

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

ILTON GARCIA DA COSTA

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof.

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Cláudia Mara A. Rabelo Viegas; Ilton Garcia da Costa; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-653-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

A bela cidade de Salvador – BA, em uma aconchegante tarde de inverno ensolarada, sediou o XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, ocasião em que foram apresentados ótimos trabalhos científicos de vários temas inéditos, o que demonstra a realização de uma investigação científica sólida na seara jurídica.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes aos processos de adoção e tráfico infantil; crime de abandono; reprodução humana assistida; direitos da personalidade do idoso; abandono afetivo; guarda compartilhada; uniões poliafetivas; direitos do nascituro; multiparentalidade e outros temas de suma relevância não só para a comunidade científica, mas também para toda a sociedade de um modo geral.

Assim, a obra foi dividida em 27 capítulos, os quais buscarão proporcionar ao leitor uma visão mais moderna e humanizada acerca do direito de família, demonstrando as diversas transformações e modificações de comportamentos sofridos ao longo dos anos, sempre levando em consideração o princípio da dignidade humana.

Ressalte-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, pois além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas a nível de pós-graduação, de pôsteres que demonstram também o que tem sido realizado a nível de investigação científica nas academias, possibilitando assim uma intensa troca de experiências.

Deseja-se uma excelente leitura, e que o aproveitamento seja máximo das ideias propostas pelos diversos escritores deste livro, os quais buscam, na diversidade temática, subsídios para a construção da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Salvador, 15 de Junho de 2018.

Profa. Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – PUC/Minas

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UEM / UNICESUMAR

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA E A IGUALDADE PARENTAL:
A NECESSIDADE DA (DES)CONSTRUÇÃO DOS PAPÉIS DO PAI E DA MÃE**

**EL INSTITUTO DE LA GUARDA COMPARTIDA Y LA IGUALDAD PARENTAL:
LA NECESIDAD DE LA (DES) CONSTRUCCIÓN DE LOS PAPELES DEL PADRE
Y DE LA MADRE**

Acácia Gardênia Santos Lelis ¹

Resumo

O presente estudo objetiva analisar o instituto da guarda compartilhada a ser imposta em razão da igualdade parental, trazendo à discussão a questão cultural do exercício de papéis em relação aos filhos. A conclusão é que as inovações legais que adotam a modalidade da guarda compartilhada como prioridade, aplicando-a como regra, visa a assegurar o melhor interesse da criança, e nem sempre este é alcançado, face ao conceito social dos papéis do pai e da mãe. Para a realização do presente estudo foi utilizado o método dialético, que proporcionou aprofundamento do tema.

Palavras-chave: Guarda, Cultural, Exercício de papéis, Igualdade parental, Regra

Abstract/Resumen/Résumé

El presente estudio tiene como objetivo analizar el instituto de la guarda compartida a ser impuesta en razón de la igualdad parental, trayendo a la discusión la cuestión cultural del ejercicio de papeles en relación a los hijos. La conclusión es que las innovaciones legales que adoptan la modalidad de la guardia compartida como prioridad, aplicándola como imposición, apunta a asegurar el mejor interés del niño, y no siempre se alcanza, frente al concepto social de los papeles del padre y de la madre. Para la realización del presente estudio se utilizó el método dialéctico, que proporcionó profundización del tema.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Guardia, Cultural, Ejercicio de papeles, Igualdad parental, Imposición

¹ Advogada, Doutoranda em Direito pela linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela UNESA (Sociedade Superior Estácio de Sá (RJ)); Mestre em Direito pela PUC (PR). E-mail: <aglelis@infonet.com.br>.

1 INTRODUÇÃO

A instituição da guarda compartilhada é um mecanismo idealizado pelo legislador que busca redimensionar os papéis dos genitores, assegurando especialmente à figura paterna um maior envolvimento na vida dos filhos, após a separação do casal, pois, historicamente, este ficava adstrito a uma pequena participação realizada através de visitas quinzenais e metade das férias escolares. O presente estudo objetiva a analisar esse instituto, estabelecido pela Lei 13.058/2014, o qual deve ser adotado como regra quando da dissolução da sociedade conjugal, trazendo à discussão a questão cultural do dever maternal de criação e educação dos filhos.

