

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO II – DIREITO CIVIL, PROCESSO CIVIL E DO TRABALHO**

GABRIELA RODRIGUES DE CAMPOS

**A GUARDA COMPARTILHADA E O DESIGUAL EXERCÍCIO DO
PODER FAMILIAR À LUZ DO DIREITO DA MULHER**

**SÃO PAULO
2022**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO II – DIREITO CIVIL, PROCESSO CIVIL E DO TRABALHO

A GUARDA COMPARTILHADA E O DESIGUAL EXERCÍCIO DO
PODER FAMILIAR À LUZ DO DIREITO DA MULHER

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
pela aluna Gabriela Rodrigues de Campos, sob
orientação do Professor Doutor Erik Frederico
Gramstrup, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo (“PUC-SP”).

SÃO PAULO

2022

À Walquiria Rodrigues, minha mãe (guerreira até no nome), que me ensinou desde pequena que a melhor arma na luta contra a injustiça e a desigualdade é a educação. E ao ProUni, que me permitiu ser a primeira da minha família a se formar na faculdade.

Minha mais profunda gratidão. Muito obrigada!

AGRADECIMENTOS

“O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”: faço-me das palavras do meu escritor favorito, João Guimarães Rosa, para sintetizar meu sentimento durante esses cinco anos como graduanda de Direito da PUC-SP. Houve dias em que me orgulhava do meu desempenho, bem como períodos em que eu não sabia se conseguiria dar conta de tudo. E, graças a cada uma das pessoas a seguir mencionadas, eu pude chegar à conclusão de uma etapa tão importante quanto minha graduação.

Antes de tudo e todos, gostaria de agradecer o apoio e fé incansáveis que minha mãe, Walquiria Rodrigues, depositou em mim todos os dias durante esses cinco anos, seja cuidando para que eu tivesse forças de me destacar, seja por meio de suas orações e preocupações. Palavras não são suficientes para expressar minha gratidão e amor perante você, mãezinha!

Agradeço meu pai, Adilson Campos, e meus irmãos Thais e Raphael Rodrigues de Campos, por serem meus eternos companheiros na jornada da vida (e por fazerem silencio e não me atrapalharem em todas as inúmeras noites que eu passei estudando).

Utilizo-me desta para homenagear todas as outras pessoas igualmente importantes da minha família e que me auxiliaram, seja com palavras de conforto, seja com livros que meus pais não podiam arcar. Obrigada! Tomo a liberdade de mencionar, em especial, minhas tias Célia Palmerin, Nena e Cilene Novais por acreditarem tanto em mim, até mais do que eu mesma.

Não poderia deixar de mencionar parentes queridos que não mais se encontram neste plano, mas que quando aqui viveram, foram de ímpar relevância para que eu pudesse chegar à conclusão da graduação. Minha eterna gratidão aos meus tios Reginaldo Palmerin, Valdevino Rodrigues e Cival Rodrigues, bem como minhas avós Florinda Campos e Jacy Rodrigues (*in memorian*): espero que, independentemente de onde estejam sintam minha imensurável felicidade neste momento. Espero que estejam comigo quando eu segurar o diploma!

No plano acadêmico, valho-me desta para expressar minha gratidão aos queridos e admiráveis professores Hugo Crepaldi e Clarisse Laupman que me ofereceram todo o suporte para conquistar sonhos durante minha graduação. Não poderia deixar de também mencionar o professor Dr. Erik Gramstrup pelos brilhantes esclarecimentos durante essa jornada do Trabalho de Conclusão de Curso, bem como Adriano Ferriani, que foi meu professor de Direito Civil durante os dez semestres da graduação e cujas aulas despertaram meu interesse em Direito de Família.

Agradeço também aos meus amigos que vibraram comigo a cada conquista, assim como torceram por mim a cada dificuldade. Vocês são preciosos, nunca duvidem disso! Em especial, destaco meus companheiros bolsistas. Nós resistimos!

E, por fim, mas não menos importante, expresso minha profunda gratidão a Deus, que me permitiu chegar até aqui, iluminando meus passos e escolhas, e apresentando oportunidades incríveis como a bolsa de estudos integral na PUC-SP da qual fui beneficiária. Obrigada por me dar forças quando eu mesma não sabia se tinha, obrigada por me permitir viver tudo isso!

A cada uma das pessoas mencionadas: gratidão!

RESUMO

O presente estudo se propôs à análise do regime de guarda compartilhada, objetivando verificar se o exercício do poder familiar entre os pais é desempenhado de forma igualitária entre a mãe e o pai, considerando as problemáticas de gênero presentes, sobretudo, no Direito de Família. Para tanto, a pesquisa compreendeu o estudo dos conceitos de poder familiar, dos tipos de guarda admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como do processo de conquista de direitos da mulher ao longo da história brasileira (relativos ao Direito de Família). Além disso, foi realizada a análise de leis e de decisões judiciais referentes ao tema, bem como das respectivas implicações sociais no Brasil. Como resultado, entendeu-se pelo inequívoco desequilíbrio entre mulheres e homens na dinâmica familiar, até mesmo quando a igualdade é pressuposto da guarda compartilhada, devido ao patriarcalismo enraizado na sociedade brasileira e reproduzido pelos Tribunais de Justiça.

Palavras-chave: guarda compartilhada; desigualdade; poder familiar; mulher; Brasil.

ABSTRACT

This study aims to analyze the shared custody, to verify if the exercise of family power between parents is performed equally between the mother and the father, considering the gender issues present, especially in the Family Law. To do so, the research included the study of the concepts of family power, the types of custody admitted in the Brazilian legal system, as well as the process of women's rights achievement throughout Brazilian history (related to the Family Law). In addition, an analysis of laws and court decisions related to the subject was carried out, as well as the respective social implications in Brazil. As a result, it was concluded that there is an unequivocal imbalance between women and men in family dynamics, even when equality is an assumption of shared custody, due to patriarchy rooted in Brazilian society and reproduced by the Courts of Justice.

Keywords: shared custody; inequality; family power; woman; Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – DO PODER FAMILIAR NO BRASIL	10
1.1. Do histórico	10
1.2. Das características	13
1.3. Do abuso no exercício do poder familiar.....	15
CAPÍTULO 2 – DA CONCEITUAÇÃO DOS REGIMES DE GUARDA NO BRASIL.	19
2.1. Dos regimes de guarda de filhos menores no Brasil	19
2.2. Do regime de guarda compartilhada.....	24
2.3. Das sanções pelo descumprimento de cláusulas convencionadas na guarda compartilhada	30
CAPÍTULO 3 – BRASIL: O MODO DE PENSAR DA SOCIEDADE SOBRE OS DEVERES E DIREITOS DA MULHER NA ENTIDADE FAMILIAR.....	32
CAPÍTULO 4 – DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA PERANTE O PODER JUDICIÁRIO.....	42
4.1. Da violência doméstica relacionada à guarda compartilhada.....	43
4.2. Do distanciamento entre a figura paterna e os filhos menores	46
4.3. Do estabelecimento de visitas e de pensão alimentícia	48
CAPÍTULO 5 – É NECESSÁRIA A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DOS OPERADORES DO DIREITO QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL?	50
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa propõe a realização de investigação doutrinária, jurisprudencial e sociológica acerca do poder familiar na dinâmica da guarda compartilhada no Brasil, bem como se propõe a averiguar se o exercício desse direito-dever é desempenhado de forma igualitária por ambos os pais e analisar tal cenário à luz dos direitos da mulher. A presente análise, válido destacar, retira fundamento de bases sociológica (a fim de compreender a mentalidade da sociedade brasileira em relação às paulatinas conquistas de direitos da mulher na dinâmica familiar), legislativa (eis que compreende a análise das mudanças no ordenamento jurídico e social propiciadas pela edição de leis, restringindo ou ampliando os direitos da mulher perante a unidade familiar), jurisprudencial (para entender a aplicabilidade da guarda compartilhada concretamente), bem como doutrinária (com o objetivo de apreender o que os juristas entendem sobre a temática).

Legalmente instituído por meio das Leis nº 11.698/2008 (que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002) e nº 13.058/2014 (que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do referido diploma legal civil), o regime de guarda compartilhada foi criado no ordenamento jurídico brasileiro para o melhor e mais igualitário exercício do poder familiar entre pais em convívios separados, de modo a afetar o mínimo possível a criação, educação e o desenvolvimento do filho menor de idade, em que são criados dois núcleos de convivência (o materno e o paterno) e é estabelecida uma frequência maior e igual de convívio dos filhos com seus pais. Nesse sentido, esse tipo de regime de guarda nasceu no Direito Brasileiro com a intenção de não perpetuar a ideia de que o (mau) relacionamento entre os pais se sobreponesse ao melhor interesse da criança e do adolescente proveniente da relação finda entre os genitores/adotantes.

Contudo, na prática, as decisões judiciais têm demonstrado divergentes entendimentos jurisdicionais perante a guarda compartilhada, sobretudo porque as funções familiares perante os filhos ainda permanecem sendo desempenhadas majoritariamente pelas mães, contrariando o objetivo do regime de guarda analisado. Com isso, é possível depreender as origens desse cenário na sociedade brasileira, que mesmo nos dias de hoje ainda reproduz comportamentos machistas, os quais refletem diretamente no imaginário tanto daqueles que aplicam as leis, quanto daqueles que deveriam cumpri-las. Em razão disso, a presente pesquisa se prestará a estudar o cenário legal e judicial a respeito, bem como a aplicabilidade desse regime no plano

naturalístico, a fim de concluir se o Poder Judiciário tem empregado as medidas legais para a devida aplicabilidade do regime e atuado de forma repressiva no caso de sua desvirtuação, levando em consideração os direitos da mulher no caso.

CAPÍTULO 1 – DO PODER FAMILIAR NO BRASIL

1.1. DO HISTÓRICO

“O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos”¹.

Maria Helena Diniz

Entendida pelo constituinte como sendo a base da sociedade, a família deve receber proteção especial do Estado e tal concepção tem perdurado no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o conceito do que constitui a família mudou com o transcurso do tempo: do modelo único e tradicional de família que abarcava o casal de cônjuges e sua prole, para a pluralidade de formas de constituição, tendo como fundamento a afetividade, conforme previsto no art. 226 e parágrafos da Constituição Federal de 1988 (“CRFB/88”). O principal poder-dever proveniente das relações familiares é o chamado “poder familiar” e este está diretamente relacionado ao regime da guarda compartilhada, objeto da presente análise.

O poder familiar corresponde ao conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens de seus filhos menores não-emancipados² - eis que a emancipação importa na perda da incapacidade de exercício. Nesse ponto, entende-se tal poder-dever como sendo um verdadeiro múnus público, uma vez que é um comprometimento de cuidado perante a sociedade acerca dos filhos, que são tidos como vulneráveis em vários aspectos por serem incapazes.

Nesse sentido, não se pode abrir mão desse dever (salvo situações excepcionais), considerando não somente sua importância perante toda a sociedade, mas também seu caráter eminentemente protetivo, haja vista todo o amplo conjunto de deveres que recaem sobre os pais em relação aos seus filhos (aqui compreendidos aqueles biológicos e adotivos, gerados ou adotados durante a constância do matrimônio ou da união estável ou não, sem diferença entre eles).

¹ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.197 p.

² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. 356 p.

Em sua origem, o poder familiar era denominado “pátrio poder”, termo proveniente do direito romano, “*pater potestas*”, em que era conferido um direito de forma absoluta e ilimitada ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos³. Nessa dinâmica, o poder que hoje é entendido como familiar era exercido do pai com relação aos seus filhos, em que a figura paterna tinha exclusivamente a obrigação de prover o sustento da família e o dever de gerenciá-la.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa flagrante desigualdade entre os gêneros acerca dos papéis desempenhados na dinâmica familiar encontrava fundamento legal. Contudo, com as significativas mudanças na configuração familiar ao longo do tempo, a norma se adaptou para melhor atender aos interesses e demandas sociais.

Inicialmente, passou-se a tratar do que hoje conhecemos como poder familiar por meio do Código Civil de 1916⁴, o qual previa a titularidade exclusiva do exercício do “pátrio poder” pela figura do marido, este tido como chefe da sociedade conjugal. A esposa, por outro lado, tão somente exercia a chefia da sociedade conjugal (e, consequentemente, o poder pátrio sobre seus próprios filhos) na falta ou impedimento do marido para tal.

Desta feita, convém destacar as palavras da ilustre jurista Maria Berenice Dias:

“Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade destes. Só quando enviuava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393)”⁵

Posteriormente, em 1962, foi promulgado o Estatuto da Mulher Casada⁶, o qual promoveu a alteração do Código Civil, dispondo sobre a situação jurídica da mulher casada. Dentre as mudanças promovidas pelo Estatuto, destaca-se a garantia do pátrio poder tanto ao pai quanto à mãe.

Nessa dinâmica, segundo o Estatuto, o exercício do pátrio poder era desempenhado pelo pai, o qual contava com a colaboração da mãe, ampliando o papel da mulher na gestão familiar. Ou seja, o papel da mãe passou a não ser tão somente um papel secundário, eis que, apesar de sua vontade não prevalecer perante a do pai, ela poderia questionar as decisões deste

³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*, p. 353.

⁴Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916 - *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 14ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. Vol. Único. 300 p.

⁶Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. - *Estatuto da mulher casada*.

perante o Poder Judicial para que o Juízo decidisse a questão familiar em divergência). Veja-se:

“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência” (grifos nossos).

Entretanto, somente por meio da Constituição Federal de 1988 é que foi estabelecida expressamente a igualdade entre mulheres e homens em direitos e obrigações (vide art. 5º, inciso I do diploma legal em referência), dentre os quais aqueles relativos à sociedade conjugal (art. 226, §5º).

Nesta toada, restou instituída a igualdade entre ambos os pais quanto ao exercício do que atualmente é entendido como o poder familiar. Tal terminologia expressa justamente a igualdade do homem e da mulher na relação familiar e sociedade conjugal, estabelecendo o desempenho tanto da mulher quanto do homem acerca do exercício de direitos e deveres perante a família de forma igualitária. Com isso, ambos os pais têm o dever de sustento, de educação, cuidado e outros aspectos que garantem a integridade física e psicológica do filho menor (conforme disposto no art. 226, §5º da Constituição Federal).

Na nova dinâmica familiar articulada com o advento da Constituição Federal em referência, a responsabilidade de ambos os genitores sobre seus filhos menores passou a consistir no ativo auxílio no desenvolvimento destes últimos, consistindo, sobretudo, em “ajudá-los na construção da própria liberdade”, implicando em uma “inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal do pátrio poder”⁷.

Caminhando mais ao encontro do conceito de poder familiar aplicável no presente momento, é valido mencionar as contribuições trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁸ em 1990. Nesta lei, em razão do princípio da proteção integral da criança, acentuou-se o caráter de proteção do pátrio poder em detrimento da concepção de dominação até então relacionada ao instituto.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno - filial*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31.

⁸ Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

Ato contínuo, o Código Civil⁹ (“CC/2002”) mudou a nomenclatura do pátrio poder para a de “poder familiar” (o que acaba por reforçar a igualdade entre os pais, independentemente de seu gênero), bem como determinou o exercício conjunto do referido poder-dever pela mãe e pelo pai, com igualdade de deveres e direitos, sobretudo levando em consideração o texto constitucional. Essa igualdade se encontra expressa no *caput* do art. 1.634 do CC/2002, quando da atribuição da competência acerca do pleno exercício do poder familiar a ambos os pais, qualquer que seja sua situação conjugal.

