da criança. O fio condutor desse controle são os direitos e as garantias fundamentais.

3 OS DEVERES DE GUARDA E DE EDUCAÇÃO DO FILHO

3.1 A guarda

A repercussão dos direitos e das garantias fundamentais no âmbito do Direito Civil, em especial no Direito de Família, compeliu o intérprete a se afastar da dogmática tradicional patrimonialista e a buscar respostas permeadas pela tutela da dignidade da pessoa humana. Com o advento da Constituição de 1988, o indivíduo galgou, definitivamente, a centralidade do ordenamento jurídico, fazendo com que as situações jurídicas de natureza existencial fossem potencializadas. No que diz respeito à filiação, isso realçou a autonomia progressiva da criança e do adolescente sem descurar da necessidade de proteção que eles inspiram, mas com menos foco na proteção patrimonial e mais na promoção da personalidade. Num cenário multifacetado, que envolve não só prerrogativas, mas principalmente deveres e responsabilidades para ambos os pais, o desempenho do poder familiar se tornou desajustado à lógica do direito subjetivo.

Quanto à guarda, apesar de merecer a mesma análise crítica, uma vez que também diz respeito, primordialmente, às questões de natureza existencial, o que se observa é que a tradição do direito subjetivo ainda reverbera no instituto.

Assim, o estudo sobre a relação paterno-filial deve prosseguir e considerar contextos familiares diversos da típica tríade pai-mãe-filho. O debate em torno da guarda do filho só brota em campo exterior à fronteira da referida família estereótipo, nas situações de rompimento do relacionamento havido entre os genitores, naquelas em que a conjugalidade nunca existiu ou mesmo para tutelar outros casos de crianças que foram amparadas por terceiros diversos das pessoas que as geraram. Embora seja um dos deveres impostos pela legislação civil aos cônjuges (artigo 1.566, inciso IV, do Código Civil), a guarda não tem relevância prática durante a união. O mesmo recorte é feito pela doutrina: “enquanto os pais vivem juntos, ambos exercem o poder familiar, não havendo maiores problemas.” (VIEIRA, 2016, p. 148). O dever de guarda sobre os filhos é genuinamente compartilhado só se individualizando diante da separação de fato ou de direito. (MEIRA, 2010) (DIAS, 2021).

Com efeito, uma vez que a conjugalidade impõe outro dever, o de vida em comum no domicílio conjugal (artigo 1.566, inciso II, do Código Civil), ao menos em linha de princípio, os pais devem morar juntos enquanto estiverem casados. Vivendo

sob o mesmo teto, eles estarão mediatamente se eximindo do dever de guarda dos filhos. Essa argumentação, possível diante de um casamento, revela-se, contudo, fraca diante de uma união estável.

A situação de fato verificada a partir da convivência pública, contínua e duradoura, aliada ao objetivo de constituir família, alcançou reconhecimento enquanto entidade familiar (artigo 226, § 3º, da Constituição). Consequentemente, passou a ser para seus integrantes fonte de direitos, mas também de deveres recíprocos e em relação aos filhos. Nesse sentido, o artigo 1.724 do Código Civil estatui que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.” (BRASIL, 2002). O dever de *guarda*, ao lado do sustento e da educação dos filhos, vincula os companheiros do mesmo modo que os cônjuges, mas o dever de *coabitação* não.

Esse ponto merece análise ponderada. A ausência da vida em comum no mesmo domicílio (*more uxorio*) no rol do artigo 1.724 do Código Civil é notável. Esse é o único, dentre os deveres matrimoniais do artigo 1.566, que não foi transplantado para a união estável⁶, dando a entender que os companheiros podem optar livremente por residir em locais separados. Em reforço à essa impressão, o Enunciado n.º 382 da Súmula do STF diz não ser a coabitação elemento essencial da união estável. Trata-se de verdade parcial, eis que tanto no casamento quanto na união estável, a coabitação deve ser incentivada, especialmente quando há filhos, em atenção ao seu melhor interesse. A doutrina explica que a dispensa estava “atrelada à época do concubinato, sem proteção legal e sem status de entidade familiar” (MADALENO, 2021, p. 1.234), situação de descompromisso que não é compatível com a vida em comum sob o mesmo teto. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012). Reconhecida a juridicidade à união estável, deve-se apartá-la das situações de convivência efêmera, dos compromissos afetivos desprovidos de intenção de constituir família, pois os companheiros estabelecem entre si um vínculo forte, caracterizado pela perenidade, a despeito de sua inerente informalidade. Nesse cenário, morar sob o mesmo teto é sempre recomendável, cabendo encará-lo como regra. Não obstante, as peculiaridades do caso concreto podem apontar em outra direção.

⁶ Sobre a aparente diversidade entre os deveres de fidelidade (dos cônjuges – artigo 1.566) e de lealdade (imposto aos companheiros – artigo 1.724), Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior esclarecem que, “a despeito de os termos usados serem distintos, vários juristas vêm defendendo a noção de que as ideias são concêntricas: a lealdade abrange a fidelidade, sendo mais extensa que esta.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 305).

De toda forma, é plenamente factível identificar a estabilidade do convívio por outros elementos se excepcionalmente houver multiplicidade de domicílios, posicionamento⁷ adotado por Almeida e Rodrigues Júnior:

Pensa-se que a coabitação continua a ser irrelevante para caracterização da união estável; mas isso não porque esta seja uma convivência fugaz ou sem comprometimento e sim porque a vida conjugal sob o mesmo teto não é a única prova possível da estabilidade. A inexistência de coabitação não é, por si só, prejudicial à constatação da união estável. Essa entidade familiar, enquanto tal, há de necessariamente compreender estabilidade; todavia, poderá demonstrá-la por outros fatores que não a coabitação. (ALMEIDA; RODRIGUES JR., 2012, p. 301).

Em suma, a coabitação é desejável, mas não é requisito essencial para configurar união estável e tampouco é um dever para os companheiros, o que os difere dos cônjuges.

O estudo sobre a guarda inegavelmente se correlaciona ao tema da coabitação. Se os companheiros vivem sob o mesmo teto, não se vislumbra repercussão no que tange ao amparo dos filhos. Ambos os pais repartem, igualmente, o encargo durante o tempo em que a entidade familiar estiver em vigor. Por outro lado, sendo a vida *more uxorio* um elemento incidental na configuração da união estável, a diversidade de domicílios pode gerar dúvidas em relação à definição do tempo de convivência com os filhos. Nesse sentido, cabe indagar: num cenário em que os filhos permanecem por alguns dias ou semanas na companhia de apenas um dos pais no seu respectivo domicílio, estaria aberta a possibilidade de uma regulamentação de guarda? Poderiam os conviventes se valerem do chamado contrato de convivência para tanto?

Segundo Tepedino, “no que tange aos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos, não há dúvida quanto à sua indisponibilidade.” (2008, p. 119). A validade de cláusulas de natureza existencial nos

⁷ O posicionamento também ecoa no âmbito dos Tribunais Superiores. No STF, “a *coabitação*, embora constitua elemento prescindível à configuração da *união estável*, é forte indício da convivência *more uxorio*” (RE 665.333 AgR, Primeira Turma do STF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 20/03/2012). No STJ, “nos termos do artigo 1º da Lei n.º 9.278/96, bem assim da jurisprudência desta Casa, a coabitação não constitui requisito necessário para a configuração da união estável, devendo encontrarem-se presentes, obrigatoriamente, outros relevantes elementos que denotem o imprescindível intuito de constituir uma família. Precedentes.” (AgRg no AREsp 649.786/GO, Terceira Turma do STJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04/08/2015).

pactos celebrados entre conviventes⁸ será avaliada a partir do confronto com a função da família enquanto instrumento de desenvolvimento da pessoa, estando aberta a possibilidade de confirmá-la diante das nuances do caso concreto. Posto isso, é necessário reconhecer que o princípio do melhor interesse da criança incide como importante limitador da autonomia dos conviventes. Além do mais, o dever de efetivação, com absoluta prioridade, dos direitos fundamentais da criança e do adolescente faz com que os interesses particulares dos pais sejam sempre colocados em segundo plano, não merecendo guarida as justificativas pautadas em mera conveniência. Quanto aos deveres decorrentes do poder familiar, dada sua natureza de poder jurídico, inexistente espaço para a negociação.

Portando, uma conclusão parcial é possível: enquanto casados ou vivendo uma união estável, para os pais é indiscutível o dever de guarda dos filhos, carecendo ser atendido por ambos em todo seu potencial. No primeiro caso, em razão da devida coabitação, ao passo que, na união estável, sendo este último não um dever, mas mero elemento incidental, em atenção ao princípio fundamental do melhor interesse da criança.

No crepúsculo da relação conjugal é que o assunto ganha relevância. A guarda entra em cena quando o vínculo da mãe com o pai está em declínio, momento a partir do qual ficará evidente a independência entre a parentalidade e a conjugalidade. Embora os genitores decidam trilhar caminhos separados, o exercício compartilhado do poder familiar ainda os unirá, ao menos durante a infância e a juventude do filho. Não se pode olvidar de que a existência de filhos em comum faz com que os pais estejam perenemente ligados por intermédio de sua prole, um vínculo fundado na autoridade e na responsabilidade que eles dividem.

Quando existem filhos, a dissolução dos vínculos afetivos dos pais não se resolve simplesmente indo um para cada lado. O fim da conjugalidade não restringe nem os direitos, nem os deveres de ambos com relação à prole. O rompimento do casamento ou da união estável dos genitores não pode comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos. (DIAS, 2021, p. 379).

⁸ Enunciado n.º 635, aprovado em abril de 2018 na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusula existencial, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”.

O ordenamento jurídico outorga aos pais um poder jurídico e determina que eles o compartilhem qualquer que seja sua situação conjugal (artigo 1.634, *caput*, do Código Civil), criando assim um obstáculo, uma condição a ser examinada no momento em que eles decidem não seguir com o casamento ou a união estável. Nesse sentido, os genitores precisarão definir como preservar o exercício do poder familiar de maneira efetiva, uma vez que não mais estarão juntos. Fernanda de Melo Meira também reconhece a necessidade fática dessa divisão, mas reduz sua importância afirmando que “a definição de qual genitor estará com o exercício da guarda é apenas um divisor de atribuições em relação ao exercício de alguns direitos.” (MEIRA, 2010, p. 241).

Já Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012) preferem dar ênfase à guarda como um acréscimo na criação dos filhos. Ao discorrerem sobre a necessidade de coordenar os direitos-deveres de guarda e de companhia do filho, os autores salientam que:

Ao invés de um único, mais de um ambiente familiar lhe será ofertado e, em cada um deles, vários indicadores comportamentais. Esses referenciais multiplicados podem ser equivalentes ou dissonantes e, dessa forma, talvez se reforcem ou se fragilizem mutuamente. Considerando tais possibilidades, é preciso, mais cautelosamente, preparar o filho para bem conviver com isso, não devendo os pais apresentar a variação como rivalidade. Afinal, eles não devem contribuir com e não concorrer – no sentido de disputar – na criação do menor. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 450).

O diálogo constante e a abertura em relação ao outro devem ser, portanto, a tônica desse novo contexto vivido pelos pais separados em relação aos filhos comuns. Isso é medida de efetivação dos direitos do menor, pois um ambiente estável propicia o pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, ressaltando-se assim a função emancipatória do poder familiar. Nessa perspectiva, “indispensável é a continuidade de um bom relacionamento entre os pais do menor, o que garantirá a continuidade do exercício conjunto de todas as atribuições da autoridade parental e, por consequência, também da guarda.” (MEIRA, 2010, p. 241). Contudo, nem sempre a desejável harmonia entre os genitores é espontaneamente alcançada, mormente quando a litigiosidade (não rara nesses processos) ofusca o interesse do filho.

Nesse momento, torna-se essencial a intervenção judicial a fim de garantir primazia ao superior interesse da criança ou do adolescente que será tutelado em detrimento dos desejos egoísticos dos sujeitos em litígio. A ingerência do poder

público na relação privada encontra, assim, alicerce no dever (também a ele imposto) de efetivação dos direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade (artigo 4º do ECA), ou seja, no papel subsidiário de árbitro das decisões dos detentores do poder familiar, conforme já ressaltado. De modo geral, cabe ao juiz solucionar qualquer desacordo entre os pais durante o exercício do poder familiar (parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil). Especificamente no que concerne à definição da guarda, se não houver acordo durante a dissolução da sociedade conjugal, assenta-se sobre o magistrado o dever de determinar seu compartilhamento e regulamentar o convívio equilibrado. (artigo 1.584, §§ 2º e 3º, do Código Civil).

3.2 Modalidades legais de guarda

A guarda será unilateral ou compartilhada (artigo 1583 *caput* do Código Civil). A unilateral compreende a hipótese de deferimento a um só dos genitores, mas também abarca a possibilidade de seu exercício por um terceiro (artigo 1.583, § 1º), cabível quando o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob o amparo da mãe nem do pai (artigo 1.584, § 5º). Em todo caso, mãe ou(e) pai não guardião(s) permanece(m) tendo direito ao convívio com o filho, dever de fiscalizar sua manutenção e sua educação (artigo 1.589) e segue(m) obrigado(s) a supervisionar seus interesses (artigo 1.583, § 5º).

Por outro lado, a guarda compartilhada diz respeito estritamente aos pais e consiste na responsabilização conjunta e no exercício dos direitos e deveres relativamente ao filho mediante convívio dividido de forma equilibrada. (artigo 1.583, §§ 1º e 2º).

O próprio ordenamento jurídico sinaliza com a possibilidade de negociação a partir da ruptura da relação conjugal, facultando que um dos genitores possa “declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor” (artigo 1.584, § 2º, do Código Civil), diferentemente do fato de o dever de guarda ser irrenunciável enquanto vigente estiver o casamento ou a união estável conforme enunciado acima. Com base nisso, há entendimento doutrinário no sentido de que o deferimento da guarda exclusiva a um dos genitores decorre do consenso de ambos ou da manifestação de um deles ao juiz no sentido de que não deseja compartilhar o encargo (DIAS, 2021).

A contradição é evidente, pois, se o exercício do poder familiar é função irrenunciável e não se modifica com a dissolução da união havida entre os genitores,

nada justifica que um dos aspectos desse poder jurídico, a guarda, fique sujeita à livre conveniência dos pais quando decidirem que não mais viverão juntos. Gustavo Tepedino aponta a raiz do problema:

Tradicionalmente, a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgada essa posição de vantagem, que teria o dever de a ela submeter-se. Dessa forma, acabava-se por desvirtuar o instituto da guarda, retirando-lhe a função primordial de salvaguardar o melhor interesse da criança ou do adolescente. (TEPEDINO, 2004, p. 36).

A dificuldade de indicar com precisão o conceito de guarda, menosprezando o afastamento do instituto da lógica do direito subjetivo, faz com que apareçam confusões e contradições. Apartando-se da tradição verificada em legislações estrangeiras⁹, o Código Civil de 2002 inovou ao fazer opção sistemática no sentido de prestigiar o poder parental em detrimento da guarda. Enquanto esta é limitadíssima no que tange às consequências jurídicas, o poder familiar permanece inalterado após a separação, o divórcio e a dissolução da união estável e segue impondo a ambos os pais um conjunto de deveres independentemente da atribuição de guarda (TEPEDINO, 2004). Nessa perspectiva, Ana Carolina Brochado Teixeira (2005) constata que existe confusão conceitual e de alcance entre guarda e poder familiar.

Portanto, é importante fixar que, quando exercida pelos pais, a guarda constitui um dos aspectos do poder familiar. Além disso, outra premissa relevante é a de que ambos os institutos compartilham das mesmas funções: assistência, educação e promoção da autonomia com vistas à gradual emancipação da criança e do adolescente. Esse ofício não comporta gradações embora um rearranjo seja fatidicamente necessário quando seus corresponsáveis não estiverem juntos.

Surge então a guarda, uma questão de ordem prática, uma organização que tão somente visa a regulamentar a peculiar situação de pais que partilham o exercício

⁹ A título de exemplo, no Código Civil italiano, o artigo 337-quater (inserido pelo Decreto Legislativo n.º 154, de 28 de dezembro de 2013), ao disciplinar o ***Affidamento a un solo genitore e opposizione all'affidamento condiviso***, prevê que o juiz pode, de ofício ou após requerimento, ordenar a guarda exclusiva das crianças a apenas um dos genitores, caso fique demonstrado que a guarda do outro é contrária aos interesses da criança. O genitor a quem os filhos são confiados exclusivamente, salvo disposição em contrário do juiz, *tem o exercício exclusivo da responsabilidade parental sobre eles*; ele deve cumprir as condições determinadas pelo juiz. Salvo se estabelecido em contrário, decisões de maior interesse para as crianças são tomadas por ambos os genitores. O genitor a quem as crianças não são confiadas tem o direito e o dever de supervisionar sua instrução e educação e pode recorrer ao juiz quando considera que foram tomadas decisões prejudiciais aos seus interesses. (*grifo nosso*).

do poder familiar, mas em seios familiares diversos. Essa repartição, funcionalizada para atender ao melhor interesse do filho, não modifica as responsabilidades, os deveres e as prerrogativas do pai ou da mãe, os quais seguem ativos e oponíveis mesmo que a criança ou o adolescente não esteja na companhia física de um deles, de maneira que qualquer tentativa de reduzir a atuação de um genitor em detrimento do outro será indevida e, sobressaindo divergências sobre a criação e a educação do filho, mais uma vez estará aberta a via pacificadora do Poder Judiciário (artigo 1.631 do Código Civil).

É importante ressaltar que será disciplinada, de maneira equivalente, a situação atinente aos pais que sequer chegaram a constituir vínculo afetivo duradouro e com ânimo de constituir família antes da chegada do filho (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012). Nesse espectro, estão incluídos o namoro e outras relações mais efêmeras, casos em que o vínculo conjugal, antes estável, abala-se durante a fase pré-natal e ainda a situação denominada de coparentalidade. Em todos esses cenários, o nascimento do filho ocorrerá não no âmbito de uma família. Haverá a família da mãe e a família do pai e, desde o início, a relação paterno-filial terá que ser moldada à essa estrutura, buscando garantir o desempenho do poder familiar em toda a sua completude. A guarda será tema obrigatório desde o momento da chegada do filho, mas tão somente no sentido de regulamentar o dever de convivência, que de toda forma é irrenunciável por qualquer dos pais.

O campo de abrangência da guarda é mesmo bastante limitado, não se podendo permitir que o debate em torno dela transborde para outros importantes aspectos do poder familiar, como o dever de dirigir a criação e a educação do filho (inciso I do artigo 1.634 do Código Civil). De fato, uma compreensão desproporcional e superlativa sobre a guarda pode desembocar no perigoso efeito colateral de reduzir inapropriadamente o exercício de outros atributos do poder familiar, como fora denunciado por Marília Pedroso Xavier e Maici Barbosa dos Santos Colombo:

Não raro, contudo, a redução drástica do convívio do filho com a mãe ou o pai que não detém a guarda inviabiliza o exercício pleno da autoridade parental, sobretudo quanto às responsabilidades de caráter existencial, como dirigir a educação e a criação dos filhos e exigir-lhes obediência. Essa situação pode ocorrer, por exemplo, quando as visitas são fixadas de forma espaçada ou irregular e o contato com o filho nesse ínterim se torna escasso, o que deve ser evitado em prol do melhor interesse da criança e do adolescente no caso concreto. (XAVIER; COLOMBO, 2019, p. 44).

Demarcado o atual conteúdo civil-constitucional da guarda, enquanto mera delimitação de tempo e maneira de exercício do poder-dever de convivência dos genitores separados com seus filhos comuns, proporcionando, assim, que ambos desempenhem de maneira efetiva o múnus por eles compartilhado, é possível agora enveredar esforço para a indicação de um conceito.

Mas antes cabe buscar abrigo na doutrina. Um conceito objetivo e restritivo foi elaborado por José Fernando Simão: “a guarda é simples companhia fática de uma pessoa com relação à outra a qual a lei atribui efeitos jurídicos” (SIMÃO, 2015) e ratificado por Xavier e Colombo (2019). As autoras propuseram que a guarda prevista no artigo 1.634 do Código Civil, ou seja, listada como um dos aspectos do poder familiar deve ser compreendida como mero convívio físico. (XAVIER; COLOMBO, 2019).

De fato, o convívio da criança ou do adolescente no seio da família da mãe e do pai é de suma importância para seu saudável desenvolvimento a ponto de a doutrina estabelecer o princípio da convivência familiar como corolário do princípio fundamental do melhor interesse da criança (MEIRA, 2010). Aliás, o paradigma para definir o tempo e a maneira de convivência será, mais uma vez, o melhor interesse do filho. Considerado o dever de efetivar os direitos fundamentais dos sujeitos menores com absoluta prioridade, a Lei presume que o compartilhamento da guarda entre os genitores é a configuração que mais atende ao interesse do filho e concretiza, de forma plena, o princípio da convivência familiar. Trata-se, contudo, de presunção relativa, uma vez que as particularidades do caso concreto podem indicar em outra direção, recomendando ao juiz o deferimento da guarda a um ou mesmo a nenhum dos pais.

Marcelo de Mello Vieira, em seu estudo sobre a convivência familiar, apresenta interessante conceito para o instituto da guarda.

A partir do atual conteúdo, a guarda pode ser conceituada como uma situação jurídica de poder na qual uma pessoa ou casal assume a responsabilidade de assistir educacional, material e moralmente uma criança ou um adolescente, devendo zelar pelo desenvolvimento de todas as potencialidades e pela preservação de todos os vínculos saudáveis existentes entre eles e qualquer outra pessoa. (VIEIRA, 2016, p. 147).

Esse conceito tem o mérito de abarcar também as situações de guarda disciplinadas pelo ECA, evidenciando que nem sempre a guarda aparece como um

aspecto do poder familiar. Além disso, distanciando-se da doutrina que restringe a guarda à mera companhia física, verifica-se expansão do conceito para incluir nela também outros elementos, como a assistência moral e afetiva da criança ou do adolescente, sentido também adotado por Fernanda de Melo Meira:

A consistência do assunto – como se pode perceber – vai além do aspecto obrigacional ou dever de cuidado e proteção dos pais para com seus filhos impostos pela lei: são relações de sentimentos que envolvem os integrantes de uma família, mesmo que não se encontrem residindo no mesmo lar, relações essas que têm a finalidade de cuidar do melhor interesse da criança e do adolescente, indispensáveis para um regular e saudável crescimento moral desses infantes e, sobretudo, visando atender aos seus direitos fundamentais. (MEIRA, 2010, p. 241-242).

Assim, a guarda pode ser conceituada como o poder jurídico legalmente investido aos genitores, determinando-lhes que se façam presentes e na companhia de seus filhos, prestando-lhes apoio afetivo e moral e efetivando o convívio familiar durante toda a infância e a adolescência, mas sempre na proporção do melhor interesse destes, podendo o amparo ser atribuído excepcionalmente a um só deles ou, até mesmo, a terceira pessoa que revele afinidade quando a permanência com os pais não for recomendável.