Apesar de a guarda compartilhada ser estabelecida como regra pela Lei 13.058/2014, a própria norma possibilita a excepcionalidade de sua aplicação, quando, no caso concreto, ela não se mostrar adequada. Nesse espectro, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, definir o tipo de guarda sob o manto do princípio da garantia prioritária da criança, erigido à ótica dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade da pessoa humana e à convivência familiar, competindo aos pais e à sociedade torná-los efetivos.

As categorizações de realidade fundam-se no prisma do ser e do dever ser, que nem sempre andam de mãos dadas. Busca-se, assim, uma mudança de paradigma que deve, agora, ser alicerçado na igualdade de direitos e de deveres entre os genitores, com maior e mais efetiva participação da figura paterna na vida do filho menor de idade.

A Lei nº 13.058/2014 instituiu a guarda compartilhada que deve ser adotada pelo juiz, mesmo sem haver consenso entre os genitores, exceto se um deles não estiver apto a exercê-la. A pretensão do legislador, por óbvio, é assegurar aos filhos menores a devida proteção, independentemente da vontade dos pais, privilegiando o melhor interesse de crianças e adolescentes, em conformidade com o estatuído no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 2014a). No entanto, o presente trabalho irá analisar o realismo jurídico, ou seja, os fatores que levaram o legislador ordinário a adotar a guarda compartilhada como regra geral, sendo que esses fatores advêm do empirismo, que, nem sempre, permite reconhecer a realidade concreta tal como ela é.

A Lei 13.058/2014 estabelece a busca de igualdade de direitos e deveres entre os filhos e seus pais (BRASIL, 2014a), a qual enfrenta a barreira da paridade material ainda não alcançada por razões culturais, machistas e misóginas. A partir de tais considerações, pretende-

se analisar a legislação nacional e a atuação do Poder Judiciário, sob a ótica do realismo jurídico e realismo cultural, que permitirão reconhecer a eficácia da norma jurídica.

2 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

No dizer de Balen (2012), a família é o núcleo formador da pessoa, torna-se fundamento do sujeito, desenvolvendo nele identidade, autoestima, capacidade de iniciativa, autonomia, senso crítico, espírito de equipe, confiança, abertura ao outro e disponibilidade à cidadania. Passa a família a ser vista, como afirma Trindade (2014), não mais como um núcleo estritamente econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma dimensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda). Acrescenta o autor (2014, p. 371) que, sob a perspectiva constitucional, “[...] a família abandona o seu caráter de instituição jurídica e passa a ser compreendida como um instrumento de realização pessoal do ser humano, de promoção da felicidade das pessoas nela envolvidas, deixando de ser um fim para ser um meio.”

Ao ser adotada e reconhecida essa mudança de paradigma, a convivência familiar passou a ser insituada por leis, em nível internacional e em nível nacional. Inicialmente a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 1959, em seu art. 6º:

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959).

Seguindo essa esteira de entendimento, a Constituição Federal brasileira de 1988 adotou, em seu art. 227, a convivência familiar como direito fundamental da criança, do adolescente e do jovem, estabelecida como prioridade absoluta, devendo a família, o Estado e a Sociedade assegurá-la em regime de cooperação (BRASIL, 1988). Dessa forma, coube ao legislador infraconstitucional colocar em prática o dispositivo constitucional, através de mecanismos que não excluam o direito à convivência dos filhos com os pais, especialmente aos pais biológicos. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) assegurou esse direito, quando assim disciplinou:

Art. 4º – É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 6º – Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento. (BRASIL, 1990).

Assim, a convivência com os pais passa a ser um direito fundamental dos filhos, e não o direito dos pais em relação aos filhos. A Constituição Federal tornou-se o marco legal que institui esse direito fundamental, até então não contemplado no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se, que qualquer que seja o objeto da lide, envolvendo uma criança, cabe ao Estado zelar pelos seus interesses. Trata-se de ser humano em constituição, sem condições de se autoprotger. Portanto, é dever do Estado velar por seus interesses, em qualquer circunstância. Nas palavras de Giselle Groeninga (2011, p. 15):

Porque a criança – porque gênese e mistério, ela nos dá a dimensão do humano e do futuro, brinda-nos com a dimensão da diferença, da continuidade, da preservação da vida para além da própria vida, invocando assim a generosidade na mais ampla acepção da palavra. E o seu melhor interesse é o nosso melhor interesse – o de nos fazer sujeitos, do Direito e do desejo, por justamente sermos inscritos no tempo das gerações.

