

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o exercício da guarda e sua tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial após as modificações promovidas pela Lei 14.713/2023, que alterou o parágrafo 2.º do artigo 1584 do Código Civil e adicionou o artigo 699-A ao Código de Processo Civil.

Na maioria das famílias as mulheres são as responsáveis pelos cuidados com os filhos, dedicam-se mais às crianças e o fato de desenvolverem atividade laboral, isso não lhes retira o senso de responsabilidade com a família. Muitos homens também contribuem nos cuidados com os filhos, outros se sentem orgulhosos e superiores por “darem sua contribuição” nos cuidados com os filhos e demais tarefas domésticas, mas é inegável que o trabalho árduo, quase sempre, permanece com as mães.

Para entender as dificuldades de implementação da cultura do compartilhamento da “guarda” de filhos, é preciso refletir sobre o sistema patriarcal em que estamos inseridos. As mulheres é que criam os filhos, e os homens pagam as contas. Os mais compreensivos “ajudam” em tarefas domésticas e cuidados rotineiros. Mesmo com o acesso da mulher ao mercado de trabalho, esta situação ainda permanece na maioria das famílias brasileiras. Há sinais de mudança. Os homens vêm incorporando uma participação mais efetiva no compartilhamento dos cuidados diários com os filhos. Em um futuro, que espero esteja próximo, não precisaremos mais falar de “guarda”, que traz consigo o significante de objeto e não de sujeito. Passaremos a falar apenas de convivência e autoridade parental.¹

É imperioso recordar que as mulheres sempre estiveram inseridas no mercado de trabalho. Essa não é uma realidade contemporânea. Partiu-se de uma premissa falsa as mulheres apenas recentemente ingressaram nos trabalhos formais, contudo, é fundamental recordar que isso não é verdade, elas sempre contribuíram para o desenvolvimento social com sua força de trabalho. Foi assim nas minas de carvão, na revolução industrial, nos períodos de guerra e pós-guerra e também é assim na atualidade.

A grande diferença é que uma sociedade que mantém traços de machismo e patriarcalismo, ainda não as remunera de modo igualitário e não as oferece as mesmas

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Guarda Compartilhada, Violência Doméstica e a Lei 14.713, de 2023 In: IBDFAM. Belo Horizonte, publicado em: 11 dez. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2076/Guarda+Compartilhada%2C+Viol%C3%Aancia+Dom%C3%A9stica+e+a+Lei+14.713%2C+de+2023>. Acesso em: 02 abr. 2024.

oportunidades no mercado de trabalho. Esse contexto fica ainda mais desigual, quando se analisa a realidade das mulheres negras, visto que o racismo estrutural² e o pacto da branquitude as coloca à margem das oportunidades³.

A estrutura e ideologia patriarcal, endossadas pelo sistema de justiça, nos faz acreditar que quem sabe criar e cuidar dos filhos é a mãe, e o pai é mero coadjuvante. Por isto, muitas ainda dizem, “eu deixo você visitar” o filho tal dia, tal hora. É preciso atualizar esse discurso. Primeiro, porque não se trata de deixar, mas de exercício de direitos. Depois, um pai não deveria nunca ser um “visitante” de seus filhos. A expressão “visita” também, traz consigo o significante de frieza, formalidade. Pais, salvo raras exceções, não visitam, mas sim, convivem com os filhos.⁴

Soma-se a esse cenário, uma sociedade em que as relações humanas são voláteis e efêmeras, com todas as características da pós-modernidade⁵. Fomentando um ambiente propício a dissoluções de relacionamentos e entidades familiares. Com o fim do relacionamento, nada mais natural que àquelas que sempre se dedicaram aos cuidados com os filhos temerem para modificação dessa relação.

Assim, por vezes, as mães temem que o fim do relacionamento amoroso que mantinham tenham como consequência um distanciamento de seus filhos. O afeto dedicado nos cuidados diários aos filhos, associado ao amor de ter gerado essa criança justificam o medo de compartilhar as responsabilidades (guarda) após o fim do relacionamento, mesmo que isso implique em uma sobrecarga pelo acúmulo das tarefas familiares e da rotina laboral.