3.3 A guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

O conceito de guarda, como visto, haverá de considerar também a situação atípica em que ela é confiada a uma terceira pessoa, identificada pelo juiz como apta ao amparo da criança ou do adolescente em melhores condições do que os próprios pais, embora estes permaneçam responsáveis pelo poder familiar. Para além das normas contidas no Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente também proporciona solo fértil sobre o qual se deve cultivar a análise do instituto. A proteção da pessoa dos filhos, disciplinada pelo Código Civil, enfoca primordialmente a relação desses com seus pais, pressupondo o compartilhamento do poder familiar e também da guarda. De todo modo, o artigo 1.583, § 1º, possibilita a atribuição da guarda a um só dos genitores ou até mesmo a alguém que o substitua. A partir desse ensejo, a disciplina geral da Lei Civil cede lugar às normas especiais do ECA, evidenciando assim outra roupagem para guarda, como modalidade de colocação em família substituta.

De fato, o Código Civil se contenta em enunciar genericamente essa singular possibilidade de guarda situada fora do poder familiar:

Art. 1.584

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2002).

A colocação da criança ou do adolescente em família substituta certamente é decisão bastante drástica, presumindo a Lei que sua manutenção no seio da família atende mais adequadamente à função primordial de amparo moral, promoção da autonomia e desenvolvimento da personalidade (artigo 19 do ECA). O princípio da convivência familiar, no entanto, está longe de ser absoluto, sendo possível superá-lo no caso concreto em prestígio à doutrina da proteção integral. Excepcionalmente, o locus de efetivação dos direitos fundamentais com absoluta prioridade, incluindo o direito ao convívio (artigo 4º do ECA), será realizado não na esfera da chamada família natural (artigo 25 do ECA), mas da substituta.

Nessa perspectiva, o Estatuto abre três possibilidades: a guarda, a tutela e a adoção. A tutela e a adoção, sensivelmente mais drásticas, pressupõem a prévia destituição do poder familiar (artigo 36, parágrafo único, do ECA e artigo 1.635, IV, do Código Civil) – ou ao menos, na tutela, sua suspensão – a ser decretada judicialmente em procedimento contraditório (artigo 24 do ECA). Na adoção, pode ocorrer de os pais, quando conhecidos, vierem a consentir¹⁰ com a medida (*caput* do artigo 45 do ECA), fator que não abranda o trauma da extinção do poder parental. São decisões, portanto, que inspiram ponderação. Em todo caso, a criança ou o adolescente será ouvido sempre que possível conforme seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão (§ 1º do artigo 28 do ECA). A opinião do menor será necessariamente considerada e, tratando-se de maior de 12 anos, será obrigatório colher seu consentimento em audiência (§ 2º do artigo 28 e § 2º do artigo 45 do ECA).

¹⁰ Segundo Tânia da Silva Pereira, o consentimento é elemento inafastável na adoção. “Na legislação vigente, o consenso se manifesta na concordância expressa dos genitores ou do representante legal do adotando (art. 45 do ECA), sendo dispensado em relação à criança e ao adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (§ 1º do art. 45 do ECA). Tratando-se de adotando com mais de 12 anos de idade, também será necessário o seu consentimento (§ 2º do art. 45 do ECA). A *adoção consentida* ou *adoção intuitu personae* representa a possibilidade do titular do poder familiar, por manifestação expressa junto à autoridade judiciária, entregar o filho em adoção para determinada pessoa”. (PEREIRA, 2012, p. 342).

A guarda, por outro lado, não repercute no poder familiar, prosseguindo os pais no exercício do poder jurídico que lhes foi investido por lei, mesmo quando o amparo da criança ou do adolescente for confiado a outra pessoa. Em outras palavras, dentre as espécies de colocação em família substituta, só a guarda coexiste com o poder familiar. (VIEIRA, 2016).

Esse cenário de coexistência impõe ao juiz um empenho adicional: a definição das responsabilidades de cada um dos atores que passa a exercer, concomitantemente, poderes jurídicos diversos em favor de uma mesma criança ou adolescente. Nessa ótica, o *caput* do artigo 33 do ECA oferece um norte ao estatuir que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, conferindo a seu detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais.” (BRASIL, 1990). Porém, vários fatores irão influir nessa dinâmica como, por exemplo, a maturidade dos pais e o grau de comprometimento externado por eles quanto à criação de seus filhos. Soma-se a isso o fato de que, segundo a doutrina (VIEIRA, 2016), existem três hipóteses de guarda como forma de colocação do menor em família substituta: a provisória, a definitiva e a especial. Assim, a indicação das atribuições e das responsabilidades é viável apenas à luz do caso concreto, mas uma coisa é certa: o guardião atua sempre orientado a atender ao melhor interesse da criança ou do adolescente, devendo suprir o devido amparo material, moral e até mesmo afetivo, fatores imprescindíveis ao processo emancipatório do menor.

Nas três espécies de colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção), a medida é excepcional e deve ser cogitada apenas no caso de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar (artigo 163 do ECA). Competirá ao magistrado exaurir todos os esforços na tentativa de manter ou reintegrar a criança ou o adolescente ao convívio na família natural, providência que prefere a qualquer outra (§ 3º do artigo 19 e § 1º do artigo 39 do ECA).

O afastamento dos genitores do convívio direto com seus filhos depende de motivação séria que justifique o acautelamento no interesse do menor, como, por exemplo, quando estiver em risco sua higidez física ou mental. (MADALENO, 2021). No limite, verificado que o grave motivo consiste em maus-tratos, opressão ou abuso sexual, cabe à autoridade judiciária deferir medida cautelar de afastamento do agressor da moradia da família (artigo 130 do ECA). Nessas hipóteses, como a perda do poder familiar é medida lógica e consequencial, se o agressor for o único genitor

ou se houver coparticipação de ambos, a guarda pode surgir como medida aplicada em preparação para a tutela ou para a adoção (§ 1º do artigo 33 do ECA), excetuada a adoção por estrangeiros. Assim, constatado que a criança ou o adolescente se encontra em situação inadequada, ao ser retirado do convívio dos pais, cabe ao juiz confiá-lo aos cuidados de pessoa habilitada, evitando um indesejado desamparo durante a tramitação do processo, como se extrai do disposto nos artigos 50, § 11, e 167 do ECA. A providência precária vigora apenas nesse momento de transição até que seja estabelecida a tutela ou a adoção, medidas de roupagem mais definitiva e que englobam, em seu conteúdo, o dever de guarda (artigo 36, parágrafo único, e artigo 41, *caput*, do ECA).

Não obstante ser essa hipótese denominada de guarda provisória, a provisoriedade da medida é uma característica constante, mesmo nos casos denominados de guarda definitiva, porque presente a possibilidade de sua revisão a todo tempo (VIEIRA, 2016). Essa hipótese de guarda (com feições de) definitiva visa a atender a situações peculiares, estando situada fora dos casos de tutela e adoção (artigo 33, § 2º, do ECA). Um exemplo comum é a situação fática em que avós criam a criança em razão da imaturidade ou do pouco senso de responsabilidade demonstrado pelos pais. Diante da proibição expressa do Estatuto (§ 1º do artigo 42), que veda a adoção pelos avós (assim como por irmãos do adotando), a guarda emerge como solução bastante útil, regularizando a situação e permitindo que o menor possa gozar da proteção integral que lhe é devida sem entraves burocráticos.

A terceira hipótese de guarda como modalidade de colocação em família substituta é a especial, prevista também no artigo 33, § 2º, do ECA. Essa providência objetiva suprir a falta eventual dos pais, como, por exemplo, em razão de internação hospitalar, viagem ou outro motivo de breve duração. Sobrevindo a necessidade urgente da prática de atos em favor da criança ou do adolescente, o juiz nomeia um guardião para atuar até que os pais possam retomar a atribuição (VIEIRA, 2016).

Por conseguinte, o § 4º do artigo 33 do ECA merece interpretação cuidadosa, pois as visitas dos pais representam não o exercício de um direito, mas o cumprimento de um dever. A sociedade como um todo e também o Poder Público (por meio do magistrado, do representante do Ministério Público e dos integrantes do Conselho Tutelar) devem assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, dentre os quais a convivência familiar e comunitária. Esse é o critério hermenêutico constitucionalmente adequado como já

frisado neste trabalho. De fato, a redação ruim da norma em comento revela apego à ultrapassada lógica do direito subjetivo, pois equivocadamente reduz o menor a uma posição de objeto, a ser explorado enquanto fonte para o exercício de pretensões. Mais uma vez, é necessário reafirmar o protagonismo da criança e do adolescente, não mais se sustentando os arranjos que os alocam em mero estado de sujeição. A nova quadra, inaugurada pela Constituição de 1988, pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e disciplinada pelo próprio ECA, conferiu novo colorido à relação paterno-filial. Pautada agora pela lógica do poder jurídico, a atuação dos genitores só se legitima se consagrada pelo critério do melhor interesse da criança.

Relido sob essa perspectiva, o § 4º do artigo 33 do Estatuto traduz uma garantia para os menores no sentido de manter o convívio com seus genitores à medida que esse contato lhes seja benéfico. Imperativo será, nessas circunstâncias, exteriorizar a devida fundamentação a partir das particularidades do caso concreto, seja para afastar, seja para manter o convívio. No caso da guarda deferida em preparação à adoção, ressalva que vem expressa na norma legal, o afastamento absoluto encontra motivação na definitividade da medida, pois, na hipótese, é preciso priorizar o estreitamento de laços com a família substituta. Tirante essa situação, o terceiro guardião há de equilibrar com sensatez o dever de convivência com os genitores.

A possibilidade de exercício da guarda por outras pessoas que não os genitores impõe ao magistrado, aos demais agentes públicos e, principalmente, aos familiares ou terceiros envolvidos a desafiadora tarefa de apurar as sutilezas do caso concreto para estabelecer, com máxima atenção aos interesses da criança e do adolescente, a divisão de deveres e responsabilidades, a intensidade do convívio familiar e, sobretudo, a garantia do amparo material, moral e afetivo.

A partir disso, é possível estabelecer que a guarda é sempre uma questão fática (SIMÃO, 2016) (XAVIER; COLOMBO, 2019) tanto quando munida da feição de modalidade de colocação em família substituta quanto nos casos em que incide como um dos desdobramentos do poder familiar. No Estatuto, a guarda tem por alvo regularizar situação de fato vivenciada pelo menor (§ 1º do artigo 33 do ECA), sentido equivalente conferido ao instituto no Código Civil. Conforme acima defendido, o exercício da guarda pelos genitores também é questão de ordem prática, uma organização fatidicamente necessária para regulamentar a peculiar situação de pais que partilham o exercício do poder familiar, mas em seios familiares diversos. Baseado nisso, José Fernando Simão afirma que:

Não há duas “modalidades de guarda no sistema”, ou seja, aquela do Estatuto e aquela do Código Civil. O que há é a diferença entre quem exerce, pois pelo Código Civil em regra serão os genitores e pelo Estatuto será alguém que não os genitores. É uma guarda que pode ser utilizada para regularizar a posse de fato. Nesse sentido, o Direito brasileiro não criou dois institutos distintos, mas permitiu que terceiros, que não os pais, fossem guardiões. Há uma ampliação da figura do titular do direito de ser guardião, não mais restrita a pai e mãe (Código Civil). (SIMÃO, 2016).

Esse entendimento não é pacífico¹¹, mas encontrou eco nos estudos desenvolvidos por Marília Pedrosa Xavier e Maici Barbosa dos Santos Colombo (2019) e também neste trabalho, no qual se reconhece que o instituto da guarda é uno. No Código Civil e no ECA, a guarda é uma questão fática, com natureza de poder jurídico, cuja função é garantir assistência material, moral e afetiva à criança e ao adolescente, propiciando ambiente adequado à promoção de suas potencialidades e desenvolvimento de sua personalidade.

Posto isso, tanto Simão (2016) quanto Xavier e Colombo (2019) extraem uma segunda conclusão, pregando a autonomia da guarda em relação ao poder familiar:

Embora o art. 1.634, II, do Código Civil liste-a como uma das atribuições decorrentes da autoridade parental, a guarda é instituto autônomo e pode ser atribuída a terceiros no caso de colocação da criança ou adolescente em família substituta, em prol de seu melhor interesse, de acordo com o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (XAVIER; COLOMBO, 2019, p. 43).

Tal conclusão não parece adequada, pois, na disciplina da guarda exercida pelos genitores, o Código Civil foi eloquente em colocá-la como um aspecto do poder familiar, haja vista que o inciso II do artigo 1.634 contém remissão expressa ao artigo 1.584. Certamente, essa particularidade não está presente no ECA, no qual a guarda foi apartada do poder familiar (tanto que coexistirá com este). Contudo, um instituto não pode ser interpretado a partir de sua exceção.

A guarda foi originariamente concebida como forma de regulamentar o convívio dos pais separados. Só recentemente, a partir da percepção de que era necessário conferir proteção integral à criança e ao adolescente, passou-se a cogitar, excepcionalmente, que terceira pessoa possa assumir o amparo em substituição aos genitores. Portanto, é exagerado concluir por uma autonomia completa.

¹¹ Em sentido contrário: STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 608; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1.840.

A guarda, em regra, é aspecto do poder familiar.

A interdependência entre os institutos é esclarecida por Waldyr Grisard Filho quando afirma que “a guarda é da natureza do poder familiar, não da sua essência, tanto que transferida a terceiro não implica a transferência deste.” (2010, p. 48). Há, portanto, uma relação de conteúdo e continente, de modo que a guarda é atributo do poder familiar, dele podendo se separar, nele não se exaurindo, nem com ele se confundindo, sendo possível que um exista sem o outro. (GRISARD FILHO, 2010).

Em reforço, observa-se que o Código Civil disciplina o poder familiar, mas menciona a guarda atribuída a terceiro; ao passo que o ECA se volta para as modalidades de colocação em família substituta, mas faz referência ao dever de guarda dos pais no artigo 22, claramente ratificando a medida como aspecto do poder familiar. Ou seja, os dois regramentos indicam a medida com suas duas aparências, tanto como aspecto do poder familiar quanto como espécie de colocação em família substituta, incidindo esta claramente como uma situação excepcional. A verdade é que as disciplinas se complementam, ambas integram o microsistema de proteção da criança e do adolescente, encabeçado pelo artigo 227 da Constituição.

A roupagem é distinta, mas o instituto é o mesmo e, inegavelmente, constitui uma manifestação operativa do poder familiar (MEIRA, 2010) (PELUSO, 1993), uma medida necessária para regularizar uma situação de fato, que, apenas em hipóteses residuais, adquire feição de colocação em família substituta.

3.4 O dever dos pais de dirigir a educação dos filhos

A relação paterno-filial assumiu nova feição a partir do reconhecimento de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, merecedores de tratamento digno, consistente na promoção de sua autonomia e no respeito ao seu particular e gradual processo de emancipação. Enriquecido, o poder familiar passou a englobar deveres e responsabilidades que antes não eram percebidos, atribuições conferidas por lei à mãe e ao pai em decorrência simplesmente do fato de ocuparem essa extraordinária posição. O dever de criação, instrução e educação dos filhos emerge, nessa lógica, com singular relevância. A tarefa que, no contexto de um único ambiente familiar, já é naturalmente árdua (ainda que extremamente recompensadora), pode se tornar mais complexa quando os pais não vivem juntos.

Nessas circunstâncias, os deveres de criação e de educação devem ser harmonizados com os de guarda e os de convivência familiar, a fim de assegurar que a tutela dos interesses do filho esteja blindada e não sofra reduções. Tal correlação merece exame.

Inicialmente, mais uma vez, cumpre afastar eventual confusão conceitual decorrente da inadequada visão superlativa do instituto da guarda. O conteúdo da guarda restringe-se ao estabelecimento de parâmetros de convivência entre os pais separados e o filho comum, “aspecto diminuto dos cuidados inerentes ao exercício comum da autoridade parental” (TEPEDINO, 2004, p. 38) e que não abarca o dever de dirigir a educação do filho.

De fato, há que se afastar, de uma vez por todas, a falácia de que o detentor da guarda se projeta como responsável pelos rumos da educação do filho. O Código Civil é cristalino ao atribuir a ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, sublinhando, logo no primeiro inciso do artigo 1.634, que isso consiste em lhes dirigir a criação e a educação. Em seguida, a Lei Civil listou o exercício da guarda, revelando que são deveres diferentes, ambos decorrentes do poder familiar. Essa noção é importante, porque evita interpretações equivocadas que podem derivar da mistura desses deveres e previne eventuais tentativas de suprimir prerrogativas de um dos pais em detrimento do melhor interesse do filho.

De um lado, o enfoque exclusivo da guarda muitas vezes revela-se infrutífero, já que depende de fatores comportamentais dificilmente suscetíveis de controle pelo direito. De outro, a autoridade parental, mal enquadrada dogmaticamente na figura do direito subjetivo, acaba por receber atenção doutrinária exclusivamente no que concerne às relações patrimoniais – atinentes à administração de bens e à prática de negócios jurídicos –; perde-se assim de vista sua função mais importante, de natureza existencial, a de deflagrar a responsabilidade de ambos os genitores no processo educacional dos filhos, independentemente de quem os tenha em sua companhia. (TEPEDINO, 2004, p. 38).

Enquanto corresponsáveis pelo poder familiar, tanto a mãe quanto o pai devem se projetar igualmente (independentemente de com quem esteja a guarda) e buscar dirigir conjuntamente, com equilíbrio e harmonia, o processo educacional do filho. Divergências devem ser compostas no âmbito do diálogo, não mediante argumentos de autoridade baseados no exercício da guarda e, subsidiariamente, a intervenção judicial poderá indicar a medida do melhor interesse e dirimir os conflitos.

A educação realmente foi assinalada pelo ordenamento civil-constitucional com caráter fundamental para a formação do ser humano. Em relevante trabalho, no qual discorrem sobre as possibilidades de negociação no âmbito do Direito de Família, Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira estabelecem zonas imunes à contratualização, esclarecendo que “as relações familiares têm um vetor protetivo, pressupondo-se maior ingerência do Estado nesses espaços de intimidade.” (BODIN DE MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 8). As autoras colocam o direito à educação nesse campo refratário aos acordos e transações, asseverando que:

Ao se refletir sobre crianças e adolescentes no âmbito da família, considera-se em primeiro plano a forma de se concretizarem os direitos fundamentais previstos no art. 227 do Texto Constitucional, guiados pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O primeiro veículo de auxílio ao acesso a esses direitos é o **processo educacional**, que se exterioriza por meio da autoridade parental. Os pais não mais assumem como missão transformar os filhos para adaptá-los a princípios exteriores impostos pela sociedade, moldados por uma visão *prêt-à-porter* do que “é bom”. Ao contrário, a autoridade parental dilui-se na noção de **respeito à originalidade da pessoa do filho**, valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. No seio familiar, a educação deixa de ser imposição de valores, substituindo-se pelo diálogo. (BODIN DE MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 9, grifos nossos).

Essa nova visão do processo educacional, enquanto promotor das identidades da criança e do adolescente, mostra-se alinhada ao colorido constitucional do poder familiar. Dado que seu conteúdo é menos de poder e mais de dever, genuinamente o que se tem é uma responsabilidade parental que não mais legitima autoritarismos ou perpetua a hierarquização no âmbito da família, mas se presta a reconhecer dignidade a cada um de seus membros, a impor respeito mútuo e a determinar a construção da autonomia pela via do diálogo.

Os genitores têm por dever colocar o processo educacional dos filhos acima de suas próprias ambições individuais, lançando mão de estratégias para compor eventuais desentendimentos ou diferenças de perspectivas sem ceder a impulsos egoísticos a bem da criação do filho. Nesse cenário horizontalizado, tentativas de sobreposição de um pelo outro são ilegítimas, pois, na função imitada aos pais pela ordem jurídica, ambos são corresponsáveis na mesma medida e intensidade. Para os pais que não vivem em um mesmo lar, o ofício pode se revelar um pouco mais desafiador. De toda forma, eles devem agir sempre orientados pelo fio condutor do princípio do melhor interesse da criança de modo a conciliar as diferenças de valores,

costumes e visões de mundo por meio da conversa, porque a heterogeneidade dos ambientes familiares diversos será fator enriquecedor durante o processo educacional.

A educação possui status de direito subjetivo público, característica que universaliza seu acesso criando ônus para o Estado de efetivá-la. A responsabilidade estatal, no entanto, é partilhada com toda a sociedade, comunidade e, principalmente, com a família, uma vez que o engajamento dos pais é elemento imprescindível para o sucesso do melindroso processo de formação e preparação do indivíduo para a vida adulta. Não é diferente o pensamento manifestado por Taisa Maria Macena de Lima:

O direito subjetivo público à educação apresenta-se, antes, como o direito à formação escolar do menor, o que importa o dever do Estado de adotar políticas de aumento do número e da qualidade das instituições de ensino, de modo a atender à população infanto-juvenil.

O papel do Estado na formação educacional dos menores depende, no entanto, da colaboração dos pais. (LIMA, 2004, p. 624).

A autora esclarece que a disciplina do Código Civil reforçou o dever de atuação dos pais ao compreender a criação e a educação como algo muito mais amplo do que a formação escolar. (LIMA, 2004).

Também nessa concepção, Ana Carolina Brochado Teixeira preconiza que o encargo imposto aos genitores é mais abrangente do que a simples matrícula do filho:

os pais devem participar ativamente da educação dos filhos, não de forma passiva, deixando-a a cargo da escola. Devem **envolver-se de forma responsável**. Seu papel ativo é fundamental para que o processo educacional possa realmente se concretizar na formação do menor e que a educação formal e informal possam, ao final, tornar-se uma só. (TEIXEIRA, 2005, p. 159, grifo nosso).

A tarefa de manter o filho matriculado em uma instituição de ensino, sem dúvida, tem grande importância. Contudo, espera-se que os pais estejam mais engajados no processo educacional e não se conformem em delegar aos professores a relevante função que lhes foi confiada. Os mestres têm papel basilar na vida das crianças e na formação do futuro adulto, mas sua atribuição é limitada ao ensino formal, competindo aos pais exercer ativamente a chamada educação informal, mais abrangente e multifacetada.

Ensinam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior que a educação formal “corresponde à educação institucionalizada em escolas, gradual e

organizada segundo uma diretriz pedagógica, com objetivos específicos, sujeita à fiscalização governamental.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 451). Por outro lado, a educação informal “corresponde à havida no trato cotidiano da coexistência, ocorrendo despropositadamente através das relações pessoais do sujeito, dentre as quais se incluem tanto as experiências em sede familiar quanto fora dela.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 451).

É interessante registrar que os autores¹² adotam, na verdade, uma divisão do gênero educação em três espécies: formal, não formal e informal. Segundo eles:

A segunda, ainda que desprovida de burocratização, é também sistematizada, mas não se dá, necessariamente, por progressões hierárquicas e ocorre fora dos centros escolares institucionais, mas também em espaços físicos delimitados. São atividades, em geral, lúdicas, realizadas em espaços coletivos com o propósito de interação, cujos ensinamentos emergem alheios a qualquer escalonamento, isto é, de maneira mais democrática. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 451).