Insta frisar que a convivência familiar deve ser priorizada ainda que os pais não mais convivam. Para assegurar essa convivência, a lei estabelece a guarda dos filhos como uma das atribuições do exercício do Poder Familiar, que deve ser efetivado em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. No exercício do Poder Familiar, quando os pais convivem, *a priori*, não há conflitos acerca desse direito. A problemática surge com a separação dos pais, e quando estes não entram em consenso quanto à guarda dos filhos. Nesse momento, surge a intervenção estatal para fixar a atribuição da guarda, seja ela unilateral ou compartilhada.

A guarda compartilhada visa à transformação da ruptura conjugal que, muitas vezes, ocasiona a quebra de laços afetivos e decisórios em relação a um dos genitores com os filhos, em uma situação que permita a esses conviverem com ambos os pais da maneira mais semelhante possível à vivenciada pela família anteriormente constituída (GARCIA, 2011).

Tanto a doutrina como a jurisprudência insistem que o benefício desse tipo de guarda não é somente dos filhos, mas também dos pais, já que estes podem exercer os direitos-deveres do poder familiar de maneira muito semelhante à vivenciada na constância da relação

conjugal, evitando que o sistema rígido de visita e a desinformação acabem com a produtividade da relação parental.

Para Vicente (2011, p. 51), “[...] o vínculo tem, portanto, uma dimensão política quando, para sua manutenção e desenvolvimento, necessita de proteção do Estado.” Acrescenta a autora que o direito à convivência familiar passa a fazer parte de um conjunto de pautas das políticas públicas.

O Código Civil de 1916 incumbia ao pai a chefia da família e só quando este estivesse ausente é que a mulher poderia exercer seu papel. Como previsto expressamente pelo extinto Código, o disposto no art. 380 do Código de 1916: “[...] durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família, e na falta ou impedimento seu, a mulher” (BRASIL, 1916). Nesse sentido, Gonçalves afirma que “Em caso de divergência entre os cônjuges, prevalecia a decisão do marido, salvo em caso manifesto de abuso de direito (art. 160, I, segunda parte).” (2015, p. 423).

Atendendo ao princípio da igualdade estabelecida na Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 altera ditas atribuições e estabelece em seu art. 1.631, parágrafo único, que:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. (BRASIL, 2002).

Inicialmente o Código Civil de 2002 trazia em seu artigo 1.583 que “[...] no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” (BRASIL, 2002), e em seu § 2º que “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: [...] (BRASIL, 2002).”

A guarda compartilhada, mesmo não tendo sido expressamente referida no Código Civil de 2002, pois só passou a ser prevista no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 11.698/2008, já podia ser adotada por privilegiar os laços de afetividade entre pais e filhos, sendo que doutrina e jurisprudência já faziam referências sobre não existir restrição legal à atribuição da guarda dos filhos a ambos os genitores (GONÇALVES, 2012).

O maior objetivo do instituto da guarda compartilhada é o superior interesse dos filhos menores vulneráveis no novo contexto familiar, já que a ruptura conjugal é considerada

uma situação de perigo para eles, devendo então ser protegidos com uma manutenção mais rica da parentalidade entre pais e filhos, no âmbito de uma maior participação e promoção da prole por parte dos dois progenitores (GARCIA, 2011).

Assim, cabia ao juiz analisar no caso concreto qual dos genitores estaria mais apto ao exercício da guarda. No entanto, apesar do que disciplinava a lei, em regra, a guarda era atribuída à genitora, por entenderem os magistrados que somente em casos excepcionais não seria esta atribuída à mãe, conforme se extrai na decisão a seguir:

TJ-MA - AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 154862007 MA (TJ-MA)
Ementa: DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE FILHOS MENORES COM A MÃE. INTERLOCUTÓRIA ACERTADA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA DO JUIZ DA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE FATOS QUE PODERIAM OCASIONAR A MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME. Se inexistentes fatos comprovadores da impossibilidade da **mãe** de educar e assistir os **filhos** dignamente, há de ser mantida interlocutória lançada no sentido da manutenção da **guarda** em prol da genitora, mormente se levarmos em consideração o Princípio da Confiança do Juiz da Causa. (MARANHÃO, 2008; Grifamos).