O presente artigo utiliza como metodologia a pesquisa empírica em direito, contudo também foram utilizadas pesquisa bibliográfica, análise da legislação vigente e jurisprudência relacionada ao exercício da guarda e violência doméstica e familiar e seus reflexos para as relações parentais, bem como os conflitos que surgem nesse contexto.

² ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. Jandaíra, 2019.

³ SANTOS, Gislene Aparecida dos. Raça e Gênero: contribuições para pesquisas nas ciências sociais e Jurídicas. In: Interfaces Brasil/Canadá. Florianópolis/Pelotas/São Paulo, v. 18, n. 3, 2018, p. 42-77.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Guarda Compartilhada, Violência Doméstica e a Lei 14.713, de 2023 In: IBDFAM. Belo Horizonte, publicado em: 11 dez. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2076/Guarda+Compartilhada%2C+Viol%C3%Aancia+Dom%C3%A9stica+e+a+Lei+14.713%2C+de+2023>. Acesso em: 02 abr. 2024.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica: Luíz Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

2 O EXERCÍCIO DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, destaca-se que a guarda tem como principal objetivo oferecer segurança e proteção à pessoa dos filhos, sendo decorrente do exercício do poder familiar.

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever, pois, cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho.⁶

Alguns autores entendem que a utilização do termo guarda não seria o mais adequado, posto que seu sentido estaria relacionado armazenar, acomodar, ou acondicionar um determinado objeto e um determinado local, assim, não se adequaria a uma relação intersubjetiva.

Guarda vem do verbo guardar, que significa: acondicionar, acomodar, arrumar, armazenar. Ou seja, diz com objetos que se têm sob sua posse. Coisas que se guardam em algum lugar. Ora, pessoas não são objeto de guarda, muito menos crianças e adolescentes. Assim, melhor usar a expressão custódia: ato ou efeito de proteger.⁷

Dessa forma a utilização do termo guarda para denominar o ato de assumir responsabilidades e proteger pessoas não seria o mais adequado, exigindo a substituição por um outro termo que melhor expressasse essa conduta. Atualmente, entende-se que custódia seja o vocábulo apropriado para representar a autoridade parental, em especial em um momento, como o atual, no qual se discute a atualização da lei civil.

O projeto apresentado pela Subcomissão do Direito das Famílias buscou assegurar o compartilhamento dos encargos parentais de forma igualitária, conceito mais abrangente do que o da guarda. Aliás, expressão banida do projeto, que impõe o *compartilhamento da convivência*, excluindo a possibilidade de um dos genitores abrir mão do exercício da autoridade parental.⁸

⁶ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de família, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 344

⁷ DIAS, Maria Berenice. "Guarda" no ECA e no Código Civil. In: IBDFAM. Belo Horizonte, publicado em:13 mar. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2106/%22Guarda%22+no+ECA+e+no+C%C3%B3digo+Civil>. Acesso em: 02 abr. 2024.

⁸ DIAS, Maria Berenice. "Guarda" no ECA e no Código Civil. In: IBDFAM. Belo Horizonte, publicado em:13 mar. 2024. Disponível em:

Contudo, atualmente, a legislação e doutrina majoritária, ao classificarem as espécies de guarda existentes utilizam as expressões guarda unilateral e guarda compartilhada. A guarda unilateral corresponde ao exercício exclusivo da guarda por um dos genitores, enquanto que na guarda compartilhada a responsabilidade parental é exercida conjuntamente pelos genitores.

A guarda consiste no dever que o genitor guardião assume de ter a criança, ou adolescente em sua companhia e sob sua responsabilidade, decidindo sobre os diversos temas relevante para o seu desenvolvimento, tais como saúde, ensino e lazer.

Em sentido jurídico, a guarda representa a convivência do guardião com o menor sob o mesmo teto e o dever de prover a assistência material ao que for necessário à sobrevivência física e moral e o seu pleno desenvolvimento psíquico⁹

Enquanto que ao genitor não guardião incumbe a fiscalização dos cuidados oferecidos pelo guardião e o direito à convivência com a criança, ou adolescente, impondo-lhe o dever de afeto e assistência econômica.¹⁰

O tema é abordado de modo amplo no ordenamento jurídico tanto o Código Civil, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) se dedicam a tutelar essa relação parental.