A maioria da doutrina, no entanto, menciona duas espécies, a educação formal e a informal. Segundo Fernanda São José, “a distinção entre educação e instrução, e a execução de ambas como meio de formação do indivíduo para o exercício de sua personalidade dentro da sociedade eram práticas adotadas de forma assente.” (SÃO JOSÉ, 2014, p. 125). A autora estabelece como premissa que:

É cediço que a convivência da criança ou adolescente em um ambiente familiar desestruturado prejudica tanto o seu aprendizado informal, que, inclusive, deveria ser proferido pela própria família, quanto o formal, desestimulando o educando em sua instrução e, por conseguinte, prejudicando o seu processo de desenvolvimento tanto intelectual quanto psíquico. Ademais, ressalta-se que a ausência de estrutura em análise não é a econômica. (SÃO JOSÉ, 2014, p. 128).

Partindo dessa constatação, a autora adota visão pessimista em relação ao sistema escolar atual, afirmando que, “de certa forma, o Estado contribuiu para o afastamento da família na educação dos filhos.” (SÃO JOSÉ, 2014, p. 128). São José traça correlação direta entre o fato de o ensino em instituições escolares ser obrigatório dos 4 aos 17 anos de idade, presente no artigo 208 da Constituição, e o desinteresse dos pais quanto ao envolvimento nesse processo e ao exercício do dever

¹² Reproduz-se a referência feita pelos autores: GOHN, Maria da Glória. **Educação não-formal na Pedagogia Social**. In: *Congresso Internacional de Pedagogia Social*, ano 1, mar. 2006. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000092006000100034. Consultado em: 30 dez. 2021.

de instrução de seus filhos. Com base nesse diagnóstico, a pesquisadora prega a necessidade de haver maior abertura em relação ao ensino domiciliar e recomenda que família e escola trabalhem juntas em prol do objetivo comum de preparar o menor para o pleno exercício de seus direitos personalíssimos (SÃO JOSÉ, 2014).

A relação de causa e efeito parece frágil, eis que desconsidera a complexidade inerente ao assunto, quanto mais diante da conjuntura socioeconômica extremamente desigual e marginalizante como é a brasileira. O certo é que o engajamento dos genitores é fator fundamental que, somado ao ensino formal oferecido pelas escolas, constitui o eixo do processo educacional, não se podendo encarar com normalidade o afastamento dos pais.

Acerca da educação formal, Ana Carolina Brochado Teixeira aponta:

O dever de educação, esculpido na Constituição Federal, tem, também, o sentido da educação formal, de modo a proporcionar ao filho condições de ter acesso à cultura e ser um profissional capaz de se sustentar e de ingressar no mercado de trabalho em boas condições. (TEIXEIRA, 2005. p. 155).

Trata-se, portanto, função do Estado, mas que também é atribuída à família com a colaboração da sociedade (artigo 205 da Constituição), devendo a educação ser promovida e incentivada como meio para alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa e garantir o preparo do cidadão futuro, inclusive (mas não somente) qualificando-o para o trabalho. O Texto Constitucional dá ênfase à educação formal, disciplinando as bases do ensino (artigo 206), bem como garantindo a efetivação do dever imposto ao Estado (artigo 208), dentre outros, mediante disponibilização universal da educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, e ainda possibilitando, sob certas condições, que o ensino seja ofertado pela livre iniciativa privada (artigo 209).

Não obstante, a Constituição não deixa de sublinhar a chamada educação informal, notadamente quando determina, no artigo 229, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Ao fazê-lo, “relaciona o ofício educativo à filiação, incumbindo-lhe responsabilidades morais e jurídicas.” (TEIXEIRA, 2005, p. 129). A Norma Constitucional ecoa tanto no Código Civil (artigo 1.634, inciso I) quanto no ECA (artigo 22), os quais também reconhecem o dever de educar como um aspecto inegociável do poder familiar. Além disso, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996) indica de forma contundente,

logo em seu artigo 1º, que o convívio familiar e comunitário é elemento fundamental ao processo educacional:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. (BRASIL, 1996).

Inspirada por essas diretrizes constitucionais e legais, a doutrina passou a asseverar a tutela da personalidade do filho como objetivo a ser perseguido pelos pais durante o desempenho da função que lhes é atribuída pela ordem jurídica (TEIXEIRA, 2005). A direção do processo educacional tornou-se elemento essencial do poder familiar, ressignificado como autoridade parental. Assim, tanto a mãe quanto o pai possuem a obrigação de se fazerem presentes na vida do filho, auxiliando-o na construção de sua autonomia, orientando-o na gradual assunção de responsabilidades e respeitando sua identidade ao mesmo tempo em que lhe transmitem valores importantes; enfim, educando-o.

Esse importante aspecto do poder familiar não comporta renúncias ou reduções e, nesse sentido, a obrigação dos pais de matricular seus filhos na rede regular de ensino (artigo 55 do ECA e artigo 6º da Lei n.º 9.394/1996) responde, apenas em parte, ao dever de efetivar a educação.

Para além disso, o dever dos pais de dirigir a educação dos filhos consiste no acompanhamento do ensino formal e, principalmente, na mediação da chamada educação informal. Não é dada aos genitores a prerrogativa de delegar a criação dos menores aos professores, os quais não têm atribuição para transmitir às crianças e aos adolescentes aspectos sensíveis à formação do ser humano, valores, modos, costumes, religiosidade, noções de respeito mútuo, dentre outros, que proporcionarão ao futuro adulto capacidade para se relacionar, opinar, agir, decidir e coexistir com autonomia plena. Em verdade, o que se espera dos educadores é justamente o respeito aos valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, além de garantir-lhes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura (artigo 58 do ECA).

Muitas vezes, o que [os pais] tendem a fazer é transferir para terceiros o dever de educar, principalmente de corrigir seus próprios filhos. Essa transferência acontece muito em relação à escola. Entretanto, o ordenamento jurídico dispõe, de forma clara, que os genitores têm a prioridade de instruir e educar

os filhos. Destarte, é-lhes vedado delegar esse poder-função à escola, sem seu envolvimento responsável. Isso se justifica, até mesmo, como fator de preservação da historicidade da família e da transmissão de valores prioritários daquele núcleo familiar. (TEIXEIRA, 2005, p. 155).

Feitos os esclarecimentos sobre o conteúdo e o sentido do dever de criação e educação dos filhos pelos pais, sem dúvida um dos principais aspectos do poder familiar, resta agora correlacioná-lo ao dever de guarda. Conforme já salientado, ambos são deveres apartados. Não se permite ao genitor que detém a guarda unilateral ou que, mesmo compartilhada, esteja na companhia direta do filho se sobrepor ao outro. Ambos são corresponsáveis pelo poder familiar e a ambos compete se animar e dirigir equitativamente o processo educacional do filho.

Posto isso, não há como negar que criar e educar um filho passam necessariamente pela obrigação de tê-lo em sua companhia e, conseqüentemente, sob sua guarda. Para Waldyr Grisard Filho, a companhia e a guarda possibilitam o exercício dos deveres de criação e educação:

Essa função decorre do dever constitucional de assistência aos filhos menores, fazer-se presente na vida deles, manter contato e comunicação, o que possibilita o exercício dos deveres de criação e educação, pois só poderão *criar* – o que implica o dever de assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana – e educar – o que implica a promoção de todos os valores à preparação do menor à cidadania –, se os tiverem em sua companhia e guarda. (GRISARD FILHO, 2010, p. 48, grifo do autor).

O estabelecimento da guarda compartilhada, com regulamentação do tempo de convívio de forma equilibrada entre os pais, tem o condão de atenuar as dificuldades inerentes a uma condução conjunta, mas em ambientes familiares diversos do processo educacional. Cada genitor terá autonomia para intervir e coadjuvar o aprendizado do filho durante o tempo em que ele estiver em sua companhia, sempre atentando para o interesse primordial do menor. As diferenças de costumes e valores e as particularidades da criação, às vezes mais, às vezes menos rígidas, que forem verificadas entre a casa da mãe e a casa do pai, jamais devem ser hostilizadas. Os adultos têm o dever de dialogar entre si e também com a criança ou o adolescente, estabelecendo um ambiente pacífico e de deferência em relação à essa pluralidade. Na verdade, essa é uma atitude necessária, pois somente assim se estará respeitando de forma plena a autonomia futura do menor.

Nada obstante, presente a viabilidade da guarda unilateral para algumas situações, havendo um guardião e um não guardião, as divergências podem se tornar um pouco mais dramáticas. O exercício exclusivo da guarda pode induzir a uma falsa noção de que o guardião tem o poder de decisão sobre a vida do filho e o outro, o não guardião, não possui qualquer capacidade de ingerência. Essa é, inclusive, uma interpretação possível a partir da ruim redação conferida ao dispositivo do Código Civil que rege a hipótese:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. (BRASIL, 2002).

Apesar de a Lei Civil enunciar, de forma clara, que a relação parental não sofre repercussão decorrente da ruptura da relação conjugal, ao insistir na figura do visitante, em oposição ao guardião, provoca séria redução, para um deles, da intensidade do poder familiar. Nesse sentido, também observa Waldir Grisard Filho ao afirmar que “o genitor que obtenha a guarda exercerá sua autoridade parental em toda a sua extensão, por estar diretamente vinculado ao filho.” (2010, p. 106). De outro lado, “o genitor que não a obtenha terá enfraquecido seus poderes paternos.” (2010, p. 106).

Tal redução, contudo, deve ser veementemente rechaçada. Não resta ao genitor que não esteja no exercício da guarda a mera prerrogativa de fiscalizar a manutenção e educação do filho, em posição secundária e submissa à atuação do guardião. Esse jogo de poderes não condiz com o exercício do poder familiar, reorientado que foi pela ordem civil-constitucional. O poder jurídico investido aos pais permite-lhes atuar em nome do filho e no limite do interesse deste. Disputas de força pautadas pela guarda são completamente contraditórias com a horizontalidade e a dialogicidade preconizadas pela doutrina do melhor interesse da criança e do adolescente, como já amplamente ressaltado. Ao se desviarem desse norte, seja para perseguir interesses particulares, seja para reverberar discórdias decorrentes de feridas não cicatrizadas da antiga relação conjugal, os pais estarão se colocando fora do campo de legitimidade do poder familiar. Dessa maneira, a nenhum dos pais (guardião ou não) é dado o poder de decisão sobre a vida do filho.

O poder familiar, particularmente no aspecto concernente ao dever de direção da educação, confere aos pais autoridade e responsabilidade para intervirem positivamente na vida do filho. A qualidade dessa intervenção não é de ditar, mas de mediar e conduzir a criança e o adolescente ao longo de cada uma das fases do seu desenvolvimento. Durante os primeiros anos de vida, a atuação certamente se manifesta de forma mais intensa, demandando dos genitores praticamente atenção integral às demandas do ser humano recém-nascido. Contudo, já na primeira infância, é possível observar a formação dos primeiros traços de personalidade, um sinal para que os pais iniciem o processo lento e progressivo de deferência frente às identidades do filho. Portanto, o dinamismo é característica inerente à relação paterno-filial, pois, é à medida que ela vai sendo constituída que os pais vislumbrarão indícios do amadurecimento do filho. A edificação do discernimento, sobre si e sobre o mundo, não é algo que possa ser dado ou inculcido; é particular, interno e depende de um gradativo autoconhecimento. Parafraseando Sartre¹³, a criança se faz pessoa ao compreender-se como tal.

Reconhecer a autonomia progressiva do filho não significa estabelecer para os pais um afastamento. Muito antes pelo contrário. O respeito ao particular processo de emancipação do menor é calcado no aprofundamento dos laços de confiança e consideração mutuamente estabelecidos entre os sujeitos familiares.

Nesse sentido, a criança e o adolescente merecem ter suas manifestações consideradas sempre na proporção de sua maturidade, porque assim se garante proteção e, ao mesmo tempo, respeito às suas capacidades e individualidades. Em outras palavras, garante-se que sejam educadas com dignidade. Esse também é o pensamento de Ana Carolina Brochado Teixeira:

Os filhos, como foi mencionado, não são sujeitos passivos da relação com os pais. Também não constituem objeto dos poderes e dos deveres embutidos no conteúdo da autoridade parental. Tornam-se protagonistas da própria história e do próprio processo educacional. A função educativa se consubstancia em um processo dialético entre pais e filhos. (TEIXEIRA, 2005, p. 132).

¹³ É oportuno mencionar trecho mais extenso dos escritos de Jean-Paul Sartre em seu *Esboço para uma teoria das emoções*: “É que, de fato, a compreensão não é uma qualidade vinda de fora à realidade humana, é sua maneira própria de existir. Assim, a realidade humana que é *eu* assume seu próprio ser ao compreendê-lo. Essa compreensão é a minha. Portanto, sou antes de qualquer coisa um ser que compreende mais ou menos obscuramente sua realidade de homem, o que significa que me faço homem ao compreender-me como tal.” (SARTRE, 2008, p. 23).

Além disso, a autora acrescenta:

A doutrina italiana é bastante atual ao ditar que, na educação, devem ser buscados os reais interesses dos filhos, independentemente de sua vontade, porém contemporaneamente deve-se considerar o filho a ser educado como **um potencial portador de valores pessoais conexos à formação de um homem livre**. À medida que ele vai crescendo, o respeito a ele dirigido deve ser ainda maior, visto que os valores pessoais vão-se sedimentando, e aumenta o leque de escolhas que o menor tem condições de fazer sozinho. (TEIXEIRA, 2005, p. 133-134, grifo nosso).

Assim, demonstra-se o caráter democrático e coparticipativo do processo educacional, realidade que inviabiliza tentativas de sobreposição de um dos genitores sobre o outro e, ao mesmo tempo, sublinha que a atuação dos pais é legítima enquanto promotores da autonomia progressiva do filho.

3.5 Questões atuais: educação domiciliar e novos desafios impostos pela Pandemia da Covid-19

A preservação da história familiar e a transmissão dos valores e traços culturais característicos de cada comunidade são, sem dúvida, fatores importantes, que, somados à educação formal, compõem o substrato do processo educacional. No tópico anterior, buscou-se enfatizar o dever imposto aos pais de estarem envolvidos na criação, instrução e educação dos filhos, um movimento que contrasta com a realidade moderna, de pessoas apressadas, que dedicam cada vez menos tempo às suas famílias. Sobre isso, concluiu-se que a reversão do quadro de deficiência no convívio passa por reafirmar que não há para os genitores uma prerrogativa de afastamento ou de delegação da função a eles investida. No extremo oposto, emerge outra questão: a concentração da educação do filho na residência da família em detrimento da escola. Cabe avaliar se nessa situação há frustração do convívio comunitário e se nela o interesse do menor é tutelado ou ameaçado.

Esse tema traz as seguintes perguntas: genitores que, preocupados com a preservação dos valores considerados importantes em sua comunidade e temerosos de influências negativas ou não satisfeitos com a qualidade do ensino oferecido, decidem assumir a educação de suas crianças e adolescentes, agem legitimamente? A opção pelo ensino domiciliar está agasalhada pela autonomia privada e contida no

dever de direção da educação enquanto aspecto do poder familiar? No campo da educação dos filhos, a ação dos pais é livre?

Além disso, não se podem fechar os olhos para as intensas transformações sociais ocorridas ao longo dos dois últimos anos. Por razões de saúde pública, boa parte da população mundial esteve confinada em suas residências aguardando a melhora dos indicativos de transmissibilidade da infecção viral denominada Covid-19. Nesse contexto, o convívio familiar, que se tornava cada vez mais débil, mudou, da noite para o dia, em hiper convivência. Se bem que, o convívio restrito aos habitantes da residência, ainda que verticalmente intenso, no aspecto horizontal foi radicalmente reduzido (para não dizer eliminado).

O convívio por intermédio das redes sociais foi elevado à máxima potência, arrastando para o campo virtual, inclusive, as salas de aula, migração que talvez nunca se reverta totalmente. A falta de contato físico da criança com outras pessoas que não seus pais pode ser prejudicial ao desenvolvimento de suas capacidades, notadamente no que diz respeito à necessária socialização. Naquele momento, contudo, a restrição era inevitável, em nome da proteção do próprio direito à vida.

Assim, é pertinente investigar os reflexos desse contexto sobre a relação paterno-filial. Tendo como pano de fundo o exercício do poder familiar e da guarda, é necessário analisar se o papel dos pais na direção da educação do filho foi alterado. Esse cenário foi bem descrito por Rodrigo Mazzei:

Em plena era tecnológica, com abundância de recursos científicos, o mundo – no seu sentido mais global – foi surpreendido com situação fática alarmante. Um vírus desconhecido e com capacidade de transmissão elevadíssima colocou em xeque toda a população mundial. A falibilidade humana ficou evidente diante das descompassadas e pouco eficazes tentativas para conter (ou melhor, controlar) a transmissão do vírus SARS-CoV-2 (causador da covid-19 (sic)).

Diante das proporções da inusitada situação, inevitáveis os efeitos no campo jurídico, pois as ações em prol da manutenção da vida e da recomposição do quadro de saúde não fizeram cessar as relações jurídicas, sendo estas (sic) abaladas sobremaneira pelo quadro pandêmico que assolou a raça humana em cada canto do nosso planeta. (MAZZEI, 2020, p. 5).

De fato, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou pandemia¹⁴. Pouco antes, em 6 de fevereiro de 2020, havia sido publicada

¹⁴ A elevação do estado da contaminação pelo novo coronavírus deu-se devido à rápida disseminação da doença por todo o mundo, fato que levou o Diretor Geral da OMS, Tedros Adhanom, a caracterizar a Covid-19 como uma pandemia. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 24 jan. 2022.

no Brasil a Lei n.º 13.979, que dispõe sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Passaram-se dois anos e, apesar das boas perspectivas proporcionadas pelo desenvolvimento e pela aplicação massiva de vacinas, o status de emergência sanitária persiste, e as recomendações de cuidados pessoais não foram flexibilizadas. A título de exemplo, a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, por meio de sua Secretaria Municipal de Saúde, atualiza a situação na Capital do Estado de Minas Gerais mediante a publicação regular de Boletim Epidemiológico e Assistencial, considerando diversos fatores, como indicadores de imunização, novos casos por 100 mil habitantes, grau de ocupação de leitos, número de testes, número de óbitos etc. Baseadas nesse boletim, as autoridades municipais hoje classificam como vermelho o nível de alerta geral¹⁵. Em suma, o cenário ainda inspira muita cautela.

O prolongamento da situação de emergência sanitária pode ser explicado, ao menos em parte, pelas incertezas que rondam a doença. Ao contraírem o vírus, algumas pessoas permanecem assintomáticas ou manifestam efeitos moderados, enquanto considerável parcela da população experimenta reações severas. Nesses casos, a evolução acelerada da infecção pode recomendar a internação em unidade de tratamento intensivo e o recurso a mecanismos de suporte artificial da vida. O fato é que o prognóstico incerto, aliado ao altíssimo grau de transmissibilidade e à inexistência até o momento de tratamento eficaz no combate do vírus quando instalado no organismo humano, deixa pouca margem de discricionariedade para as autoridades públicas. Como elas dispõem de recursos escassos para gerir a crise, devem manejá-los com responsabilidade. Nesse contexto, ficar em casa se tornou a medida de controle mais sensata.

Por outro lado, considerando que a preservação das liberdades individuais é fator caro no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, as intervenções estatais para restringi-las devem ser circunstanciais e motivadas no atendimento ao interesse público. Em situação de pandemia, as limitações estabelecidas pelas autoridades se legitimam enquanto medidas excepcionais e coerentes com os objetivos sanitários

¹⁵ A classificação é reavaliada diariamente conforme a melhoria ou o agravamento dos dados coletados. Informações atualizadas podem ser buscadas junto ao site oficial da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/reabertura-de-atividades>. Acesso em: 30 de jan. 2022. Informações atualizadas em 29 jan. 2022.

almejados, cabendo, portanto, sempre embasá-las nas mais atualizadas evidências científicas. Assim, o respaldo em critérios técnico-científicos garante às decisões o necessário equilíbrio entre a proteção da saúde e a promoção das liberdades.

Especificamente no que concerne à população infanto-juvenil, os processos de tomada e revisão das decisões não de ponderar também o dever de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de seus direitos fundamentais. Vale dizer que o princípio do melhor interesse da criança emerge como o critério hermenêutico adequado, inclusive (ou quiçá sobretudo) em situações excepcionais. Desse modo, a despeito de as limitações estatais serem inevitáveis nos momentos críticos, não se admite que perdurem além do estritamente necessário para a consecução dos objetivos sanitários sob pena de violar interesses dos menores. Nesse sentido, as repercussões sobre a educação e o convívio familiar e comunitário não têm sido ignoradas pela doutrina:

A criança, neste (sic) contexto de isolamento, face à impossibilidade de acesso à escola, ao brincar em espaços públicos, de encontrar-se com os amigos, estes (sic) elementos distanciadores têm provocado alterações ou mesmo comprometido o seu desenvolvimento sadio, sobretudo nas camadas sociais já marcadas pela vulnerabilidade, pela miséria. (RIBEIRO; VERONESE, 2020, p. 74-75).

Além das consequências mais óbvias ocasionadas pela Pandemia, o possível agravamento das desigualdades sociais é um problema afeto especialmente à criança e ao adolescente, enquanto pessoas em peculiar situação de desenvolvimento. O fechamento das escolas, na prática, pode ter significado a exclusão do acesso à educação formal para muitos, abertamente violando o que determina o artigo 208 da Constituição. Além das dificuldades enfrentadas por pais, professores e principalmente por crianças e adolescentes na tentativa de garantir que estas sigam estudando, nos estratos mais vulneráveis da população os desafios foram maiores.

Afinal, uma pandemia dessa proporção pode causar inúmeros efeitos deletérios, tais como: meninas que são absorvidas pelo trabalho doméstico e que o retorno às atividades escolares se torna menos interessante para os arranjos familiares, aumento de abusos e violência contra crianças e adolescentes, além de um agravamento das desigualdades sociais, dificuldades de alimentação para aqueles que dependem da escola para fins de nutrição, sem contar os prejuízos relativos à socialização, *déficit* educacional gerados pela dificuldade de acesso à Internet e a computadores para assistir (sic) aulas online etc. Se o ensino remoto, por si só, já pode gerar desafios, o que dirá para a população de baixa renda. (TEIXEIRA; BORCHIO, 2021, p. 347).

Com a nova realidade, a assistência, a criação e a educação dos filhos (artigo 229 da Constituição) ganharam contornos diferentes. Assim, é possível inferir uma expansão dos deveres inerentes à relação parental. Estando todos confinados em casa, restou difícil (ou impossível) para os pais, no exercício de suas responsabilidades, contar com a participação de educadores, de outros familiares e de auxiliares em geral, os quais formam a chamada rede de apoio da família. Além de se dedicarem diretamente aos filhos (assistência e criação), um ofício que passaram a exercer em tempo integral, os genitores tiveram que abrir espaços em seus afazeres pessoais e laborativos a fim de priorizar a educação das crianças e dos adolescentes. Para além do dever de direção que já lhes era imposto no âmbito do poder familiar, os pais se viram obrigados a arcar com o ônus de assegurar continuidade ao ensino formal dos filhos, apoiados apenas remotamente pela escola, sem contar outros fatores preexistentes ou que se agravaram com a crise, como a já ressaltada escassez de recursos para muitas famílias ou a necessidade de cuidados especiais para crianças com deficiência. Passou-se a esperar que os pais conseguissem gerir tais questões, tarefa que requer ainda mais equilíbrio quando eles não vivem na mesma residência.