Ademais, o Código Civil, no referido artigo, descreve as obrigações compreendidas no poder familiar as quais são de responsabilidade dos pais satisfazerem em relação aos filhos menores, a citar: a educação e criação, o exercício da guarda unilateral ou compartilhada nos termos da lei, a concessão ou denegação de consentimento para se casarem, viajarem para o exterior e para mudarem sua residência fixa para outro município, a reclamação contra quem os detenha ilegalmente e dentre outros.

Acerca do alcance do poder familiar, como já mencionado na presente análise, a lei civil prevê a sujeição a este poder-dever dos filhos na condição de menores de idade, não sendo admitida, ressalta-se, a discriminação entre eles, se consanguíneos, adotados ou se socioafetivos (conforme determinado pelo art. 227, §6º da CRFB/88).

Contudo, apesar da mudança de nomenclatura trazida pelo Código Civil vigente, a doutrina majoritária entende que a denominação mais adequada seja “autoridade parental”. Isso porque tal expressão exprime de forma mais nítida o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, uma vez que abre margem à concepção de que os interesses dos filhos condicionam os de seus pais (que devem exercer sua autoridade para proporcionar à prole a melhor criação com cuidados e educação apropriados e de acordo com as condições financeiras da entidade familiar¹⁰).

Trata-se o poder familiar, nesse sentido, de uma verdadeira responsabilidade parental.

1.2. DAS CARACTERÍSTICAS

⁹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

¹⁰ LÔBO, Paulo. *Do poder familiar*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 23 jun 2022.

Considerando o significativo interesse do Estado no Direito de Família, o poder familiar foi articulado como múnus público, isto é, uma obrigação de ordem pública cujas regras foram estabelecidas pelo Estado a fim de proteger o instituto familiar. Por isso, as características do Poder familiar refletem essa *mens legis*, dentre as quais é válido destacar: (i) inalienabilidade; (ii) irrenunciabilidade; (iii) imprescritibilidade; e (iv) temporariedade.

A respeito da inalienabilidade e da irrenunciabilidade, depreende-se que não é possível dispor ou abdicar desse poder. Isso porque, como supramencionado, o poder familiar consiste em múnus público sobre o qual o Estado disciplina normas para o seu exercício de forma a evitar que voluntariamente haja renúncia ou transferência desse tipo de obrigação de ordem pública.

Trata-se tal poder da obrigação de proteger seus filhos menores, logo, renunciar ou transferir essa responsabilidade para quaisquer sujeitos de forma extrajudicial pode ser extremamente prejudicial às crianças ou adolescentes envolvidos (colocando a integridade física e psicológica deles em poder de pessoa inadequada e despreparada para tal) e, em razão disso, qualquer pactuação nesse sentido será considerada nula.

Acerca da imprescritibilidade do Poder familiar, pode-se conceber que a inércia do genitor quanto ao exercício deste poder não implicará na perda deste “direito-dever”, uma vez que as normas a respeito de sua suspensão e extinção são cogentes e expressas em lei (vide artigos 1.635 ao 1.638 do CC/2002), bem como considerando o art. 197, II do CC/2002 (o qual dispõe que não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar). Assim, é possível depreender ser imprescritível o poder familiar.

Ainda assim, não se olvida mencionar que o poder familiar não dura *ad eternum*. Isso porque, tendo como base o art. 1.630 do Código Civil vigente, é possível inferir que a sujeição dos filhos a este poder perdura durante apenas a minoridade civil destes (Veja-se: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”), a qual cessa aos dezoito anos incompletos, quando o filho passa a ser habilitado à prática de todos os atos da vida civil, conforme preceitua o art. 5º do diploma legal em referência.

Ademais, válido mencionar também que o alcance do poder familiar está diretamente relacionado à capacidade civil, eis que menores emancipados não mais estão sujeitos a ele – sendo apenas permitida a emancipação aos filhos menores relativamente incapazes (dos dezesseis anos completos aos dezoito anos incompletos).

Com isso, convém ressalvar que a emancipação pode ocorrer conforme as hipóteses previstas no parágrafo único do art. 5º do Código Civil, a citar: por meio da concessão dos pais (ou de um deles, na falta do outro), pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior ou pelo estabelecimento civil ou comercial (ou pela existência de relação empregatícia) pelo menor que o permita possuir economia própria.

“Emancipação judicial. Somente os menores sob poder familiar podem ser emancipados por simples declaração de vontade. Ao tutor não confere a lei o poder de emancipar o pupilo. Nesse caso, a emancipação resulta de procedimento judicial, de iniciativa do emancipando (art. 5º, parágrafo único, I, in fine)”¹¹.

Após o alcance da maioridade civil, pode-se considerar extinto o poder familiar dos pais em relação aos seus filhos com idade superior a dezoito anos. Daí, tem-se que esse dever-poder dos genitores não é eterno, mas sim temporário: da concepção aos dezoito anos incompletos da prole.

1.3. DO ABUSO NO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

“Ante tantos apelos externos gerados pela atraente autonomia, como viver de forma satisfatória as relações familiares considerando os limites naturalmente advindos do cuidado com os filhos? Como atuar para discipliná-los se a ideia de responsabilidade é uma realidade invocada por tantos – às vezes até mesmo pelas crianças? Qual o limite entre disciplinar e abusar? Quem deve estabelecer esse limite?”¹²

Erik Frederico Gramstrup e Fernanda Tartuce

Como repisado na presente análise, o poder familiar é um poder-dever dos genitores acerca de seus filhos menores, englobando o dever de cuidado, de vigilância e a autoridade paternal acerca deles, por exemplo, e cujo exercício consiste em direito potestativo dos pais. Como todo direito é passível de abusos, o poder familiar também pode ser exercido de modo indevido, sendo forçoso abordar tais situações na presente análise.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 1. Forense, 24 ed, Rio de Janeiro: 2011. 244 p.

¹² GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. *A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar*. In: Fernanda Tartuce: processo civil, 2015. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/08/A-resp-civil-por-uso-abusivo-do-poder-familiar.pdf>. Acesso em: 11 out. 2022.

O CC/2002 engloba na esfera de atos ilícitos o abuso de direito, definindo este último como sendo o exercício de um direito, por seu titular, que excede manifestadamente os limites estabelecidos pelo seu fim social ou econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187). Em linhas gerais, pode-se sintetizar o abuso de direito como sendo o emprego anormal da posição jurídica em questão e pelo desvio de finalidade¹³.

Isso posto, na dinâmica do poder familiar, seu abuso pode ocorrer quando os pais extrapolam as balizas nas quais socialmente é esperado que eles atuem, bem como quando eles se desviam de finalidades relacionadas à posição de pais (aqui abarcadas todas as posições análogas, a citar: tutor, curador e guardião).

“(...) No abuso do direito a pessoa justamente excede as fronteiras do exercício de seu direito, sujeitando-se às sanções civis, que passam pelas perdas e danos aferíveis em dinheiro. Existe uma linha tênue entre o abuso do direito (art. 187 do CC), e o abuso do poder familiar (art. 1.630 do CC), sendo difícil e arriscado generalizar seus diagnósticos, pois cada situação exige um detido exame e talvez seu único denominador em comum seja que, de uma maneira ou de outra, em todas as hipóteses de abuso sempre estará sendo comprometido o bem-estar psíquico e o interesse do menor”¹⁴ (grifos nossos).

Dentre as situações em que resta configurado o abuso do exercício do poder familiar, pode-se mencionar o abandono dos filhos menores (agravado se se tratar de crianças em tenra idade), bem como o emprego de punições físicas, sobretudo que acarretem ferimentos físicos e emocionais e até incapacidades a determinados membros do filho, configurando-se verdadeira situação de maus tratos. Para esses casos, a consequência direta é a suspensão do poder familiar, segundo é possível observar da jurisprudência pátria¹⁵, de forma geral.

A respeito do exercício do *jus corrigendi*, o qual deve objetivar a educação do menor (e, portanto, o seu melhor interesse, eis que satisfaz a finalidade do melhor desenvolvimento da criança ou do adolescente), há de se mencionar que, se desempenhado imoderadamente, a aplicação de castigo pode se tornar abusiva. E, ainda que irrazoável, o castigo imoderado não acarreta perda do poder familiar dos pais sobre os filhos, mesmo que o entendimento correto

¹³ GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. *A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar*. In: Fernanda Tartuce: processo civil, 2015. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/08/A-resp-civil-por-uso-abusivo-do-poder-familiar.pdf>. Acesso em: 11 out. 2022.

¹⁴ MADALENO, Rolf. O custo do abandono afetivo. *Jus Brasil*, Porto Alegre, 30 set. 2016. Gen Jurídico, p. 2.

¹⁵ TJES, Apelação Cível n.º 0900730-73.2008.8.08.0012; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Telemaco Antunes de Abreu Filho; Julg. 11/03/2013; DJES 27/03/2013; e TJES, Agravo de Instrumento n.º 0025692-04.2013.8.08.0048; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Subst. Délia José Rocha Sobrinho; Julg. 25/03/2014; DJES 02/04/2014.

aponte a correção por meio de agressão física sobre atos de indisciplina dos menores como não sendo a mais adequada para os fins que se objetiva atingir.

Por outro lado, o castigo não-físico, porém tido como cruel pelas balizas sociais vigentes (e que, por vezes, é motivado por questões pessoais dos titulares do poder familiar), poderá ser considerado abuso do poder familiar, eis que evidente o desvio de finalidade, podendo implicar até mesmo em indenização¹⁶.

Outros cenários, no entanto, implicam consequências jurídicas mais gravosas, tal como a perda do poder familiar (que consiste na destituição de todas as prerrogativas decorrentes da autoridade parental), cuja determinação ocorre pela via judicial e é motivada justamente pela violação de relevantes deveres relacionados ao exercício do poder familiar, nos termos do art. 1.638 do CC/2002. Como exemplo de situações, em consonância com as hipóteses previstas nos incisos do artigo em referência, tem-se a ausência do genitor na vida de seu filho (motivada pelo uso de entorpecentes que acarretou a falta do dever de cuidado do menor¹⁷, por exemplo), fortes indícios ou configuração de abuso sexual¹⁸, negligência acerca dos cuidados básicos dos filhos¹⁹, violação dos deveres de guarda, sustento e educação dos infantes²⁰ e outros.

Ademais, imperioso mencionar que a situação de abuso, além de consequências perante a esfera cível, também pode reverberar para a criminal quando a ação empregada pelo(s) genitor(es) configurar conduta delituosa como o crime de maus-tratos; deixa-se de tratar o ato como meio de castigo com emprego de violência e se passa a investigá-lo (e posteriormente, condenando criminalmente o genitor agente de tal prática) como um instrumento de abuso amparado pelo Código Penal²¹, devendo ser comprovado o dolo (este estando consubstanciado na vontade consciente de maltratar o filho menor, expondo este a perigo à integridade física ou à própria vida).

¹⁶ GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. *A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar*. In: Fernanda Tartuce: processo civil, 20151148118. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/08/A-resp-civil-por-uso-abusivo-do-poder-familiar.pdf>. Acesso em: 11 out. 2022.

¹⁷ TJSP, **Apelação cível n.º 1031038-26.2018.8.26.0602**, Rel. Francisco Bruno - Câmara Especial da Seção de Direito Criminal, julg. em 11/10/2022 e DJe em 11/10/2022.

¹⁸ TJSP, **Apelação Cível n.º 1003899-54.2021.8.26.0001**, Rel. Issa Ahmed, Câmara Especial, julg. Em 10/10/2022, DJe em 10/10/2022.

¹⁹ TJSP, **Apelação Cível n.º 0003554-96.8.26.0004**, Rel. Francisco Bruno, Câmara Especial, julg. em 03/10/2022, DJe em 04/10/2022.

²⁰ TJSP, **Apelação Cível n.º 1002994-55.2020.8.26.0269**, Rel. Wanderley José Federighi, Comarca de Campinas - Câmara Especial, julg. em 04/10/2022, DJe 04/10/2022.

²¹ TJCE; **Agravio de Instrumento n.º 080290804.2013.8.06.0000**; 2ª Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gomes de Moura; DJe em: 29/04/2014; p. 108.

“O direito civil impõe a pessoas envolvidas em atos reprováveis a interdição de certos direitos, muito embora não as considere tecnicamente incapazes, uma vez que se trata de restrição limitada e específica. O pai que abusa de seu poder ou abandona o filho é destituído do poder familiar (Código Civil, art. 1.638)”²².

Por fim, insta salientar que não se confundem as hipóteses de destituição do poder familiar com aquelas de extinção: a primeira diz respeito a atos empregados com abuso do poder-dever em referência (castigo imoderado, abandono, atos contrários à moral e aos bons costumes, entregar o filho em adoção irregular ou, ainda, a prática de crimes em face do outro detentor do poder familiar), enquanto a última se refere às situações que o legislador infraconstitucional estabeleceu taxativa e expressamente (quais sejam: a morte dos pais ou do filho, a emancipação, a maioridade do filho, a adoção e por decisão judicial).

Assim sendo, é possível concluir que a concepção de poder familiar atual comprehende a noção de parentalidade responsável, o que significa conceber esse direito-dever como para além da relação de vigilância e obediência que limitava esse instituto perante o Direito de Família até a vigência da Lei Maior, em 1988. Desse modo, o poder familiar passou a abranger a finalidade de educação e de bem-estar dos menores, visando seu melhor interesse e, no caso de desvio desses propósitos ou abuso no exercício desse dever, é possível de responsabilização de ordem criminal e cível (cuja compreensão desta envolve não tão somente o afastamento das funções parentais, mas também o pagamento de indenização²³).

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 1. Forense, 24 ed, Rio de Janeiro: 2011.

244 p.

²³ GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. *A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar*. In: Fernanda Tartuce: processo civil, 2015. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/08/A-resp-civil-por-uso-abusivo-do-poder-familiar.pdf>. Acesso em: 11 out. 2022.

CAPÍTULO 2 – DA CONCEITUAÇÃO DOS REGIMES DE GUARDA NO BRASIL

Compreendidos os conceitos relativos ao poder familiar, a presente análise se encaminha à investigação das disposições legais acerca dos regimes de guarda aplicáveis no Brasil, bem como à apreciação das considerações dos principais autores de Direito de Família acerca da guarda compartilhada especificamente.

2.1. DOS REGIMES DE GUARDA DE FILHOS MENORES NO BRASIL

“(...) A guarda é um poder e um dever que se impõe à pessoa do guardião no propósito de dar assistência moral, educacional e material ao menor. É, pois, uma relação de caráter pessoal entre o guardião e o menor, com reflexos de cunhos assistenciais, inclusive de natureza material”²⁴.

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior.

A procriação é um fato natural e, portanto, pode-se entender que todo ser humano possui mãe e pai em termos científicos. No campo jurídico, no entanto, a filiação compreende a constituição, modificação e extinção da relação existente entre os pais e seus filhos – o que, inevitavelmente, abrange o poder familiar e seu exercício na dinâmica dos pais em relação aos filhos menores²⁵. Comumente, depreende-se que a prole (consanguínea ou adotiva) é fruto da união, geralmente por meio do casamento ou união estável, de dois sujeitos; contudo, assim como em quase todas as relações abarcadas no âmbito civil, nem sempre a duração desses tipos de vínculos se perdura *ad eternum* e é a partir da dissolução da sociedade conjugal ou da extinção da união estável é que se passa a debater sobre os regimes de guarda dos filhos.