O ECA em seu artigo 19-A dispõe que se houver entrega de uma criança à adoção voluntariamente, será concedida guarda voluntária à família substituta.

O diploma infanticista no artigo 22 estabelece que os genitores têm o dever de guarda e sustento dos filhos menores. Por sua vez o parágrafo 1.º do artigo 33 tutela a posse de fato e guarda legal, que contribui com a dispensa do estágio de convivência para adoção. Já o parágrafo 2.º atribui ao guardião, na hipótese de falta dos genitores, o direito de representação, enquanto que o parágrafo 3.º desse mesmo artigo reconhece que a criança, ou adolescente, será dependente do guardião, inclusive, para a previdência. Por

<https://ibdfam.org.br/artigos/2106/%22Guarda%22+no+ECA+e+no+C%C3%B3digo+Civil>. Acesso em: 02 abr. 2024.

⁹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada: física e jurídica. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

¹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

fim o parágrafo 4.º reconhece que a concessão da guarda para fins diversos da adoção, não suspende o dever de sustento dos genitores, nem mesmo seu direito de visita.

O ECA pautado no melhor interesse da criança e do adolescente e em sua proteção integral, estabelece que a guarda dos filhos deve ser exercida pelos genitores, todavia quando essa realidade não se apresentar viável, tutela o instituto da guarda quando não estiverem sob autoridade parental de nenhum deles, mas sim de terceiros.

O Código Civil também dedica especial atenção da guarda, assim como de institutos afins como poder familiar, cujos conceitos por vezes se confundem. O poder familiar “é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.”¹¹ Enquanto que a guarda é a responsabilidade legalmente conferida para os cuidados de uma criança, ou adolescente.

A lei civil prevê a existência do poder familiar independentemente da subsistência da sociedade conjugal, do vínculo matrimonial ou convivencial dos genitores, assim como o exercício da guarda em um de suas modalidades, conforme estabelecem os artigos 1.631 até 1.634.

O artigo 1.583 do Código Civil estabelece as modalidades existentes de guarda: unilateral e compartilhada. Sendo guarda unilateral a guarda exercida exclusivamente por um dos genitores, ou por alguém que o substitua; já a guarda compartilhada é o exercício comum da guarda pelos genitores, que não vivem sob o mesmo teto, em outras palavras, é a responsabilidade comum dos genitores relativa ao poder familiar, mesmo já não existindo uma entidade familiar formada entre eles.

A guarda compartilhada implica envolvimento afetivo mais intenso dos pais, que devem assumir, em caráter permanente, os deveres próprios de pai e de mãe, malgrado residindo em lares distintos. O filho sente a presença constante dos pais, que assumem conjuntamente os encargos e acompanhamento da educação, do lazer e do sustento material e moral.¹²

¹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 6.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 122-123.

Em decorrência do fim do relacionamento emerge a necessidade de estabelecer o local de moradia da criança, ou adolescente, quando a modalidade de guarda for unilateral, a moradia será fixada no lar do genitor guardião. Sendo estabelecida a guarda na modalidade compartilhada, a fixação da moradia se dará junto ao genitor que se apresentar mais apto a satisfazer as necessidades da criança, ou adolescente. Essas necessidades não econômicas, mas relativas ao seu desenvolvimento.

Importante salientar que essa é uma modalidade de guarda que não é atribuída para o genitor que possua melhor poder aquisitivo, pois não é analisado somente o aspecto financeiro, mas sim o melhor interesse da criança, no que se refere a valores morais, afeto, educação e convivência social.¹³

As necessidades econômicas para subsistência dos filhos serão supridas por meio da fixação de alimentos. A lei civil para fixação dos alimentos, estabelece que cada um dos genitores deverá custeá-los com base em um binômio: necessidade do alimentando (filho) e possibilidade econômica do alimentante (capacidade econômica do genitor), entretanto, a doutrina entende que esse binômio deve ser permeado por valores como razoabilidade e ponderação.

O genitor que não tem os filhos morando consigo terá o direito à convivência com a criança, ou adolescente, lembrando que esse também, e principalmente, é um direito dos filhos, que para o seu desenvolvimento adequado e saudável necessita da presença de ambos os genitores.