O que justificaria a ausência de aptidão da mãe para a guarda dos filhos menores, assim considerada pelos magistrados brasileiros, seria a falta de conduta moral e o desajuste em seu comportamento social que implicariam a inversão da guarda para o genitor, mas, registre-se que essa era uma medida excepcional, conforme se vê:

TJ-SC - Agravo de Instrumento AI 226349 SC 2002.022634-9 (TJ-SC)
Ementa: Civil. Família. Dever de guarda dos filhos menores. Comportamento da mãe sob suspeição. Pedido de guarda provisória feito pelo pai. Interesse da criança a ser preservado. Aplicação da doutrina da proteção integral.
O simples fato de a mulher abandonar o lar conjugal, onde vivia em desarmonia com o marido, não induz, por si só, presunção de sua incapacidade para a guarda do filho em tenra idade. Contudo, havendo forte prova indiciária de comportamento desregrado da mãe, relatado em estudo realizado pela assistente social forense, é de bom tom que a guarda do menor, para o seu bem, transmude-se para o pai, mesmo em caráter provisório, assegurado o direito materno de visitação ao filho, na forma que o Juiz vier a reger, pois é preciso conservar e, se possível, apertar os laços insubstituíveis de afetividade e convívio entre mãe e filho, em nome da segurança e bem-estar deste (SANTA CATARINA, 2003).

Esse entendimento é confirmado pelos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2014, o qual constatou a superioridade acentuada de mães que, até o ano de 2011, possuíam a guarda dos filhos menores de idade. Segundo o IBGE (2014), a Justiça brasileira ainda privilegia a mãe como responsável pela criação dos filhos. Em 2011, 87,6% dos divórcios concedidos no Brasil terminaram com a guarda das crianças e adolescentes delegada às mães (IBGE, 2014).

Avançando a legislação no que pertence ao direito à convivência familiar, o legislador pátrio instituiu, através da Lei 11.698/2008, a modalidade da guarda compartilhada, ou seja, introduziu mais uma modalidade, acabando com o monopólio da guarda unilateral, objetivando atender ao princípio do melhor interesse da criança, constitucionalmente assegurado (BRASIL, 2008). No entanto, a referida norma ainda era muito tímida no que pertence à implementação real da guarda compartilhada, tendo em vista que sua disposição foi intitulada a título de recomendação, e não a título de imposição legal.

A lei que instituiu a recomendação para adoção da guarda compartilhada, entretanto, não alcançou um resultado prático, pois, ainda assim, continuou a ser deferida a guarda unilateral à mãe, conforme dados do IBGE, em 2001, apenas 2,7% das separações optavam pela guarda compartilhada. Esse número saltou para 5,4% em 2011, ou seja, dobrou o que demonstra um avanço, porém pouco significativo. Os pais continuaram a exercer tão somente o direito de visita, e não uma efetiva convivência com os filhos (IBGE, 2014).

2 A GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA E O EXERCÍCIO DOS PAPÉIS: DIREITOS E DEVERES EM RELAÇÃO AOS FILHOS

Assegurar à criança o exercício pleno de seus direitos é uma missão imposta por lei não somente à família, mas também à sociedade e ao Estado. Dentre esses direitos, como já firmado anteriormente, está o direito à convivência familiar. É a família o ambiente adequado para o desenvolvimento humano, pois, como afirma Becker (2011, p. 61), “[...] como um grupo social, não é percebida como um fim em si mesma, mas pelas suas funções de oferecer condições de desenvolvimento a seus membros, e em especial às crianças.”

Em conformidade com o estatuído no art. 1.632 do Código Civil, a separação dos pais não altera as relações entre pais e filhos (BRASIL, 2002), ou seja, a separação dos pais não pode afetar o exercício de todos os direitos dos filhos, e, dentre eles, o direito a conviver com ambos os pais. Em observância à primazia dos direitos de crianças e adolescentes foi instituída por lei (Lei 13.058/2014) a guarda compartilhada, a ser adotada como via de regra em caso de separação ou divórcio, ainda que não exista consenso entre os pais. Só em situação excepcional, quando um dos pais não quiser ou não seja considerado apto a exercê-la, é que se adotará a guarda unilateral (BRASIL, 2014a).

Dias (2013, p. 36) compreende que a guarda compartilhada assegura:

[...] mais prerrogativas aos pais, que faz com que, mesmo após a dissolução do casamento, eles continuem presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

Alves (2009) enfatiza que essa nova modalidade de guarda é a ideal para se aplicar nos dias atuais, e também significa um avanço para o direito de família, pois, equiparou os genitores no que tange à formação dos filhos, atribuindo a estes a responsabilidade com educação e ao desenvolvimento da criança, possibilitando, desse modo, que os filhos sejam criados por ambos.