Como já tratado na presente análise, o poder familiar é constitucionalmente estabelecido de forma que ambos os pais possam exercê-lo, tanto quanto possível, em igualdade. Todavia, especialmente perante a inevitável mudança na dinâmica familiar ocasionada pela convivência em apartado dos pais, a legislação civilista procurou estabelecer diferentes tipos de guarda para atender aos princípios de proteção da criança e do adolescente (dos quais convém destacar os

²⁴ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. *Revista dos tribunais: Doutrina - Direito Civil*, São Paulo, ano 2015, v. 957, p. 2-3, julho 2017.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Família e sucessões*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021. 224-225 p. v. 5.

seguintes: o princípio da integral proteção, o do melhor interesse e aquele da condição peculiar ao desenvolvimento da criança e do adolescente), sobretudo o princípio do interesse superior da criança, que confere fundamento ao direito à convivência familiar (vide art. 227 da Constituição Federal, bem como art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Isso posto, é a presente análise para compreender as modalidades estabelecidas dos regimes de guarda segundo a legislação e jurisprudência brasileiras, estabelecidos visando a proteção da pessoa dos filhos. Segundo o ilustre jurista José Antônio de Paula Neto²⁶, trata-se a guarda de “um direito consistente na posse de menor, oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este”. Silvana Maria Carbonera²⁷, por outro lado, define tal instituto como

“um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”²⁸ (grifos nossos).

Silvio Rodrigues²⁹, acerca da guarda, entende que esta consiste tanto em um dever, quanto em um direito dos pais: a criação e guarda dos filhos concerne aos pais como dever, sob pena de abandono, ao passo que a guarda enquanto direito é fundamental para o pleno exercício da vigilância, eis que aos pais recai a responsabilidade civil pelos atos de sua prole.

Isso posto, convém discorrer sobre as modalidades de guarda compreendidas no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de melhor entender o exercício do poder familiar nas dinâmicas trazidas nos diferentes regimes.

Acerca das modalidades de guarda, cumpre, preliminarmente, destacar o conceito da chamada “guarda legal”, muito bem pontuado por Carbonera³⁰. Esse tipo de guarda corresponde à modalidade que decorre da relação paterno-filial e é exercida organicamente pelos pais sem que haja necessidade de intervenção judicial para ser estabelecida. É o tipo de guarda intrínseco ao poder familiar, eis que este justamente confere aos pais o direito de ter seus filhos sob sua

²⁶ NETO, José Antônio Paula Santos. *Do Poder Familiar*. São Paulo, p. 55

²⁷ CARBONERA, Maria Silvana. *Guarda de filhos – Na família constitucionalizada*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 64.

²⁸ *Ibid*, p. 64.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. 344 p.

³⁰ CARBONERA, *op. cit.*, p. 77.

guarda e convivência - o que, por vezes, acaba coincidindo o poder familiar com a própria definição da guarda legal.

Desta feita, para a magistrada Isabela Pessanha Chagas³¹, é a partir dessa concepção que se depreende o poder familiar como sendo antecedente à presença da guarda. Assim, para que os filhos estejam submetidos à guarda de seus genitores, é imprescindível que estes últimos estejam em pleno gozo do poder familiar.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1.583 do Código Civil de 2002 a regra geral para o regime de guarda (“a guarda será unilateral ou compartilhada”), de forma que o regime poderá ser definido a partir de: (i) requerimento por qualquer um dos pais (em consenso de ambos em ação autônoma de separação, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; e (ii) decisão judicial, com a finalidade de atender a necessidades específicas do filho menor ou considerando a melhor distribuição de tempo necessário do filho com seus pais (art. 1.584, do CC/2002).

Contudo, é válido frisar que, havendo motivos graves, o magistrado poderá decidir de maneira diversa não somente com relação ao regime de guarda a ser estabelecido, mas também a situação do filho menor para com seus pais, conforme preceituado pelo art. 1.586 do CC/2002.

Desta feita, conforme dispõe o art. 1.583, §1º do CC/2002, tem-se como guarda unilateral aquela atribuída a apenas um dos genitores ou a alguém que o substitua (situação na qual não há pais vivos ou, havendo, estes perderam o poder familiar, conferindo a guarda do menor a sujeitos com relação de afinidade e afetividade, conforme disposto no art. 1.584, §5º do CC/2002).

Nessa dinâmica, o genitor não detentor da guarda tem como dever a supervisão dos interesses de sua prole (o que o possibilita ser parte legítima na solicitação de informações ou de prestação de contas, subjetivas e objetivas, em situações que direta ou indiretamente impactem na educação ou na integridade física e psicológica de seus filhos, vide o §5º do dispositivo legal em comento). Além disso, esse genitor (bem como qualquer dos avós) tem o direito de visita, estabelecido no art. 1.589 do dispositivo legal em comento, de sorte que este poderá visitar o menor ou tê-lo em sua companhia de acordo com o que restar estabelecido judicialmente ou com o que os genitores convencionarem entre si, incumbindo também a este genitor o dever de fiscalizar a educação e as condições de manutenção de sua prole, nos termos do art. 1.589, *caput* e parágrafo único, do CC/2002.

³¹ Juíza de Direito da 14ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo – TJSP.

Ademais, diferentemente da lógica aplicada no Código Civil de 1916, em que era adotado o regime de guarda unilateral em favor do chamado “cônjugue inocente” (a citar, “sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente”, nos termos do art. 326 do diploma legal em questão), a culpa dos genitores atualmente não é levada em consideração para atribuição da guarda a um deles, mas sim a quem revelar ser detentor de melhores condições de exercer a guarda (vide art. 1.584, do CC/2002). Depreende-se, então, da dinâmica instituída pelo Código Civil de 2002, a finalidade de atender ao melhor interesse da criança ou do adolescente.

Além disso, as mencionadas “melhores condições” para o exercício da guarda unilateral não necessariamente coincidem com o panorama financeiro dos genitores, seguindo na contramão do senso comum. Isso porque, apesar de revogados os incisos do §2º do art. 1.583, jurisprudência e doutrina ainda consideram englobadas na esfera de melhores condições relativas àquele genitor que demonstrar melhores condições de afeto nas relações com o filho menor, aptidão para integrar o menor em seu grupo familiar, bem como melhores condições de propiciar saúde, segurança e educação para sua prole.

Por outro lado, Belmiro Pedro Welter³² ressalva o fato de esse tipo de guarda não garantir o desenvolvimento do menor, tampouco conferir o direito de igualdade a ambos os pais nas esferas pessoal, familiar e social. Isso porque, ao ver do jurista, o genitor não detentor da guarda unilateral acaba por desempenhar papel meramente coadjuvante no processo de criação e desenvolvimento de seus próprios filhos.

Em razão de tal concepção, é possível denotar que a adoção da guarda unilateral, após a vigência da Lei n.º 11.698/2008, tornou-se a exceção no ordenamento jurídico brasileiro com a superveniência da referida legislação, em que a regra passou a ser a aplicação da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada, por sua vez, compreende a responsabilidade conjunta de ambos os pais, que não vivem juntos, acerca do exercício de direitos e deveres que dizem respeito ao poder familiar dos filhos em comum. Válido destacar que, apesar de instituído em 2002, o Código Civil foi alterado pela Lei Federal nº 12.058, em 2014, a fim de estabelecer o significado

³² WELTER, Belmiro Pedro. “Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”. In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009, p. 56.

do regime de guarda compartilhada e dispor expressamente sobre sua aplicação (especialmente no que se refere aos arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634).

Nesta senda, o legislador infraconstitucional instituiu a base do regime de guarda compartilhada: a necessidade de que o tempo de convívio dos pais para com seus filhos seja dividido de forma equilibrada entre mãe e pai, considerando o melhor interesse dos filhos, bem como as circunstâncias fáticas, tanto quanto possível, e o direito de igualdade dos pais perante o direito-dever do exercício do poder familiar. Nesta mesma toada, a moradia fixa do menor deve ser aquela que melhor atender aos interesses deste.

Para tanto, o magistrado poderá, *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público, contar com amparo técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (de educação, assistência social, saúde e demais áreas pertinentes) para definir a divisão equilibrada do tempo de convivência do menor com seu pai e sua mãe.

Isso posto, da atenta leitura conjunta dos 1º e 2º parágrafos do art. 1.584, é possível conceber a relativa preferência do estabelecimento do regime de guarda compartilhada sobre os demais (em especial, a guarda unilateral). Isso porque, desde a audiência de conciliação, o magistrado desempenha o cuidado de informar o significado dessa modalidade de guarda, bem como sua importância, similitude de deveres e de direitos conferidos aos genitores e as respectivas sanções aplicáveis na hipótese de descumprimento das cláusulas do regime, visando incentivar a aceitação dos pais em relação à guarda compartilhada.

Além disso, cumpre frisar que o regime de guarda compartilhada é aplicado ainda que não haja consenso entre os pais, contanto que ambos os pais estejam aptos ao exercício do poder familiar (salvo se qualquer um deles informar ao juiz seu desejo de não deter a guarda de seu filho menor, conforme expresso no art. 1.584, §2º, do CC/2002).

A guarda alternada ou pendular, por seu turno, consiste na atribuição do regime de guarda a uma única pessoa durante um período determinado, no qual o genitor detentor da guarda exerce, em caráter exclusivo, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder familiar³³. Após o decurso desse tempo, a guarda passa a ser do genitor que até então não a detinha. Em outras palavras, o menor tem como residência fixa a casa de um dos pais pelo período de um semestre (a título meramente exemplificativo) e, após os seis meses

³³ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Ed. RT, 2002.

estabelecidos, ele passa a residir na casa do outro genitor por igual período, ou seja: alterna-se a guarda entre os pais.

Considerando que o Código Civil de 1916 não dispunha expressamente sobre as diferentes modalidades de guarda, era possível aplicar, em determinados casos, a alternância na guarda dos filhos menores, bem como a própria guarda compartilhada (a qual, hodiernamente, conta com previsão legal expressa), tendo como fundamentos os artigos 5º, §2º e 226, §5º, ambos da CRFB/88.

Na verdade, quando promulgado, o Código Civil de 2002 tampouco tratava das modalidades, o que viabilizava maior liberdade para os magistrados aplicarem os regimes de guarda (tal como a alternada e a compartilhada). Contudo, com a alteração do Código atual por meio da Lei n.º 11.689/2008, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contemplar de forma expressa apenas duas modalidades de guarda, como já repisado na presente análise: unilateral e compartilhada (art. 1.583, *caput*).

Por conseguinte, a doutrina tem pugnado pela inaplicabilidade da guarda alternada desde a referida alteração, a citar o jurista Francisco Messias Neto³⁴, sob o entendimento de que inexistiria a possibilidade jurídica do pedido (a qual consiste em uma das condições da ação). Assim, os regimes de guarda aplicáveis no Brasil conforme a conjuntura atual do ordenamento jurídico são, tão somente, o da guarda unilateral e da compartilhada, sendo esta última, objeto da presente análise.

2.2. DO REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA

“A guarda compartilhada mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”³⁵.

Eduardo de Oliveira Leite

A guarda compartilhada passou a integrar o ordenamento jurídico a partir de sua aplicação na jurisprudência, sendo tais decisões jurisdicionais fundamentadas com o princípio

³⁴ MESSIAS NETO, Francisco. “Aspectos pontuais da guarda compartilhada”. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, jul./set. 2009, p. 11-12.

³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 244.

constitucional da igualdade entre os genitores (previsto no art. 226, §5º, da CRFB/1988) e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (previsto na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989) - cuja aplicabilidade já era desempenhada em outros países. Nesta toada, a guarda compartilhada foi positivada em 2008 por meio da Lei n.º 11.698, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584, ambos do CC/2022, concretizando tal instituto no ordenamento jurídico.

Ato contínuo, a Lei Federal n.º 13.058, de 22/12/2014, alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, de forma a estabelecer de forma mais específica o significado da chamada “guarda compartilhada”, bem como a disciplinar sua aplicação.

Dentre as novas disposições, o legislador infraconstitucional resolveu por bem estabelecer no art. 1.583 do CC/2002, a citar: a divisão equilibrada do tempo de convívio do menor com seus pais, visando o melhor interesse do filho e as circunstâncias fáticas (§2º); a residência fixa do menor como sendo situada na cidade que melhor atender aos interesses do filho (§3º); e a legitimidade dos pais em ação de prestação de contas na guarda unilateral, quando não for possível aplicar a modalidade compartilhada (§5º).

E, apesar de o espaço de discricionariedade dos genitores na dinâmica da guarda compartilhada ser maior, conforme já salientado na presente análise, faz-se relevante suscitar eventuais problemáticas em razão disso.

Ainda que a lei expresse dever ser estabelecida uma divisão equilibrada no tempo de cada genitor com seu filho, não resta determinada a obrigação do magistrado de fixar o período de convívio, o que pode ser subvertido para a inexistência de visitações de um dos pais ao menor. Compartilha do mesmo entendimento o jurista Almeida Junior, eis que a fixação de dias de convívio na sistemática compartilhada, para ele, é fundamental para o acesso aos filhos.

“(...) O juiz não deve mais fixar a guarda para um genitor com o direito de visita para o outro genitor. Deve apenas fixar a guarda compartilhada e permitir que o “convívio” do genitor que não resida com os filhos dê-se em tais dias, dividindo estes dias de forma proporcional. Logo, cai por terra aquela inexorável prática de visitas somente nos finais de semana, salvo se for a recomendável no caso concreto”³⁶ (grifos nossos).

Contribuindo para tal perspectiva, a ilustre Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, já em 2014, exarava o entendimento de que a guarda compartilhada era a regra

³⁶ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. *Revista dos tribunais: Doutrina - Direito Civil*, São Paulo, ano 2015, v. 957, p. 6, julho 2017.

preferida pelo legislador infraconstitucional, ao passo que a custódia física conjunta era a forma de expressão desse regime de guarda³⁷. Já para Maria Berenice Dias, na dinâmica da guarda compartilhada, “a proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária”³⁸.

Almeida Junior³⁹, nesse diapasão, reforça haver uma diferenciação entre a modalidade compartilhada de guarda e o que o autor denomina “anarquia quanto às visitações”, sobretudo considerando que a primeira consiste em divisão de responsabilidades. Isso posto, cabe postular que deverá o juiz propor uma divisão paritária de períodos de convivência entre o menor e seus genitores, a qual poderá estar amparada de um estudo psicossocial para a melhor compreensão de como o regime de guarda deve se adequar ao cotidiano da criança ou do adolescente – inclusive, esse estudo poderá pugnar pela inaplicabilidade do compartilhamento de guarda no caso concreto, haja vista sua relevância.

A mesma lógica relativa ao dever do juiz de fixação do tempo de convívio do genitor com seu filho deverá ser observada na questão da verba alimentar na guarda compartilhada. Ora, a proteção e o melhor interesse do menor devem ser priorizados (e não relativizados), de modo que caberá ao magistrado também fixar valores a título de pensão alimentícia mensal, conferindo certeza e liquidez à tal obrigação, tornando-a passível de cobrança judicial na hipótese de inadimplência. E, haja vista as inúmeras ações versando sobre a inadimplência quanto a pensões alimentares (e as consequentes apreensões dos pais inadimplentes) no Brasil, esse aspecto da guarda não pode, de fato, ficar ao arbítrio das partes ou deixar de ser tratado quando da estipulação do regime de guarda na audiência⁴⁰.