Como sabido, a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento e a realização plena de seus membros. Nesses termos, o princípio da convivência familiar é um corolário lógico do sentido de família e, por conseguinte, é direito fundamental da criança crescer e se desenvolver na companhia dos pais. Qualquer hipótese diferente dessa orientação denota excepcionalidade.¹⁴

Quando a guarda compartilhada é fixada, a convivência do genitor que não tem o filho residindo consigo deve ser estabelecida de modo equilibrado, ou seja, o tempo de convívio não precisa ser igual, contudo, deve existir equilíbrio, considerando a realidade

¹³ SOARES, Alexandre Lima. GUARDA: DEFINIÇÃO E TIPOS DE GUARDA. VISITA: aperfeiçoamento do vínculo afetivo. Apontamentos legais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89440/guarda-definicao-e-tipos-de-guarda-visita-aperfeicoamento-do-vinculo-afetivo-apontamentos-legais>. Acesso em: 07 abr, 2024.

¹⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 23.

da família e o melhor interesse da criança e do adolescente. Sendo a guarda unilateral o parâmetro a ser utilizado é o melhor interesse dos filhos, posto que o direito de família existe para tutela deles, que os sujeito mais vulneráveis dessa relação.

O sistema familiar que se rompe com a separação necessita de organização para manter a interação. A guarda conjunta é a estrutura que facilita a organização para o benefício dos filhos. As crianças com arranjos de guarda repartida revelam os benefícios especialmente na auto-estima, competência e menor sentimento de perda, comparado com os que ficam somente com a mãe.¹⁵

Em regra, a guarda será fixada na modalidade compartilhada, sendo estabelecida a guarda unilateral apenas em situações excepcionais como desinteresse de um dos genitores em exercer a guarda, ou o risco da prática de violência doméstica ou familiar por um dos genitores.

Destaca-se que os motivos para fixação da guarda unilateral merecem uma reflexão mais apurada. Inicialmente porque parece absurdo a legislação permitir a irresponsabilidade parental, afinal ao permitir a um dos genitores a renúncia dos deveres decorrentes do exercício da guarda o que se vislumbra é a permissão e o reconhecimento da irresponsabilidade parental.

No entanto – e de forma absolutamente injustificável – é autorizado a qualquer dos pais, *por consenso ou por vontade própria*, simplesmente abrir mão dos encargos parentais (CC, art. 1.584, I e § 2º). Ora, é a eles que a Constituição da República atribui o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (CR, art. 229). Imposição referendada pelo ECA (art. 22) e pelo Código Civil (arts. 1.566, IV e 1.634, I).¹⁶

A comissão de juristas que coordenam o projeto de alteração do Código Civil pretende excluir essa possibilidade, posto que não é adequado permitir a um genitor renunciar o dever de convivência e cuidado com os filhos, que são parâmetros objetivos e, por essa razão devem ser cumpridos, sob o risco de incorrer na prática de abandono afetivo, passível de indenização pela conduta danosa.

¹⁵ GRUNSPUN, Haim. *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000, p.110.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. "Guarda" no ECA e no Código Civil. In: IBDFAM. Belo Horizonte, publicado em: 13 mar. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2106/%22Guarda%22+no+ECA+e+no+C%C3%B3digo+Civil>. Acesso em: 02 abr. 2024.

A segunda hipótese para fixação da guarda unilateral, opostamente à anterior, é extremamente relevante e adequada, trata-se da probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

3 A PROBABILIDADE DE RISCO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR COMO MOTIVAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL

A grande virtude da Lei 14.713/2023 foi dispor expressamente que a probabilidade de violência doméstica ou familiar não será tolerada em nenhuma hipótese. Mais que isso, que uma das consequências dessa conduta inadequada e perversa, será a estipulação da guarda na modalidade unilateral em favor do genitor que não contribuiu para essa realidade atroz.

Essa construção é reflexo da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que desenvolveu mecanismos para impedir a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, mostrando-se uma ferramenta essencial para o desenvolvimento de melhorias dessa terrível realidade.