A instituição desse modelo de guarda leva em consideração que ambos os pais devem se fazer presentes na vida dos filhos, participando de forma mais efetiva do processo de seu desenvolvimento. Sobre os objetivos da guarda compartilhada Spengler e Spengler Neto (2004, p. 94) afirmam que,

[...] o objetivo da guarda compartilhada vai além da simples responsabilização dos genitores por alguém que ambos contribuíram para que existisse; na verdade, ela significa a intervenção em todos os sentidos no direcionamento da criação e educação dessa criança. Significa, também, um envolvimento emocional maior, o que é extremamente benéfico para ambas as partes: genitor e gerado. Tal benefício se dá, de um lado, pela satisfação que os pais têm em auxiliar na manutenção e educação do rebento e do outro pela segurança e tranquilidade que gera ao filho a certeza de estar sendo amado e protegido pelos pais, e não disputado por eles.

Dias (2015, p. 525) afirma que “[...] a participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.” Essa responsabilidade parental conjunta, de forma igualitária, é apresentada pela lei como fórmula ideal para a solução dos problemas das atitudes egoístas dos pais ao assumirem a guarda unilateral, por se considerarem donos e possuidores dos filhos, deles podendo usar e dispor, como se fossem objetos de sua propriedade.

Entretanto, para a adoção desse modelo de guarda, segundo assevera Dias (2015), “[...] é necessária a mudança de paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.” Isso se deve a construções simbólicas que impõem a homens e mulheres determinados papéis, identificando-os dentro de sua cultura, e acabam por limitar as potencialidades dos gêneros, criando rotulações sobre o que seria ou não permitido a cada um deles no âmbito social. Segundo Diamantino et al. (1993), a mulher,

desde o seu nascimento, é educada para a subserviência, respeito ao marido, procriação e sujeição pacífica à rotina exaustiva de trabalho.

Assim, o exercício de papéis está edificado na questão de gênero, que, como afirma Torrão Filho (2005), esse exercício se preocupa com a consolidação de um discurso que constrói uma identidade do feminino e do masculino que encarcera homens e mulheres em seus limites, aos quais a história deve libertar. Entretanto, há uma resistência natural no exercício igualitário dos papéis, vez que a construção social imposta ao pai e à mãe são distintas. Denota-se que mesmo, a mulher assumindo também o papel de provedor e contribuindo para o sustento dos filhos, ainda se exige dela a continuidade no exercício de cuidar e educar os filhos.

A relutância masculina em aceitar novos padrões de relacionamento entre homens e mulheres resulta do confronto com práticas e modelos convencionais que são questionados no cotidiano. Obrigados a conviver com uma realidade mutável, os maridos revelam-se renitentes em aceitar formas de conduta que efetivamente não podem negar, pois as alterações estão presentes no domínio privado da família e na esfera pública. Entretanto, essas alterações na posição do genitor e do marido, junto com o aumento da atividade profissional das esposas e com a redefinição parcial da divisão sexual do trabalho, não mudam, radicalmente, a organização das relações domésticas. (ROMANELLI, 1998).

A lei ignora essa questão cultural e idealiza uma corresponsabilidade entre os genitores que devem, em igualdades de condições, exercer efetiva participação na vida dos filhos, não se restringindo aos deveres, mas também em relação aos direitos. Portanto, não há que se aplicar a lei indistintamente, sem avaliação da real aptidão de cada um dos genitores para o exercício não só dos direitos, mas também dos deveres em relação aos filhos menores.

Em que pese à lei estabelecer a guarda compartilhada como regra, não impede que seja avaliada a situação fática que possibilite identificar se essa se mostra ideal para sua aplicação. O que permite, ainda, o legislador é que seja aferida a situação que melhor possibilitará o desenvolvimento estável e saudável da criança, não apenas sob o aspecto material, mas também afetivo e social.

Apesar da inserção da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que, para a sua implementação, é necessário superar a questão cultural envolta na definição dos papéis a serem exercidos pelo pai e pela mãe. A sociedade contemporânea mantém acesa uma cultura machista e sexista, arraigada em valores oriundos de um sistema patriarcal, que definia o papel do pai como provedor da família e o da mãe como responsável pela educação e cuidado com os filhos. Parece ainda inafastável nos dias atuais o exercício de

tais papéis, considerando-se averso aos valores e condutas morais socialmente admitidos. Assim, continua a ideia de que cabe à mãe o dever de cuidar dos filhos, sendo-lhe naturalmente concedida a guarda dos filhos menores e ao pai tão somente o direito de visita.