Sobre os obstáculos ao exercício da guarda compartilhada e do direito de visitação em tempos de isolamento social, Brunela Vieira de Vincenzi, Isabella Thalita Andretto Oliveira e Luma Vilela Ramos Fonseca (2020) ponderam que as autoridades públicas decidiram pelo enrijecimento das medidas de isolamento social voluntário, restringindo a circulação de pessoas fora de casa a atividades essenciais, o que, a princípio, excluiria o deslocamento dos filhos para garantir seu convívio presencial com ambos os pais separados.

Diante dessa situação, os pais separados com filhos menores se veem frente a um dilema, como manter o estabelecido em sentença de divórcio a respeito da visitação em tempos de necessidade de isolamento social. Isto (sic) porque num cenário ideal os genitores conseguiriam chegar a um acordo que respeitasse o direito à visitação, sem que com isso fosse necessário descumprir a recomendação de isolamento social, (sic) contudo, nem sempre o diálogo é possível, sendo necessária, muitas das vezes, a intervenção do Poder Judiciário. (VINCENZI; OLIVEIRA; FONSECA, 2020, p. 30).

Os acordos celebrados entre genitores, estabelecendo a divisão e a forma de exercício do ofício parental, tiveram que ser rediscutidos para considerar o cenário de

anormalidade. Para que o desempenho do dever de guarda e de educação dos filhos pudesse ser efetivado, coube aos pais dialogar e combinar estratégias e soluções criativas com o objetivo de minorar os prejuízos aos menores. Como na prática essa meta nem sempre é atingida espontaneamente, abre-se espaço para a intervenção do Poder Público, que, atento aos direitos fundamentais do menor, irá indicar concretamente o sentido do melhor interesse da criança.

Assim, diante da necessidade de isolamento social, como medida de prevenção contra a Covid-19, surge para o Judiciário a necessidade de analisar demandas que envolvam o direito à convivência com os filhos menores, quando os pais sozinhos não conseguem alcançar uma solução pela via do bom senso. (VINCENZI; OLIVEIRA; FONSECA, 2020, p. 32).

Contudo, apesar da inquestionável contribuição do estudo apontado, que apresenta reflexões necessárias, não se concorda com a conclusão das autoras no sentido de que “a realidade atual impõe a fixação de guarda unilateral em favor daqueles que estiverem com a criança desde o início do isolamento social.” (VINCENZI; OLIVEIRA; FONSECA, 2020, p. 32). Esse entendimento merece críticas, porque prestigia a aleatoriedade e estabelece uma solução de cunho axiológico, que, como já repetidamente sublinhado neste trabalho, é incompatível com a efetivação dos interesses da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Vincenzi, Oliveira e Fonseca parecem ter incidido no erro comum de tentar realizar ponderação entre princípios fundamentais, critério hermenêutico que deve ser descartado ao se tratar de tutela dos interesses do menor.

A garantia de efetivação do melhor interesse do menor caracteriza-se assim como uma barreira à efetivação do direito à visitação nos tempos atuais, uma vez que a garantia à saúde deve prevalecer sob o direito dos pais de conviverem presencialmente com seus filhos, de modo que as regras estabelecidas para a visita e guarda podem ser alteradas a qualquer momento, quando no interesse do menor. (VINCENZI; OLIVEIRA; FONSECA, 2020, p. 33).

Descabe estabelecer um confronto entre a proteção da saúde e a efetivação dos demais interesses da criança e do adolescente. Na verdade, os pais devem agir no sentido de compatibilizar os vários âmbitos de proteção, garantindo efetividade aos direitos fundamentais dos filhos em sua totalidade, ou seja, considerando tanto o direito à vida e à saúde quanto o direito ao convívio familiar e comunitário.

Obviamente que, em períodos de exceção como o vivido atualmente, reduções e adequações são inevitáveis, mas a todo tempo a tomada de decisão deve atentar aos elementos do caso concreto a fim de selecionar alternativa menos danosa. Fixar aprioristicamente que os acordos de guarda compartilhada devam se converter em unilateral e que o guardião designado seja aquele que esteja na companhia do filho em dado momento (qual seria o marco?) é encarar a vida do menor como um jogo, sujeitando-a ao acaso. A melhor solução virá da apreciação das particularidades de cada caso, porém, de toda maneira, nada indica que deva ser afastada a prevalência legalmente estabelecida em favor da guarda compartilhada.

As repercussões decorrentes do cenário de exceção sobre o exercício da guarda também foram investigadas por Joana Ribeiro e Josiane Rose Petry Veronese:

Todavia, dadas as circunstâncias sociais até então nunca vividas, de quarentena e isolamento social para a contenção da Covid-19, aqueles casos em que a Guarda Compartilhada não havia sido fruto de amadurecimento dos casais ou a convivência com o não guardião da Guarda Unilateral já era de difícil compreensão, novos conflitos tendem a surgir, eis que a convivência familiar e comunitária foi restringida para a contenção da doença, alguns pais e mães são grupos de risco, outros exercem funções essenciais e correm mais risco de contaminação e tornou-se complexo fechar este “quebra cabeças”, diante do receio de doença e de morte, mais os problemas financeiros decorrentes, que refletem no padrão de vida das famílias e na garantia do pagamento da pensão alimentícia. (RIBEIRO; VERONESE, 2020, p. 16-17).

O entendimento das autoras é que “o direito fundamental à convivência familiar precisa ser resguardado ao máximo, evitando-se sua restrição.” (RIBEIRO; VERONESE, 2020, p. 17). O fato é que o direito ao convívio do menor com seus genitores, consubstanciado na guarda quando estes forem separados, tem relevo elevado e status de garantia fundamental. Não há como relativizá-lo simplesmente diante de um potencial incremento das situações de conflito entre os corresponsáveis pelo poder familiar durante a Pandemia.

A revisão das regulamentações de guarda dos filhos, apesar de sempre possível, é providência que só deve ser cogitada após esgotados os esforços no sentido de uma composição dialógica para tentar resolver os problemas de convívio desencadeados pelo isolamento sanitário. Divergências ou disparidades de perspectivas entre os genitores merecem ser equacionadas a bem do interesse do filho, o que é algo normal no processo de criação e educação de crianças e adolescentes, estejam os pais casados, separados, vivendo sob o mesmo teto, em

residências diversas ou isolados em razão de uma Pandemia. O diálogo, em todo caso, deve prevalecer mesmo que eventualmente mediado pelo Poder Judiciário.

Em sentido contrário, ao analisar a questão da guarda sob um viés processual, Adriana Pereira Campos e Fernando Ribeiro da Silva Carvalho admitem a suspensão dos acordos de guarda firmados antes da Pandemia:

Quaisquer pessoas no Brasil, excetuadas aquelas que atuam nas atividades consideradas necessárias e de continuação obrigatória, insuscetíveis de paralização, englobando principalmente as crianças (vulneráveis e portadoras assintomáticas, em regra), devem ficar em casa, nem mesmo para que os pais vejam efetivados os desígnios da guarda compartilhada e convivência. Nos tempos de exceção, o compartilhamento da sociabilidade infantil apenas aumentaria o risco de contágio, tanto para o menor quanto para aqueles que teriam contato com as crianças não isoladas. (CAMPOS; CARVALHO, 2020, p. 15).

Na perspectiva dos autores, “a efetivação dos termos da guarda compartilhada e convivência, principalmente no âmbito das tutelas provisórias, colocaria em risco os interesses dos menores” (2020, p. 17), o que por si só já representa um equívoco, considerada a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, que inclui expressamente o direito fundamental ao convívio familiar. Os pesquisadores, contudo, fixam premissas falhas no sentido de que a incapacidade absoluta dos menores e o maior potencial transmissivo do vírus inspirariam cuidados mais intensos e justificariam a medida extrema de isolá-los, proibindo, inclusive, o trânsito entre as casas dos genitores (CAMPOS; CARVALHO, 2020).

Para se contrapor ao primeiro argumento, basta reafirmar a autonomia progressiva da criança e do adolescente, visto que a incapacidade (relativa ou absoluta), útil no contexto de situações patrimoniais, é critério imprestável nas situações jurídicas existenciais. É a competência do sujeito, ou seja, a aptidão para discernimento que determina o grau de sua participação nas decisões que lhe concernem (OLIVEIRA; LOURENÇO, 2020), especialmente quando se coloca em xeque seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

A segunda premissa, no sentido de que as crianças seriam potencialmente os maiores transmissores do vírus, também pode ser objetivamente superada. No escólio de Ana Carolina Brochado Teixeira e Mariana Dias Duarte Borchio (2021, p. 336), “embora ainda tenha muito a se avançar sobre o coronavírus, estudos informam que crianças de 1 a 10 anos transmitem menos e podem ter sintomas mais leves (oligossintomáticos)”. Com o avançar das pesquisas, novas evidências científicas

apontam no sentido de que as crianças e os adolescentes são vetores menos importantes da transmissão do vírus do que os adultos (LEE; RASZKA, 2020) e que raramente os menores necessitam de internação hospitalar, internação em uma unidade de terapia intensiva, oxigenoterapia ou ventilação (LACHASSINNE; PONTUAL *et al.*, 2021). Além disso, novas evidências sugerem que as crianças adquirem mais frequentemente o vírus de adultos em vez de transmitir-lhes (LEE; RASZKA, 2020) e que a transmissão do SARS-CoV-2 nas escolas pode ser menos importante do que se temia inicialmente (LEE; RASZKA, 2020).

Nesse cenário, considerando que as restrições às liberdades individuais devem guardar coerência com os objetivos sanitários almejados, na atual fase da Pandemia não subsistem justificativas para prosseguir suprimindo direitos fundamentais da criança e do adolescente. Apesar de a situação sanitária ainda inspirar cautela, é necessário priorizar a efetivação do direito ao convívio familiar e comunitário, fator imprescindível ao desenvolvimento sadio e completo do ser humano em formação.

Sobre a importância fundamental da convivência familiar e comunitária, colha-se a contribuição de Teixeira e Sá:

Em que se consubstancia viver dignamente? Faz-se relevante recorrermos à concepção de dignidade do alemão HASSO HOFFMAN, que a concebe não apenas como um valor intrínseco do homem, mas também sob uma perspectiva relacional. Afinal, é na alteridade, na reciprocidade e no relacionamento com o outro que a personalidade se constrói, como um processo dialético e dialógico com o outro. Por isso, a necessidade da convivência familiar e comunitária, para construir e edificar a afetividade, além de possibilitar a inserção social. Eis a justificativa constitucional para considerar-se a convivência com “o outro” como direito fundamental. (TEIXEIRA; SÁ, 2004, p. 23-24).

Com amparo nesses propósitos, pode-se concluir que, no que tange à guarda do menor, os pais devem assegurar o compartilhamento do convívio de forma equilibrada, adotando os cuidados recomendados para evitar a transmissibilidade do vírus. Conferir primazia a esse direito não significa ignorar o direito à vida e à saúde ou minorar a gravidade da crise sanitária, e sim sublinhar o traço do poder familiar enquanto função harmonizadora dos vários interesses dos filhos.

Avançando, além da preocupação com a guarda, outro aspecto a ser priorizado é o do convívio da criança e do adolescente com os colegas na escola. Vale destacar novamente que o direito ao convívio possui ligação intrínseca com o direito à educação. Inegavelmente, o processo educacional (genericamente compreendido

como educação formal e informal) foi afetado pelo advento da Pandemia. Observam Teixeira e Borchio:

A pandemia causada pela Covid-19 gerou uma reação imediata de suspensão das aulas presenciais para todas as idades, pois o vírus se espalha rápido (sic) e a sala de aula, geralmente um ambiente fechado, facilita sua propagação. Como tentativa para remediar a situação, foram propostas atividades remotas para alunos, para que tivessem acesso ao conteúdo previsto para o momento escolar. No entanto, embora a intenção tenha sido positiva frente ao desafio da pandemia, essa modalidade de ensino só agravou, ainda mais, o abismo das diferenças sociais, o acesso à educação e outros problemas. (TEIXEIRA; BORCHIO, 2021, p. 335).

O ensino remoto se apresentou, principalmente na fase inicial da crise sanitária, como uma solução viável na tentativa de evitar a descontinuidade do processo educacional da criança e do adolescente. Num cenário em que ainda não existiam vacinas, a transmissibilidade do vírus estava descontrolada e os números de internações e de óbitos em decorrência do agravamento da infecção permaneciam assustadoramente em alta, o isolamento rígido se tornou inevitável. Diante da indisponibilidade do espaço físico das escolas, o ensino domiciliar foi disseminado, pelo lado das instituições de ensino, mediante o emprego de tecnologias de informática e da rede mundial de computadores (*Internet*) e, para os alunos, por intermédio de computadores pessoais, *tablets* e, sobretudo, de aparelhos celulares.

Essa dinâmica permitiu que fossem transmitidas orientações, atividades e tarefas, mas repentinamente exigiu dos adolescentes e, notadamente, das crianças um nível de atenção e comprometimento talvez incompatível com sua incompleta maturidade. O esforço, a criatividade e o senso de responsabilidade dos professores são dignos de nota e de louvor, contudo não se pode olvidar de que o papel dos pais foi sensivelmente incrementado, pois lhes coube o encargo de orientar e, não raro, coadjuvar a execução das atividades curriculares pelos menores, uma nova atribuição que, no entanto, é viável somente para parcela da população, o que pode ter acentuado desigualdades e ocasionado a diminuição da mobilidade social.

Segundo relatório produzido pelo Instituto Mobilidade e Desenvolvimento Social, a partir de dados coletados pela pesquisa experimental do IBGE, PNAD COVID-19 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), em novembro de 2020, o percentual de aulas presenciais no Brasil era de 8% (IMDS, 2021). Além disso, do ponto de vista do engajamento, naquele dado momento, em média 61% dos alunos realizavam atividades por 5 ou mais dias durante a semana (IMDS, 2021). Mas foram

constatadas expressivas diferenças quando comparadas as regiões do País e considerado o grau de escolaridade e poder aquisitivo do responsável domiciliar¹⁶.

O relatório assinala que, “durante a pandemia, aqueles com melhores condições socioeconômicas tiveram mais acesso e conseguiram manter suas crianças e jovens mais dedicados aos estudos.” (IMDS, 2021, p. 14). Também alerta sobre a “possibilidade de entraves à mobilidade social e replicação de condições menos favoráveis entre gerações.” (IMDS, 2021, p. 14). Em suma, o que os dados sugerem é que o acesso a atividades e o engajamento dos alunos com a escola e suas atividades são fortemente correlacionados com variáveis associadas à renda domiciliar e ao nível de escolaridade do responsável pelo domicílio (IMDS, 2021).

Partindo desse panorama, duas temáticas emergem: a reabertura das escolas e o ensino domiciliar. Ambas são pertinentes de serem pontuadas, porque concernem diretamente ao exercício do poder familiar, particularmente quanto aos aspectos do convívio, da criação e da educação.

Pode-se afirmar que o múnus imposto aos pais pelo ordenamento jurídico adquiriu contornos ainda mais decisivos no cenário excepcional da crise sanitária. A possibilidade de dedicação ao processo educacional dos filhos, contudo, não é algo factível para todos. Outros fatores, como o nível de escolaridade dos pais e a condição socioeconômica da família, colocam em dúvida a efetividade do ensino em casa, de maneira que, em atenção à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, torna-se cada vez mais urgente a atuação decisiva do Poder Público no sentido de estabelecer diretrizes para ordenar o retorno das aulas presenciais¹⁷.

¹⁶ A título de exemplo, no quesito atividades escolares recebidas pelos alunos de 6 a 17 anos, inclusive aula *online*, verificou-se uma diferença de 10 pontos percentuais entre o menor e o maior nível de escolaridade do responsável, o mais elevado com 95%. A diferença sobe para 16 pontos percentuais quando comparados os 10% mais pobres aos 10% mais ricos, este com percentual de 97%. (IMDS, 2021).

Já no quesito engajamento, 53% para aqueles residentes em domicílios cujo responsável tem no máximo Ensino Fundamental incompleto e 77% para os com Superior completo ou mais. (IMDS, 2021).

¹⁷ Conforme relatório "*Schooling disrupted, Schooling rethought: How the Covid-19 pandemic is changing education*", divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e traduzido para o português pelo Centro de Excelência e Inovação em Políticas Educacionais da Fundação Getúlio Vargas (FGV CEIPE), “enquanto vários países já estavam reabrindo as escolas no período em que a pesquisa era realizada e esperavam poucos ou nenhum dia adicional em casa, no Brasil, Costa Rica e Peru, as escolas primárias deveriam ser fechadas por mais 50 dias ou mais. A maioria dos países priorizou a reabertura das escolas primárias, dada a importância da interação social nos anos iniciais e as maiores dificuldades que os alunos mais jovens enfrentam ao aprender remotamente, apesar dos desafios muito maiores de se manter o distanciamento físico entre os alunos mais novos se eles forem reunidos nas escolas.” (OCDE, 2020, p. 15).

Em trabalho recente, Ana Carolina Brochado Teixeira e Mariana Dias Duarte Borchio buscam compor parâmetros para auxiliar na tomada de decisão sobre o retorno das aulas presenciais. Considerando o direito à educação, a prioridade absoluta e as fronteiras do poder familiar, as autoras concluíram que “é necessário repensar as prioridades políticas, reforçando os protocolos de segurança nas escolas para que seja possível o retorno.” (TEIXEIRA; BORCHIO, 2021, p. 348).

Mas o cenário de otimismo proporcionado pela chegada das vacinas – no Brasil o imunizante foi aplicado em boa parte da população¹⁸ – contrasta com a falta de planejamento e de procedimentos nítidos para a reabertura das escolas. A vacinação dos adolescentes está avançada e entre as crianças já se iniciou, porém seria crucial estabelecer adicionalmente uma política de testagem dos alunos, ainda que por amostragem, planejamento que não se verifica na prática. A hesitação das autoridades públicas, inaptas em estabelecer um consenso mínimo sobre o assunto^{19,20}, faz com que os menores sejam obrigados a suportar violações nas duas pontas. De um lado, o acesso à educação e a garantia ao convívio seguem precarizados e, de outro, verifica-se também insegurança e desproteção do direito à vida e à saúde. Em resumo, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, cuja efetivação deveria ter prioridade absoluta, estão sendo negligenciados.

Nesse contexto, caberá aos pais definir o que é mais adequado para seus filhos e para a sua família, dentro do sistema de valores e prioridades por eles eleito, pois se trata de eleger quais riscos essa família pode correr em termos de saúde, comorbidades existentes etc. Justifica-se que essa decisão esteja no poder decisório dos pais, por ora, pois o ensino ainda será híbrido, com aulas *online* e presenciais, ou seja, apesar das limitações presentes no ensino *online*, em especial para as crianças mais novas, o aluno não receberá falta por não ir presencialmente à escola, uma vez que poderá continuar a receber educação remota em casa. (TEIXEIRA; BORCHIO, 2021, p. 345).

¹⁸ Conforme dados divulgados pelo *site Our World in Data* (atualizados em 5 fev. 2022), cerca de 80% da população brasileira recebeu pelo menos uma dose da vacina contra a Covid-19 e cerca de 70% (mais de 150 milhões de pessoas) recebeu 2 doses (vacinação completa). Disponível em: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/brazil>. Acesso em: 6 fev. 2022.

¹⁹ Belo Horizonte contraria MP e mantém suspensão de aulas presenciais para criança: Prefeitura informou que não vai determinar volta para crianças na faixa de 5 a 11 anos; na quinta-feira (3), Ministério Público recomendou retorno imediato das aulas presenciais em todas as idades. **CNN Brasil**, 4 fev. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/belo-horizonte-contraria-mp-e-mantem-suspensao-de-aulas-presenciais-para-criancas/>. Acesso em: 6 fev. 2022.

²⁰ Após decisão em 2ª instância na justiça, BH libera aulas presenciais de crianças de 5 a 11 anos: professores da rede municipal de educação, em Belo Horizonte, foram convocados para o retorno imediato ao trabalho nesta terça-feira (8); alunos devem voltar no dia seguinte. **G1**, 7 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/02/07/prefeitura-de-bh-diz-que-vai-cumprir-decisao-da-justica-e-retomar-aulas-presenciais-de-criancas-de-5-a-11-anos.ghtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.

Relembre-se de que o exercício diligente do poder familiar comina aos pais um agir pautado pelo diálogo constante entre si e com os filhos a fim de determinar, a cada momento, a decisão coerente com o princípio do melhor interesse da criança. Considerando que cada família possui suas particularidades, haverá ainda certa margem para a deliberação dos genitores sobre o retorno às aulas presenciais, ao menos até que se concretize um atuar mais categórico por parte do Poder Público. Caso apareçam eventuais choques de perspectivas entre mãe e pai – hipótese particularmente sensível se não vivem juntos –, poderão eles recorrer ao auxílio do Poder Judiciário, que apreciará os elementos do caso concreto para dizer se o retorno ao ambiente escolar presencial tutela ou vulnera os interesses dos filhos.

De todo modo, o entendimento mais correto, alinhado com a natureza jurídica do poder familiar, dita que “é necessário se refletir sobre o estabelecimento de um marco final para que essa decisão sobre o retorno presencial ao colégio saia do poder decisório dos pais” (TEIXEIRA, BORCHIO, 2021, p. 346), até porque, em última análise, não se trata de decisão autônoma, ou seja, liberdade não há.

Investidos do poder familiar, os pais são convocados a agir mediante *autonomia heterofundada* (VILLELA, 1982), ou seja, trata-se de ofício que só se legitima enquanto estiver em consonância com o interesse dos filhos. Como as crianças e os adolescentes são sujeitos em desenvolvimento, “é necessário alguém para lhes guiar os passos e traçar seu caminho, até que possam, sozinhos, definir os rumos da própria vida e construir sua dignidade com ampla autonomia.” (TEIXEIRA; SÁ, 2004, p. 26). Esse é o próprio fundamento da doutrina da proteção integral:

O ECA é guiado pelos princípios do melhor interesse, da paternidade responsável e pela doutrina da proteção integral, que visam a promover o bem da criança e do adolescente para que possam se estruturar como sujeitos, constituir sua autonomia responsável, de modo a formar adultos saudáveis e capazes de um salutar trânsito jurídico. (TEIXEIRA; SÁ, 2004, p. 32).

O respeito por parte dos pais em relação ao processo gradual de edificação da personalidade do filho é atitude a ser equilibrada com o dever de amparo e proteção, de modo que o do poder parental seja exercido sempre com foco no que é melhor para o sujeito infante-juvenil. Nessa perspectiva, para deliberar sobre o tema do retorno presencial às aulas, é responsabilidade dos pais ponderar (sem contrapor) os

interesses envolvidos sob a perspectiva do filho e, de preferência, com a participação deste na proporção de sua maturidade. A decisão, independentemente se for pelo retorno à escola ou pela continuidade do isolamento, deverá ser constantemente revisitada, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança. Esse diálogo, de resto, é algo natural e rotineiro ao processo de criação dos filhos.

Fernanda São José busca amparo nesses fundamentos para defender, em suas conclusões, que o ensino domiciliar deveria ser facultado:

Assim, a autonomia privada enquanto poder concedido pelo ordenamento jurídico a um indivíduo para produzir efeitos juridicamente específicos a partir de comportamentos assumidos livremente valoriza tanto os pais ou responsáveis quanto o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente, enquanto sujeitos de direitos, na medida em que permite àqueles optarem pela forma de ensino que melhor lhes convêm, cabendo ao Estado o poder de fiscalizar, resguardando integralmente os direitos e garantias constitucionais destes. (SÃO JOSÉ, 2014, p. 215).