Acerca da cidade de residência fixa do menor, há de se reforçar que será aquela que melhor atenda aos interesses do menor. Isso posto, postula-se que, na hipótese de mudança de cidade de qualquer dos genitores, o juiz deverá levar em consideração aspectos que evidenciem um cenário no qual a criança ou o adolescente terão acesso a melhores condições de educação, saúde e relacionamento interpessoal e social. Isto é, caso o menor em questão já esteja inserido em ambiente escolar na cidade onde tem residido, bem como este detenha em tal local

³⁷ Superior Tribunal de Justiça - **Recurso Especial n.º 1.428.596/RS**, Relatora Nancy Andrighi. Julgado em: 03/06/2014.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, 401 p.

³⁹ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. *Revista dos tribunais: Doutrina - Direito Civil*, São Paulo, ano 2015, v. 957, p. 6, julho 2017

⁴⁰ *Ibid*, p. 7.

significativos vínculos sociais e na qual residem maior parcela de parentes, a tendência é que o juiz entenda por determinar a permanência do filho nesta cidade (“cidade base”), em detrimento da mudança pretendida por um dos genitores.

Ademais, convém recordar que o regime de guarda compartilhada é caracterizado pelo exercício da guarda por ambos os pais acerca de seus filhos menores, de sorte que eles compartilham os direitos e deveres inerentes ao poder familiar sem haver, necessariamente, o estabelecimento de residência fixa à prole em questão, tampouco períodos fixos de convivência delimitados a um pai em detrimento do outro.

Logo, depreende-se que ambos os pais compartilham as decisões mais importantes relacionadas aos seus filhos, ainda que residindo em localidades diferentes⁴¹. Isso porque a guarda compartilhada extravasa o aspecto da localização especial do menor, vez que onde este residirá é tão somente um dos aspectos desse regime⁴²; o compartilhamento da guarda implica diretamente na continuidade dos cuidados diretos acerca da prole, tal como seu crescimento, a formação de sua personalidade, o acompanhamento escolar e outras questões que são decididas e exercidas conjuntamente entre mãe e pai.

A guarda compartilhada é, pois, uma responsabilidade conjunta. Compartilha deste mesmo entendimento o ilustre jurista Gustavo Tepedino⁴³, ao apontar como uma das vantagens desse regime de guarda a consequência de evitar a desresponsabilização do genitor não detentor da guarda, garantindo-se a continuidade do dever de cuidado por parte de ambos os pais.

Considerando a forma mais adequada de contemplar o melhor interesse do menor (o qual ainda está em processo de formação física, psíquica, moral, social e intelectual e, em razão disso, é tido como sujeito hiper vulnerável), o ordenamento jurídico estabeleceu a adoção da guarda compartilhada como via de regra, conforme é possível extrair da atenta leitura do §2º do art. 1.584 do CC/2002, ao dispor que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

⁴¹ CHAGAS, Isabela Pessanha. Breves reflexões sobre o instituto da guarda. *Aperfeiçoamento de magistrados 12: Família do Século XXI - Aspectos jurídicos e psicanalíticos*, Rio de Janeiro, ed. 12, p. 69, 31 ago. 2012.

⁴² CARBONERA, Maria Silvana. *Guarda de filhos – Na família constitucionalizada*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, 150 p.

⁴³ TEPEGINO, Gustavo. “A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional”. In: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 313 p.

“O princípio do melhor interesse da criança deve estar presente em todas as áreas concernentes à família e à criança. Tem como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decidir diferente da lei se melhor interessar à criança.

(...) O melhor interesse do filho dependerá de cada caso. A criança como ser em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes”⁴⁴.

Como supramencionado, o magistrado na audiência de conciliação tem o dever de explicar as implicações dessa modalidade de guarda, bem como sua importância e a igualdade, em tese, entre os genitores no que diz respeito aos direitos e deveres destes em tal dinâmica, justamente para incentivar a aplicação da guarda compartilhada.

No Código Civil anterior, por outro lado, submergiam-se três cenários a depender da culpa do genitor na dissolução do vínculo conjugal via judicial: (i) havendo culpa de um dos cônjuges, a guarda dos filhos menores seria do cônjuge inocente (art. 326); (ii) havendo culpa de ambos os genitores, a mãe teria o direito de conservar a guarda das filhas enquanto menores e dos filhos até os seis anos, faixa etária a partir da qual os filhos seriam entregues à guarda do pai (art. 326, §1º e 2º); ou, ainda, (iii) não havendo culpa de quaisquer dos genitores, a guarda seria atribuída à mãe. Desse panorama, é possível extrair não só um desequilíbrio entre os gêneros, mas também uma pequena amostra da desigualdade social sofrida pela mulher naquela época, o que refletia nos valores sociais das normas instituídas.

Na vigência do CC/2002, a culpa da dissolução da sociedade conjugal não é mais um fator relevante para determinar a guarda, mas sim o melhor interesse da criança (o que demanda a presença de ambos os pais visando um desenvolvimento saudável e adequado para o menor), bem como, em alguma medida, a igualdade entre os cônjuges independente do gênero.

“(...) A proposta do legislador parecia elementar: o fim do relacionamento entre os pais não implica em fim de relacionamento com seus filhos. Logo, a proposta de uma guarda adstrita a apenas um genitor, privando o outro de contato constante, relegando-o a um convívio tópico e mínimo, nunca foi a ideologia do Código Civilista.

Outrossim, é truismo tão ululante que dispensa fundamentação, a igualdade de gênero implica evidentemente no direito igualitário de acesso e guarda dos filhos”⁴⁵ (grifos nossos).

Nesse sentido, para atender à *mens legis* do instituto, os operadores do direito devem desempenhar seus esforços para a correta aplicação da guarda compartilhada de sorte a propiciar um regime adequado para que ambos os pais tenham poder de decisão no

⁴⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda compartilhada*. Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo. 2004. 73 p. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

⁴⁵ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da guarda compartilhada. *Revista dos tribunais: Doutrina - Direito Civil*, São Paulo, ano 2015, v. 957, p. 3, julho 2017.

desenvolvimento de sua prole até os dezoito anos, idade na qual o sujeito passa a ser social e juridicamente tido como responsável por seus atos justamente por ter, via de regra, pleno discernimento para exercer pessoalmente atos da vida civil.

Todavia, caso haja quaisquer impedimentos para que a criação do melhor seja desempenhada por ambos os genitores (abdicação do direito de guarda ou residência de um deles em localidade significativamente distante, a título de exemplo), deve-se haver a responsabilização dos pais por eventuais danos causados por seus filhos⁴⁶.

No que diz respeito às alterações do art. 1.584 do CC/2002, destaca-se a instituição da guarda compartilhada como regra, eis que antes a previsão legal estabelecia a aplicação desse regime “sempre que possível”. Com a modificação, por outro lado, passou-se à imposição da guarda compartilhada pelo juiz como via de regra, excetuando-se a hipótese de um dos genitores demonstrar não ter interesse em ser guardião (vide §2º).

Além disso, o §6º foi incluído na Lei Civil de modo a solucionar uma antiga problemática enfrentada pelo genitor não guardião: o difícil acesso a históricos escolares, saldos de contas, prontuários médicos e demais documentos perante instituições escolares e médicas, por exemplo, relativas à sua própria prole – o que corroborava para a marginalização desse genitor na tomada de decisões e até na participação da criação de seu filho. Desta feita, o referido dispositivo estabeleceu a obrigatoriedade de qualquer estabelecimento, público ou privado, de prestação de informações a qualquer dos genitores sobre seus filhos, bem como estipulou multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinquzentos reais) pelo descumprimento dessa regra.

O artigo 1.585 do CC/2002, por sua vez, restou por favorecer a conciliação das partes ao estabelecer que, em sede de medida cautelar de separação de corpos, de guarda ou de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, ainda que provisória, somente será proferida mediante prévia oitiva das partes perante o juiz. A *mens legis* consiste justamente na conciliação das partes, tanto quanto possível, a fim de fazê-las cooperarem com a Jurisdição, munindo o processo de informações que levem o magistrado a proferir uma adequada decisão sobre a guarda do menor, ainda que em cognição provisória.

⁴⁶ CHAGAS, Isabela Pessanha. *Breves reflexões sobre o instituto da guarda*. Aperfeiçoamento de magistrados 12: Família do Século XXI - Aspectos jurídicos e psicanalíticos, Rio de Janeiro, ed. 12, p. 72, 31 ago. 2012.

A única exceção a essa regra, cumpre destacar, é a hipótese de proteção dos interesses dos filhos que demandar a concessão de liminar sob o caráter *inaudita altera pars* (conjuntura na qual são aplicadas as disposições estabelecidas no art. 1.584). Isso porque, nos casos concretos, pode haver a superveniência de circunstâncias gravosas nas quais há risco contra a integridade física, econômica, moral e até mesmo a própria vida das partes envolvidas.

De toda forma, prezando pelos resultados inequivocamente positivos trazidos pela aplicação da guarda compartilhada aos filhos menores, é possível depreender a razão pela qual essa modalidade atualmente é tida como a regra a ser adotada para o ideal exercício do poder familiar.

Contudo, Pessanha Chagas⁴⁷ ressalva que, na hipótese de não haver consenso entre os genitores acerca da guarda a ser estabelecida acerca dos filhos em razão da existência de prévio litígio de direito material entre eles, deverá ocorrer uma mediação familiar antes da aplicação da guarda compartilhada. E, se frustrada a mediação, daí se apresenta um contexto no qual é recomendável a fixação da guarda unilateral – demonstrando-se o caráter excepcional que o legislador infraconstitucional atribuiu a esse tipo de guarda.

2.3. DAS SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS CONVENCIONADAS NA GUARDA COMPARTILHADA

Em um primeiro momento, concebe-se a ideia de que a guarda compartilhada confere aos genitores um espaço maior de discricionariedade para atuar na criação de seus filhos menores, desempenhando o exercício do poder familiar de forma conjunta. De fato, em comparação ao regime unilateral de guarda, a modalidade compartilhada visa o estabelecimento de uma dinâmica mais orgânica na criação do menor envolvido em relação aos pais, o que não significa enunciar que não há regras a serem obedecidas ou, ainda, que não haveria sanções a eventual descumprimento destas.

Conforme é possível depreender da atenta leitura do §1º do art. 1.584 do CC/2002, na audiência de conciliação, é dever do magistrado esclarecer acerca da guarda compartilhada, de modo a abranger não tão somente seu significado, sua importância e os deveres e direitos dos pais em tal regime, mas também deve o juiz pronunciar-se sobre as sanções cabíveis motivadas

⁴⁷ CHAGAS, Isabela Pessanha. Breves reflexões sobre o instituto da guarda. *Aperfeiçoamento de magistrados 12: Família do Século XXI - Aspectos jurídicos e psicanalíticos*, Rio de Janeiro, ed. 12, 31 ago. 2012. 77 p.

pelo descumprimento das cláusulas dessa modalidade de guarda. Nesta senda, tem-se o §4º do mesmo dispositivo legal, o qual determina a possibilidade de redução de prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda compartilhada que descumprir imotivadamente cláusulas da guarda compartilhada (entre elas, a redução do número de horas de convivência com o filho, por exemplo).

É válido enfatizar que, a partir dos supramencionados dispositivos, observa-se que a aplicação de sanções só será possível na hipótese de descumprimento imotivado das cláusulas de guarda; em outras palavras: havendo o descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada, de forma motivada, não haverá sanção.

Nesse sentido, Messias Neto⁴⁸ salienta que o descumprimento imotivado de cláusulas da guarda (compartilhada ou unilateral) pode implicar, além da redução das prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda supramencionadas, na aplicação de sanções pelo juiz que visem atribuir efetividade às decisões judiciais, eis que se trata de questão de ordem pública, de modo a assegurar os melhores interesses do menor.

A título de exemplo de sanções, Neto elucida a inversão de guarda, busca e apreensão (a qual consiste em medida excepcional e extrema, devendo-se resguardar, tanto quanto possível, o filho menor⁴⁹), suspensão e destituição do poder familiar e até a aplicação de astreintes. De todo modo, cumpre frisar que a aplicação de sanções deve ter como finalidade repreender a conduta transgressora do genitor e não acabar punindo, de algum modo, o próprio menor objeto da guarda, sobretudo considerando o art. 227 da CRFB/88 e o art. 18 do ECA, que expressam o dever da sociedade como um todo velar pela dignidade e integridade da criança e do adolescente, salvaguardando-os de qualquer tratamento vexatório ou violento (do qual não se exclui a própria ação sancionatória a ser empregada pelo juízo).

⁴⁸ MESSIAS NETO, Francisco. “Aspectos pontuais da guarda compartilhada”. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, jul./set. 2009, p. 26-27.

⁴⁹ LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, p. 84 - 85. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CAPÍTULO 3 – BRASIL: O MODO DE PENSAR DA SOCIEDADE SOBRE OS DEVERES E DIREITOS DA MULHER NA ENTIDADE FAMILIAR

“A presença da mulher é uma história de ausência (...). As mulheres nem sabiam bem quem eram, em um mundo isento de direitos civis e cheios de direitos servis. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. A ela era imposta obediência ao pai e submissão ao marido”.

Maria Berenice Dias⁵⁰

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”: É desta forma que se apresenta o *caput* inaugural de um dos principais dispositivos legais presentes na Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º. De forma mais específica, o constituinte originário se dispôs, tão logo no primeiro inciso do artigo, a apontar a igualdade de mulheres e homens em termos de direitos e obrigações. Isso posto, forçoso analisar o arcabouço de direitos da mulher no âmbito da família (tendo como parâmetro temporal o período do Século XX até a atualidade), partindo da contradição de que apesar das mulheres, durante significativa parcela da história brasileira, não terem desempenhado poder decisório perante a entidade familiar e seus filhos, estas sempre foram tidas como o principal ponto de concentração de obrigações conjugais e familiares.

Desta feita, para compreender a profunda disparidade sofrida pela mulher brasileira perante o Direito de Família, convém partir da célebre premissa “não se nasce mulher, torna-se mulher”⁵¹. Simone de Beauvoir, por meio desta premissa, introduz a concepção de que o gênero é uma construção social, de modo que a mulher desempenha papéis e funções que a sociedade pré-determinou tão somente a partir do gênero feminino.

Assim, ao longo da história da humanidade, a mulher é socialmente construída à sombra do homem, justamente pelo fato desta ser não ser vista como um ser autônomo e diferente do homem em razão de sua autenticidade e independência próprias. Muito pelo contrário: a figura da mulher é construída tendo o homem como seu referencial. Nesse sentido, para Beauvoir, “a

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 14ª ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021. 145 p. Vol. Único.

⁵¹ BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: a experiência vivida*. 4ª ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, 4 p.

humanidade é masculina e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo”⁵².

O Direito, por sua vez, é uma das ferramentas empregadas pela sociedade capitalista para reproduzir as relações de dominação de classe e consequentemente o julgamento moral da época em que editada e aplicada a lei, segundo leciona o jurista soviético Evgeny Bronislavovitch Pachukanis⁵³. Evidentemente, uma espécie de dominação social é justamente expressa na teoria da interseccionalidade sistematizada pela feminista norte-americana, Kimberlé Crenshaw⁵⁴, a qual sustenta a acentuação dos níveis de opressão social estrutural no tripé gênero, classe e raça, de modo que a sociedade articula formas de opressão contra as pessoas que fazem parte de minorias nos três substratos mencionados, sofrendo mais do que aquelas que não o fazem.

Coadunando-se as concepções dos pensadores supra referidos, o que se pode concluir é que o Direito, relevante ferramenta de controle social, reproduz a desigualdade sofrida pelas mulheres (e, em maior grau, pelas mulheres negras e pobres), como um reflexo do pensamento da sociedade fundada no patriarcalismo, o qual preconiza papéis da mulher como subordinada ao homem – sobretudo em um âmbito mais íntimo: a família.