Após dois anos de edição da Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/2014), parece que muita coisa não mudou, e os magistrados e tribunais do país ainda conferem a guarda dos filhos menores à mãe, de forma natural, ignorando a existência da lei. Em razão da constatação da realidade foi editada, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Recomendação 25/2016, com o propósito de recomendar aos juízes das varas de família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra (BRASIL, 2016). Essa Recomendação justificou-se pela inobservância pelos magistrados brasileiros de que a guarda compartilhada deve ser adotada como regra, e asseverou ainda que:

CONSIDERANDO o teor do ofício nº 1.058/2016/SGM, encaminhado à Corregedoria Nacional de Justiça pela Presidência da Câmara dos Deputados, informando sobre o recebimento de reclamações de pais e mães relativas ao descumprimento, pelos juízes das Varas de Família, da Lei nº 13.058/2014;

CONSIDERANDO que, segundo as Estatísticas do Registro Civil de 2014, realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Brasil, a proporção de divórcios em que houve a concessão de compartilhamento, no que diz respeito à guarda dos filhos menores, foi apenas 7,5%. (BRASIL, 2016).

A situação fora constatada pelo dados do IBGE (2014), o que não destoou dos dados anteriores, mostrando que a Lei da guarda compartilhada não surtiu o efeito esperado, ainda que tenha mostrado uma pequena evolução, mas os números mostraram que a cultura machista, ou seja, a definição de papéis permeia também o Judiciário brasileiro. Ressalta-se que a Resolução do CNJ foi editada quando a Ministra Nancy Andrighi ainda exercia a função de Corregedora, adotando uma posição que a mesma já defendia em seus julgados, conforme transcrição de decisão abaixo:

Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Direito Civil e Processual Civil. Família. Guarda Compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de Residência do Menor. Possibilidade.

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para

que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (BRASIL, 2014b).

Com a edição da referida Recomendação, o CNJ aguarda uma mudança de postura dos magistrados e dos tribunais do país, seguindo, assim, o mandamento da norma, fazendo valer a guarda compartilhada como regra a ser adotada, independentemente da vontade dos genitores, como uma forma ideal de fazer valer o melhor interesse de crianças e adolescentes.

3 A QUESTÃO CULTURAL E COMPARTILHAMENTO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES ENTRE OS GENITORES

A doutrina defende que a guarda compartilhada é a forma de divisão de responsabilidades mais igualitária existente no Direito de Família, uma vez que tem como objetivo a manutenção do vínculo afetivo equilibrado com os filhos, ainda que os pais não possuam mais vínculo conjugal. Tal modalidade destaca-se por certos benefícios, para todos os que estão envolvidos, seja por uma análise do ponto de vista afetivo, ou do ponto de vista da razão. Ao se repartir responsabilidades e tempo igualitário para a convivência com a criança, espera-se não somente permitir uma divisão igualitária de responsabilidades e direitos em relação ao filhos, mas também evitar a criação de um espaço no qual um dos pais possa sabotar a imagem do outro, ou a realização de chantagem emocional, por qualquer outra motivação.

É necessário, no entanto, compreender a razão para os magistrados brasileiros resistirem a implementarem a guarda compartilhada como regra. Pelos resultados colhidos, evidencia-se que não importa se é um juiz ou uma juíza, a decisão é quase sempre a mesma, ou seja, não havendo acordo é concedida guarda unilateral à mãe. Tal decisão decorre de uma compreensão do papel natural da mãe de assumir o encargo de cuidar do filho, e, por via

inversa, a apropriação da mãe de que incumbe a ela fazer valer esse direito. A mulher, sem perceber, assume uma postura machista ao atribuir-se o dever de cuidar do filho, e de que ao pai somente cabe o dever de sustento do filho e o direito de visitá-lo. São poucas as mulheres que entendem o encargo de cuidar do filho como um aspecto negativo a ser desconstruído, como afirmado por Safiotti (2004, p. 44):

O problema reside na prática, instância na qual a igualdade legal se transforma em desigualdade, contra a qual tem sido sem trégua a luta feminista. Na caracterização do ser mulher também são apontadas tarefas tradicionais, estando 17% na valorização destes deveres e a mesma proporção (17%) em sua depreciação. A especificação dos papéis tradicionais, entretanto, apontaram tão-somente o lado negativo do ser mulher, 4% reclamando do peso da responsabilidade na criação dos filhos e 3% denunciando a falta de autonomia em virtude das restrições impostas por seus maridos.