A pesquisa desenvolvida por São José demonstra que o ensino domiciliar era regularmente desenvolvido no Brasil antes da Constituição de 1988. A autora afirma:

O dever de educar não é apenas designado ao Estado, mas também à família. Entretanto, o ensino domiciliar no Brasil é alvo de sérias controvérsias, ao argumento de que, ante a obrigatoriedade da matrícula da criança ou adolescente em instituição de ensino, ao optarem por este método educacional, os pais estariam cometendo ato ilícito e prejudicando o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente.

Em momento algum, as legislações responsáveis por regulamentar a educação no Brasil proíbem o ensino domiciliar, simplesmente não há previsão a esse respeito. (SÃO JOSÉ, 2014, p. 125).

Aqueles que defendem que a família pode assumir, além da educação informal, também o ensino formal dos filhos, alegam como motivação a preocupação com o ambiente escolar, a insatisfação com a qualidade do ensino ofertado, a necessidade de reforçar ensinamentos religiosos ou morais ou simplesmente quererem uma abordagem de ensino não tradicional. De fato, o principal argumento dos defensores do ensino domiciliar está na afirmação de que essa escolha está abarcada no campo das liberdades individuais.

Em sentido contrário, reafirmando a natureza de poder jurídico do múnus imposto aos pais, Maria Celina Bodin de Moraes e Eduardo Nunes de Souza sublinham que esse aspecto do poder familiar reflete mais um dever dos pais em

relação aos filhos do que uma suposta prerrogativa dos genitores de optarem pelo método de ensino que lhes pareça mais adequado ou conveniente.

Dentre o amplo espectro de deveres inseridos no conteúdo do poder familiar está o dever de prover a devida educação aos filhos, conforme preveem o art. 229 da Constituição e o art. 1.634 do Código Civil. Causa estranheza, portanto, que qualquer controvérsia relativa ao tema da educação dos filhos seja abordada prioritariamente pelo prisma de uma suposta *liberdade* do titular do poder jurídico – ou, ao menos, de uma liberdade funcionalmente voltada ao interesse desse titular, em lógica completamente alheia à configuração da situação jurídica subjetiva denominada poder jurídico. (BODIN DE MORAES; SOUZA, 2021, p. 100, grifo dos autores).

Bodin de Moraes e Souza (2021) demonstram, em seu trabalho, que o debate sobre o tema no Brasil está tomando direção equivocada devido à importação dos argumentos desenvolvidos nos EUA, onde, assim como na Inglaterra, representantes principais do *Common Law*, a liberdade é alçada à categoria máxima como uma espécie de supraprincípio. Em oposição, nos países de tradição da *Civil Law*, como Espanha, Portugal e o próprio Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como o norte (BODIN DE MORAES; SOUZA, 2021).

A questão sobre o ensino domiciliar não deve ser debatida no Brasil sob a perspectiva dos pais ao argumento de que eles supostamente são detentores da liberdade de escolha do modelo educacional a ser seguido por seus filhos. Na realidade, o interesse jurídico sobre o qual se deve lançar luzes é o dos filhos.

A partir do ponto de vista do filho, pode calhar de o ensino no formato domiciliar ser a medida adequada diante das particularidades do caso concreto. Mas essa possibilidade não pode ser convertida em prerrogativa para os pais, seja porque não é esse o sentido do múnus a eles confiado, seja porque o tema não encontra regulamentação legal no Brasil, merecendo ser encarado como atípico. Além do mais, há que se ressaltarem outros fatores, como oportunidade de convívio social e compartilhamento de valores, por exemplo. Como esclarecem os autores:

Esse não é, frise-se, um posicionamento contrário à autonomia privada dos pais, porque, em matéria de exercício do poder familiar, como se viu, a questão que se põe simplesmente não é, por definição, de autonomia privada dos titulares. Ainda, porém, que a matéria dissesse respeito ao exercício de uma liberdade (o que não se coaduna com qualquer aspecto da situação jurídica subjetiva denominada poder jurídico), fato é que, na legalidade constitucional brasileira, e a despeito dos recentes desenvolvimentos da jurisprudência de nossas Cortes Superiores, não há fundamento efetivo para privilegiar a tutela de certas liberdades sobre todas as outras, nem se admite que o exercício de uma liberdade prepondere sobre a própria dignidade

humana, fundamento da República – sobretudo, registre-se, quando a dignidade em questão é de pessoas particularmente vulneráveis, como crianças e adolescentes. Em termos simples, como falar em tutela da liberdade quando o resultado obtido consistiria em negar às crianças e adolescentes um universo infinito de oportunidades, conhecimentos e visões de mundo que lhes permitiriam, quando adultos, exercerem escolhas verdadeiramente autônomas de vida? (BODIN DE MORAES; SOUZA, 2021, p. 123).

Com esse posicionamento, encerra-se este tópico conferindo realce à natureza jurídica do poder familiar. O poder jurídico conferido aos pais para atuar em nome e no interesse dos filhos tem amplitude limitada. Os genitores não têm autonomia para gerir a vida do filho de acordo com suas conveniências ou guiados por suas concepções pessoais.

Por certo que os valores morais e culturais característicos de cada família são de extrema importância e também merecem tutela e reconhecimento. Contudo, descabe aos pais considerar esses elementos para pretender limitar o convívio comunitário da criança e do adolescente em períodos de normalidade. Não se nega a pertinência da discussão sobre uma possível regulamentação do ensino domiciliar no futuro. Mas, esse debate parece estar descontextualizado da realidade brasileira atual²¹, marcada pelas desigualdades regionais, socioeconômicas, dentre outros fatores, e em cuja universalização do acesso à educação, constitucionalmente pretendida, ainda carece de efetivação.

Num contexto de pandemia, essas questões se tornam ainda mais palpitantes e complexas, passando a incidir outros elementos, como a proteção à vida e à saúde, tão sensíveis e delicados quanto a tutela dos direitos fundamentais ao convívio e à educação. O que se procurou destacar foi a necessidade de compor todos esses relevantes interesses da criança e do adolescente, evitando colocá-los em confronto. A busca deve ser pelo equilíbrio entre a proteção e a promoção, garantindo-se

²¹ Cabe ressaltar que o problema, contudo, não é novo. O processo de marginalização foi considerado por Sálvio de Figueiredo Teixeira em aula magna proferida em 1989, quando ele sublinhou:

“Compelido pela necessidade de sobrevivência ou simplesmente desassistido por falta de infraestrutura familiar adequada, o menor passa a constituir a vítima mais frágil desse processo, que realimenta, seja pelo seu ingresso no continente de subempregados, seja pelo seu desvio para a marginalidade criminosa, quando então surge a complexidade da coexistência, do menor, da vítima e do infrator.” (TEIXEIRA, 1992).

(...)

“De nada adiantará o Estado ser formalmente edificado sob a noção da dignidade da pessoa humana se ele próprio, na prática, não proporciona os meios e as condições para que os cidadãos exerçam o seu direito de serem dignos.” (TEIXEIRA, 1992).

primazia aos interesses dos menores mesmo (ou especialmente) quando se vive um cenário de anormalidade decorrente de crise sanitária de proporções mundiais.

O papel dos pais, sem dúvida, sofre repercussão, sendo eles chamados a regular da melhor forma possível o convívio familiar e comunitário da criança e do adolescente em tempos excepcionais. Ao fazê-lo, devem os genitores estar atentos à autonomia progressiva de seus filhos, reconhecendo e respeitosamente considerando as manifestações deles, ainda que para decliná-las.

4 O VÍNCULO PARENTAL JURIDICAMENTE REQUALIFICADO

The Mother

*Welcome to the end of being alone inside your mind
You're tethered to another and you're worried all the time
You always know the melody but you never heard it rhyme
She's fair and she is quiet, Lord, she doesn't look like me
She made me love the morning, she's a holiday at sea
The New York streets are busy as they always used to be
But I am the mother of Evangeline*

*The first things that she took from me were selfishness and sleep
She broke a thousand heirlooms I was never meant to keep
She filled my life with color, canceled plans, and trashed my car
But none of that was ever who we are
Outside of my windows are the mountains and the snow
I hold you while you're sleeping and I wish that I could go
All my rowdy friends are out accomplishing their dreams
But I am the mother of Evangeline*

*And they've still got their morning paper and their coffee and their time
And they still enjoy their evenings with the skeptics and the wine
Oh, but all the wonders I have seen, I will see a second time
From inside of the ages through your eyes*

(...)

- Brandi Carlile -

4.1 A filiação como uma relação de afeto

Na verdade, o estudo sobre a relação parental está presente nesta dissertação desde sua primeira página, mas, neste capítulo, como o título indica, objetiva-se enfatizar o vínculo paterno-filial sob uma perspectiva diferente e necessária. É preciso analisar a paternidade (acepção genérica compreendendo tanto a paternidade em si quanto a maternidade) para além do aspecto da obrigação, sob o perfil da vocação.

Segundo João Baptista Villela, “a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação.” (VILLELA, 1979, p. 400). Em seu *Desbiologização da Paternidade*, o autor realça a função parental como um vínculo em formação, menos atrelado ao nascimento e mais ao relacionamento: “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir.” (VILLELA, 1979, p. 408).

O poder familiar, enquanto poder jurídico, é ofício que decorre, necessária e automaticamente, da condição de ser mãe ou de ser pai. O múnus recai originariamente sobre os pais no instante em que se forma o vínculo de filiação, no nascimento, no registro, na sentença, por consanguinidade, por afetividade, por adoção, não importa a natureza do evento constitutivo. Em outras palavras, “o poder familiar subsiste enquanto os filhos forem menores, pelo simples fato de serem filhos, ou seja, em decorrência da parentalidade, seja ela estabelecida de que forma for.” (TEIXEIRA, 2010, p. 253).

Porém, em certa medida, a noção de que o poder familiar será investido organicamente é insuficiente para explicar o fenômeno da filiação. Para saber o que determina a autoridade e a responsabilidade dos pais sobre os filhos, é necessário considerar que a paternidade, modernamente, funda-se no desígnio.

Nesse sentido, o objetivo de educação, formação e proteção do filho proporciona à relação paterno-filial uma fundamentação funcional (HIRONAKA, 2002). Vale dizer, o exercício do poder parental passou a estar funcionalizado à observância do interesse dos filhos. Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá afirmam que:

Está claro que a concepção de poder familiar ou autoridade parental, na contemporaneidade, não se submete à ideia de ampla liberdade dos pais para a condução da vida dos filhos. Ao revés, centra-se na ideia de poder-dever, figurando como personagem central a própria criança e não os adultos aos quais a ordem jurídica os confiou. (LIMA; SÁ, 2019, p. 112).

Portanto, os personagens centrais passaram a ser a criança e o adolescente, movimento que realocou os pais à posição de coadjuvantes no processo de criação e educação dos filhos com a ressalva de que protagonismo não se confunde com direção. Nessa “peça” (como sói ocorrer), a direção não é exercida pelo ator principal (cuja autonomia é limitada) nem pelos coadjuvantes (investidos de uma *autonomia heterofundada*). A direção é dada pelo princípio do melhor interesse da criança.

No que diz respeito ao fundamento do vínculo paterno-filial, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka procurou “desvendar e descrever o fenômeno jurídico a partir de sua interface com os fenômenos não-jurídicos que o antecedem.” (HIRONAKA, 2002, p. 405). Tomando como ponto de partida a concepção aristotélica de que família seria uma associação natural humana, a autora, em seu texto intitulado *Responsabilidade Civil na Relação Paterno-Filial*, propôs-se a investigar “se a família não pode ser *uma associação baseada em outra coisa que não a dominação ou a dependência.*” (HIRONAKA, 2002, p. 409, grifo da autora). Segundo reporta Hironaka (2002), na visão filosófica de Aristóteles a autoridade masculina, paterna e marital era uma autoridade natural:

O olhar histórico de comparação pretérita sobre o assunto admite afirmar que é marcante essa significação da família do passado mais como *uma relação de poder* do que como *uma relação de afeto*. Por conseguinte, a família aparece tradicionalmente como uma associação cujos benefícios se dirigem mais para os pais (e mais ainda para o pai ou o marido) do que para os filhos (ou para a mulher). (HIRONAKA, 2002, p. 409).

Os elos da dependência e da dominação vigoraram incontroversos por muito tempo como o fundamento da vinculação entre os integrantes da família.

Desde sempre, e com mais forte razão, os pais – mas principalmente o pai – são *caput* dos infantes. Em parte, por causa de uma concreta dependência dos filhos, que não têm forças, nem meios, nem principalmente experiência para emancipar-se na vida. Mas, em parte porque a família foi sempre constituída como um domínio particular de quem o instaurou. O círculo familiar, no qual o chefe de família é senhor dos demais membros, funciona como uma *monarquia particular*, como bem lembraria *Cesare Beccaria*, no capítulo 26 de seu tratado *Dos delitos e das penas*. (HIRONAKA, 2002, p. 416, grifo da autora).

A superação da perspectiva da família como instituição – que assim era voltada à perpetuação de esferas de poder e não à valorização das pessoas – permitiu vislumbrar que inexistia hierarquia entre seus membros. Na atualidade, nem a mulher está sujeita ao poder marital, nem o filho ao julgo do pai ou da mãe.

Ante o princípio da dignidade da pessoa humana, a vocação emerge como o novo elo ou, nas palavras de Giselda Hironaka, como o desejo de identidade e de união:

Seria, posteriormente, a excessiva carga institucional dada às relações familiares que voltaria a dificultar a compreensão da família como campo de liberdade coletiva; mas, como o **desejo de identidade e união** é mais forte do que o desejo de dominação e disputa, nenhuma autoridade ou responsabilidade fora desse interesse exclusivo na **proteção e na formação dos filhos** pode ser verdadeiramente válida. (HIRONAKA, 2002, p. 431, grifos nossos).

Rosana Fachin também compartilha dessa perspectiva:

De acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder parental que está centrado na **ideia de proteção**. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional, **revelando a transformação e a revalorização de cada um de seus componentes**. (FACHIN, 2005, p. 125, grifos nossos).

A família institucionalizada cedeu lugar ao relacionamento fundado no cuidado intersubjetivo. Quanto aos filhos, o foco permanente no processo de formação, além da busca pela efetivação de seus direitos fundamentais com absoluta prioridade, realça para os pais as posturas de alteridade e de doação. A paternidade, certamente, obriga os genitores a oferecerem segurança e orientação aos menores, porém, ainda que obrigados, a mãe e o pai têm de tomar a decisão de assumir seu papel. Essa manifestação, que no passado era impulsionada pela dependência e pela dominação, hoje é animada pela identificação entre os membros da família.

Segundo João Baptista Villela (1979), a paternidade só nasce de uma decisão espontânea. Além disso, o autor salienta que “a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural.” (1979, p. 401). E explica:

Tanto mais evidente se torna assim, de resto, a linha demarcatória entre o que é fato do homem e o que é fato da natureza. O homem tem o poder de pôr em ação mecanismos da natureza de que decorre o nascimento de uma pessoa. Ou abster-se (sic) de fazê-lo. E, diante do nascimento da pessoa, tem de novo o poder de comportar-se em relação a ela por modos vários, que vão desde o seu mais radical acolhimento à sua absoluta rejeição. (VILLELA, 1979, p. 401).

No raciocínio exposto por Villela, a filiação só é definitivamente formada quando se efetiva o vínculo emocional entre pais e filhos. Haveria assim dois momentos de decisão. Um que envolve a concepção; e outro, mais fundamental, que diz respeito à adoção do filho – no sentido de confirmar o liame paternal.

O conceito mesmo de nascimento já não se contém nos estritos limites da fisiologia e reclama um enfoque mais abrangente, por modo a alcançar, para além da emigração do ventre materno, todo o complexo e continuado fenómeno de formação e amadurecimento da personalidade. Em outros termos: há um *nascimento fisiológico* e, por assim dizer, um *nascimento emocional*. É neste, sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa *proposta*, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade. (VILLELA, 1979, p. 414-415).

Aceita a proposta de filiação, revelada pelo estabelecimento do vínculo emocional entre o filho e aqueles que passarão a ser chamados por ele de pai e de mãe, acontece a investidura da autoridade e da responsabilidade. Foi nesse sentido que Hironaka (2002) associou ao poder paterno as características da publicidade e da generosidade. O poder jurídico, a despeito de ser investido a particulares, como se orienta inteiramente em benefício do filho, tem mais de público do que de privado e, ao mesmo tempo, possui perfil altruísta.

O estabelecimento de uma relação afetiva entre os genitores e a criança, calcada na identificação entre eles, faz com que concretamente seja possível verificar a constituição do vínculo paterno-filial. Segundo Giselda Hironaka (2002, p. 430), “conceber as famílias como associações determinadas pelo afeto significa necessariamente recusar que sejam determinadas por uma relação de dominação ou poder.” Determinada na defesa da liberdade no âmbito familiar, a autora sintetiza:

Poder-se-ia dizer, assim, que uma vida familiar na qual os laços afetivos são atados por sentimentos positivos, de alegria e amor recíprocos em vez de tristeza ou ódio recíprocos, é uma vida coletiva em que se estabelece não só a autoridade parental e a orientação filial, como especialmente a *liberdade paterno-filial*. (HIRONAKA, 2002, p. 430, grifo da autora).

Assim, o afeto desponta, na contemporaneidade, como o ingrediente constitutivo das relações familiares, em especial da paterno-filial. Todavia, cabe esclarecer que o emprego dos termos vocação, desígnio, abdicação, serviço e amor (VILLELA, 1979) ou desejo de identidade e de união (HIRONAKA, 2002) tem o propósito de evidenciar que, além do dever, a paternidade incorpora o aspecto da espontaneidade. Não se intenta utilizar o afeto em sua dimensão subjetiva, no sentido de sentimento.

De fato, há que se afastar das concepções doutrinárias que vislumbram, na afetividade, um valor. Como já destacado, a disciplina das situações jurídicas infanto-juvenis não se harmoniza com o emprego de critérios axiológicos. Compete ao

intérprete privilegiar a concreção em detrimento da abstração, valendo-se dos elementos do caso concreto para buscar respostas adequadas sem lançar mão de axiomas, valores ou sentimentos abstratos, pretensamente consensuais e que, ao fim, são inábeis para a definição de consequências jurídicas.

Nesse sentido, é pertinente recorrer ao trabalho de Leonardo Macedo Poli e Giulia Miranda Corcione, que definem afeto como um vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar (POLI; CORCIONE, 2020).

Poli e Corcione (2020) encaram o afeto como sendo um fato gerador das relações familiares. Nesse sentido, os autores apontam duas condições para que um determinado grupo constitua uma família: a existência do vínculo de afeto entre eles e a atribuição, pelo próprio grupo, de força suficiente ao vínculo para se determinarem como família (POLI; CORCIONE, 2020). Argumentam os juristas que o afeto, nessa perspectiva, “ganha objetivação através do ato de nomeação pelo qual os próprios componentes do grupo reconhecem sua pertença e vinculação recíproca.” (POLI; CORCIONE, 2020, p. 323). Além disso, segundo eles, esse gesto “é suficientemente objetivo para ser reconhecido como um fato jurídico” (POLI; CORCIONE, 2020, p. 323), perspectiva da qual se compartilha nesta pesquisa.

Entende-se como um elemento constitutivo o fato de o afeto possibilitar a constituição da família por meio da escolha dos sujeitos envolvidos. Como elemento distintivo, a afetividade diferencia a relação que deve ser reconhecida como família e aquela que não o será. Por isso, verifica-se que o afeto é de constatação fática e é necessário para que se reconheça certa relação como família. Entretanto, ele pode deixar de existir com o passar do tempo porque não se trata de elemento obrigatório e porque não existe dever jurídico de afeto. (POLI; CORCIONE, 2020, p. 325).

Com essa ressalva, o enquadramento do poder familiar está bem definido sob o quesito da fundamentação, mas lhe falta ainda o critério da extensão.

Conforme ressaltado por Poli e Corcione, o afeto é variável ao longo do tempo. Apesar de ser possível apreciá-lo objetivamente, o afeto não perde seu caráter subjetivo (POLI; CORCIONE, 2020). Assim, sua presença, em maior ou menor grau, pode repercutir no entusiasmo dos pais para o exercício do poder familiar. Não obstante, independentemente dessa realidade fática, a verdade é que a tutela dos interesses da criança e do adolescente não pode se sujeitar à tamanha situação de insegurança.

Portanto, o critério da intensidade da afetividade é incompatível com a tarefa de determinar a extensão do poder familiar. Sopesar o afeto com objetividade significa aferir concretamente a presença ou a ausência desse elemento. Não há espaço para graduações. Observado o liame, a responsabilidade parental permanece vigorosa ao longo de toda a infância e a juventude, encerrando-se o ofício dos pais com o atingimento da maioridade pelos filhos. Decerto que situações anormais podem interferir e encurtar o tempo de duração do poder familiar, contudo, mesmo com essas hipóteses (como de resto em todas as outras), liberdade não há para que os pais pretendam atenuar seus deveres. Sobre isso, Maria Celina Bodin de Moraes ressalta:

Esta palavra, responsabilidade, é a que hoje melhor define a relação parental. Trata-se de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade. Além disso, a relação é, ao menos tendencialmente, permanente, sendo custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso (Código Civil, arts. 1.637 e 1.638). Assim, como a autoridade parental raramente cessa, a responsabilidade não pode, evidentemente, evanescer-se por simples ato de autonomia. (BODIN DE MORAES; 2006, p. 195).

A par dessas situações excepcionais, o termo final presumido pela lei é o alcance dos dezoito anos de idade pelo adolescente, parâmetro útil para garantir segurança às situações jurídicas de natureza patrimonial. Por outro lado, na apreciação de situações existenciais, a extensão do poder familiar deve ser dinâmica. O amadurecimento suficiente e a emancipação completa podem ou não coincidir com o marco etário legalmente estabelecido.

De toda forma, é oportuno ressaltar que a maioridade do filho apenas põe fim ao poder familiar, mas não significa ponto final na relação paterno-filial. Muito pelo contrário, como deixa transparecer Giselda Hironaka:

Mas o resultado desse encerramento, em vez de significar uma liberação de um poder opressivo, pode significar, como coroação de toda a história familiar, a fundação de uma identidade entre pais formadores e filhos já formados, equalizados agora não só em seus direitos naturais, mas no que lhes cabe como direitos civis: ao final do processo de autoridade paterna, de formação familiar, de dependência dos filhos em relação aos pais, o que temos é uma outra associação, cujos laços mais fortes que os laços determinados pela vida civil a todos os cidadãos são justamente **os laços do afeto**, quando tais laços tenham tido a devida oportunidade de se formarem, ao longo de todo esse percurso. (HIRONAKA, 2002, p. 426, grifo nosso).

Mais uma vez, volta-se a atenção não para os pais, mas para os filhos. A partir da consideração e do respeito ao gradual processo de amadurecimento da criança e do adolescente é que os pais encontrarão a medida da extensão de sua autoridade. A intensidade do poder de influência deles sob as decisões a serem tomadas ao longo dos primeiros anos de vida do filho é inversamente proporcional ao estágio de maturidade observado em concreto.