(...) Identificou-se na dinâmica familiar, a prevalência de modelos tradicionais de gênero, como trabalho fora de casa e o sustento como marcas do lugar masculino, enquanto os cuidados com marido, filhos e casa marcam o lugar da mulher, o que também é demonstrado em estudos mais recentes com esse público”⁵⁵.

Nessa toada, muito contribui para a presente discussão o professor Miguel Reale com a teoria tridimensional do Direito⁵⁶ aplicada no contexto brasileiro, a qual consiste na concepção de que o Direito é uma estrutura social-axiológico-normativa, composta por três elementos: fato, valor e norma. Assim sendo, conforme ocorrem as transformações sociais, o Direito é compelido a acompanhar tais mudanças a fim de que continue a ser efetivo e aplicável às dinâmicas sociais. Com isso, a desigualdade contra a mulher tem sido legitimada pela norma

⁵² BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo. Os factos e os mitos (volume 1)*. Venda Nova: Bertrand, 1949-1975, p. 13.

⁵³ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. *Lênin e os problemas do direito*. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 3, 2018, p.1897-1931

⁵⁴ CRENSHAW, Kimberle. *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*. 1989. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>> Acesso em: 09 out. 2022.

⁵⁵ Nascimento, C. R. R., Biasutti, C. M., de Araújo, I. C. C., & Trindade, Z. A. (2021). Os papéis da mulher e do homem nas famílias pela óptica masculina: um estudo de duas gerações. *Revista Pesquisas E Práticas Psicosociais*, 16(4), p. 3. Recuperado de http://www.seer.ufsj.edu.br/revista_ppp/article/view/e3306

⁵⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1978.

jurídica, eis que as leis refletem justamente o pensamento reprodutor da sociedade patriarcal, motivo pelo qual a mulher não era vista como sujeito de direitos e deveres na vida civil de forma plena até 1988 (e era considerada incapaz até 1977).

Isso posto, é possível depreender que o Direito de Família, assim como as demais normas do ordenamento jurídico, foi articulado sob uma perspectiva predominantemente masculina, o que infere o fato de as normas de família desde sua edição serem arbitrariamente mais benéficas aos homens em comparação às mulheres, o que, segundo salienta Camila de Camargo Silva Venturelli⁵⁷, garantiu aos homens privilégios que as mulheres não teriam.

Assim como destaca Maria Berenice Dias⁵⁸, a trajetória do direito de família está intrinsecamente ligada à emancipação feminina, motivo pelo qual é necessário desenvolver uma breve análise acerca do histórico percorrido pela mulher para alcançar a liberdade e a igualdade – ao menos, na esfera jurídica (eis que maiores foram os avanços no plano legal do que no cultural). Segundo Paulo Lôbo⁵⁹, levou 462 anos para que a mulher casada deixasse de ser considerada relativamente incapaz (vide Estatuto da Mulher Casada) e, como supramencionado, mais 26 anos para que fosse positivada a igualdade de direitos e deveres da mulher em comparação ao homem perante a família (por meio da Constituição Federal de 1988).

Nesta toada, depreende-se que, à medida em que as mulheres passaram a ocupar cada vez mais espaços na sociedade até então ocupados por homens, tal como nas esferas de ensino (acesso ao ensino superior por mulheres em 1879⁶⁰), política (direito ao voto feminino consagrado no Código Eleitoral em 1932⁶¹), economia (direito de trabalho à mulher casada sem a autorização do marido em 1962⁶²; ressalvado o fato de que mulheres pretas já trabalhavam desde a abolição da escravatura, em 1888) e jurídica (mulheres como sujeitos plenamente capazes, independente do estado civil), cada vez mais elas passaram a assumir outros papéis além daqueles relativos ao lar e à família. Como decorrência, a posição ocupada tão somente

⁵⁷ VENTURELLI, Camila de Camargo S. *Força e fragilidade da mulher no direito: feminist jurisprudence (feminismo jurídico) e seus reflexos no Direito de Família brasileiro*. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TELLES, Marília Campos Oliveira. (Org.). Problemas da Família no Direito. 1ed. Minas Gerais: Del Rey, 2012, v. 1, p. 336-342.

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 14^a ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021. Vol. Único. 146 p.

⁵⁹ LÔBO, Paulo. *Do poder familiar*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 179 p.

⁶⁰ Decreto Federal n.º 7.247, de 19 de abril de 1879 – Reforma Leônio de Carvalho (Brasil, 1879).

⁶¹ Decreto nº 21.076, de fevereiro de 1932 - Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil.

⁶² Lei Federal n.º 4.121, de 27/08/1962 - Estatuto da Mulher Casada (Brasil, 1962).

pelo gênero feminino na dinâmica familiar foi paulatinamente sendo modificada, fazendo com que os homens passassem a ser incluídos mais ativamente nas incumbências e deveres na família⁶³.

Isso posto, do supracitado *caput* do artigo 5º da Lei Maior, extrai-se a ideia de que os indivíduos são observados em condição de igualdade, de tal sorte que a todos são garantidos os direitos fundamentais. Esse conceito expresso na letra da lei corresponde à igualdade formal.

No plano fático, no entanto, os indivíduos não são tratados com igualdade, tampouco alcançam seus direitos começando do mesmo ponto de partida, justamente porque alguns sujeitos são mais privilegiados que outros na ordem social, o que lhes garante uma vantagem sobre os demais; no caso em tela, há desigualdade de gênero. Para Maria Berenice Dias⁶⁴, é imprescindível que, em termos de cidadania, deve-se substituir o discurso de igualdade pelo discurso da diferença, eis que “homens e mulheres são diferentes, mas não iguais em direitos. Alcançada a igualdade jurídica, não há como afastar as diferenças”, daí, faz-se possível a compreensão do conceito de igualdade material.

Esse, a propósito, é o caso dos homens em relação às mulheres, uma vez que estes têm protagonizado o posto central na sociedade há séculos, sobretudo considerando a dinâmica patriarcal na qual a sociedade está inserida; ao passo que as mulheres, por sua vez, lutavam pelo direito de voto até o século passado (1934) e atualmente ainda lutam pelo pleno direito à educação e ao próprio corpo.

De todo modo, ainda que a legislação tenha conferido tratamento isonômico a ambos os gêneros, muitas transformações (sociais e jurídicas) devem ser promovidas a fim de que o âmbito familiar seja, de fato, um espaço de igualdade entre mulheres e homens.

Isso posto, inaugura-se a análise com o Código Civil de 1916 (considerando as considerações já abordadas na presente acerca da guarda dos filhos), o qual retratava a sociedade à época do século XIX, posto que, a incumbência quanto a sua elaboração foi dada a

⁶³ FARIA, Milena Sardinha Garcez. A influência do gênero nas relações de guarda compartilhada. *Revista IBDFAM: Famílias e sucessões*, São Paulo, n. 43, p. 2, 27 maio 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8525/Artigo+cient%C3%ADfico+examina+a+influ%C3%A7%C3%A3o+do+g%C3%A3o+A+Anexo+nas+rela%C3%A7%C3%A3o+B5es+de+guarda+compartilhada#~:text=A%20guarda%20compartilhada%2C%20segundo%20ela,divis%C3%A3o%20da%20guarda%20dos%20filhos>. Acesso em: 13 out. 2022.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 14ª ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021. Vol. Único. 147 p.

Clóvis Beviláqua em 1899. Nesse sentido, o Código refletiu os pensamentos conservador e patriarcal correntes daquele período, de tal forma que consagrou evidente superioridade do homem sobre a mulher por meio de dinâmicas que reforçavam a autoridade dele sobre o núcleo familiar e a dependência da mulher a ele.

De forma mais específica, é válido mencionar alguns dispositivos da legislação em comento. Dentre estes, o artigo 6º, inciso II, que estabelecia a perda da capacidade civil plena da mulher casada (enquanto subsistisse a sociedade conjugal), a qual se tornava relativamente incapaz. A *mens legis* do dispositivo refletia o pensamento corrente à época: o marido assumia o controle exclusivo da família, enquanto legalmente chefe da sociedade conjugal, e, por conseguinte, era quem dominava as decisões do casal. A lógica era que a mulher sempre precisasse da autorização do marido para validar seus atos civis.

Nesta mesma toada, o artigo 233 dispunha, sob a redação originária de 1916, que o marido era a figura designada expressamente como o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns e até aqueles particulares da esposa; para além disso, o marido tinha o direito de autorizar a profissão de sua esposa. Novamente, clara a intenção do legislador: a validação do marido acerca da vida da mulher, de forma ampla e manifesta.

Ato contínuo, o Código estabelecia um rol de atos proibidos de serem praticados pela esposa sem a autorização de seu marido (vide art. 242), tal como o direito de disposição e alienação de seus bens particulares e até mesmo o de exercer profissão.

O artigo 240 do CC/1916, por seu turno, previa os direitos e deveres da mulher, dentre os quais: a obrigação de assumir o sobrenome do marido, bem como sua condição de companheira, “conorte e auxiliar dos encargos da família”. Desta feita, depreende-se o que o próprio legislador infraconstitucional levou a crer: os deveres familiares a serem desempenhados pela mulher eram limitados àqueles tidos como verdadeiros fardos. Em síntese: ao homem cabia a chefia da família, à mulher, os deveres do lar. Ou seja: ao gênero feminino designava-se “funções historicamente compreendidas como de menor prestígio e complexidade, resguardando espaços de influência, força e reconhecimento ao masculino”⁶⁵, legitimando a desigualdade entre os gêneros.

⁶⁵ CAMPOS, M.T.A., De Tilio, R., & CREMA I.L. (2017). *Socialização, gênero e família: uma revisão integrativa da literatura científica.* Pensando Famílias, 21(1) Recuperado de <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v21n1/v21n1a12.pdf>. 147 p.

Agravando-se a problemáticaposta no Código Civil de 1916, há de se enfatizar a indissolubilidade da sociedade conjugal, uma vez que o desquite (que consistia na separação de corpos e bens dos cônjuges) era apto a romper com o casamento, mas não para dissolver a sociedade conjugal. Com isso, a chamada “família legítima”, cuja prole proveniente da união de seus genitores casados, era revestida de direitos sucessórios e prestígio social em detrimento daqueles provenientes de vínculos extramatrimoniais (os chamados “ilegítimos”), os quais não possuíam quaisquer direitos, eis que concebido por pessoas desquitadas, mas não efetivamente separadas. Assim sendo, a exclusão era tanto social quanto jurídica.

Inclusive, conforme enfatiza Dias⁶⁶, em razão da vulnerabilidade social e até mesmo jurídica da condição da mulher, quando da separação de seu marido, não lhe restava muito do acervo patrimonial do casal. Isso porque, geralmente, todo o patrimônio ficava no nome do homem e, mesmo com a morte deste ou com a separação, nada era repassado para a mulher.

Outro ponto bastante controverso em relação ao CC/1916 diz respeito ao defloramento ser tido pelo legislador infraconstitucional, até a vigência do CC/2002, como sendo um erro essencial sobre a pessoa (*error virginitatis*), de modo a justificar a anulação do casamento (vide art. 219, inciso IV). Nesse sentido, legitimava-se não só o arquétipo do homem enquanto gerenciador da vida sexual de sua parceira (mesmo que referente à parcela pregressa ao relacionamento com ela), mas também um verdadeiro ataque direto à liberdade e dignidade sexuais da mulher.

Em outras palavras, até o início do século XXI, a mulher não tinha plenos direitos sobre o próprio corpo, pois se assim o fizesse, abria margem legítima para ser considerada indigna do vínculo matrimonial, se assim o homem entendesse. Em que pese a jurisprudência predominante e significativa parcela da doutrina pugnassem pela inconstitucionalidade do artigo em comento (especialmente à luz da CRFB/88), era possível observar serem proferidas decisões judiciais que anulavam casamentos sob o fundamento da defloração como erro essencial sobre a pessoa.

Contudo, todas as mencionadas disposições foram modificadas em 1962, com as alterações do CC/1916 promovidas pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei Federal n.º 4.121), por meio do qual o marido permanecia como chefe da sociedade conjugal, porém sob “a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”. Com o Estatuto, a mulher

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 14^a ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021. Vol. Único. 148 p.

passou a ser plenamente capaz para exercer seu papel de colaboradora de seu marido na gestão da sociedade conjugal, bem como para administrar os bens que ela adquiriu com a força de seu trabalho (os chamados “bens reservados”).

Ato contínuo, muitos avanços foram observados com a aprovação da Lei do Divórcio (Lei Federal n.º 6.515, de 1977), designando o desquite como “separação judicial”, bem como tornou facultativa a adoção do sobrenome do marido pela esposa e a regra do regime legal de bens passou a ser o da comunhão parcial de bens caso as partes não dispuserem de forma diversa em acordos pré-nupciais (antes, era o regime universal).

Em que pese os avanços legislativos e até mesmo sociais perante os direitos da mulher no Brasil, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi somente em 2010 que a separação foi extinta do ordenamento por meio da Emenda Constitucional n.º 66 (de sorte que o casamento civil passou contar com a possibilidade de dissolução por divórcio), o que, por conseguinte, colocou fim à culpa pelo fim da união conjugal (a qual, por vezes, era diretamente atribuída à mulher).

Com a promulgação da Constituição cidadã, a igualdade entre os gêneros era evidente: tão logo em seu preâmbulo restou estabelecido o direito à igualdade. Para além disso, como objetivo fundamental do Estado tem-se a promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo (art. 3º, inciso IV), bem como a igualdade entre mulheres e homens em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I) e o exercício igualitário dos deveres e direitos da entidade familiar (art. 226, §5º), como supramencionado.

Faz-se essencial destacar a amplitude do direito à igualdade concretizado pela CRFB/88: além da igualdade entre mulheres e homens, foi estabelecida a igualdade na filiação (eis que vedada a discriminação entre filhos havidos fora do casamento, aqueles havidos na constância da união conjugal e os adotados, conforme §6º do art. 227) e as diferentes espécies de entidades familiares (aquela proveniente de união estável, segundo §3º do art. 226; bem como aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, vide §4º do art. 226).

No Constituição de 1988, é possível encontrar onze menções à mulher, nas quais são abrangidos tanto o conceito de igualdade formal entre gêneros (caput do artigo 5º) quanto a material (como exemplo, tem-se o artigo 7º, XX, do qual se extrai a proteção do trabalho da mulher mediante incentivos específicos) até mesmo reconhecendo direitos patrimoniais às mulheres de forma autônoma e independente (vide art. 183, §1º, a citar: “O título de domínio e

a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil”), direitos familiares (art. 226, §5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”) e dentre outros dispositivos igualmente relevantes.

Isso posto, insta frisar a importância que a Carta de direitos em comento trouxe para a luta de direitos das mulheres brasileiras, contemplando muitas das recomendações e reivindicações de movimentos feministas brasileiros de diferentes épocas e momentos histórico-sociais. A partir daquele momento de promulgação, a mulher brasileira, independente de credo, estado civil, condição financeira ou ocupação, tinha garantidos concomitantemente em um único documento de eficácia plena e nacional os direitos ao voto, à educação (nos níveis fundamental e superior); ao trabalho; ao patrimônio; à família e entre tantos outros que demandaram longos anos de luta.