Nessa esteira, é que se percebe que as decisões judiciais são fundadas em valores morais dos magistrados que se sobrepõem à própria norma. O posicionamento dos tribunais evidencia um comportamento tradicional da condição da mulher limitado a espaços e ações, imbrincado em valores morais seculares, em que as meninas são orientadas para serem filhas e mães, cabendo-lhes, quando adultas, exercerem esse papel. Não importa se essa decisão advém de um homem ou de uma mulher, pois o machismo não tem sexo.

As construções simbólicas que impõem a homens e mulheres determinados papéis, identificando-os dentro de sua cultura, acabam por limitar as potencialidades dos gêneros, criando rotulações sobre o que seria ou não permitido a cada um deles no âmbito social. Essa construção decorre do sistema patriarcal que Safiotti (2004) afirma referir-se a milênios da história mais próxima nos quais se implantou uma hierarquia entre homens e mulheres, com primazia masculina.

A visão binária do mundo e das relações de gênero que identifica o masculino e o feminino como termos opostos, também está envolta à responsabilidade dos pais em relação aos filhos. Segundo Torrão Filho (2005, p. 144), “[...] os atributos considerados femininos são positivos se encontrados em mulheres, mas desqualificam os homens que os possuem, o mesmo se dando com a masculinidade em relação às mulheres”. Por essa razão, o compartilhamento que se pretende é no limite de suas atribuições no exercício do papel de pai, ou seja, de acordo com a construção social que é imposta a figura paterna.

Dias (2015, p. 525) afirma que “[...] a participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.”

Entretanto, para a adoção desse modelo de guarda, segundo assevera Dias (2015), “[...] é necessária a mudança de paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.” Idealiza-se, assim, uma corresponsabilidade entre os genitores que devem, em igualdades de condições, exercer efetiva participação na vida dos filhos, não se restringindo aos deveres, mas também em relação aos direitos.

A guarda compartilhada deve ser fática e não meramente formal, estabelecida e descrita num papel, que não represente *in concreto* um compartilhamento de experiências e responsabilidades que não atenda as necessidades da criança, pois, como se vê:

O mais importante é que a criança precisa de um período de tempo no qual experiências estáveis de relacionamento podem ser utilizadas para o desenvolvimento da área intermediária, da qual fenômenos transitórios ou lúdicos possam se estabelecer para esta criança, de modo que, desse momento em diante, a criança pode desfrutar tudo o que deriva do uso do símbolo, pois o símbolo da união proporciona um alcance mais amplo à experiência humana do que a própria união. (WINNICOTT, 2011, p. 107).

É mister ressaltar que não é suficiente a instituição de compartilhamento de direitos e obrigações por lei, faz-se necessário, ainda, a mudança de comportamentos dos pais que buscam o exercício da guarda compartilhada, para, de fato, assumir as obrigações na educação e criação dos filhos, legitimando sua pretensão. Da mesma forma que os juízes decidem conforme valores morais machistas, em grande parte os pais que pretendem exercer a guarda compartilhada também carregam os mesmos valores, e sua pretensão objetiva não exatamente o compartilhamento total das obrigações, mas tão somente os direitos. Dessa forma, a guarda compartilhada estaria no campo do dever ser, e não do ser, vez que não é verdadeiramente exercida em sua plenitude, mas tão somente assegurando ao pai uma intervenção maior no exercício da autoridade parental da mãe, sem assumir o compartilhamento das obrigações cotidianas dos filhos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instituição da guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro visa a assegurar o exercício amplo dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Aos pais é mantido o direito e dever à convivência com os filhos, a dividir responsabilidades em pé de igualdade com o outro genitor, a prestar assistência moral, e material e educacional à prole conjuntamente na medida de suas condições econômicas; e, para o filho, fica a

oportunidade de se relacionar com ambos os genitores possibilitando estreitar os vínculos de maneira igualitária.