Como esse processo não é linear e não comporta padrões e modelos, o único recurso à disposição dos pais para atenuar essa inerente imprevisibilidade é o diálogo como ressalta Ana Carolina Brochado Teixeira:

Educar um menor, dando-lhe condições de desenvolver sua personalidade, para que ele tenha personalidade própria, revela-se um processo dialógico permanente, por meio do qual quem educa é também educado, construindo-se mutuamente a dignidade dos sujeitos envolvidos. Compõem a atividade educativa o diálogo com o menor e o confronto com sua individualidade. (TEIXEIRA, 2017, p. 21).

O respeito à individualidade (ou à identidade) do menor emana do reconhecimento da sua autonomia progressiva, cujo conceito foi exposto, de maneira bastante didática, por Maria de Fátima Freire de Sá e Marina Carneiro Matos Sillmann:

Portanto, os limites do exercício da autoridade parental consistem na observação da autonomia progressiva da criança e do adolescente, bem como em apurar qual seu melhor interesse para a situação. Não basta mais a imposição verticalizada da vontade dos pais. O menor como sujeito de direitos e possuidor de dignidade deve ter sua vontade respeitada na medida em que tenha discernimento para tomar as decisões referentes ao ato, ainda que contrarie seus pais ou que sua decisão consista em um “erro”. Reforçamos a visão de que a intervenção paterna e materna deve se limitar à proteção necessária para o desenvolvimento do filho. (SÁ; SILLMANN, 2015, p. 81).

Em outras palavras, Ana Carolina Brochado Teixeira também assim conceitua autonomia progressiva:

Por ter este perfil dinâmico, que permite gradações, deve se adequar às vicissitudes, às peculiaridades da criança e do adolescente, de modo a verificar a necessidade da intensificação ou do recuo dos múnus da autoridade parental. Propiciar ao filho sua autonomia de forma responsável equivale exatamente a respeitar o processo de aquisição de discernimento e de maturação do menor, de modo que, paulatinamente, ele tenha condições de fazer suas escolhas sozinho. (TEIXEIRA, 2017, p. 21).

Portanto, a atenção e o respeito ao progressivo processo de construção da personalidade da criança e do adolescente, com garantia de segurança e orientação, mas também de certa liberdade e capacidade de autodeterminação (ainda que vigiadas), constituem um fundamental aspecto do poder familiar. O discernimento do menor – sua capacidade de compreender seus atos e de se responsabilizar por eles – deve assim ser mensurado periódica e concretamente pelos genitores. Vista a partir desse ângulo, a paternidade constitui um processo de gradual afastamento dos pais no que tange à tomada de decisões em favor dos filhos, estendendo-se, em maior ou menor medida, até culminar com a plena emancipação do sujeito.

Sob o ponto de vista da autonomia, o critério indicado não ignora que a criança e o adolescente são pessoas vulneráveis ao frisar que elas possuem autonomia limitada, mas simultaneamente lhes abre espaço de liberdade para a construção da personalidade em respeito à sua autonomia futura.

4.2 O dever de guarda interpretado como amparo

O advento do Código Civil de 2002 representou importante salto evolutivo no que tange ao dever de guarda, eis que a partir dele a guarda dos filhos passou a ser atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la (artigo 1.584, *caput* – redação originária). Em detrimento do critério de culpa pela dissolução da sociedade conjugal, que antes vigorava²², passou-se a adotar o da melhor condição, o que poderia ser compreendido tanto do ponto de vista material quanto por um viés moral. Porém, o paradigma da melhor condição também se provou inadequado, posto que não se coaduna com o princípio do melhor interesse da criança estabelecido a partir de 1988 pela Constituição.

O Código Civil decorreu de projeto gestado muito antes da Constituição de 1988. Assim, após sua publicação, o tema sobre a filiação já carecia de uma filtragem à luz do melhor interesse.

²² O *caput* do artigo 326 do Código Civil de 1916 previa que, “sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.” (BRASIL, 1916). Inspirada na Lei Civil, a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977) manteve a mesma sistemática: “Art. 10 – na separação judicial fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.” (BRASIL, 1977).

Analisado pela perspectiva material, o critério da melhor condição era de fácil impugnação. Bastava confrontá-lo com a norma contida no *caput* do artigo 23 do ECA: “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.” (BRASIL, 1990). Se a carência de recursos não representava motivo suficiente para colocar em dúvida o exercício do poder familiar, era absolutamente impróprio que se cogitasse dela para definir em favor do genitor mais abastado um dos aspectos do poder parental, a guarda.

Mas nem mesmo a arguição de que um dos pais reunia melhores condições morais para o exercício da guarda do filho podia ser admitida. O critério moral é imprestável, pois, sendo eminentemente subjetivo, abre espaço para todo tipo de disputa, acusação e depreciação mútua entre os genitores. Além disso, a mãe e o pai têm o direito de, ao menos, ter a chance de criar, desenvolver ou aprofundar o relacionamento com seu filho, pouco importando perquirir traços da personalidade, comportamento ou posicionamento deles, que seriam hipoteticamente mais ou menos adequados. Dar espaço para esse tipo de discussão abstrata e rasa significaria, novamente, enveredar pelo território da axiologia e abrir brecha para uma insegurança jurídica inconveniente na tutela infanto-juvenil.

Ainda em 2002, ao analisar o critério que constou da redação originária do Código Civil, Leila Maria Torraca de Brito afirmou que “a disputa pela guarda, fomentada ou prevista na legislação, contribui fatalmente para os enfrentamentos entre os genitores.” (BRITO, 2002, p. 436). A autora ainda fez pertinentes indagações:

Após eleito o genitor que reúna melhores condições, pode-se questionar como será classificado o outro, já que numa díade a tendência é a de qualificação por extremos. Menos adequado? Pior cuidador? E como será interpretada essa situação pelos envolvidos na disputa? O que será explicado aos filhos? Foi decidido que eu sou melhor e que seu pai não sabe cuidar de crianças?

A exigência de que se avalie quem apresenta melhores condições, conforme dispõe a lei, contribui sobremaneira com o incremento de tensões, angústias, hostilidades e agressividade entre as partes, com repercussões nefastas à nova forma de relacionamento necessária a pais e filhos após a separação. (BRITO, 2002, p. 437).

Também sublinhando que os genitores têm o dever de buscar remodelar seu relacionamento para dar vazão aos cuidados demandados pelos filhos, argumenta Waldyr Grisard Filho (2010) que a dissimetria das funções parentais deve ser eliminada. Criticando o costume de outorgar, automaticamente, o exercício da guarda à mãe, o autor afirma:

Na realidade presente começa-se a questionar o denominado *instinto maternal*, quando a mulher, notadamente a partir da segunda metade do século XX, reconhece para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu *instinto paternal*, sem perder sua masculinidade, tornando-se mais responsável e mais envolvido no exercício do cotidiano da parentalidade. Atualmente, procura-se estabelecer a corresponsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. Deve ele saber que não é causa disso, mas sobre ele recaem os efeitos. (GRISARD FILHO, 2010, p. 123, grifos do autor).

A necessidade de uma parceria dialógica entre os genitores, contudo nem sempre foi vislumbrada. Em um passado recente, era corrente o entendimento de que as mulheres estariam melhores equipadas para exercer a criação dos filhos, ao passo que os homens não seriam capazes de fazê-lo sozinhos. Assim, diante da separação dos pais, o caminho natural era entregar a criança ou o adolescente aos cuidados maternos, fixando para o pai uma obrigação pecuniária e um direito de visitação. Antes de representar prestígio, a lógica revelava preconceito e normalizava indevida restrição de direitos para o sexo feminino.

Ter o filho em sua companhia, além de ser um dever, constitui para os pais satisfação daquele anseio de identidade e de união, como ressaltado no tópico anterior deste capítulo. Contudo, a entrega da guarda do filho exclusivamente à um deles, tradicionalmente a mãe, com base em argumentação subjetiva e desprovida de juridicidade significa impor encargo exagerado e em descompasso com a lei. O Código Civil de 1916 (artigo 381) explicitava que a relação paterno-filial não se alteraria com o fim da relação conjugal, norma que foi repetida no Código Civil de 2002 (artigo 1.632). Não obstante, na prática a responsabilidade inerente ao poder familiar, assim como a autoridade, restavam confiadas majoritariamente à guardiã, liberando o pai para seguir com suas aspirações privadas sem grandes preocupações com os filhos.

O pretexto de que as mulheres seriam naturalmente mais preparadas para a criação prestava-se a validar a noção ultrapassada de que a função delas, após a separação, era tão somente a de serem mães. Em contrapartida, liberavam-se os homens separados para usufruir, sem amarras, das faculdades inerentes a uma vida de solteiro, eis que, para eles, o minguado poder familiar consistiria somente em pagar determinada quantia e em prestar uma visita, ambos em datas pré-fixadas e que pouco interfeririam em sua vida pessoal.

Como foi originariamente estruturada, a guarda servia tão somente para marcar, no momento da separação, a divisão de encargos entre os genitores, garantindo continuidade à hierarquia, que era o traço da instituição familiar. Mantido o filho na posição inferiorizada e passiva, quase como um objeto, o guardião passava a titularizar o poder familiar, e o outro genitor ficava com o dever de prestar alimentos.

O resultado prático disso era a chancela do monopólio em favor do guardião sobre a criação do filho e a direção do processo educacional, relegando ao não guardião, posição secundária com limitadas prerrogativas só para fiscalizar a atuação do titular. Essa dinâmica incentivava o acirramento da conflituosidade em detrimento da busca pelo consenso em torno da proteção integral da criança ou do adolescente e, o mais grave, debilitava o poder familiar para o genitor não guardião.

Aos poucos foi-se identificando o equívoco desse modelo, sobretudo no que concerne à sua limitação para a consecução do objetivo maior de garantir a efetivação dos direitos fundamentais do filho. A principiologia constitucional aplicada ao tema da filiação exige dos pais uma nova concepção sobre a educação dos filhos, uma evolução jurídico-cultural que retire-os do locus de coisa, “de moeda de troca do fim da conjugalidade” (PEREIRA, 2018), e reconheça-os definitivamente enquanto pessoas. Trata-se de uma nova cultura jurídica parental em benefício dos filhos, calcada no preceito constitucional do melhor interesse (PEREIRA, 2018).

Um dos instrumentos para zelar pelo bem-estar dos filhos é a autoridade parental, exercida por meio do processo educacional, de modo a conduzir a criança e o adolescente ao alcance da autonomia, mediante aquisição de discernimento, condição essencial para o exercício responsável de seus direitos fundamentais, de modo a lhes possibilitar o gozo de suas liberdades existenciais. Pode-se afirmar ser esta a função da autoridade parental, no contexto de tutela da pessoa humana – principalmente da pessoa menor de idade. (TEIXEIRA, 2017, p. 18).

O foco no processo educacional do filho, de fato, proporciona para os pais um alicerce sobre o qual poderão agir legitimamente diante dos inúmeros episódios em que serão convocados para tomar decisões em relação aos filhos. Dentre essas decisões, sobressai a definição da guarda enquanto aspecto capaz de proporcionar equilíbrio e estabilidade à criação da criança e do adolescente. Sob essa perspectiva, os genitores devem ter como móvel a função de amparar, sendo descabido o intento de disputar.

Portanto, a partir da absoluta prioridade, que foi ordenada pelo artigo 227 da Constituição, o princípio do melhor interesse da criança passou a ser paradigma para a regulamentação da convivência dos pais, após o fim da conjugalidade. Em uma só palavra, contemporaneamente, o critério para a definição da guarda é o do *amparo*.

4.3 A guarda como convívio, um aspecto do poder familiar

A guarda não se confunde com o poder familiar. O próprio legislador elencou a guarda como uma das várias características que agrupadas formam o que denomina de poder familiar (artigo 1.634 do Código Civil). Então guarda, nos termos da legislação civil, só pode ser tomada enquanto sinônimo de companhia ou convívio. Os deveres de criação e educação, a possibilidade de representar e de ensinar disciplina ao filho (exigir obediência) etc. foram todos colocados ao lado da guarda (e não dentro desta). O poder familiar engloba um conjunto de deveres, sendo o dever de guarda apenas um de seus aspectos: o aspecto do convívio.

Apesar de vulneráveis, inexperientes e merecedores de tutela especial, as crianças e os adolescentes não são objetos, não cabe guarda-los. Os menores, posto que em desenvolvimento, também são parte na relação paterno-filial e o convívio harmonioso, continuado e equitativo com ambos os pais deve ser-lhes garantido. Nada obstante, enquanto se continuar utilizando a guarda para caracterizar a relação paterno-filial, ainda que compartilhada, persistirá a confusão com o poder familiar.

A diminuição do conteúdo da autoridade parental preocupa. Apesar de não ser o que a lei preconiza, é comum verificar na prática o estabelecimento de verdadeira hierarquia, inviabilizando para um dos pais o exercício pleno da autoridade parental (XAVIER; COLOMBO, 2019). O guardião monopoliza a tomada das decisões sobre a vida da criança e passa a sentir-se no direito de determinar como e quando o não-guardião poderá conviver com seu próprio filho. Cabe, assim, particularizar a guarda em relação ao poder familiar. A tarefa, apesar de necessária, não é simples, conforme reconhece Gustavo Tepedino:

A utilização teórica de ambas as categorias, como instrumentos integrados de atuação dos princípios constitucionais, destinadas à tutela das situações existenciais na formação e no desenvolvimento da personalidade do filho mostra-se provavelmente como o desafio hermenêutico mais árduo para a concreção da dignidade humana em matéria de filiação. (TEPEDINO, 2004, p. 48-49).

O desequilíbrio no exercício do poder familiar, portanto, decorre, em grande parte, da dimensão exagerada que se atribui à guarda. Referindo-se aos conceitos de guarda unilateral e de guarda compartilhada, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior afirmam que “o sistema jurídico adota esses conceitos em desarmonia frontal ao conteúdo do poder familiar e a responsabilidade que dele advém para os pais.” (2012, p. 466). Essa distorção foi vislumbrada também por Marcelo de Mello Vieira:

Havendo o rompimento do casamento, a guarda era atribuída a um dos pais, e era assegurado ao outro o direito de visitas e determinada a obrigação alimentar, sendo a culpa o principal critério utilizado para eleger-se o genitor que ficaria com a guarda dos filhos. Esse sistema foi cunhado quando ainda se via o pátrio poder (expressão usada na época) como um direito dos pais e foi responsável por gerar uma distorção na prática jurídica, atribuindo **exagerada importância à guarda em detrimento ao pátrio poder**, que até hoje é repetida no dia a dia forense. (VIEIRA, 2016, p. 148, grifo nosso).

Nesse sentido, manifestou-se também Ana Carolina Brochado Teixeira:

Geralmente, **atribui-se maior importância à guarda do que ela realmente tem**, mesmo porque não se discutem ou não se definem de forma correta a essência e os limites do poder familiar. Tal diferenciação é de crucial relevância, pois constitui o ponto de partida para analisar o cabimento da guarda compartilhada em nossa ordem jurídica, bem como suas implicações. (TEIXEIRA, 2010, p. 253, grifo nosso).

Contudo, não se cogitam atualmente reduções ou gradações no desempenho do ofício por ambos os genitores mesmo após a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável e, independentemente da definição sobre o exercício da guarda.

Em reforço, mas sob outra perspectiva, não se pode desconsiderar o direito fundamental ao convívio familiar e comunitário (artigo 227 da Constituição e artigo 4º do ECA), que será compartilhado igualmente por todos, inclusive (ou principalmente) pelo filho, independentemente do estado civil dos pais. O pai tem o direito de conviver com seu filho na mesma medida em que a mãe, e ambos têm o dever de garantir, com absoluta prioridade, a efetivação do direito do filho de conviver, em equivalente medida, com cada um de seus pais.

Assim, o debate sobre a definição do exercício da guarda ficou confinado ao campo da relação paterno-filial, estando preservado da influência de questões atinentes à relação conjugal extinta. A propósito, salientam Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

A guarda é um dos deveres inerentes ao poder familiar e se justifica pela necessidade de convivência dos pais com os filhos menores a fim de lhes fomentar a constituição de sua personalidade. Por decorrência natural disso, a guarda há de ser entendida como direito de ambos os pais, sendo para tanto indiferente o fato de manterem, ou não, entre si relação familiar. *A guarda corresponde à possibilidade de ter em sua companhia o filho menor* e enquanto um direito derivado, estritamente, do elo filial, seu reconhecimento dispensa qualquer análise do estado familiar do pai em relação a mãe, e vice-versa, ou de qualquer deles com terceiro. (ALMEIDA; RODRIGUES JR., 2012, p. 465, grifo dos autores).

O princípio da igualdade entre mulheres e homens, consagrado genericamente no inciso I do artigo 5º e em específico no § 5º do artigo 226, ambos da Constituição, assegura que ambos compartilhem, equitativamente, tanto dos direitos quanto dos deveres concernentes à sociedade conjugal. Diante da existência de filhos em comum, a divisão isonômica de prerrogativas e de responsabilidades será prorrogada e continuará a se vincular à mãe e ao pai mesmo após a desunião deles, não mais pelo vínculo da conjugalidade, mas com fundamento na parentalidade. Vale dizer, a despeito dos desentendimentos pessoais que culminaram com seu afastamento, os corresponsáveis pelo poder familiar terão que descobrir formas de desempenhar seu múnus, com equilíbrio e equidade, a bem do filho, o que, necessariamente, envolve a definição sobre o exercício da guarda.

O poder familiar permanece íntegro após a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável, exceto quanto ao estabelecimento da companhia dos pais com seus filhos (LÔBO, 2005). Porém, nem mesmo a prerrogativa de ter o filho em sua companhia fica adstrita à guarda, como pode ser extraído do artigo 1.589 do Código Civil. Basta que o genitor não guardião respeite os termos acordados com o outro ou determinados pelo juiz. Assim, o que se observa é que a fórmula, para o exercício compartilhado do poder familiar por pais separados, passa pelo diálogo transparente entre eles, sempre focalizando no benefício do filho.

O importante para a regulamentação do convívio equilibrado, ainda que em âmbitos familiares diversos, é buscar estabelecer um ambiente harmonioso e favorável ao desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente,

propiciando-lhes segurança e equilíbrio durante sua caminhada emancipatória. A guarda deve incidir enquanto elemento de facilitação desses objetivos primordiais, jamais como fator de recrudescimento e retardo do crescimento pessoal do menor. A criança e o adolescente precisam sentir que os genitores, apesar de desunidos, continuam imbuídos na missão de proporcionar-lhes todo o amparo de que necessitam para galgar sua autonomia.

A partir desse cenário, a doutrina vislumbrou verdadeira migração da guarda enquanto instituto jurídico, passando a estar menos no campo do Direito de Família e mais na seara do Direito do Menor (GRISARD FILHO, 1999). Isso ocorreu porque o modelo institucionalizado de família foi sendo, paulatinamente, superado até ceder lugar ao atual, de matriz democrática e fundado na dignidade e na valorização do ser humano.

O aspecto da responsabilidade inerente ao poder familiar foi significativamente ampliado a partir da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da doutrina da proteção integral (BARBOZA, 2017). Em contrapartida, o aspecto da guarda foi encolhido, tornando desimportante a análise sobre qual seria a modalidade mais viável. (ALMEIDA; RODRIGUES JR., 2012). A discussão, portanto, deixa de ter significado jurídico na medida em que o compartilhamento da guarda entre ambos os pais é a única modalidade coerente com a sistemática estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, não subsistindo margem para que um dos genitores pretenda reduzir ou suprimir do outro prerrogativas ínsitas ao poder familiar, ou mesmo para que um deles pretenda escusar-se de seu múnus, no momento da separação, o aspecto da guarda se resume à composição de detalhes práticos do convívio compartilhado de ambos os pais com seus filhos. É claro que a fixação de horários e rotinas é relevante, traduzindo previsibilidade e evitando o surgimento de conflitos no cotidiano, em benefício principalmente do bem-estar do filho. Contudo, no que interessa ao Direito, há pouco espaço para a negociação, eis que o compartilhamento da responsabilidade parental, independentemente da relação que os pais mantenham entre si, é fator de coesão com o arcabouço protetivo da criança e do adolescente.

4.4 O compartilhamento da guarda como regra

Tomou fôlego o discurso favorável ao compartilhamento da guarda entre os pais separados. Apesar de o Código Civil de 2002 ter demonstrado, em sua redação originária, a preocupação com a criança e o adolescente em detrimento dos pais (VIEIRA, 2016), somente com a edição da Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008 (dando novas redações aos artigos 1.583 e 1.584), que o compartilhamento da guarda passou a constar do ordenamento jurídico pátrio.

A guarda compartilhada recebeu definição legal (§ 1º do artigo 1.583 do Código Civil), passando a ser compreendida como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.” (BRASIL, 2002). Destaca Marcelo de Mello Vieira que “a guarda compartilhada é fruto de uma evolução das relações familiares assentada no interesse da criança e no compartilhamento da responsabilidade parental.” (VIEIRA, 2016, p. 151). Nessa mesma perspectiva, Ana Carolina Brochado Teixeira enumera os benefícios sociais e jurídicos da guarda compartilhada:

Cresce, portanto, o desejo de ambos os genitores de participarem da vida dos filhos, durante a conjugalidade e após o fim dela. O mérito da guarda compartilhada tem sido muito mais social do que jurídico, pois vem ao encontro do novo conceito de paternidade. A discussão em torno do assunto tem feito com que os pais busquem a implantação do modelo. Quando efetivada, porém, seus efeitos abrangem a experiência do pleno exercício da autoridade parental, nos exatos moldes do art. 1.632 do CCB/02. (TEIXEIRA, 2010, p. 256).

Não obstante, em um primeiro momento, o novo modelo de guarda, incluído no Código Civil em 2008, foi interpretado como mera sugestão aberta aos pais e ao juízo no momento de regulamentar o convívio entre pais e filhos. Isso fez com que persistissem as discussões e trocas de acusações entre os genitores, uma vez que a busca pela guarda unilateral continuou a servir de trunfo aos litigantes nos processos de separação, divórcio e dissolução de uniões estáveis.

Novo esforço para a implantação da guarda compartilhada resultou na aprovação da Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que aprimorou o instituto, esclarecendo que, nesse modelo, o “tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.” (BRASIL, 2014).

Além disso, a nova legislação fixou o compartilhamento da guarda como o modelo preferencial e obrigatório, somente ressalvando o caso de um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (§ 2º do artigo 1.584 do Código Civil).

Portanto, cambiou-se de um sistema que privilegiava o embate em torno da companhia do filho, em que a guarda unilateral era definida de acordo com a investigação da culpabilidade e, num momento seguinte, conforme a melhor condição de um dos pais para o exercício da criação, para um sistema que prestigia o diálogo e a composição entre os genitores durante o exercício conjunto do poder familiar, reduzindo-se, significativamente, a importância da discussão sobre a guarda, que, em todo caso, deve seguir, em regra, o modelo compartilhado.

A nova sistemática enfatiza o aspecto do amparo, contido no poder familiar, critério que deve servir de norte para os pais, mas também para os agentes do Poder Público chamados a intervir (magistrados, representantes do Ministério Público, membros da Defensoria Pública etc.). Focados no amparo, cabe a todos trabalhar para estabelecer uma atmosfera consensual que seja propícia à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente com absoluta prioridade.