Entretanto, não se olvida mencionar que a mulher, mesmo sob o prisma da Constituição cidadã, ainda assim acabou sendo discriminada pelo próprio legislador, em alguma medida. Isso porque o constituinte originário, ao não se dignar a estabelecer expressamente dispositivos que vedassem o defloramento como causa legítima para a anulação do casamento (sob o argumento de que se trataria de erro sobre a pessoa), por exemplo, corroborou na preconização de verdadeira violação à liberdade sexual da mulher (ao manter o dispositivo que ditava que mulheres com sexualidade ativa e não casadas pudessem ser alvo de anulação de vínculo marital). Com isso, os tribunais continuaram a aplicar os dispositivos do Código Civil vigente à época (1916) a fim de autorizar esse tipo de anulação de casamentos, até entrar em vigor o Código Civil de 2002, que excluiu tal disposição do ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil de 2002, por sua vez, preconizou a manutenção da família e a presunção da fidelidade da mulher, ao manter a separação (e a relevância da culpa para o instituto), bem como ao estabelecer a presunção da paternidade dos filhos havidos na constância do casamento, ainda que a própria mulher admita a prática de adultério e negue a paternidade do cônjuge (vide redação dos artigos 1.697 e 1.600 do referido diploma legal). Desse posicionamento adotado pelo legislador infraconstitucional, depreende-se que este não confere credibilidade alguma à palavra da mulher.

Nesse sentido, assiste de razão a jurista Maria Berenice Dias⁶⁷ ao defender a irrazoabilidade da presunção legal da paternidade perante confissão de adultério ou negativa de paternidade por parte da mulher, eis que a identificação do vínculo biológico por meio de exame de DNA é apta a demonstrar a paternidade. Nesse sentido, não há qualquer justificativa que seja razoável para o emprego de tal desprestígio à mulher que os mencionados artigos (e o que eles acabam expressando).

Além disso, ao prever a possibilidade de a mulher casada se escusar a tornar-se tutora (a citar, art. 1.736, inciso I), mas não haver quaisquer restrições ao homem casado, o legislador infraconstitucional entendeu por bem mitigar, de certa forma, o princípio constitucional da igualdade entre gêneros. Ademais, remonta-se ao Código Civil de 1916, época na qual cabia ao homem tomar a dianteira nas decisões do casal e quando a mulher o fazia, deveria esta sempre considerar os reflexos de suas escolhas no casamento, condicionando a vontade da mulher à vênia de seu marido.

Ainda no âmbito do Direito de Família, convém mencionar outras mudanças que expressam o olhar do legislador cada vez mais aberto à necessidade de garantir proteção especial à mulher. Como exemplo, destaca-se a Lei Federal n.º 11.977⁶⁸, que dispõe sobre o programa “Minha Casa, Minha Vida” e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Na legislação em comento, estabeleceu-se preferências aos núcleos familiares que têm mulheres como chefe da família (geralmente, mães solas), justamente expressando a intenção de o Programa auxiliar sujeitos mais vulnerabilizados na esfera social: mulheres e pessoas de classes socioeconômicas baixas (público-alvo do Minha casa, Minha Vida).

Da lei supramencionada, destaca-se: (i) art. 3º, que confere prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; (ii) art. 35, qual estabelece que os “contratos e registros efetivados no âmbito do Programa serão formalizados, preferencialmente, em nome da mulher”; e (iii) art. 35-A, que dispõe que, a hipótese de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título da propriedade adquirida no Programa será registrado em nome da mulher ou será transferido a ela, independentemente do regime de bens aplicável - neste caso, ao homem só será atribuído o título da propriedade na

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 14ª ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021. Vol. Único. 151 p.

⁶⁸ Lei Federal n.º 11.977, de 07/07/2009 (Brasil, 2009).

hipótese e que ele restar como o detentor da guarda exclusiva dos filhos, sendo a proteção à unidade familiar favorecida em detrimento da proteção especial à mulher.

Assim sendo, como é possível depreender do exposto, tem sido longa caminhada em prol da conquista de direitos da mulher, especialmente no direito de família (que, por consistir em seara mais próxima dos indivíduos na esfera social, acaba por refletir diretamente preconceitos e a própria cultura patriarcal). Contudo, paulatinamente, observa-se um esforço por parte do Estado de mudar essa realidade de forma a garantir a igualdade entre os cidadãos, independentemente de gênero ou classe, inclusive no que diz respeito à relação da mãe com seus filhos.

CAPÍTULO 4 – DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA PERANTE O PODER JUDICIÁRIO

Pede-se vênia para destacar a importância do feminismo para as transformações sociais. Segundo a filósofa Djamila Ribeiro, o movimento feminista não só se faz necessário para que mulheres e homens tenham direitos iguais (isto é, sem haver hierarquia de gênero), mas também para que as mulheres sejam respeitadas em sua humanidade⁶⁹. Com isso, é possível depreender da concepção de igualdade de gênero a participação igualitária de mulheres e homens nas obrigações e deveres do lar, bem como sobre sua própria prole – o que, como já mencionado na presente análise, é um espaço socialmente designado e ocupado para a figura feminina, não somente implicando entraves para que a mulher ocupe posições diferentes na dinâmica social, mas também validando o distanciamento do homem da esfera doméstica e familiar.

A guarda compartilhada, ao prever a distribuição igualitária entre os genitores acerca da tomada de decisões sobre os filhos menores, bem como a custódia física conjunta, implica na divisão de obrigações familiares (ao menos, aquelas envolvendo o exercício do poder familiar) entre mãe e pai, expressando a *mens legis* de conferir o melhor interesse do menor, mas também de viabilizar o contato próximo do pai com seus filhos e de a mãe trabalhar fora do lar, por exemplo, sem que isso implique prejuízos quanto à sua autoridade parental (apesar de, ainda assim, haver julgamentos morais contra tal dinâmica).

Nesse sentido, convém analisar a jurisprudência a fim de observar a aplicabilidade do regime de guarda compartilhada e os impactos dos entendimentos jurisdicionais para o gênero feminino. Desta feita, perante a amostragem de julgados analisados (no caso, cinquenta acórdãos dos Egrégios Tribunais de Justiça de São Paulo, Bahia, Minas Gerais, Santa Catarina, Distrito Federal e Rio Grande do Sul) e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo como delimitação temporal o período de 2015 a 2022, pode-se dividir o exame em quatro principais tópicos: a violência doméstica relacionada à guarda compartilhada, o distanciamento da prole desempenhado pela figura paterna em comparação à materna, bem como a subversão das finalidades do regime de guarda compartilhada.

⁶⁹ SODRÉ, Lu. Preconceito distorce luta pela igualdade de gênero. *Departamento de comunicação institucional - UNIFESP*, Guarulhos, n. 6, p. 1-10, 16 jun. 2016. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/apresentacao/item/2222-preconceito-distorce-luta-pela-igualdade-de-genero>. Acesso em: 25 set. 2022.

4.1. Da violência doméstica relacionada à guarda compartilhada

A ideia que ampara a lógica da guarda compartilhada, visando o melhor interesse dos filhos menores, é justamente a promoção de um ambiente saudável em que a prole usufrua do direito (reconhecido internacionalmente⁷⁰) de convivência com ambos os genitores. Ocorre que, contrariando o senso comum que entende haver relativa incompatibilidade da aplicação desse tipo de regime de guarda em núcleo familiar de menores cuja relação entre seus pais é permeada de conflitos e dissenso, o Poder Judiciário entende pela aplicação da guarda compartilhada mesmo em casos em que não há acordo entre os pais quanto à guarda da prole (desde que ambos estejam aptos ao exercício do poder familiar⁷¹).

Convém mencionar que esse entendimento atual não vai ao encontro da concepção que o Poder Judiciário tinha tão logo findo o *vacatio legis* da Lei n.º 11.698/2008, que estabeleceu expressamente a guarda compartilhada no Brasil. Em 2008, por exemplo, havendo conflitos entre os genitores, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul era firme para a aplicação da guarda unilateral (em favor da mãe, geralmente^{72 73}), em detrimento da compartilhada.

“A guarda compartilhada exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, principalmente, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho. Com este entendimento, a 7ª Câmara Cível negou provimento a pai que pretendia ter direito a compartilhar a guarda do filho.”

O Juiz de 1º Grau determinou, na ação de dissolução de união estável, que guarda da criança permanecesse na posse da genitora⁷⁴(grifos nossos).

Muito contribui para a permanência dos infantes com a mãe (sobretudo em termos de guarda unilateral ou até mesmo de residência fixa na lógica da guarda compartilhada), a necessidade presumida dos cuidados maternos que, em tese, recai sobre os menores de tenra

⁷⁰ Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 - Convenção sobre os Direitos da Criança.

⁷¹ TJBA. **Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c regularização de guarda nº 0000052.94.2016.8.05.0268.** Juiz de Direito: Pedro Silva e Silvério - 1ª Vara dos feitos de relativos às relações cíveis e comerciais de Urandi. Julgado em 08/08/2020.

⁷² TJRS, **Agravado Instrumento nº 5059259-30.2020.8.21.7000.** Relator: Rui Portanova - 8ª Câmara cível. Julgado em 12/12/2019.

⁷³ TJRS, **Agravado Instrumento nº 5116910832021.8.21.7000.** Relatora: Des. Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 10/05/2022.

⁷⁴ BENJAMIN, Maria Helena Gozzer. Negada guarda compartilhada a pais com relacionamento conflituado. *Poder Judiciário: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 16 out. 2008. Notícias, p. 1-2. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-11516/>. Acesso em: 4 out. 2022.

idade (mas também continua sendo aplicada aos filhos adolescentes), de modo que “a figura materna para o menor de tenra idade apresenta-se como mais salutar para seu desenvolvimento emocional saudável, apenas afastada em casos excepcionais e devidamente provados⁷⁵”.

Assim, voltando-se para a questão do distanciamento da figura paterna, pede-se vênia para mencionar um acórdão julgado em 2016, no qual o Ministro Relator, João Otávio de Noronha, destaca a excepcionalidade de que os desentendimentos dos genitores que ultrapassem a esfera do mero dissenso, impliquem no afastamento desse tipo de guarda. O Ministro houve por entender que, nesses casos, aplica-se o disposto no art. 1.586 do CC/2002, o qual dispõe sobre a possibilidade de o magistrado determinar a guarda unilateral quando há motivos graves que justifiquem tal decisão (ainda que ele tenha feito a ressalva de que, à época, houvesse controvérsia nos tribunais quanto a ser ou não excepcionalidade). Veja-se trecho do julgado em questão:

“2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002).

3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial”⁷⁶(grifos nossos).

Não se olvida ressaltar que, estando presentes indícios de que a dinâmica da guarda compartilhada pode conferir prejuízos para o menor (e não necessariamente à genitora) ou restar comprovado o risco ou consumação de dano (pelo estudo psicossocial que é realizado previamente no trâmite do processo que discute o regime de guarda), o magistrado não aplica a guarda compartilhada, vide trecho extraído de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

“Esta Corte Superior de Justiça entende que a guarda compartilhada deve ser instituída independentemente da vontade dos genitores ou de acordo; contudo, o instituto não deve prevalecer quando sua adoção seja passível de gerar efeitos ainda mais negativos ao já instalado conflito, potencializando-o e colocando em risco o interesse da criança” (grifos nossos).⁷⁷

⁷⁵ TJSC, **Agravio de instrumento n.º 2006.047052-8**. Relator: Des. Fernando Carioni - 3ª Câmara de Direito Cível. Julgado em: 10/04/2007.

⁷⁶ Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n.º 1.417.868/MG**, Relator Min. João Otávio de Noronha. - 3ª Turma. Julgado em 10/05/2016.

⁷⁷ STJ, **Agravio interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1355506/SP**, Relator: Ministro Raul Araújo - 4ª Turma. Julgado em 12/02/2019.

Contudo, perante tal cenário, emerge-se o questionamento: E quando esses conflitos envolvem alegações graves como de violência doméstica ou medo da proximidade da mãe dos menores com o ex-cônjuge ou ex-companheiro, mas sem haver conjunto probatório suficiente para amparar os apelos da genitora⁷⁸?

Como desenvolvido pelo jurista dinamarquês Alf Ross acerca do Realismo Jurídico⁷⁹, “nós não vemos as coisas como elas são, mas como nós aprendemos a vê-las”, de modo que a sensibilidade de os magistrados identificarem cenários de violência contra a mulher (considerando-se o espectro de diferentes tipos de violência, a citar: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral⁸⁰) tende a ser menor, haja vista a cultura patriarcal sob qual eles foram criados.

Inclusive, a esse respeito, válida a menção à perspectiva do sociólogo Pierre Bourdieu⁸¹, que entende que a dominação masculina tenha se massificado (banalizando as violências praticadas por homens, especialmente em âmbito doméstico) por causa de um processo de naturalização dos papéis desempenhados por mulheres e homens na sociedade, por meio das esferas da comunicação, do sentimento e do conhecimento – e, não olvida pensar no Judiciário (tendo em vista o exposto na presente análise sobre o papel do Legislativo na legitimação da desigualdade de gênero).

Nesta senda, Ross sintetiza sua teoria de realismo jurídico⁸² de forma a dividir o conceito de realidade entre a verdade dos fatos e a verdade das partes (incluindo-se o Juiz, em uma dada relação jurídica processual trilateral), o que auxilia na presente discussão, eis que o com o olhar relativamente menos cuidadoso para aspectos de ordem mais vulnerável, mesmo o Juízo de Família (acostumado a dinâmicas de foro mais íntimo) pode não observar a realidade daquela mulher⁸³. E, ao entender por aplicar a guarda compartilhada, pode-se abrir margem para um contato entre os genitores do menor (e, paralelamente, de um possível agressor com sua vítima).

⁷⁸ TJSP, Apelação cível n.º 1000776-27.2020.8.26.0278 - 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Silvério da Silva. Julgado em: 17/11/2021.

⁷⁹ ROSS, Alf. *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, Copenhague: Levin & Munksgaard, 1934, p. 17.

⁸⁰ BRASIL. Artigo 7º, *Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (“Lei Maria da Penha”)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 27 jul. 2018.

⁸¹ Bourdieu, Pierre. *A dominação masculina*. São Paulo, SP: Editora Best Bolso. 2016.

⁸² ANDAKU, Juliana Almenara. *Análise jurídica da teoria de Alf Ross*. Orientador: Dr. Willis Santiago Guerra Filho. 2005. 171 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2995. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>. Acesso em: 7 out. 2022.

⁸³ Acentua-se tal premissa o fato de a maior parte dos magistrados e operadores do direito serem homens, dotados de vieses (in)conscientes da lógica patriarcal.

Na maioria das vezes, a jurisprudência tem afastado irresignações das genitoras perante a guarda compartilhada, por falta ou fragilidade de provas de violência ou do motivo grave, de tal sorte que muitas mães expressam receio da aproximação com o ex-cônjuge que a guarda compartilhada inevitavelmente vai propiciar⁸⁴; bem como receiam que a dinâmica do compartilhamento de decisões mais iria prejudicá-las que beneficiá-las.

“Em que pese os fatos narrados, consistentes em desavenças entre as partes, supostas brigas, ameaças ou condutas violentas por parte do embargado e necessidade de medida protetiva, é certo que não podem inviabilizar o seu direito de exercer a paternidade, sem a existência de outros motivos justificadores.

No caso, além de não terem sido juntados aos autos qualquer documento demonstrando que a convivência entre pai e filha poderia implicar riscos a menor, ou que o embargado seria imprudente ou negligente com sua filha, ele esclareceu que o processo crime foi arquivado por falta de provas”⁸⁵.