Outro antecedente legislativo relevante foi a Lei 14,344/2022, denominada Lei Henry Borel, que se dedicou aos instrumentos prevenção e combate à violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes, enfrentando a violência doméstica e familiar cometida não apenas contra crianças e adolescentes, mas também contra mulheres.

O artigo 1.584 do Código Civil que estabelece que a guarda será compartilhada, em regra, recebeu uma modificação em seu parágrafo 2.º. Atualmente, a guarda será fixada na modalidade unilateral pelo desejo de um dos genitores em não exercer as responsabilidades oriundas da guarda, além da hipótese acrescida que se refere à probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

Como o indigitado dispositivo foi inserido no Código Civil, no capítulo que trata da proteção dos filhos, às claras está a se referir à probabilidade de violência contra os filhos. Até porque, absurdo suspender a

convivência paterno-filial diante da mera alegação de probabilidade de risco de violência contra a mulher.¹⁷

A expressão probabilidade de risco deve ser interpretada como uma ameaça bastante séria, cuja consumação da conduta violenta seja bastante provável e as vítimas da violência doméstica ou familiar sejam os filhos, posto que, somente uma conduta que colocasse em risco a criança, ou adolescente, justificaria distanciar o genitor e sua prole, retirando do primeiro o exercício da guarda em relação ao último.

Art. 1.584 (...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

Ademais, a Lei 14.713/2023 acrescentou ao Código do Processo Civil o artigo 699-A estabelecendo que nas ações em que houver discussão a respeito da fixação de guarda, o magistrado deverá indagar às partes e ao Ministério Público sobre a existência do risco de violência doméstica ou familiar, antes do início da audiência de mediação ou conciliação, sendo concedido ao interessado prazo de 5 (cinco) dias para que apresente as provas ou indícios pertinentes.

Art. 699-A. Nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 deste Código, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de 5 (cinco) dias para a apresentação de prova ou de indícios pertinentes.

Inicialmente é importante salientar que embora o objetivo do legislador seja extremamente válido em preservar a segurança dos filhos contra alguém que poderia representar algum risco, deve-se destacar que há um equívoco quanto ao procedimento, posto que nas audiências de mediação e conciliação o magistrado não está presente, quem dirige o ato são os conciliadores e mediadores.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. "Guarda" no ECA e no Código Civil. In: IBDFAM. Belo Horizonte, publicado em: 13 mar. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2106/%22Guarda%22+no+ECA+e+no+C%C3%B3digo+Civil>. Acesso em: 02 abr. 2024.

Outra dificuldade reside na apuração da probabilidade do risco de violência, por se tratar de algo demasiadamente amplo e com uma consequência extremamente gravosa aos envolvidos, devido ao distanciamento entre o genitor e seus filhos.

Outra indagação relevante diz respeito à vítima da violência, seriam apenas os filhos, ou a violência doméstica praticada contra o outro genitor seria suficiente para afastar a responsabilidade do causador representada pelo exercício da guarda.

Frise-se que a restrição do convívio paterno-filial através da fixação da guarda unilateral é uma medida extrema, que deve ser adotada em casos excepcionálíssimos, até mesmo porque, como já dito, há inúmeras situações de abuso e uso indevido da Lei Maria da Penha como instrumento de vingança.¹⁸

Por outro giro, indaga-se sobre o fato de praticar, ou ameaçar praticar, uma conduta violenta contra o outro genitor poderia revelar algum risco aos filhos, ou demonstrar inadequação ao exercício da guarda, o qual exige responsabilidade parental.

Em situações outras onde o genitor não guardião apresenta-se portador de históricos de agressão, alcoolismo, dependência química, ou com atitudes de risco, que aconselham a devida proteção aos interesses do menor, as visitas monitoradas, no cumprimento de medidas judiciais, servirão de prova cível às futuras decisões que regulamentem melhor o poder parental.¹⁹

Evidentemente que a principal preocupação do legislador é preservar a proteção integral da criança e do adolescente e seu melhor interesse, desta forma a decisão a ser tomada deve ser pautada na ponderação, dada a complexidade e relevância de interesses envolvidos. O legislador deve ser zeloso na elaboração das normas e o julgador prudente no momento da decisão, posto que a solução pode repercutir definitivamente na vida das pessoas envolvidas.