A alteração legal de 2014 pretendeu tornar a guarda compartilhada a regra no ordenamento jurídico brasileiro, legando à guarda unilateral caráter residual, o que é compreensível na medida em que, como já exposto, o convívio familiar possibilita o exercício pleno da autoridade parental por parte dos pais, independentemente da sede familiar. (XAVIER; COLOMBO, 2021, p. 45).

O critério do amparo, aqui construído, busca enfatizar que a guarda compartilhada merece ser convertida, de mera proposta ou sugestão, para tornar-se a regra, escancarando assim a fundamentalidade do convívio do filho com seus pais separados. Certamente trata-se de um olhar vanguardista e que ainda contrasta com o conservadorismo presente nos Tribunais e em parcela da doutrina. Contudo, alguns doutrinadores já identificaram que “talvez seja o momento de se recolherem os bons exemplos de uma guarda compartilhada jurídica compulsória ou automática, sendo a regra na separação dos pais” (MADALENO, 2021, p. 485), argumentando que a obrigatoriedade do compartilhamento pode contribuir para “vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral.” (MADALENO, 2021, p. 485).

Acredita-se que a imposição jurídica da guarda compartilhada é capaz de encerrar esse campo de discussão e de desavenças – que de resto nem deveria estar aberto, eis que revelador de desprezo em relação aos interesses e ao bem estar do filho. Nesse sentido, “talvez a prática jurídica sirva para que os pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobreza emocionais.” (MADALENO, 2021, p. 485).

Todavia, parte da doutrina argumenta ser “necessário que o filho tenha fixada sua residência ou, como se afirma no Direito italiano, um domicílio privilegiado, onde possa construir seu ponto de referência.” (TEIXEIRA, 2010, p. 264). A fixação do domicílio do filho, segundo esse entendimento, é fator imprescindível para seu desenvolvimento sadio. Nessa concepção, Almeida e Rodrigues Jr. consideram que os menores “hão de ser continuamente mantidos em uma residência, em um domicílio privilegiado, seja coincidente ao da mãe ou do pai.” (2012, p. 468).

O § 3º do artigo 1.583 do Código Civil assim dispõe: “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.” (BRASIL, 2002).

Abrindo divergência e criticando a redação dada ao dispositivo do Código Civil, Maria Berenice Dias pondera: “se o filho deve conviver com ambos os genitores mediante divisão equilibrada do tempo, descabido estabelecer a residência de um dos pais como ‘base de moradia’ do filho.” (2021, p. 391). Para a autora, “a norma legal é de absoluto não senso” (2021, p. 391) e, de toda maneira, “não impõe a fixação da residência do filho em um lar específico.” (DIAS, 2021, p. 391).

Sublinha Dias que o modelo compartilhado de guarda prevê não somente a custódia legal, mas também a custódia física do filho e que a fixação de duplo domicílio seria consequência lógica dessa dinâmica. A autora acrescenta:

Portanto, se o período de convivência é dividido equilibradamente entre os pais, nada, absolutamente nada justifica eleger-se uma base de moradia, expressão que nem sequer dispõe de precisão conceitual. Há uma enorme e injustificada resistência principalmente dos profissionais da área psicossocial, sob a alegação de que a criança precisa ter um lar de referência. Estas (sic) conclusões, no entanto, não dispõem de comprovação científica. (DIAS, 2021, p. 391).

Obviamente que não se trata de matéria sujeita à autonomia dos pais. Na realidade, o que se pretende discutir é a viabilidade de maior abertura em termos de

convivência familiar. O enfraquecimento da guarda unilateral, modelo que antes era a regra, deu-se justamente pelas distorções que ela provocava sobre o exercício do poder familiar, que indubitavelmente não se atenua com o fim da sociedade conjugal. O apego à ideia de fixação de uma base de moradia, além de desconsiderar o princípio do melhor interesse da criança, que concretamente pode indicar caminho de solução diverso, denota desatenção ao movimento de abandono do modelo institucional de família e adoção do modelo relacional, cujo marco é o diálogo horizontal e democrático.

Exigir, aprioristicamente, a fixação de um domicílio único para o menor, sem avaliar qualquer elemento concreto, equivale a retornar à sistemática anterior da guarda unilateral, apenas com nova roupagem e sob outra nomenclatura. Vale dizer, a guarda compartilhada com a fixação de domicílio único não passa de um eufemismo, eis que carrega em seu bojo o mesmo significado da fixação do convívio exclusivo em favor de um dos genitores, restando para o outro a mera visita aliada à obrigação pecuniária. Manter a interpretação ora criticada é revigorar a conflituosidade em torno das figuras do guardião e do não-guardião (ou guardião-que-não-mora-com-o-filho) em hierarquização da relação paterno-filial, que já deveria ter ficado no passado.

A nova lógica delineada para a paternidade, desvincilhada da conjugalidade a partir da guarda compartilhada, demanda uma perspectiva mais aberta, considerando a heterogeneidade das situações e a pluralidade dos contextos familiares. O que se propõe é o aprofundamento do movimento paradigmático de implantação da guarda compartilhada, considerando-se o amparo demandado pelos filhos.

A psicanalista Eliana Riberti Nazareth (2006) aduz que o pernoite da criança na casa de ambos os genitores é corolário do direito ao convívio pleno com cada um dos pais. Para ela, a mãe e o pai possuem o dever-direito de dar apoio psicológico aos filhos em todas as fases da vida destes, durante o dia, mas também durante a noite (NAZARETH, 2006), período em que, segundo afirma, “aparecem mais intensamente as ansiedades próprias da idade e as emoções vividas pela criança em situação de separação de seus pais.” (NAZARETH, 2006, p. 212). A autora propõe:

Pernoitar na casa do genitor não-guardião é uma maneira de minimizar possíveis consequências negativas da perda inevitável de contato cotidiano que ocorre após a separação conjugal. É também um modo de **assegurar que**, apesar de os pais terem se separado, **a criança não será separada de seus pais** e não será penalizada pela decisão dos adultos. (NAZARETH, 2006, p. 211, grifo nosso).

A psicóloga Leila Maria Torraca de Brito, ao estudar o exercício conjunto da guarda, expõe entendimento semelhante. Considerando as diferenças observadas entre os códigos educativos de cada um dos genitores separados, afirma a autora:

Entende-se também que, após a separação conjugal, a criança deve se sentir em casa tanto na residência de seu pai quanto na de sua mãe, identificando cada um desses espaços como um porto seguro onde sente firmeza para ancorar suas alegrias, tristezas e dificuldades. Se os genitores não querem ser qualificados ou rotulados como visitantes, **a criança também não deve se identificar como visita na casa de um dos pais**, onde possui um colchonete para um eventual pernoite ou, ainda, aonde vai com dia e hora estabelecidos previamente. Não se pode desprezar que o vínculo principal a ser mantido é com o pai e com a mãe, e não com o domicílio ou imóvel.” (BRITO, 2004, p. 362, grifo nosso).

Essa é uma das questões afetas mais ao campo da Psicologia do que à seara do Direito. De toda maneira, centrando-se em uma análise jurídica, não parece correto insistir na necessidade cogente de fixar domicílio único em todas as situações. A previsão legal da preferência em relação à guarda compartilhada, longe de representar solução para todas as questões, apenas abre para o intérprete um campo mais amplo e menos engessado para a regulamentação do convívio dos pais separados com seus filhos menores. Superado o modelo institucionalizado de família, caracterizado pela hierarquia e pela pouca atenção aos interesses do filho, nesse novo campo coparticipativo parece incoerente criar modelos e estabelecer restrições de antemão.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior apontam duas conclusões que se encaixam à perfeição ao sentido aqui pretendido:

Primeira: a justaposição dos pais em situações ativa e passiva, na imputação da guarda unilateral e do direito de visita, não se coaduna com o pressuposto de serem ambos igualmente detentores do dever de promover a identidade pessoal da criança e do adolescente por meio de sua convivência com eles. Segunda: se por decorrência imediata do poder familiar é que devem o pai e a mãe terem contato com o filho para, numa postura efetivamente contributiva, auxiliar a constituição de sua personalidade, a denominada guarda compartilhada corresponde a uma redundância. (ALMEIDA; RODRIGUES JR., 2012, p. 467).

A discussão em torno da guarda não deve mais se centrar no modelo, mas se resumir à regulamentação dos pormenores inerentes à convivência familiar de modo a garantir a segurança, a previsibilidade e a tranquilidade, imprescindíveis ao processo de criação da criança e do adolescente.

4.5 Releitura da guarda unilateral a partir da corresponsabilidade pelo exercício do poder familiar

A proeminência conferida à guarda compartilhada pelo ordenamento jurídico atual gera dúvidas sobre quais são as possibilidades residuais em que a guarda unilateral ainda se afigura como uma possibilidade (vale dizer, uma necessidade, considerado o princípio do melhor interesse da criança). Mesmo após as sucessivas reformas, o Código Civil persiste facultando a decretação da guarda unilateral. O que antes era regra passou a ser cabível apenas excepcionalmente. Há que se descrever, então, quais são as hipóteses de guarda unilateral ainda possíveis e como se dá o desempenho do poder familiar pelos corresponsáveis.

Preliminarmente, insiste-se novamente que essa decisão só é possível diante das particularidades do caso concreto, descabendo estabelecer axiomas e respostas padrão com a pretensão de esgotar as possibilidades. Ao contrário, o que se busca é o mero estabelecimento de balizas mínimas, dentro das quais o intérprete terá liberdade para atuar em conformidade com o dever de efetivação, com absoluta prioridade, dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

A subsistência da guarda unilateral encontra uma zona de certeza nas situações abusivas. Constatado que um dos genitores explora o menor, inflige-lhe algum tipo de sofrimento físico ou moral ou mesmo que sua companhia lhe repercute negativamente, retardando (ao invés de promovendo) seu processo emancipatório de construção da personalidade, seu afastamento é uma medida coerente, ainda que isso não implique, necessariamente, perda ou suspensão do poder familiar. Aplica-se a guarda unilateral nesse caso como cautela em favor do filho, mantido o convívio do genitor não guardião apenas à medida que trouxer benefícios ao desenvolvimento do filho e sob vigilância atenta do Poder Judiciário, que poderá sempre enrijecer ou abrandar as restrições. Sobrevindo motivos graves, poderá o juiz regular, de maneira diferente, a relação paterno-filial, a bem dos filhos (artigo 1.586 do Código Civil), ou mesmo prosseguir no sentido de provocar o membro do Ministério Público a fim de avaliar eventual instauração de procedimento de perda ou suspensão do poder familiar (artigo 1.637 do Código Civil e artigo 24 do ECA).

A par dessas situações mais extremas, num contexto de “normalidade”, em que ambos os genitores estejam aptos a exercer o poder familiar, cabe avaliar em quais circunstâncias a guarda compartilhada pode ser excepcionada, criando-se a situação inusitada de compartilhamento do poder familiar, mas não da guarda.

Nos termos do Código Civil, “será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.” (BRASIL, 2002). Uma interpretação possível a partir dessa disposição, contida no § 2º do artigo 1.584, é a de que estaria aberta aos pais, como uma faculdade, o estabelecimento da guarda unilateral. Contudo, essa não parece ser a conclusão mais adequada à tutela protetiva da criança e do adolescente e nem mesmo a mais coerente diante da natureza do poder familiar enquanto poder jurídico.

Conforme afirmado ao longo deste trabalho, o divórcio, a separação ou a desconstituição da união estável não afeta o exercício do poder familiar (artigos 1.579, 1.632 e 1.634 do Código Civil). A parentalidade deve ser, de uma vez por todas, dissociada da conjugalidade.

Além disso, o estudo sobre o poder familiar apartou-se da dogmática do direito subjetivo, restando sublinhada sua natureza de poder jurídico. Incidindo como verdadeiro ofício (múnus), é impossível que os genitores pretendam atuar em nome do filho movidos meramente pela conveniência. A intervenção deles só se mostrará legítima quando funcionalizada ao atendimento do melhor interesse do filho, que concretamente consistirá na efetivação dos direitos e das garantias fundamentais deste.

Também se fixou a premissa de que os deveres decorrentes do poder familiar são indisponíveis. No desempenho da função que lhes investe o ordenamento jurídico, os genitores não possuem espaço para decidir se (ou em que medida) irão se dedicar aos cuidados com o filho. Como explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Na família marcada pelo pátrio poder, como compreender, assim, algum *fundamento natural ou racional para a responsabilidade dos pais diante dos filhos?*

Se essa responsabilidade, desde o início, diz respeito a uma dependência dos filhos em relação aos pais, então ela é determinada mais pelos filhos do que pelos pais?

Ou determinada mais pelo Estado do que pelos filhos?

Num ou noutro caso, não é certamente uma responsabilidade determinada pelos próprios pais, porque não cabe a eles (sic) decidir a sua validade ou não. Se lhes coubesse, não seria, então, responsabilidade. Seria assunção volitiva de obrigação. (HIRONAKA, 2002, p. 416, grifo da autora).

O poder familiar não pode mais ser encarado como um direito dos pais sobre os filhos, um direito potestativo que coloca o menor na condição de sujeição. Essa dinâmica, própria do pátrio poder, justificou, por muito tempo, posturas omissivas dos genitores em relação aos filhos, visto que tornava o exercício da paternidade mera faculdade a ser exercida ou não de acordo com o interesse daquele que era o titular.

A possibilidade de assunção volitiva da obrigação parental ficou no passado. Ressaltado o aspecto relacional do vínculo estabelecido entre filhos e genitores, para estes emerge uma função. Concomitantemente, foi atribuída proeminência aos interesses dos filhos. A soma desses fatores aproximou o poder familiar do exercício das funções públicas.

O debate em torno da guarda, geralmente revelado no momento de ruptura da relação conjugal, deve-se guiar não pelos caprichos e animosidades externados pelos sujeitos em litígio. Se nesse momento, eles não forem capazes de colocar de lado seus sentimentos e suas pretensões particulares para acertar harmoniosamente como se dará o exercício compartilhado do poder familiar, recairá sobre o juízo determinar a guarda e estabelecer a divisão equilibrada do tempo de convívio, cumprindo dever, que também é imposto ao Poder Público, de efetivar, com absoluta prioridade, os direitos da criança e do adolescente.

A noção de divisão de tempo de permanência dos pais separados em relação a seus filhos foi prontamente absorvida pela redação conferida ao artigo 1.584 do Código Civil, cujo inciso II afirma que o juiz temo poder de **distribuir o tempo dos filhos em conformidade com suas reais necessidades de convívio com cada qual dos pais**, exatamente para que eles possam efetivamente participar da vida cotidiana da prole, cuja presença era relegada pela via exclusiva da guarda unilateral, devendo a guarda compartilhada ser compreendida como sendo **o coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade com respeito o sadio desenvolvimento mental de seus filhos comuns**, porquanto, eles repartem estas suas naturais responsabilidades como pais, sem que a custódia conjunta represente uma rotatividade de residências, como infelizmente, muitos confundem com a guarda alternada, na qual se alternam ou se dividem os dias de permanência dos pais com seus filhos. (MADALENO, 2021, p. 468-469, grifos nossos).

Assim, idealmente se estabelece a guarda compartilhada entre os pais e ignoram-se as divergências deles em torno do tema. Como explica Waldyr Grisard Filho, a guarda compartilhada:

Não se refere a uma caricata divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e é também muitas vezes bem-sucedida, mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade. (GRISARD FILHO, 1999, p. 221-222).

Esse cenário ideal também é descrito por Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

No plano jurídico, o consenso entre pai e mãe não precisa existir para admissão e decretação da guarda compartilhada. Assim porque nenhum dos pais pode negar ao outro o exercício regular de seu direito. Lembre-se de que a guarda nada mais é que decorrência imediata da titularidade do poder familiar. Logo, se o poder familiar não tem por requisito o consenso parental, também a guarda o dispensa. (ALMEIDA; RODRIGUES JR., 2012, p. 469).

Portanto, o dissenso entre os genitores é juridicamente irrelevante para a determinação da guarda compartilhada, uma vez que sua fixação deve ser perseguida em todo caso como medida de efetivação do direito fundamental do filho ao convívio familiar. A união dos genitores para proporcionar um ambiente harmonioso, equilibrado e livre de mágoas, a despeito de não formarem um casal, é providência desejável, pois proporciona melhores condições para o desenvolvimento do filho. Contudo, não é esse um requisito essencial, não podendo a guarda compartilhada ficar adstrita a essas situações.

Jamais se pode olvidar das circunstâncias do caso concreto, de maneira que, caso os desacordos dificultem ou impossibilitem o próprio exercício do poder familiar por qualquer dos pais, cabe ao Poder Judiciário dirimir o conflito a fim de restabelecer o equilíbrio. Nesse contexto, verificado pelo juiz que os pais não conseguem compreender o significado da guarda compartilhada (§ 1º do artigo 1.584 do Código Civil), poderá, excepcionalmente, optar pelo deferimento da guarda unilateral, não em benefício de um dos genitores, mas em benefício do filho.

Semelhante ponderação é feita por Almeida e Rodrigues Jr.:

No plano fático, porém, é preciso reconhecer que um ambiente de discórdia e conflito entre os pais é realmente comprometedor da efetividade da guarda compartilhada, fadando-a a permanecer como situação teórico-jurídica sem correspondência concreta. A ausência de disposição para o auxílio mútuo é um fator realmente capaz de prejudicar a realização dessa guarda e a preservação do interesse da criança e do adolescente. (ALMEIDA; RODRIGUES JR., 2012, p. 469).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça também já sopesou a discórdia exacerbada verificada entre os pais como fator a pender favoravelmente pelo deferimento da guarda unilateral:

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

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

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

(BRASIL, 2021).

Estaticamente, portanto, a guarda compartilhada é regra a ser prestigiada. Mas, como as relações familiares são dinâmicas, pode ocorrer de não ser salutar insistir no compartilhamento quando a atmosfera carregada pelas mágoas e discórdias torna impossível para os genitores perceberem o melhor interesse do menor e se animarem a persegui-lo.

Também assim observa Rolf Madaleno (2021), ao ponderar que a existência de sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os divorciandos é fator que desaconselha o estabelecimento da guarda compartilhada pela autoridade do julgador em detrimento da vontade consciente dos pais. O autor ressalta ainda que o ambiente hostil e negativo é potencialmente causador de “severos danos à saúde psicológica dos filhos, a comprometer sua estrutura emocional, em ambiente muito propício para a disseminação da alienação parental.” (MADALENO, 2021, p. 478-479).

Mesmo no contexto da guarda compartilhada, não havendo acordo entre as partes, compete ao juiz estabelecer as atribuições do pai e da mãe e a divisão equilibrada do tempo de convivência, valendo-se para tanto do auxílio de estudos psicossociais produzidos por equipes multidisciplinares (§ 3º do artigo 1.584 do Código Civil). Esses mesmos estudos podem, eventualmente, recomendar a guarda unilateral quando verificado, concretamente, que o compartilhamento não é salutar para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Em casos extremos, pode ser que o corpo técnico aconselhe não só a suspensão do compartilhamento, mas conclua pela necessidade de se regular a guarda de maneira diferente, possibilidade aberta ao magistrado pelo artigo 1.586 do Código Civil.

Há, portanto, uma escala de respostas à disposição do juiz para que ele possa tutelar o interesse do menor. A complexidade e a fluidez das relações familiares exigem que essa avaliação seja constantemente refeita, ante a possibilidade de agravamento ou arrefecimento das animosidades entre os genitores. A guarda unilateral aplicada nesse contexto tem o condão de acautelar o interesse da criança e do adolescente, devendo ser compreendida como medida excepcional e provisória.

É essa a interpretação do § 2º do artigo 1.584 do Código Civil que se sugere.

Ao ser confrontado com o artigo 227 da Constituição, a parte final do dispositivo não pode ser lida como uma faculdade dos pais, mas como uma medida à disposição do juiz para tutelar os direitos fundamentais do menor.

Detectando o magistrado que um dos genitores não demonstra propensão para o exercício compartilhado da guarda, que se nega a compreender o sentido da medida e que prefere alimentar hostilidades a assumir responsavelmente o desempenho do poder familiar, poderá decretar a guarda unilateral como uma primeira medida acautelatória. De fato, o magistrado pode, inclusive, excluir os dois genitores, deferindo a terceira pessoa o exercício da guarda nos termos do § 5º do artigo 1.584 do Código Civil. Com a esperança de que o(s) genitor(es) se sensibilize(m) e reflita(m) sobre os benefícios do convívio para si, mas sobretudo para o filho, não se decreta a suspensão ou a perda do poder familiar de plano, adotando-se a medida intermediária consistente na guarda exclusiva ao outro genitor ou a terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida.

Essa medida é provisória, porque caberá aos pais dialogar tendo em vista encontrar o necessário ponto de harmonia e equilíbrio para o exercício compartilhado do poder familiar e da guarda. A insistência na linha de beligerância significará flagrante desatenção à doutrina da proteção integral e ao comando de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Se for esse o caso, esgotadas todas as tentativas de conscientização dos pais sobre a importância do convívio familiar, restará ao magistrado determinar que seja oficiado o representante do Ministério Público para que ele avalie, nos termos do artigo 155 do ECA, a instauração de um procedimento de suspensão ou de perda do poder familiar.

Essa hipótese não encontra previsão legal, contudo não cabe encarar como taxativo o rol do artigo 1.638 do Código Civil, que lista os casos de perda do poder familiar ao argumento de que conteria norma restritiva de direitos. Como já suficientemente sublinhado, o poder familiar perdeu feição de direito subjetivo,

consistindo atualmente em um poder jurídico em favor do filho. Nesse sentido, é mais adequado compreender que se trata de rol exemplificativo, eis que a proteção da criança e do adolescente não pode ficar adstrita às hipóteses legalmente estipuladas. Sobre esse ponto, Maria Berenice Dias reconhece que as causas foram declinadas de forma genérica, afirmando a autora que o juiz dispõe de “ampla liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais.” (DIAS, 2021, p. 316).

Por fim, cabe consignar que, mesmo no contexto excepcional da guarda unilateral, os outros aspectos do poder familiar, como a prestação de assistência material e moral, bem como a direção do processo educacional do filho não são compreendidos como atribuição exclusiva do genitor guardião. Fernanda de Melo Meira sublinha que os deveres decorrentes do poder parental são:

Imposições determinadas a ambos os pais, das quais eles não podem simplesmente abrir mão, caso desejem. Sendo a guarda componente da estrutura da autoridade parental, e não se operando modificação no exercício do poder familiar na ausência de convivência conjugal entre os pais, não se justifica acreditar que tais obrigações sejam inerentes apenas ao detentor da função guardiã. (MEIRA, 2010, p. 240).

Portanto, ainda que excepcional e provisoriamente se admita a fixação de guarda exclusiva, é evidente que essa medida não será adotada em benefício de um dos pais, mas sempre em atenção ao interesse do filho, cabendo reconhecer que ambos os genitores prosseguem plenamente aptos ao exercício do poder familiar nos demais aspectos. De toda maneira, trata-se de situação dinâmica, que merece do magistrado constante revisitação, sempre com o objetivo de converter o convívio para a modalidade compartilhada.