Acerca da exiguidade probatória, cumpre enfatizar a dificuldade de se produzir provas relativas a alguns tipos de violência englobados no espectro de violência doméstica, como exemplo a violência moral (a qual, segundo dados da pesquisa “Visível e Invisível”, 2ª edição, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 21,8% das mulheres sofrem esse tipo de violência, representando cerca de 12,5 milhões de vítimas no Brasil) e a violência patrimonial (que, segundo o art. 7º da Lei Maria da Penha, consiste em “conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”⁸⁶).

Nesse sentido, mães, ainda que não mais convivendo com o genitor de sua prole, podem se ver alvo dos mencionados tipos de violência sob a dinâmica da guarda compartilhada e não terem condições de reunir conjunto probatório satisfatório. Isso posto, resta em aberto a dúvida quanto à segurança das mães cujos filhos são criados na lógica da guarda compartilhada, o que representa mais um encargo quando do desempenho delas quanto ao exercício do poder familiar.

4.2. DO DISTANCIAMENTO ENTRE A FIGURA PATERNA E OS FILHOS MENORES

⁸⁵ TJSP, Apelação cível n.º 1010872-49.2020.8.26.0554 - 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Benedito Antônio Okuno. Julgado em: 19/11/2021.

⁸⁶ BRASIL. Artigo 7º, *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (“Lei Maria da Penha”)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 27 jul. 2018.

A análise da casuística, como esperado, apontou para um maior distanciamento dos pais para com os seus filhos menores, independente do gênero destes. Observou-se ser recorrente o pleito de regularização de visitas do pai aos seus filhos, uma vez que muito mais comum a definição da residência fixa do menor ser na casa das mães^{87 88 89}. Isso posto, muito se questiona se a determinação da guarda compartilhada mais complicaria o contexto de criação (e responsabilização pela maior parte das obrigações envolvidas neste processo) para a mãe do que ajudaria, haja vista o inequívoco desequilíbrio no desempenho do exercício do poder familiar em detrimento da mãe.

Aliás, nas raras situações em que os pais são figuras presentes na vida de seus filhos⁹⁰ (haja vista o recorrente abandono afetivo e material⁹¹ desempenhado por eles, tanto que popularmente ganhou a alcunha de “aborto paterno⁹²”, bem como é passível de responsabilização civil⁹³), muitos deles não exercem os mesmos papéis que as mães (seja o acompanhamento escolar dos filhos, bem como da saúde, dos relacionamentos interpessoais e dentre outras expressões do poder familiar), como já analisado.

Ocorre que, por vezes, o Judiciário tem decidido pela aplicação da guarda compartilhada mesmo em situações em que o genitor abandonou o filho anteriormente, transferindo todos os deveres à figura materna. Dentre os casos analisados, convém destacar a Apelação Cível n.º 11.2019.8.21.7000⁹⁴ (sob relatoria do Des. Rui Portanova), que em 2020, deferiu esse regime de guarda mesmo perante os apelos da genitora sobre as dificuldades na tomada de decisão conjuntamente com o pai, até então ausente da vida dos filhos.

⁸⁷ TJSC, **Apelação cível n.º 00202706120-12.8.24.0008**, Relator: Des. Marcus Túlio Sartorato - 3ª Câmara de Direito Civil, julgado em: 09/07/2020.

⁸⁸ TJSP, **Apelação cível n.º 1010923-40.2018.8.26.0066**. Relator: Des. Theodoreto Camargo - 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 23/09/2021, DJe em 23/09/2020.

⁸⁹ TJMG, **Agravo de Instrumento n.º 1.0000.22.106705-1/001**. Relator: Des. Paulo Rogério e Souza Abrantes - 8ª Câmara Cível Especializada. Julgado em: 18/08/2022. DJe: 22/08/2022.

⁹⁰ TJSP, **Apelação Cível n.º 4001811-52.2013.8.26.0007** - 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Alcides Leopoldo. Julgado em: 14/04/2020, DJe em: 14/04/2020.

⁹¹ TJSP, **Apelação cível n.º 1006343-49.2016.8.26.0320**. Relator: Des. Manoel Ribeiro - 9ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 10/12/2019.

⁹² HOHNE, Mariana Rabello Mendes. *O abandono afetivo como expressão do “aborto paterno” e a efetividade das formas de coibição do ilícito*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

⁹³ “O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável” (STJ. Tese fixada pela 3ª Turma. REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012).

⁹⁴ TJRS, **Apelação Cível n.º 11.2019.8.21.7000**. Relator: Des. Rui Portanova - 8ª Câmara Cível. Julgado em: 09/07/2020. DJe: 25/09/2020.

Apesar de não constar no rol de hipóteses que ensejam a suspensão ou a destituição do poder familiar elencado no art. 1.638 do CC/2002, forçoso conceber ser o abandono afetivo e material tão grave quanto o castigo imoderado, por exemplo. Permitir que o pai tenha o mesmo poder decisório sobre a vida do filho que voluntariamente abandonara (aos cuidados da mãe - eis que de outro modo seria aplicável a destituição estabelecida no inciso II do dispositivo legal em comento) que a genitora, que assumiu a totalidade dos deveres é, de certa forma, injustificável, considerando o princípio-mor a ser observado na aplicação da guarda de menores (princípio do melhor interesse da criança), bem como a própria igualdade de gênero perante da sociedade familiar.

Em que pese a alternativa encontrada pelo relator no caso em referência ter sido a negociação das cláusulas do regime de guarda compartilhada, conferindo à mãe o poder de escolher a escola dos filhos (o que representava uma fração da problemática trazida pela genitora), é questionável, no mínimo, a prerrogativa dada pelo Judiciário ao pai de voltar ao pleno exercício do poder familiar como se disponível e delegável este fosse, desempenhando os mesmos deveres que a mãe, que esteve presente durante todo o tempo de vida da criança, tal como a lei determina.

Do cenário retratado, é possível identificar resquícios do período anterior ao Estatuto da Mulher Casada e do próprio Código Civil vigente, em que, ainda que a mulher detivesse certa gerência sobre seus filhos, era necessário, ao julgo do legislador e do operador do direito, a validação do homem para os atos dela perante a família e acerca dos próprios filhos. No contexto atual, mesmo exercendo o poder familiar (sobretudo quanto aos deveres) sozinha, o Poder Judiciário ainda encontrou formas de fazer com que o legítimo poder decisório seja dividido com a figura paterna – ainda que esta tenha desempenhado escolhas execráveis perante sua própria prole (como é o caso do abandono afetivo e material).

4.3. DO ESTABELECIMENTO DE VISITAS E DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

Do art. 1.583 do Código Civil de 2002, extrai-se o conceito de guarda compartilhada, bem como aquele relativo à unilateral. O estabelecimento de visitas, bem como a fixação de pensão alimentícia estão, no imaginário popular, mais ligados ao regime de guarda unilateral do que à compartilhada, ainda que o ordenamento jurídico assegure o direito de visitação e da

prestação alimentícia (como já explanado na presente análise). Nesse sentido, questiona-se se, na prática, a aplicação dos regimes é diferente em relação à genitora.

Como já repisado na presente análise, a figura materna concentra as obrigações e deveres perante a unidade familiar, independentemente do regime de guarda sob o qual seus filhos estão. Nesse sentido, a diferença principal do regime unilateral de guarda para o da compartilhada diz respeito ao poder decisório sobre a criação e o desenvolvimento da prole, que no primeiro é exercido por apenas um dos genitores, enquanto no último, incumbe a ambos.

No entanto, a presente abordagem se propõe a questionar a real aplicação da guarda compartilhada, a qual tem como premissa principal a igualdade na tomada de decisões concernentes ao filho menor pelos pais, ou seja, tem-se evidente a intenção do legislador para um exercício igualitário do poder familiar. Isso porque, a partir da observação dos julgados sobre a temática, verifica-se significativa identificação do que é aplicado como guarda compartilhada sob a lógica da guarda unilateral: o Poder Judiciário designa como residência fixa dos filhos menores a casa da mãe⁹⁵, competindo ao pai visitá-los e proceder ao pagamento da pensão alimentícia (observado o binômio necessidade-possibilidade⁹⁶), estando os direitos de visitação e de alimentos amparados pelo Código Civil de 2002.

Com isso, resulta-se na perduração da sobrecarga sobre a figura da mulher perante as obrigações familiares, ao passo que a participação dos homens fica em segundo plano – tratando pais e mães de forma diversa e prejudicando o desenvolvimento da criança que, na prática, é criada efetivamente pela figura materna apenas. E, na remota possibilidade de a figura paterna faltar com quaisquer das responsabilidades geralmente atribuídas (visitação e alimentos), acentua-se ainda mais a sobrecarga das mães⁹⁷.

“É importante lançar um olhar mais detido sobre a condição da mulher para aferir se realmente há igualdade ou se esta é apenas formal. Quando ela fica com a guarda dos filhos e compromete suas atividades profissionais e, em certa medida, também a vida pessoal, pode estar em situação de vulnerabilidade em razão de uma peculiar situação que vivencia”⁹⁸

⁹⁵ TJDFJ, **Apelação cível n.º 0703141-52.2021.8.07.0010**. Relator: Des. João Egmont - 2ª Turma cível. Julgado em: 27/04/2022, DJe: 11/05/2022.

⁹⁶ TJDFT. **Apelação cível n.º 0701526-50.2018.8.07.0004**. Relator: Des. Diva Lucy de Faria Pereira - 1ª Turma Cível. Julgado em: 15/09/2021, DJe em: 29/09/2021.

⁹⁷ TJMG, **Agravio de Instrumento n.º 1.0000.18.087743-3/001**. Relator: Des. Oliveira Firmo. Julgado em 2018.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 14ª ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. Vol. Único. 151 p.

CAPÍTULO 5 – É NECESSÁRIA A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DOS OPERADORES DO DIREITO QUANTO À GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL?

“A mudança de opinião é num pensador o sinal mais evidente de sua vitalidade. Só os imbecis têm opiniões eternamente fixas”.

Sérgio Buarque de Holanda.

Com base nas considerações realizadas ao longo da presente análise, bem como nos resultados observados em cada capítulo, conclusão não poderia ser outra tal qual o entendimento de haver desequilíbrio no exercício do poder familiar em relação à figura feminina, mesmo sob o regime de guarda compartilhada, o qual nasceu justamente à luz do direito de igualdade de gênero perante a sociedade conjugal e familiar. Isso posto, convém apontar possíveis soluções para a problemática verificada.

Ora, como supramencionado, é recente a conquista da mulher brasileira por direitos que conferissem plena gerência sobre os próprios filhos, a qual restou estabelecida de forma plena apenas após o advento da promulgação da Constituição Federal vigente, em 1988. Como decorrência, muito do imaginário da mulher quanto principal responsável pelas tarefas domésticas (aqui, incluídas aquelas relativas aos filhos) perdura até os dias atuais, o que pode ser observado através das decisões judiciais que fixam massivamente a residência dos filhos com a genitora, bem como determinam às mães que se encarreguem da escolha da escola na qual os filhos estudarão nas cláusulas da guarda compartilhada, a título de exemplo.

“Essa postura preconceituosa não pode perdurar. Contudo, importante percebermos que é mais simples olharmos para o passado e termos a conclusão de que era um código preconceituoso, ou, que era uma sociedade preconceituosa. O difícil é fazermos o mesmo com a nossa atual sociedade. O difícil é percebermos na nossa sociedade e no nosso ordenamento jurídico vigente o que deve ser melhorado, hoje”⁹⁹.

Contudo, da jurisprudência pátria observa-se a reprodução da desigualdade de gênero em relação à mulher na guarda compartilhada, eis que claro o desequilíbrio das responsabilidades atribuídas à mãe e aquelas designadas ao pai. E, ao aplicar a norma sem considerar esses pontos de sensibilidade de gênero (o receio do ex-parceiro, mas sem provas

⁹⁹CHAGAS, Isabela Pessanha. *Breves reflexões sobre o instituto da guarda*. Aperfeiçoamento de magistrados 12: Família do Século XXI - Aspectos jurídicos e psicanalíticos, Rio de Janeiro, ed. 12, 31 ago. 2012. 80 p.

que respaldem a violência sofrida, por exemplo), pode-se acabar representando ainda mais violências contra a mulher além de todas aquelas que o gênero tem enfrentado ao longo da história.

Assim, para que haja a promoção da igualdade (até no exercício do poder familiar), há de se contar com a atuação estatal. Segundo o ilustre jurista Erik Gramstrup, a igualdade não é conceito exato e, por isso, tem sido constantemente submetida a diversas concretizações históricas a depender das pautas que “culturalmente, pareçam ser de materialização mais urgente e isto se faz por via de reforma legislativa”¹⁰⁰.

“A advertência é para não se perder de vista que os contextos familiaristas contemporâneos ainda são marcados por abismos de gêneros. Para democratizá-los, é preciso integrar diversas frentes de reflexão e atuação em prol da participação da mulher no âmbito profissional e em prol da responsabilização do homem no âmbito doméstico”¹⁰¹.

É neste contexto que emerge a necessidade de atuação do Estado, criando leis que visem criar condições especiais nas quais a mulher possa acessar seus direitos de forma a ocuparem tantas posições quanto os homens na dinâmica social (ou seja, faz-se fundamental o emprego de políticas públicas para a promoção da igualdade material, tratando os desiguais na medida de sua desigualdade¹⁰²). A esse respeito, Cunha Pereira¹⁰³ salienta que, na verdade, certas discriminações são positivas, eis que constituem preceitos compensatórios como forma de solução para a superação das diferenças. Também reafirma tal posição a jurista Miriam Azevedo Hernandez Perez:

“Verifica-se [...] que vários caminhos podem ser utilizados para ser concretizada a igualdade material da mulher, isto é, sua qualificação como cidadã, tendo sua dignidade humana respeitada. O caminho, no entanto, deverá passar por um Estado que se proponha a possuir ou desenvolver a cada dia - pois é um processo contínuo e dialético entre suas instituições e cidadãos - um ordenamento jurídico legítimo, pois

¹⁰⁰ GRAMSTRUP, Erik Frederico. O princípio da igualdade. *Revista Videtur*: Universidade do Porto, Porto, n. 17, p. 21-32, 2002. Disponível em: https://www.academia.edu/10625678/Princ%C3%ADpio_da_Igualdade?email_work_card=view-paper. Acesso em: 16 out. 2022.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Guarda compartilhada e condição feminina: Limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo. *Pensar: Revista de ciências jurídicas*, Paraná, v. 19, n. 3, p. 750-778, 2011. DOI <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.750-778>. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/3063/pdf>. Acesso em: 16 out. 2022.

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Scielo Brazil. Scientific Electronic Library Online. Disponível em: [\[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=en&nrm=iso\]](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=en&nrm=iso). São Paulo, out. 2004. Acesso em: 09 out. 2022.

¹⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *As novas estruturas parentais e conjugais*. *Revista Consulex*, Brasília, ano XVII, n. 402 Out. 2013. 167 p.

somente assim, com esse atributo, o espaço correspondente à identidade, ao papel da mulher poderá ser encontrado e preenchido”¹⁰⁴ (grifos nossos).

Como apontou a presente análise, tem-se observado um movimento legislativo que paulatinamente aplica essa lógica do “tratar os desiguais na medida de suas desigualdades” na promoção de mudanças no ordenamento jurídico brasileiro que visem a proteção da mulher. Como exemplo, válido citar a Lei do Feminicídio, n.º 13.103/2015, que implicou na qualificação do crime de homicídio (cuja conduta, se aplicada contra a mulher em razão de sua condição de gênero, em contexto de violência doméstica, serve como base para a aplicação de pena maior e mais rígida que aquela estabelecida para o crime de homicídio simples), e cuja *mens legis* é a proteção da mulher, eis que esta é o maior alvo de violência doméstica no país.