¹⁸ NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; DAMASCENO, Israel Felipe Martins. Violência doméstica e guarda compartilhada. CONJUR. Publicado em 15 jan. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-15/violencia-domestica-e-guarda-compartilhada-lei-no-14-713-23/#_ftn1. Acesso em: 06 abr. 2024.

¹⁹ ALVES, Jones Figueiredo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-fev-26/jones-figueiredo-direito-convivencia-filho-nao-limita-mera-visita>. Acesso em 04 abr. 2024.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável que as relações familiares se modificaram ao longo do tempo, contudo valores relacionados aos cuidados dos pais com seus filhos devem permanecer presentes independentemente da época em que se esteja analisando.

Os avanços sociais ainda não foram capazes de extinguir desigualdades, preconceitos e violência, embora a sociedade tenha se desenvolvido e minorado algumas desigualdades, reduzido as práticas de machismo presentes em grupos pautados no patriarcalismo, ainda há um longo caminho a ser percorrido e espaços a serem conquistados.

O racismo estrutural ainda está presente, o pacto da branquitude ainda distribui seus privilégios e impõe barreiras por vezes intransponíveis, contudo, lentamente e a duras custas, ou como diz a letra da música “com passos de formiga e sem vontade”, evoluímos.

Nesse contexto histórico e social, quando as entidades familiares se dissolvem, as mulheres são àquelas que na maioria das vezes recebem a incumbência de zelar pelos cuidados dos filhos. Essa realidade também está presentes nos lares em que não há dissolução, entretanto, a ruptura familiar faz surgir os embates sobre os deveres parentais.

Essa mãe que já é responsável pelo filho, se torna a única responsável pelos cuidados com o lar, após sua árdua batalha cotidiana nos labores formais. Muitas vezes com jornadas triplas, ou quadruplas, não encontram com quem compartilhar as responsabilidades parentais.

O ordenamento jurídico, embasado no melhor interesse da criança e do adolescente, estabelece como regra o exercício da guarda compartilhada pelos genitores, impondo deveres de cuidados e responsabilização comuns aos genitores.

Essa regra não será seguida em situações excepcionais, para as quais será fixada a guarda unilateral, em que os deveres de cuidado e a responsabilização pelos filhos são exclusivos de um dos genitores. Isso ocorrem em duas situações: manifestação de um dos genitores do desinteresse em figurar como guardião, ou possibilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

Na primeira hipótese o genitor guardião ficaria sobrecarregado pelos deveres que deveriam ser compartilhados, não bastasse a legislação permite ao genitor reconhecer seu desinteresse e descumprimento de um valor objetivo, representado por um dever de cuidado.

É inegável que a função de cuidado com os filhos, quase sempre recairá sobre a responsabilidade da mãe, tornando a relação desigual e desproporcional, por vezes o genitor guardião prefere dessa forma, mas a injustiça estará presente que essa dever se tornar muito gravoso.

A segunda hipótese, a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar foi uma modificação legislativa trazida pela Lei 14.713/2023. Buscou-se preservar a segurança da família diante dos recorrentes e absurdos casos de violência doméstica.

Essa inserção trouxe consigo alguns questionamentos, em especial sobre qual seria a espécie de violência que ensejaria a fixação de guarda unilateral, apenas a violência contra a criança ou adolescente, prevista pela Lei Henry Borrel ou também a violência contra a mulher, prevista pela Lei Maria da Penha.

Sendo a interpretação mais ampla, abarcando também a violência doméstica contra a mulher, esse traço violento do genitor agressor seria próprio para traçar sua inadequação ao exercício da guarda, em uma primeira análise, parece-nos que sim. Entretanto, é inegável que a consequência é extremamente gravosa aos filhos, precisando ser ponderada essa situação, no momento da fixação.

Já se a interpretação for restritiva, existindo medida protetiva contra um dos genitores, seria importante que o judiciário promovesse meios do genitor que deve permanecer distante, exercer sua função parental, como, por exemplo, nomeando uma terceira pessoa responsável por acompanhar e entregar e receber a criança, ou adolescente, nos momentos de convivência com o genitor afastado pela medida judicial.