5 CONCLUSÃO

Estudar o vínculo estabelecido entre pais e filhos significa explorar um vasto campo de importantes questões jurídicas merecedoras de ponderada reflexão. Nas palavras de Giselda Hironaka, trata-se de um daqueles temas que proporcionam ao pesquisador “um fabuloso manancial de aspectos que podem ser sempre e sempre percorridos, sem risco do esgotamento da seiva profícua que o vivifica.” (HIRONAKA, 2002, p. 403).

O interesse pelo estudo sobre a relação paterno-filial deu-se em virtude da preocupação com um possível enfraquecimento do poder familiar a partir do fim da relação conjugal dos pais. Além da necessidade de reafirmar a igualdade de prerrogativas e de responsabilidades dos pais, outra preocupação do estudo foi com a valorização do papel da criança e do adolescente em sua própria formação. Apesar de sua autonomia limitada, os sujeitos infanto-juvenis merecem ser respeitados e ouvidos, na medida de seu discernimento, durante o processo de construção da personalidade. Portanto, embora dilatado o campo de estudo, optou-se por fazer um recorte, voltando a análise para o poder familiar e seus aspectos sob o pano de fundo da autonomia progressiva da criança e do adolescente.

Superado o raciocínio do direito subjetivo, o poder familiar passou a ser compreendido como uma situação jurídica subjetiva existencial, não mais bipolarizada em poderes e deveres, mas complexa, envolvendo direitos, deveres e, principalmente, responsabilidades. O poder jurídico outorgado pelo Direito aos pais é funcionalizado e só será legitimamente exercido se atento ao interesse dos filhos.

As disposições legais contidas no Código Civil expressamente apartam a parentalidade da conjugalidade, sublinhando que o ofício parental é imposto a ambos os genitores. No Estatuto da Criança e do Adolescente, igualmente está reconhecida a igualdade entre a mãe e o pai no exercício da função de criação dos filhos, reafirmando-se que os genitores “têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.” (BRASIL, 1990).

De fato, levando em consideração toda a caminhada histórica descrita no trabalho, verificou-se que a hierarquização e o autoritarismo devem ser superados na apreciação da relação entre pais e filhos.

O diálogo horizontalizado e democrático, sem jamais se descuidar do dever de proteção, acha enquadramento mais preciso nas expressões *autoridade parental* ou *responsabilidade parental*. Contudo, fez-se opção por prestigiar o termo legal *poder familiar*, ressignificado pela doutrina à luz da ordem jurídica civil-constitucional brasileira.

Nesse sentido, observou-se que, apesar de agirem com certa liberdade, quando falam em nome dos filhos, os pais não o fazem investidos da mesma autonomia que lhes garantiria tomar as decisões em nome próprio. As manifestações de vontade emitidas no exercício do poder familiar não possuem roupagem negocial, porque aos pais não é dado agir movidos por mera conveniência, mas baseados em autoridade e responsabilidade. O conteúdo da decisão deverá refletir o melhor interesse do filho, vale dizer, o ato dos pais consiste em traduzir e dizer aquilo que por incompleta capacidade o próprio filho não pode exprimir.

Os deveres impostos aos pais em razão de estarem no exercício do poder familiar em relação aos filhos foram ampliados com a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da doutrina da proteção integral. O âmbito familiar é de particular importância, porque composto pelas pessoas mais próximas, aquelas que mais intensamente concorrem para a construção da personalidade do sujeito. Contudo, também à sociedade e ao Estado compete a responsabilidade de zelar, com absoluta prioridade, pelo atendimento dos interesses da criança e do adolescente. Sobre o ponto, concluiu-se que a medida do melhor interesse será obtida a partir da efetivação dos direitos fundamentais dos menores com absoluta prioridade como determinam a Constituição e o ECA.

O que se verifica é um sistema de colaboração e controles recíprocos na tutela dos interesses da criança e do adolescente (BARBOZA, 2017). Os pais são corresponsáveis pelo poder familiar, mas desempenham esse poder jurídico sob vigilante olhar da comunidade e do Estado. Não se trata de estabelecer julgamentos apriorísticos sobre o acerto ou desacerto desta ou daquela decisão tomada pelos pais em nome dos filhos. O intérprete deve evitar conduzir juízos de valor, eis que um processo hermenêutico adequado considera os elementos concretos para apontar, caso a caso, qual a decisão acertada.

Partindo da premissa de que é impossível estabelecer abstratamente uma resposta padrão, com pretensão de aplicá-la a todo caso envolvendo tensão entre a autoridade dos pais e a autonomia da criança e do adolescente, o que se concluiu é

que o agir dos pais é sempre controlável, na medida em que, assim como eles, também todas as pessoas da comunidade (incluindo o Poder Público) têm o dever de efetivação dos direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade.

Portanto, a melhor interpretação passa pela desconsideração dos juízos de valor, ou seja, pelo reconhecimento de que não cabe abertura axiológica dentro do processo hermenêutico das normas de Direito de Família, mormente quando em jogo questões de natureza existencial. Na verdade, é na consideração e no respeito às diferenças que se atingirá a almejada interpretação adequada e democrática.

Nessa perspectiva, a atenção dos pais ao gradual processo de amadurecimento da criança e do adolescente garante que encontrarão a medida da extensão de sua autoridade. Reconhecer a autonomia progressiva do filho não significa estabelecer aos pais um afastamento. Muito antes pelo contrário. O processo de criação e educação do filho requer o aprofundamento dos laços de confiança e consideração mutuamente estabelecidos entre os sujeitos familiares.

O ofício parental não comporta gradações embora um rearranjo seja fatidicamente necessário quando seus corresponsáveis não estiverem juntos. O debate em torno do estabelecimento da guarda, assim, foi bastante reduzido, de maneira que, no momento da separação dos pais, caberá estabelecer meios para garantir o exercício compartilhado das funções próprias ao poder familiar: assistência, educação e promoção da autonomia com vistas à gradual emancipação da criança e do adolescente.

A guarda foi conceituada como o poder jurídico legalmente investido aos genitores, determinando-lhes que se façam presentes e na companhia de seus filhos, prestando-lhes apoio afetivo e moral e efetivando o convívio familiar durante toda a infância e a adolescência, mas sempre na proporção do melhor interesse destes, podendo, inclusive, podendo o amparo ser atribuído excepcionalmente a um só deles ou, até mesmo, a terceira pessoa que revele afinidade quando a permanência com os pais não for recomendável.

O fato é que a possibilidade de exercício da guarda por outras pessoas que não sejam os genitores impõe ao magistrado, aos demais agentes públicos e, principalmente, aos familiares ou terceiros envolvidos a desafiadora tarefa de apurar as sutilezas do caso concreto para estabelecer, com máxima atenção aos interesses da criança e do adolescente, a divisão de deveres e responsabilidades, a intensidade do convívio familiar e, sobretudo, a garantia do amparo material, moral e afetivo.

Foi estabelecida a premissa de que a guarda é sempre uma questão fática. Seja quando exercida pelos genitores, seja por terceira pessoa em substituição àqueles, a guarda configura uma organização fatidicamente necessária para regulamentar a peculiar situação de pais que partilham o exercício do poder familiar, mas em seios familiares diversos. Além disso, concluiu-se que a guarda, em regra, é aspecto do poder familiar, apenas excepcionalmente incidindo como modalidade de colocação da criança ou do adolescente em família substituta.

O contexto excepcional de crise sanitária foi considerado no trabalho em razão das possíveis repercussões sobre a relação paterno-filial. As mudanças sociais e as restrições a liberdades individuais desencadeadas pela situação da Pandemia da Covid-19 foram juridicamente analisadas a partir do princípio do melhor interesse da criança. Quanto ao exercício da guarda, concluiu-se que, apesar da necessidade de isolamento, não cabe estabelecer restrições apriorísticas ao direito fundamental da criança e do adolescente ao convívio familiar, nada aconselhando que seja afastada a prevalência legalmente estabelecida em favor da guarda compartilhada. Ressaltou-se que, conferir primazia a esse direito não significa ignorar o direito à vida e à saúde ou minorar a gravidade da crise sanitária, mas sublinhar o traço do poder familiar enquanto função harmonizadora dos vários interesses dos filhos.

Nessa perspectiva, para deliberar sobre o tema do retorno presencial às aulas, é responsabilidade dos pais ponderar (sem contrapor) os interesses envolvidos sob a perspectiva do filho e, de preferência, com a participação deste na proporção de sua maturidade. A decisão, independentemente se for pelo retorno à escola ou pela continuidade do isolamento, deverá ser constantemente revisitada, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança. Esse diálogo, de resto, é algo natural e rotineiro ao processo de criação dos filhos.

Concluiu-se, ainda, que a questão sobre o ensino domiciliar não deve ser debatida no Brasil sob a perspectiva dos pais ao argumento de que eles supostamente são detentores da liberdade de escolha do modelo educacional a ser seguido por seus filhos. Na realidade, o interesse jurídico sobre o qual se deve lançar luzes é o dos filhos.

Ainda com relação ao poder familiar, sublinhou-se que o poder jurídico encontra fundamento na relação afetiva estabelecida entre os genitores e a criança ou o adolescente, calcada na identificação entre eles, o que faz com que concretamente seja possível verificar a constituição do vínculo paterno-filial.

Nesse sentido, não subsiste margem para que um dos genitores pretenda reduzir ou suprimir do outro prerrogativas ínsitas ao poder familiar, ou mesmo para que um deles pretenda escusar-se de seu múnus, no momento da separação.

Assim, no que interessa ao Direito, há pouco espaço para a negociação por parte dos pais em torno do estabelecimento do exercício da guarda, eis que o compartilhamento da responsabilidade parental, independentemente da relação que os genitores mantenham entre si, é fator de coesão com o arcabouço protetivo da criança e do adolescente.

Esse entendimento, calcado na doutrina da proteção integral, gerou o reconhecimento de que o modelo de guarda adequado ao processo de criação e educação da criança e do adolescente é o compartilhado. Estabelecida a preferência legal em torno da guarda compartilhada, o modelo unilateral deixou de ser regra para tornar-se exceção. Mas não se trata de garantir aos pais uma faculdade em relação ao exercício exclusivo da guarda, como o Código Civil deixa transparecer. De fato, a interpretação adequada da Lei indica que a guarda unilateral subsiste enquanto instrumento à disposição do magistrado, a quem compete apreciar os elementos do caso concreto para estabelecer, em benefício do filho, um ambiente equilibrado e propício ao seu sadio desenvolvimento.

Concluiu-se, assim, que a vontade dos pais pouco importa para a definição do exercício do dever de convívio com o filho. Contudo, as animosidades e a beligerância extrema e incontornável verificadas entre eles podem ser fator que leve a pender para o lado da guarda unilateral, seja para definir a exclusividade para um deles, ou até mesmo para definir o exercício do amparo por terceira pessoa que demonstre compatibilidade com a medida. A hipótese, de toda forma, é excepcional e deve vigorar por tempo determinado, cabendo ao juízo manter olhar atento a fim de determinar a necessidade de abrandar ou robustecer as restrições, sempre em atenção ao princípio do melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- APÓS decisão em 2ª instância na justiça, BH libera aulas presenciais de crianças de 5 a 11 anos: professores da rede municipal de educação, em Belo Horizonte, foram convocados para o retorno imediato ao trabalho nesta terça-feira (8); alunos devem voltar no dia seguinte. **G1**, 7 fev. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/02/07/prefeitura-de-bh-diz-que-vai-cumprir-decisao-da-justica-e-retomar-aulas-presenciais-de-criancas-de-5-a-11-anos.ghtml>. Acesso em: 17 fev. 2022.
- ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos da Criança - 1959**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 26 jan. 2022.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil Jurídico do Cuidado e da Afetividade nas Relações Familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias, organizadores. **Cuidado e Afetividade – Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009408/>. Acesso em: 12 jan. 2022, p. 174-190.
- BARBOZA, Heloisa Helena; CORRÊA, Marilena C. Dias Villela; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Morte Digna na Inglaterra: análise do caso Charles Guard. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; DADALTO, Luciana, coordenadoras. **Direito e Medicina: a morte digna nos tribunais**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 141-157.
- BELO Horizonte contraria MP e mantém suspensão de aulas presenciais para criança: Prefeitura informou que não vai determinar volta para crianças na faixa de 5 a 11 anos; na quinta-feira (3), Ministério Público recomendou retorno imediato das aulas presenciais em todas as idades. **CNN Brasil**, 4 fev. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/belo-horizonte-contraria-mp-e-mantem-suspensao-de-aulas-presenciais-para-criancas/>. Acesso em: 6 fev. 2022.
- BERLINI, Luciana Fernandes; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. A Participação da Criança nos Processos Decisórios Relativos aos Cuidados de Saúde: entre o Código Civil e a Convenção sobre Direitos da Criança. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna, organizadores. **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 180-191.
- BERLINI, Luciana Fernandes; SOUZA, Iara Antunes de. Autoridade Parental e Lei da Palmada. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana, coordenadoras. **Autoridade Parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 125-139.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos Morais em Família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenadores. **A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171-201.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; SOUZA, Eduardo Nunes de. Educação e Cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana, coordenadoras. **Autoridade Parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 93-123.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; SOUZA, Eduardo Nunes de. Educação e Cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana, coordenadoras. **Autoridade Parental: dilemas e desafios contemporâneos**. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 95-125.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no Ambiente Familiar. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima, coordenadoras. **Contratos, Família e Sucessões**: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 1-18.

BRASIL. **Lei 3.017, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (revogada pela Lei n.º 10.406, de 2002). Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm . Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. **Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica de mulher casada (Estatuto da Mulher Casada). Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm . Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 19 fev. 2022.

BRASIL. **Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores (revogada pela Lei n.º 8.069, de 1990). Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm . Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm . Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. **Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n.º 649.786/GO**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 4 ago. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500046037&dt_publicacao=18/08/2015. Acesso em: 24 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial n.º 1.838.271/SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 27 abr. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802731023&dt_publicacao=25/06/2021. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 665.222**. Relator: Ministro Luiz Fux, 20 mar. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1917030>. Acesso em: 24 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 382**. A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato. Brasília, DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula382/false>. Acesso em: 1º jan. 2022.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda Conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenador. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 355-367.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Impasses na condição da guarda e da visitação – o palco da discórdia. *In*: ANAIS DO III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. cap. 5, p. 433-447.

CAMPOS, Adriana Pereira; CARVALHO, Fernanda Ribeiro da Silva. Covid-19: impactos processuais nas relações familiares de guarda compartilhada e convivência com os filhos. *In*: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo, coordenadores. **Questões jurídicas decorrentes da Covid-19, volume 2: Processo, Direito Civil e Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 13-18.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed. 1987.

DADALTO, Luciana; PIMENTEL, Willian. Tomada de Decisão Médica em Fim de Vida do Menor. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana, coordenadoras. **Autoridade Parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 275-287.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14 ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Em Nome do Pai (estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela). *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenador. **Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, Direito Comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1997, p. 585-604.

FACHIN, Rosana. Do Parentesco e da Filiação. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenadores. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 111-126.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GOHN, Maria da Gloria. **Educação não-formal na pedagogia social**. In: *Congresso Internacional de Pedagogia Social*, ano 1, mar. 2006. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000092006000100034 . Acesso em: 30 dez. 2021.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenador. **Repensando o Direito de Família**. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999, p. 213-224.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil na Relação Paterno-Filial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenador. **Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. cap. 4, p. 403-432.

INSTITUTO MOBILIDADE E DESENVOLVIMENTO SOCIAL - IMDS. **Retratos das crianças e jovens na pandemia: educação**. Publicado em julho de 2021. Disponível em: <https://imdsbrasil.org/apresentacao-detalle>. Acesso em: 4 fev. 2022.

ITÁLIA. **Código Civil Italiano**. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprima/codici/codiceCivile> . Acesso em: 26 jan. 2022.

LACHASSINNE, Eric; PONTUAL, Loïc de *et al.* **SARS-CoV-2 transmission among children and staff in daycare centers during a nationwide lockdown in France: a cross-sectional, multicentre, seroprevalence study**. *The Lancet Child & Adolescent Health*, 8 de fevereiro de 2021. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lanchi/article/PIIS2352-4642\(21\)00024-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanchi/article/PIIS2352-4642(21)00024-9/fulltext). Acesso em: 3 fev. 2022.

LEAL, Livia Teixeira. O Cuidado na Era Digital: as novas facetas da afetividade no mundo tecnológico e seus impactos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias, organizadores. **Cuidado e Afetividade – Projeto Brasil/Portugal 2016-2017**. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009408/>. Acesso em: 12 jan. 2022, p. 262-285.

LEE, Benjamin; RASZKA JR., William V. **COVID-19 Transmission and Children: the child is not to blame**. *Pediatrics – American Academy of Pediatrics*, 1º de agosto de 2020. Disponível em: <https://publications.aap.org/pediatrics/article/146/2/e2020004879/36879/COVID-19-Transmission-and-Children-The-Child-Is>. Acesso em: 3 fev. 2022.

LIMA, Taisa Maria Macena. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos: o dever dos pais de indenizar o filho prejudicado. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**, IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. A Criança e o Adolescente e os Direitos da Personalidade. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaaios sobre a infância e a adolescência**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 5-14.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Extensão e Limites da Autoridade Parental em Face da Autonomia da Criança e do Adolescente em Questões Médicas. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaaios sobre a infância e a adolescência**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 38-47.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Infância Encarcerada. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaaios sobre a infância e a adolescência**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 109-119.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Menoridade e Deficiência: limites da atuação dos cuidadores e dos direitos da personalidade da criança e do adolescente. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaaios sobre a infância e a adolescência**. 2 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 48-56.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenadores. **Direito de Família e o novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 147-162.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZEI, Rodrigo. Apresentação. *In*: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo, coordenadores. **Questões jurídicas decorrentes da Covid-19, volume 2: Processo, Direito Civil e Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2020.

MEIRA, Fernanda de Melo. A Guarda e a Convivência Familiar como Instrumentos Veiculadores de Direitos Fundamentais. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, coordenadores. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 225-247.

MULTEDO, Renata Vilela; OLIVIERI, Isabella. A Heteronomia Estatal Judicial no Exercício da Autoridade Parental por Meio do Reconhecimento da Parentalidade Socioafetiva. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana, organizadoras. **Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 1-20.

NAZARETH, Eliana Riberti. Guarda ou responsabilidade parental? Direito de visitas ou direito à convivência? O não-dito. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenadores. **A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 203-213.

OLIVEIRA, Humberto Mendes; LOURENÇO, Diógenes Henriques Pereira. A Autodeterminação da Criança e do Adolescente em Questões Sexuais: o direito à intimidade verso o dever dos médicos de informar aos pais. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SOUZA, Iara Antunes de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, coordenadores. **Biodireito: diálogos entre liberdades e responsabilidades**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, p. 147-171.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> Acesso em: 26 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). ***Schooling Disrupted, Schooling Rethought: how the covid-19 pandemic is changing education***. Traduzido para o português pelo Centro de Excelência e Inovação em Políticas Educacionais da Fundação Getúlio Vargas (FGV CEIPE). 2020. Disponível em: <https://ceipe.fgv.br/artigos/educacao-interrompida-educacao-repensada-como-pandemia-do-covid-19-esta-mudando-educacao-0>. Acesso em: 6 fev. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. 2 ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

PELUSO, Antônio Cezar. O menor na separação. *In*: PINTO, Teresa Arruda Alvim, coordenadora. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Guarda compartilhada: não é de um nem de outro, é de ambos**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos> . Acesso em: 2 jan. 2022.

PEREIRA, Tânia da Silva. Vicissitudes e Certezas que Envolvem a Adoção Consentida. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, coordenação. **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p. 338-358.

PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. **Revista da EMERRJ**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 252-271.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLI; Leonardo Macedo; CORCIONE, Giulia Miranda. **O Problema do Afeto no Direito de Família: o afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar**. *Revista Duc In Altum* Cadernos de Direito, vol. 12, n.º 26, jan.-abr. 2020, p. 275-334.

RIBEIRO, Joana; VERONESE, Josiane Rose Petry. A convivência familiar e a guarda compartilhada em tempos de pandemia da covid-19. *In*: RIBEIRO, Joana;

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Pandemia, Criança e Adolescente: em busca da efetivação de seus direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 11-23.

RIBEIRO, Joana; VERONESE, Josiane Rose Petry. O direito à vida e a saúde frente à pandemia que nos assola. *In*: RIBEIRO, Joana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Pandemia, Criança e Adolescente: em busca da efetivação de seus direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 65-77.

ROCHA, J. V. Castelo Branco. **O Pátrio Poder**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1978.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de. **Bioética e Biodireito**. 5 ed. Indaiatuba: São Paulo, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. O Caso Charlie Guard: em busca da solução adequada. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira de; SOUZA, Iara Antunes de, coordenadores. **Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 235-256.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, vol. 1, n. 2, 2015, p. 70-89.

SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. **O homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SARTRE, Jean-Paul, **Esboço para uma Teoria das Emoções**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda exercida pelos pais: um instituto vazio, inútil e perigoso**. 2016. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/guarda-exercida-pelos-pais-um-instituto-vazio-inutil-e-perigoso/>. Acesso em: 30 dez. 2021.

SIMÃO, José Fernando. **Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>. Acesso em: 30 dez. 2021.

SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (Des)Necessidade da Guarda Compartilhada Ante o Conteúdo da Autoridade Parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, coordenadores. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 249-265.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (Des)Necessidade da Guarda Compartilhada Ante o Conteúdo da Autoridade Parental. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, M. Luiz. **Guarda Compartilhada**, 3 ed. Grupo GEN, 2017, p. 18-40.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. *In* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 203-223.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; BORCHIO, Mariana Dias Duarte. Pandemia, Reabertura das Escolas e Autoridade Parental. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana, organizadoras. **Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos**. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 335-350.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança – uma reflexão sobre o caso Ashely. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 180, ano 45, 2008, p. 293-304.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos Principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 6, n. 26. p. 18-34, out./nov. 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Menor, Esse Desconhecido. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. **Direitos de Família e do menor: inovações e tendências**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 170-180.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. 2004. Disponível em: www.tepedino.adv.br/tep_artigos/a-disciplina-da-guarda-e-a-autoridade-parental-na-ordem-civil-constitucional/. Acesso em: 12 jun. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, fev./mar., ano IX, n. 2. Belo Horizonte: Magister, 2008.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Direito de Crianças e de Adolescentes à Convivência Familiar**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/0>. Acesso em: 17 out. 2020.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. *In*: DIAS, Adahyl Lourenço. **Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255-266.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. *In*: **Superior Tribunal de Justiça**. Doutrina. Edição Comemorativa 20 anos. Superior Tribunal de Justiça, 2009. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3445>. Acesso em: 21 dez. 2021.

VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Isabella Thalita Andretto; FONSECA, Luma Vilela Ramos. A Guarda Compartilhada e o Direito à Visitação de Filhos Menores em Tempos de Isolamento Social. *In*: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo, coordenadores. **Questões jurídicas decorrentes da Covid-19, volume 2: Processo, Direito Civil e Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 29-36.

XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maici Barbosa dos Santos. Guarda e Autoridade Parental: por um regime diferenciador. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana, coordenadoras. **Autoridade Parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 37-50.

XAVIER, Marília Pedroso; COLOMBO, Maici Barbosa dos Santos. Guarda e Autoridade Parental: por um regime diferenciador. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana, coordenadoras. **Autoridade Parental: dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 37-50.