Outro exemplo de menção pertinente é a Lei Federal n.º 11.977¹⁰⁵, já retratada na presente análise e que dispõe sobre o programa “Minha Casa, Minha Vida”. Sendo de conhecimento geral o significativo número de famílias lideradas por mulheres (seja devido à maternidade solo e ao aborto paterno, seja em razão da vulnerabilidade da mulher tanto no mercado de trabalho, quanto na desproporcionalidade de salário e incidência tributária, sobretudo nas classes socioeconômicas mais baixas), o legislador estabeleceu um tratamento especial aos núcleos familiares que correspondessem justamente ao supramencionado perfil. Assim, o Poder Legislativo viabilizou que, por meio de um programa de habitação popular, houvesse a promoção de um grupo de sujeitos mais vulnerabilizados na esfera social, quais sejam as mulheres, especialmente, aquelas provenientes de classes socioeconômicas baixas (público-alvo do Minha casa, Minha Vida).

Assim sendo, é possível vislumbrar um cenário em que as transformações sociais são promovidas pelo próprio Estado que, detentor de poder legítimo para editar normas que equalizam o comportamento dos cidadãos sob sua soberania, bem como para observar sua obediência e repreender perante seu descumprimento, tem imperioso domínio da dinâmica social.

Desta feita, repisa-se a necessidade por um movimento semelhante (ao observado pelo Legislativo) na esfera do Poder Judiciário. Alguns tribunais, tal como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já vêm aplicando essa lógica, entendendo pela relativização da lei quanto à

¹⁰⁴ PEREZ, Miriam Azevedo Hernandez. *Caminhos para a concretização da igualdade material da mulher*. Revista dos Tribunais: Revista de Direito Privado, DTR, ano 30, ed. 271, p. 183-197, 13 jul. 2007.

¹⁰⁵ Lei Federal n.º 11.977, de 07/07/2009.

regra da guarda compartilhada em favor da figura materna, por exemplo. Nesse sentido, convém destacar o posicionamento extraído de excerto de decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento n.º 5033447-15.2022.8.21.7000 (TJRS):

“Vale destacar que, se o propósito é garantir o melhor interesse das crianças e adolescentes, na linha do disposto no art. 227 da Constituição Federal, não se pode entender a guarda compartilhada como um imperativo legal, dotado de automaticidade, que deva predominar em qualquer situação. Assim, vai ser reestabelecida a guarda provisória unilateral em favor da genitora/gravante como, aliás decidiu o Juízo de origem ao início da demanda¹⁰⁶”.

E, apesar de ter como foco o melhor interesse das crianças, a concepção de não enxergar a guarda compartilhada como imperativo, *per si*, representa um ponto muito positivo no sentido de uma maior ponderação acerca das alegações da figura materna nos casos. E ao atribuir mais peso às palavras da mulher no caso concreto, confere-se a esta maior grau de proteção (seja impedindo que violências físicas ou simbólicas emergam na dinâmica social contra mulheres, seja mudando o imaginário dos cidadãos pouco a pouco em prol da garantia e respeito à mulher em grau de igualdade na esfera social).

Outro exemplo casuístico, também exarado pelo E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que exemplifica essa prospecção para um maior movimento do Poder Judiciário na direção de apoio à autonomia e segurança da genitora, foi o r. acórdão da Apelação Cível n.º 010211-30.2019.8.21.0019 (julgado em 07/04/2022), cuja relatoria entendeu por bem manter a guarda compartilhada para que a mãe, residente no exterior, pudesse manter consigo sua prole. O relator, Des. Luiz Felipe Brasil Santos destaca o ideal que deveria ser perseguido na aplicação da guarda compartilhada. Veja-se:

“De mais a mais, a guarda compartilhada não torna a mulher refém do ex-marido/ex-companheiro, de modo que esta esteja obrigada a residir na mesma cidade dele. Ainda, a distância não impede o demandado de contribuir para a tomada de decisões conjuntas e prol do crescimento, desenvolvimento e bem-estar da filha. E, inclusive, com ela mantendo contato pelos meios de comunicação disponíveis. Nesse contexto, vai autorizada, em suprimento ao consentimento paterno, a viagem da menor e a fixação de domicílio na Itália, na companhia da mãe” (grifos nossos).

Assim sendo, pode-se concluir que, perante as transformações ocorridas no âmbito familiar (sobretudo nos dois últimos séculos, como bem delimitado na presente análise), pode-se conceber como sendo fundamental a implantação do olhar de igualdade material perante a

¹⁰⁶ TJRS. **Agravo de Instrumento n.º 5033447-15.2022.8.21.7000**, relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos - 8ª Câmara Cível. Julgado em: 03/05/2022.

mulher nos direitos e deveres de família, concedendo condições (legislativas e judiciais) a ela a fim de, paulatinamente, observar essas mudanças na sociedade. Sob o mesmo entendimento, guarda perfeita identidade a síntese da magistrada Isabela Pessanha Chagas:

“Acredito que, assim como o divórcio era impensável antigamente, deve ser criada a cultura de que o filho é para sempre, diferente da relação conjugal. Isso deve ser aplicado na prática. Os desafetos devem ser esquecidos, dando lugar à responsabilidade acordada anteriormente, de criar e desenvolver a personalidade da criança, da forma mais sadia possível”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ CHAGAS, Isabela Pessanha. *Breves reflexões sobre o instituto da guarda*. Aperfeiçoamento de magistrados 12: Família do Século XXI - Aspectos jurídicos e psicanalíticos, Rio de Janeiro, ed. 12, 31 ago. 2012. 80 p.

CONCLUSÃO

O presente estudo partiu da contradição de que apesar das mulheres, durante significativa parcela da história brasileira, não terem desempenhado poder decisório perante a entidade familiar e seus filhos, estas sempre foram tidas como o principal ponto de concentração de obrigações conjugais e familiares. Nesse sentido, buscou-se investigar se essa disparidade era verificada na aplicabilidade do poder familiar na dinâmica da guarda compartilhada no Brasil, eis que a essência do instituto consiste justamente no exercício igualitário do poder entre os pais, independentemente do gênero.

Em que pese a premissa de igualdade de gênero consagrada na Constituição Federal de 1988, ainda é possível vislumbrar manifesto desequilíbrio entre as figuras materna e paterna na guarda compartilhada, reflexo dos séculos em que a mulher se manteve à margem dos direitos de família (inclusive acerca dos próprios filhos), apesar de ser a principal encarregada dos afazeres domésticos e de cuidado com os filhos, ao passo que o homem exercia o protagonismo na tomada de decisões dentro e fora do lar. Essa concepção, fundada no ideário paternalista da figura feminina sendo acessória àquela masculina, não só era reproduzida na dinâmica das famílias, como também era legitimada pela lei (vide o Código Civil de 1916 que determinava a relatividade da capacidade civil da mulher casada, bem como o exercício do poder familiar pela mulher na qualidade de mera colaboradora do marido).

E, ainda que o ordenamento jurídico tenha passado por diversas transformações e avanços no campo dos direitos das mulheres (inclusive na seara da família, sendo a própria guarda compartilhada uma relevante exemplificação de tal assertiva), as interpretações dos magistrados ainda refletem muito da dinâmica patriarcal.

Com isso, constatou-se, na presente análise, que o Poder Judiciário ainda procede em aplicar a norma de forma a atribuir mais deveres quanto ao cuidado dos filhos menores às mães do que aos pais, mesmo na guarda compartilhada: seja pela determinação massiva da residência fixa do menor junto à mãe (o que, por vezes, implica na concentração de mais deveres em relação à mãe do que ao pai), seja relativizando e até menosprezando as colocações e inseguranças suscitadas pela mulher perante risco ou receio de violência doméstica (moral, patrimonial e outras) cuja verificação não reúne provas suficientes para ensejar na modificação da guarda. Assim, o que acaba por ocorrer é a aplicação da lógica da guarda unilateral em favor

da mãe sob os moldes do que deveria ser a guarda compartilhada (eis que a mãe remanesce com a maior parte dos deveres) e pior: ainda assim precisa da validação do genitor acerca dos seus atos perante a própria prole.

Considerando-se todo o disposto no presente estudo, foi possível conceber que, não havendo mudanças na forma de pensar da sociedade, perdurar-se-á estrutura patriarcal na dinâmica social – ainda que as formas de família se modifiquem. Assim sendo, a fim de promover a transformação de valores na sociedade, faz-se necessária a atuação do Estado, o qual pode editar e aplicar leis (por meio, respectivamente dos Poderes Legislativo e Judiciário) de forma a concretizar tal mudança.

Sintetizando-se a conclusão da análise, forçoso relacionar o conceito de Miguel Reale acerca da Tridimensionalidade do Direito: o Direito é norma, fato e valor. Portanto, a seara jurídica deve refletir valores e fatos para que a norma se adeque às mudanças sociais, acompanhando-as, de modo a preencher de protagonismo e do devido tratamento compensatório em relação à mulher, sobretudo na condição de mãe, a história marcada de ausências da mulher brasileira no âmbito da família.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. *A nova roupagem da guarda compartilhada.* Revista dos tribunais: Doutrina - Direito Civil, São Paulo, ano 2015, v. 957, p. 1-12, julho 2017.
- ANDAKU, Juliana Almenara. *Análise jurídica da teoria de Alf Ross.* Orientador: Dr. Willis Santiago Guerra Filho. 2005. 171 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2995. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6394/1/AlfRoss.pdf>. Acesso em: 7 out. 2022.
- BEAUVROIR, Simone de. *O Segundo Sexo. Os factos e os mitos (volume 1).* Venda Nova: Bertrand, 1949-1975, p. 13.
- _____. *O segundo sexo: Fatos e mitos (volume 1).* 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. 309 p.
- _____. *O segundo sexo: a experiência vivida (volume 2).* 4^a ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, 4 p.
- BENJAMIN, Maria Helena Gozzer. Negada guarda compartilhada a pais com relacionamento conflituado. *Poder Judiciário: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 16 out. 2008. Notícias, p. 1-2. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-11516/>. Acesso em: 4 out. 2022.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* São Paulo, SP: Editora Best Bolso, 2016.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Congresso Nacional, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.
- _____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Congresso Nacional, 3 set. 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 maio 2022.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Congresso Nacional, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Congresso Nacional, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

_____. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (“Lei Maria da Penha”)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 27 jul. 2018.

CAMPOS, M.T.A., De Tilio, R., & CREMA I.L. (2017). *Socialização, gênero e família: uma revisão integrativa da literatura científica*. Pensando Famílias, 21(1), 146-161. Recuperado de <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v21n1/v21n1a12.pdf>

CARBONERA, Maria Silvana. *Guarda de filhos – Na família constitucionalizada*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 64.

CHAGAS, Isabela Pessanha. *Breves reflexões sobre o instituto da guarda*. Aperfeiçoamento de magistrados 12: Família do Século XXI - Aspectos jurídicos e psicanalíticos, Rio de Janeiro, ed. 12, p. 61-82, 31 ago. 2012.

CRENSHAW, Kimberle. *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*. 1989. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>> Acesso em: 09 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 14ª ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvim, 2021. Vol. Único.

_____. *Manual de direito das famílias*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, 401 p.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.197 p.

FARIA, Milena Sardinha Garcez. A influência do gênero nas relações de guarda compartilhada. *Revista IBDFAM: Famílias e sucessões*, São Paulo, n. 43, p. 2, 27 maio 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8525/Artigo+cient%C3%ADfico+examina+a+influ%C3%A7%C3%A3o+do+g%C3%A3nero+nas+rela%C3%A7%C3%A3o+A7%C3%9Ces+de+guarda+compartilhada#:~:text=A%20guarda%20compartilhada%2C%20segundo%20ela,divis%C3%A3o%20da%20guarda%20dos%20filhos>. Acesso em: 13 out. 2022.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. O princípio da igualdade. *Revista Videtur*: Universidade do Porto, Porto, n. 17, p. 21-32, 2002. Disponível em: https://www.academia.edu/10625678/Princ%C3%ADpio_da_Igualdade?email_work_card=view-paper. Acesso em: 16 out. 2022.

_____. TARTUCE, Fernanda. *A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar*. In: Fernanda Tartuce: processo civil, 2015. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/08/A-resp-civil-por-uso-abusivo-do-poder-familiar.pdf>. Acesso em: 11 out. 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno - filial*. IN: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31.

HOHNE, Mariana Rabello Mendes. *O abandono afetivo como expressão do “aberto paterno” e a efetividade das formas de coibição do ilícito*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*, p. 84 - 85. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 244.

LÔBO, Paulo. *Do poder familiar*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 177-189 p.

_____. *Do poder familiar*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 23 jun 2022.

MADALENO, Rolf. O custo do abandono afetivo. *Jus Brasil*, Porto Alegre, 30 set. 2016. Gen Jurídico, p. 2.

MESSIAS NETO, Francisco. “Aspectos pontuais da guarda compartilhada”. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, jul./set. 2009, p. 11-12.

NASCIMENTO, C. R. R., Biasutti, C. M., de Araújo, I. C. C., & Trindade, Z. A. (2021). Os papéis da mulher e do homem nas famílias pela óptica masculina: um estudo de duas gerações. *Revista Pesquisas E Práticas Psicossociais*, 16(4), 1–18. Recuperado de http://www.seer.ufsj.edu.br/revista_ppp/article/view/e3306

NETO, José Antônio Paula Santos. *Do Poder Familiar*. São Paulo, p. 55.

OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Guarda compartilhada e condição feminina: Limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo. *Pensar: Revista de ciências jurídicas*, Paraná, v. 19, n. 3, p. 750-778, 2011. DOI <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.750-778>. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/3063/pdf>. Acesso em: 16 out. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 1. Forense, 24 ed, Rio de Janeiro: 2011. 244 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *As novas estruturas parentais e conjugais*. *Revista Consulex*, Brasília, ano XVII, n. 402, p. 36-37, out. 2013.

PEREZ, Miriam Azevedo Hernandez. *Caminhos para a concretização da igualdade material da mulher*. Revista dos Tribunais: Revista de Direito Privado, DTR, ano 30, ed. 271, p. 183-197, 13 jul. 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Scielo Brazil. Scientific Electronic Library Online. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=en&nrm=isso>. São Paulo, out. 2004. Acesso em: 09 out. 2022.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda compartilhada*. Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo. 2004. 73 p. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 1978.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

_____. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.

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

ROSS, Alf. *Virkelighed og gyldgihed i retslæren*, Copenhague: Levin & Munksgaard, 1934, p. 17.

SODRÉ, Lu. Preconceito distorce luta pela igualdade de gênero. *Departamento de comunicação institucional - UNIFESP*, Guarulhos, n. 6, p. 1-10, 16 jun. 2016. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/apresentacao/item/2222-preconceito-distorce-luta-pela-igualdade-de-genero>. Acesso em: 25 set. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. “*A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*”. In: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 313.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Família e sucessões*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021. 224-225 p. v. 5.

VENTURELLI, Camila de Camargo S. *Força e fragilidade da mulher no direito: feminist jurisprudence (feminismo jurídico) e seus reflexos no Direito de Família brasileiro*. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TELLES, Marília Campos Oliveira. (Org.). Problemas da Família no Direito. 1ed. Minas Gerais: Del Rey, 2012, v. 1, p. 336-342.

WELTER, Belmiro Pedro. “*Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família*”. In: Guarda Compartilhada. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009, p. 56.