Pode-se afirmar que, para a efetivação da guarda compartilhada, e que essa não fique no plano tão somente do dever ser, é preciso desmistificar os conhecimentos sobre os papéis a serem exercidos pelos pais. Impõe-se, ainda, que o Judiciário não atue em conformidade com seus valores morais, valores culturalmente elaborados, os quais perpassam por uma subjetividade que se contrapõe ao Direito e à democracia.

Finalmente, para que a guarda compartilhada cumpra sua finalidade é necessária também a ressignificação dos papéis, seja do pai e da mãe, compreendendo que a igualdade não deve ficar tão somente no plano jurídico, mas também, e principalmente, no exercício efetivo da igualdade de direitos e deveres em relação aos filhos, assegurando a estes a efetivação da prioridade absoluta de seus interesses.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08. In: **Jus.com.br**, 2009. Disponível em < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-no-11-698-08>> Acesso em: mar. /2018.

BALEN, Frei C. V. A família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

BECKER, M. J. A ruptura dos vínculos: quando a tragédia acontece. In: KALOUSTIAN, Silvio Manoug. (org.) **Família brasileira, a base de tudo**. 10. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2011.

BRASIL. Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] União** - Seção 1 - 5/1/1916, Página 133. Rio de Janeiro, Poder Legislativo, 1916.

BRASIL. (1988). Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Aprovada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**. Seção 1 - 16/7/1990, Página 13563. Brasília, Poder Legislativo, 1990.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União** – Seção 1 - 11/1/2002, Página 1, Brasília, Poder Legislativo, 2002

BRASIL. Lei Nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Lei da Guarda Compartilhada. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e

disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial [da] União** – Seção 1 - 16/6/2008, Página 8, Brasília, Poder Legislativo, 2008.

BRASIL, Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Diário Oficial [da] União** – Seção 1 - 23/12/2014, Página 2. Brasília, Poder Legislativo. 2014a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Família. Guarda Compartilhada. Relator: Ministra Nancy Andrighi; Órgão Julgador: Terceira Turma. Data de julgamento: 03/06/2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação 25 de 22 de agosto de 2016. Regra de Guarda Compartilhada. **Diário [de] Justiça**. 25/08/2-16. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2016.

DIAMANTINO, E.M.V. et al. Aspectos básicos da sexualidade humana na parte clínica. Parte I. **Femina**, v. 21, n. 10, p. 1016-29, 1993.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, M. B.. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GARCIA, José Diogo Leite. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Edipro: 2011.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família** - v. 6. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, C. A. **Direito civil brasileiro**. Direito de família – v. 6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos**. Análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário. 2011. 260f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de registro civil 2013**. Rio de Janeiro, v. 41, p.1- 82, 2014.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento AI 154862007 MA**. Direito Civil. Guarda de filhos menores com a mãe. Relatora: Cleonice Silva Freire. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 14 de janeiro de 2008. **Diário [de] Justiça** de 14 de janeiro de 2008. São Luiz, Poder Judiciário, 2008

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. Aprovada em 20 de novembro de 1959. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ROMANELLI, Geraldo. **O relacionamento entre pais e filhos em famílias de camadas médias.** 1998. Paidéia (Ribeirão Preto) [online]. 1998, vol.8, n.14-15, pp.123-136. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-863X1998000100010>. Acesso em: 08 abr. 2018.

SAFIOTTI, H. I. B **Gênero, patriarcado e violência.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento: AI 226349 SC 2002.022634-9. Civil. Família. Dever de Guarda dos Filhos Menores. Comportamento da Mãe sob Suspeição. Relator: Luís Carlos Freyesleben. Órgão julgador: Segunda Câmara Civil. Julgamento: 13 de fevereiro de 2003. **Diário [de] Justiça**, 13 de janeiro de 2003. Florianópolis, 2003.

SPENGLER, Fabiano Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flavio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória:** análise crítica da lei 13.058/2014. Parte I. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>> Acesso em: abril. 2018.

TORRÃO FILHO, Almícar. Uma questão de gênero: onde o masculino e o feminino se cruzam; **Cadernos Pagu** [online]; nº 24, janeiro-junho de 2005, pp.127-152. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332005000100007>. Acesso em 08 abr. 2018

TRINDADE, J. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VICENTE, C. M.. **O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo.** In: KALOUSTIAN, S. M. (org.) **Família brasileira, a base de tudo.** 10. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2011.

WINNICOTT, Donald Woods. **Tudo começa em casa.** Tradução por Paulo Sandler. São Paulo: MWF Martins Fontes. 2011.