Ocorre que a mencionada lei inseriu o artigo 699-A, que estabelece que o magistrado, antes de iniciar a audiência de mediação ou conciliação, havendo probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar, concederá ao Ministério Público e à parte interessada o prazo de 5 dias para comprovar o alegado, porém quem

conduz esse ato processual são mediadores e conciliadores. Assim, será necessário estabelecer o modo adequado para efetividade dessa previsão.

Outro instituto relevante para a análise da guarda é a fixação de moradia, posto que para o genitor que não tem os filhos consigo terá direito à convivência com eles. É fundamental destacar que para o desenvolvimento saudável não basta a presença e a figura de um dos genitores, posto que ambos têm a contribuir para formação dos filhos.

Assim como os demais parentes, em se tratando de uma formação ampliada da família que vai além do núcleo formado pelos genitores e sua prole, abarcando a figura dos avós, tios, primos e todos aqueles que além da similaridade genética, nutrem profundo laço de afeto e fazem desabrochar o sentimento de pertencimento.

As relações intersubjetivas devem ser múltiplas com vivências e experiências distintas e obstaculizar a convivência de um dos genitores com seus filhos pode trazer consequências irreparáveis, dado que os laço de afeto se formam pelo contato, pela convivência e o distanciamento pode gerar abandono afetivo o que prejudicará a criança e o adolescente não apenas na atual fase de vida em que estiver, mas se projetará no futuro, bem como em suas relações com seus filhos, desencadeando um ciclo maléfico.

Opostamente, permitir contato próximo com alguém potencialmente agressivo pode representar um enorme risco à integridade física, psíquica e à própria vida dessa criança ou adolescente.

Certamente o caminho a ser adotado pelo legislador não representa uma escolha fácil, tampouco adequada a todas as relações humanas, dado a diversidade de características que se apresenta, todavia, aparentemente, houve uma evolução, embora ainda não definitiva, mas em processo de construção.

É inegável que a legislação tem buscado evoluir e reconhecer as demandas que assolam a população, buscando ofertar soluções mais adequadas às necessidades sociais, houve uma grande evolução, porém ainda há um longo caminho a ser percorrido, preconceitos e predeterminismos a serem afastados.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 23.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. *Racismo estrutural*. Jandaíra, 2019.

ALVES, Jones Figueiredo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-fev-26/jones-figueiredo-direito-convivencia-filho-nao-limita-mera-visita>. Acesso em 04 abr. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica: Luíz Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

DIAS, Maria Berenice. "Guarda" no ECA e no Código Civil. In: *IBDFAM*. Belo Horizonte, publicado em: 13 mar. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2106/%22Guarda%22+no+ECA+e+no+C%C3%B3digo+Civil>. Acesso em: 02 abr. 2024.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

GRUNSPUN, Haim. *Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000, p.110.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693*. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 122-123.

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

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; DAMASCENO, Israel Felipe Martins. *Violência doméstica e guarda compartilhada*. *CONJUR*. Publicado em 15 jan. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-15/violencia-domestica-e-guarda-compartilhada-lei-no-14-713-23/#_ftn1. Acesso em: 06 abr. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Guarda Compartilhada, Violência Doméstica e a Lei 14.713, de 2023* In: *IBDFAM*. Belo Horizonte, publicado em: 11 dez. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2076/Guarda+Compartilhada%2C+Viol%C3%Aancia+Dom%C3%A9stica+e+a+Lei+14.713%2C+de+2023>. Acesso em: 02 abr. 2024.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de família*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 344

SANTOS, Gislene Aparecida dos. *Raça e Gênero: contribuições para pesquisas nas ciências sociais e Jurídicas*. In: *Interfaces Brasil/Canadá*. Florianópolis/Pelotas/São Paulo, v. 18, n. 3, 2018, p. 42-77.

SOARES, Alexandre Lima. GUARDA: DEFINIÇÃO E TIPOS DE GUARDA. VISITA: aperfeiçoamento do vínculo afetivo. Apontamentos legais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89440/guarda-definicao-e-tipos-de-guarda-visita-aperfeiçoamento-do-vinculo-afetivo-apontamentos-legais>. Acesso em: 07 abr, 2024.